

Université Paris II- Panthéon-Assas

École doctorale Georges Vedel – Droit public interne, science administrative et science administrative

Thèse de doctorat en droit – mention droit public
soutenue le 18 novembre 2021

Le principe d'équivalence en droit de l'Union européenne



UNIVERSITÉ PARIS II
PANTHÉON-ASSAS

Louis FEILHÈS

Sous la direction de Monsieur le Professeur Fabrice PICOD et de Monsieur le Professeur Bertrand SEILLER

Membres du jury :

Mme Brunessen BERTRAND, Professeure à l'Université de Rennes I.

M. Marc BLANQUET, Professeur à l'Université Toulouse I Capitole, *rapporteur*.

M. Fabrice PICOD, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, *directeur de thèse*

M. Dominique RITLENG, Professeur à l'Université de Strasbourg, *rapporteur*.

M. Bertrand SEILLER, Professeur à l'Université Paris II Panthéon-Assas, *co-directeur de thèse*.

M. Melchior WATHELET, ancien juge à la Cour de justice de l'Union européenne.

Thèse de Doctorat / novembre 2021

Avertissement

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

*À Marie-Thérèse, Renée, François et Louis,
Mes grands-parents.*

REMERCIEMENTS

Mes plus sincères remerciements vont d'abord à mon directeur de thèse, le Professeur Fabrice PICOD. D'abord, pour avoir accepté de me confier ce sujet ambitieux alors que je ne sortais pas d'un M2 spécialisé en droit de l'Union européenne. Ensuite, pour la confiance qu'il m'a témoignée. J'ai pu mener mon travail de recherche en toute sérénité, en sachant qu'il serait toujours disponible pour m'épauler et me conseiller. Enfin, pour son exigence. Avec une bienveillance inaltérable, il m'a poussé à revoir et améliorer les premières versions (perfectibles) de cette thèse. Pour toute la confiance qu'il m'a accordée, je le remercie une fois encore.

Je remercie avec la même ferveur le Professeur Bertrand SEILLER, mon co-directeur. Il a accepté volontiers cette co-direction sur ce sujet. Sa disponibilité et ses exigences, toujours justes et bienveillantes, ont été d'une grande aide pour moi.

J'adresse de sincères remerciements aux professeurs Brunessen BERTRAND, Marc BLANQUET et Dominique RITLENG, ainsi que l'ancien juge à la Cour de justice de l'Union européenne, Monsieur Melchior WATHELET, pour leur disponibilité et pour me faire l'honneur de lire et de juger mon travail de thèse.

Deux amis méritent des remerciements appuyés : Ackiel et Georgios. J'ai trouvé en eux de véritables frères. Leur relecture, leur conseil, leur soutien indéfectible, leur présence ont été source de réconfort pour moi. J'ai été vraiment chanceux de pouvoir compter sur de tels amis.

J'adresse également des remerciements à tout mon entourage pour m'avoir accompagné tout au long : Jordan et Ely, les lotois-toulousains ; Manon, Romain, Laura, Solène et Élise, les parisiens-bretons ; William, Pierre, Claire, Mathilde, Benjamin, Édouard, Yacine, Eve, Nolwenn, Paul, Loïc et Eloi, les compagnons de la MDP.

Enfin, je remercie ma famille, mes parents et ma sœur, pour leur soutien aveugle et inconditionnel durant toutes mes études.

PRINCIPALES ABREVIATIONS

<p>aff. : affaire</p> <p>ADE : Annuaire de droit européen</p> <p>AFDI : Annuaire français de droit international</p> <p>AJDA : Actualité juridique / droit administratif</p> <p>CDE : Cahiers de droit européen</p> <p>Cass. : Cour de cassation</p> <p>CE : Conseil d'État</p> <p>CJCE : Cour de justice des Communautés européennes</p> <p>CJUE : Cour de justice de l'Union européenne</p> <p>Conv. EDH : Convention européenne des droits de l'Homme</p> <p>Cour EDH : Cour européenne des droits de l'Homme</p> <p>CMLR : Common Market Law Review</p> <p>Colum. Jour. Trans. Law : Columbia Journal of Transnational Law</p> <p>D. : Recueil Dalloz</p> <p>DA : Revue Droit administratif</p> <p>EBLR : European Business Law Review</p> <p>ELJ : European Law Journal</p> <p>ELR : European Law Review</p> <p>Eur. Pub. Law : European Public Law</p> <p>JDE : Journal de droit européen</p> <p>JPC A : Semaine juridique - Administrations et collectivités territoriales</p> <p>JPC G : Semaine juridique - Edition générale</p> <p>JPC S : Semaine juridique - Social</p> <p>JTDE : Journaux des tribunaux de droit européen</p> <p>LPA : Les petites affiches</p>	<p>MJ : Maastricht Journal of European and Comparative Law</p> <p>Mod. L. Review : Modern Law Review</p> <p>NCCC : Nouveaux cahiers du Conseil constitutionnel</p> <p>NILQ : Northern Ireland Legal Quarterly</p> <p>RAE : Revue des affaires européennes</p> <p>RDLF : Revue des droits et libertés fondamentaux</p> <p>RDP : Revue du droit public</p> <p>Rec. : Recueil</p> <p>Rev. Eur. Droit public : Revue européenne de droit public</p> <p>Rev. Fr. Ad. Pub. : Revue française d'administration publique</p> <p>Rev. UE : Revue de l'Union européenne</p> <p>RFDA : Revue française de droit administratif</p> <p>RJF : Revue de jurisprudence et conclusions fiscales</p> <p>RMC : Revue du marché commun</p> <p>RMCUE : Revue du marché commun et de l'Union européenne</p> <p>RTD Civ. : Revue trimestrielle de droit civil</p> <p>RTD Com. : Revue trimestrielle de droit commercial</p> <p>RTDE : Revue trimestrielle de droit européen</p> <p>TC : Tribunal des conflits</p> <p>TFUE : Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne</p> <p>Tr. UE : Tribunal de l'Union européenne</p> <p>TUE : Traité sur l'Union européenne</p> <p>YEL : Yearbook European Law</p>
---	---

SOMMAIRE

Première partie **UN PRINCIPE UTILE**

Titre 1 – Une fonction singulière

Chapitre 1 – La préservation de l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'administration indirecte

Chapitre 2 – Une logique inédite de rapprochement du droit de l'Union européenne avec le droit interne

Titre 2 : Une exigence adaptée

Chapitre 1 – Une exigence applicable à l'ensemble du droit national

Chapitre 2 – Une règle opportunément peu contraignante

Seconde partie **UN PRINCIPE FAILLIBLE**

Titre 1 – Des problèmes intrinsèques

Chapitre 1 – Les difficultés inhérentes à la méthode d'application

Chapitre 2 – Une vérification inaboutie

Titre 2 – Des problèmes extrinsèques

Chapitre 1 – Une place concurrencée par le principe d'effectivité

Chapitre 2 – Une application parfois désuète

INTRODUCTION GENERALE

1. L'expression de « principe d'équivalence » n'a rien d'anodin. Bien au contraire, celle-ci est connotée et bénéficie d'un certain prestige dans d'autres domaines que ceux du droit. En sciences physiques, elle renvoie notamment au principe éponyme identifié en 1908 par Albert EINSTEIN. Loin d'être anecdotique, ce « principe d'équivalence » est un élément fondateur de sa théorie de relativité générale. À certains égards, il est même révolutionnaire. À partir d'une expérience de pensée, EINSTEIN envisage une équivalence locale des effets produits par un champ gravitationnel et une accélération constante¹. Tout porte à croire que les expérimentations menées dans ces deux situations produisent des effets identiques. Même si elles sont réalisées dans des conditions différentes, elles aboutissent à des résultats équivalents². Sur le fondement de ce principe d'équivalence, EINSTEIN en déduit plusieurs changements et éléments considérables sur la manière d'appréhender la gravité³. Il s'agit donc d'un concept fondamental en sciences physiques. En droit de l'Union européenne, au contraire, le « principe d'équivalence » ne jouit pas à l'évidence d'un tel statut.

2. La Cour de justice de l'Union européenne retient explicitement cette expression dans son arrêt *Palmisani* du 10 juillet 1997⁴. En lui-même, le principe d'équivalence existe depuis les arrêts *Rewe* et *Comet* rendus le 16 décembre 1976⁵. Son expression à l'heure

¹ Nous reprenons ici les explications vulgarisées d'E. KLEIN données à l'occasion des *Cours méthodiques et populaires de philosophie* dispensés à la Bibliothèque nationale de France. Ces éléments sont principalement tirés de sa conférence du 7 février 2018, intitulée « Expériences de pensées ».

² L'expérience de pensée nécessite d'imaginer deux cabines d'ascenseur étanches. En leur sein, un individu est en mesure de procéder à toute une série d'expérimentation physique (mouvement d'un objet lancé en l'air, observation du comportement de fluides, trajectoire de faisceaux lumineux, etc.). Une cabine repose au sol sur Terre ; l'autre se trouve en dehors de tout champ gravitationnel et est propulsée, depuis le bas de la cabine, par un "réacteur imaginaire" ayant une accélération constante égale à celle de la Terre. Le principe d'équivalence explique que l'individu placé dans la cabine ne dispose d'aucun moyen lui permettant de savoir s'il est dans la première ou la seconde situation. Les expériences qu'il réalisera produiront les mêmes résultats. Une équivalence existe donc entre le champ gravitationnel et l'accélération.

³ À partir de cette expérience de pensée précédente, EINSTEIN imagine que la cabine soumise à une accélération est traversée à un moment donné par un rayon lumineux. La vitesse de la lumière étant limitée, le point d'entrée du faisceau dans la cabine sera nécessairement plus haut que le point de sortie. La trajectoire du rayon sera courbée. Or en vertu du principe d'équivalence, ce même phénomène doit se produire dans la cabine placée sur Terre. Ici, l'accélération de la cabine ne permet pas d'expliquer pourquoi la trajectoire est également courbe. EINSTEIN en déduit alors que cette courbure résulte de la gravité : même si le rayon va en ligne droite, il subit la déformation de l'espace-temps causée par la gravité et nous apparaît courbé. Contrairement à la théorie de NEWTON, qui appréhende la gravité comme une force, la théorie d'EINSTEIN, en s'appuyant sur le principe d'équivalence, considère la gravité non comme une force, mais comme une déformation de l'espace-temps.

⁴ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025, pt. 27.

⁵ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76, *Rec. p.* 1989 et p. 2043.

actuelle se formule ainsi : « [le] principe d'équivalence impose que les dispositions (...) nationales régissant des situations soumises au droit de l'Union ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne »⁶. De manière plus indirecte, la Cour de justice le mentionne dans une formule standardisée, issue d'une « jurisprudence constante »⁷, selon laquelle « [si], en l'absence de réglementation de l'Union (...), les modalités de mise en œuvre de (...) normes [européennes] relèvent de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale de ces derniers, elles ne doivent cependant pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »⁸. Contrairement à d'autres principes, dont la dénomination reste doctrinale, celle de “principe d'équivalence” est consacrée par la Cour de justice et continue encore à être employée. .

3. Le principe d'équivalence se range *a priori* parmi les principes “classiques”, voire incontournables, du droit de l'Union européenne. Aucun manuel, pas même celui assez synthétique de L. COUTRON⁹, ne s'abstient de l'évoquer¹⁰. L'étude générale du droit de l'Union implique une connaissance de ce principe d'équivalence¹¹. De plus, ce dernier apparaît avec régularité dans la jurisprudence de la Cour de justice. En effet, au même titre que le principe d'effectivité, le principe d'équivalence se présente comme une limite au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. À cet égard, lorsque le droit de l'Union reste silencieux sur la manière dont il doit être mis en œuvre par les autorités des États membres, ces dernières restent libres de fixer les modalités, notamment procédurales, qui permettront son application. Le principe d'équivalence encadre cette liberté en ce que ces modalités doivent être au moins équivalentes à celles prévues pour la mise en œuvre d'une règle interne similaire. En d'autres termes, l'État membre doit appliquer le droit de l'Union de la même manière

⁶ Pour exemple, CJUE, 3 juin 2021, *Bankia*, aff. C-910/19, ECLI:EU:C:2021:433, pt. 46.

⁷ Pour exemple, CJUE, 22 avril 2021, *Profi Credit Slovakia*, aff. C-485/19, ECLI:EU:C:2021:313, pt. 52.

⁸ Pour exemple, CJUE, 3 juin 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, aff. C-726/19, ECLI:EU:C:2021:439, pt. 47.

⁹ L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2019, pp. 48-49.

¹⁰ D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e édition, 2001, spéc. pp. 420 et suivantes ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 7^e édition, 2019, spéc. p. 558 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, spéc. pp. 631-632 ; J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 2018, pp. 681 et suivantes ; F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2019, spéc. pp. 629-630. En langue anglaise, voir pour exemple P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015, 1198, spéc. pp. 246-250.

¹¹ Cette impression est confortée par le fait que certains manuels mentionnent le « principe d'équivalence » dans l'index, en tant que tel (voir M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 1003 ; J.-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 837) ou sous une autre entrée (voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *op. cit.*, p. 1012).

que son propre droit. Il ne peut accorder un traitement inégalitaire ou discriminatoire à la règle européenne.

4. Ainsi présenté, le principe d'équivalence se définit et se conçoit avec simplicité. L'exigence d'équivalence se comprend sans mal en ce qu'elle s'assimile à une forme de non-discrimination. Sa fonction se devine aisément : limiter la liberté dont disposent les États membres lorsqu'ils doivent mettre en œuvre le droit de l'Union. Dans ce contexte, il aurait été logique que la doctrine se soit saisie de cet objet d'étude. À l'exception notable d'un article de P. GIRERD, publié en 2002¹², qui traite dudit principe ainsi que du principe d'effectivité, un vide significatif se constate. Les travaux portant sur un « principe d'équivalence » en droit européen traitent en réalité d'un concept différent de celui étudié dans cette thèse : le principe de « **l'équivalence des protections** ». Cette notion a fait l'objet de nombreuses études¹³, y compris en droit de l'Union européenne¹⁴. Ce principe se présente toujours à l'heure actuelle¹⁵ comme une technique visant à agencer les rapports entre les systèmes nationaux et européens¹⁶. Sa dénomination reste toutefois purement doctrinale. La Cour de justice, pas plus que ses avocats généraux, n'emploie l'expression de « principe d'équivalence des protections » ou de « principe de protection équivalente ».

5. Aussi, dans une perspective qui se veut fidèle à l'état du droit positif, le « principe d'équivalence » désigne uniquement l'exigence qui interdit à un État membre d'accorder un traitement national à une situation européenne qui ne soit pas au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire. Certes, l'expression de « principe d'équivalence » est parfois remplacée par celle de « principe de l'équivalence » dans certains arrêts, sans que l'utilisation de l'une ou de l'autre suive une quelconque logique. Plus encore, les deux n'entraînent aucune différence dans l'exigence imposée

¹² P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102.

¹³ Pour une approche générale et synthétique, voir not. R. TINIERE, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chron. 17.

¹⁴ Voir not. CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi I*, aff. jt. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351, pt. 304 et suivants ; CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, pt. 56 et suivants. Voir également A. BERRAMDANE, « La protection équivalente des droits fondamentaux dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *ADE* 2016, n°6, pp. 21-42 ; P. AURIEL, *L'équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

¹⁵ Récemment, voir CE, 24 avril 2021, *French Data Network*, req. n°393099 (à paraître au *Recueil*).

¹⁶ Voir not. F. MALHIERE, « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP* 2013, n°6, pp. 1523-1556 ; S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, pp. 463-494 ; M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 587-592.

aux États membres. Pour preuve, des arrêts l'utilisent simultanément¹⁷. L'expression de « principe d'équivalence » semble toutefois la plus répandue, tant dans la jurisprudence qu'en doctrine. *In fine*, cette thèse a vocation à étudier ce principe qui se caractérise par cette exigence de traitements équivalents.

6. Le fait que la Cour de justice a retenu cette expression n'a pas conduit à la doctrine à s'intéresser à ce principe en tant que tel¹⁸. Que ce soit en langue française ou dans d'autres langues, aucune thèse n'a été faite sur ce sujet¹⁹. En règle générale, il n'est étudié que de manière *secondaire* ou *accessoire*. Il ne constitue jamais le cœur ou l'aspect central de l'étude. La doctrine s'y attarde notamment dans le cadre d'analyses relatives au principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale²⁰, à certains contentieux, notamment celui de la répétition de l'indu²¹, ou encore au rôle du juge national²² et à l'organisation des voies de droit nationales²³. En somme, d'une manière ou d'une autre, le principe d'équivalence n'est pas étudié en lui-même, dans une approche globale et transversale. Contrairement à son homonyme en sciences physiques, qui fait figure de principe « matriciel » ou « fondateur », le principe d'équivalence en droit de l'Union européenne reçoit une attention doctrinale beaucoup plus modeste.

7. Ces premières impressions permettent de douter de l'opportunité de proposer une étude centrée sur le principe d'équivalence. Un bref survol de la jurisprudence

¹⁷ Pour exemple, CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec.* p. I-2119, pt. 35 et pt. 40 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, ECLI:EU:C:2011:555, pt. 32 et pt. 35 ; CJUE, 6 janvier 2014, *Pohl*, aff. C-429/12, ECLI:EU:C:2014:12, pt. 23-28.

¹⁸ Partageant ce constat, voir M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438 : « no doubt because the principle of effectiveness has been more virile and volatile, there has been rather less academic interest in analyzing the principle of equivalence » (p. 423).

¹⁹ Certaines font figurer le « principe d'équivalence » dans leur intitulé. Toutefois, elles ne portent en rien sur le « principe d'équivalence » ici étudié, mais en général sur un aspect du principe de reconnaissance mutuelle ; voir A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zürich, Verlag, 1995 ; V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999.

²⁰ Voir not. B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, pp. 261 et suivantes ; E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, 1999, pp. 76 et suivantes ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 887-936, spéc. pp. 928-930.

²¹ Pour exemple, D. SIMON, v° « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en septembre 2012), par. 25 et suivants ; V. BOUHIER, « L'autonomie procédurale : les contours évolutifs d'un principe dans le cadre de la répétition de l'indu », *Rev. UE* 2013, pp. 481-488

²² Voir not. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 269 et suivantes ; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 799-800.

²³ J.-G. HUGLO, v° « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne », *JurisClasser Europe Traité*, fasc. 490, 13 septembre 2012 ; S. GUINCHARD, v° « Procès équitable. Contenu du droit au juge », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2017 (actualisé en décembre 2020), par. 120 ; T. DEBARD, v° « Droit de l'Union européenne et procédure civile », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juillet 2018 (actualisé en décembre 2019), par. 26. En langue anglaise, voir not. M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and*

européenne et française semble le confirmer. La Cour de justice mentionne pourtant régulièrement et toujours le principe d'équivalence dans de nombreux arrêts. Or ce nombre élevé de références se révèle en réalité trompeur. Plusieurs d'entre eux ne font que *mentionner* le principe d'équivalence, souvent en guise de rappel et dans une formulation standardisée en tant que limite à l'autonomie institutionnelle et procédurale²⁴. Dans d'autres arrêts, la Cour de justice s'abstient de l'appliquer en ce qu'elle « *ne dispose d'aucun élément de nature à susciter un doute sur la conformité de la réglementation nationale en cause au principal à ce principe* »²⁵. Les références exploitables se limitent alors à un corpus réduit de décisions dans lesquelles l'application du principe d'équivalence n'est pas toujours très détaillée. La Cour de justice y réitère des rappels généraux sur ce qu'implique et permet le principe d'équivalence. *In fine*, les arrêts donnant lieu à une application ou une appréciation aboutie dudit principe sont rares. La jurisprudence française, tant celle du juge administratif que du juge judiciaire, n'apporte pas davantage de décisions intéressantes. Globalement, le juge français ne fait mention que de manière exceptionnelle au principe d'équivalence.

8. Ce bref exposé dresse un état des lieux qui n'incite guère à se mener une thèse centrée sur le principe d'équivalence. Ce désintérêt doctrinal, couplé à une jurisprudence qui n'apporte que peu d'éléments pertinents et exploitables, laisse entendre que le principe d'équivalence, pour une raison ou une autre, ne mérite pas l'exégèse²⁶. L'indifférence dont il fait l'objet permet presque de penser que son utilité serait sujette à débat. Pour mériter un tel traitement, le principe d'équivalence n'aurait qu'un rôle très limité. Dès lors, sa présence dans la jurisprudence et dans les principaux manuels du droit de l'Union européenne se comprend difficilement. Aussi, la question se pose : si cette indifférence doctrinale révèle son inutilité, pourquoi existe-t-il encore ? L'existence actuelle du principe d'équivalence, son application constante dans la jurisprudence et son statut de principe "classique" du droit de l'Union européenne plaident, au contraire, en faveur de son utilité pour l'ordre juridique de l'Union européenne. Il aurait un rôle

Differentiation, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 24 et suivantes ; N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, pp. 69 et suivantes.

²⁴ Pour un exemple récent et représentatif, voir CJUE, 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, aff. jt. C-776/19 et C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470 : l'expression « principe d'équivalence » apparaît à trois occurrences toujours à titre de rappel et jamais isolément (pt. 27, pt. 39 et pt. 81). La Cour de justice justifie évidemment cela en ce qu'elle se focalise uniquement sur le principe d'effectivité qui est le « *seul visé dans la présente affaire* » (pt. 28).

²⁵ Pour exemple, CJUE, 4 juin 2021, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431, pt. 33.

²⁶ L'expression est empruntée à P. REMY, à propos des lois ou codes qui, en raison de la piètre qualité de leur rédaction, ne méritent pas d'être étudiés par la doctrine (cité par O. BEAUD, « La controverse doctrinale autour de la

relativement important ou, à tout le moins, non négligeable. Aussi, l'indifférence qu'il inspire est injustifiée et mérite d'être dépassée. Cette présentation aboutit à une forme de contradiction sur la manière d'appréhender le principe d'équivalence.

9. La présente thèse a l'ambition d'éclaircir cette situation assez paradoxale sur le traitement doctrinal et jurisprudentiel accordé au principe d'équivalence. Elle vise à déterminer s'il a une utilité réelle. Il nous revient de définir l'objet de l'étude (**Section 1**) pour ensuite expliciter la démarche qui nous permettra de clarifier ce paradoxe (**Section 2**).

Section 1 : L'objet de l'étude

10. L'effort de délimitation de l'objet étudié dans la présente thèse paraît de prime abord assez aisé. La définition du principe d'équivalence semble ne poser aucune difficulté. Il suffit de se reporter aux arrêts de la Cour de justice ou des juges nationaux qui mentionnent le « principe d'équivalence » et d'en étudier la portée²⁷. Ledit principe se caractérise comme l'interdiction faite aux États membres de traiter de manière défavorable la mise en œuvre de règles européennes en comparaison de règles internes similaires. En réalité, cette définition n'est pas formulée *in extenso* dans la jurisprudence. Elle résulte d'une généralisation et d'une systématisation. En effet, les formules employées par la Cour de justice ne sont pas uniformisées et se révèlent très hétérogènes. De même, de 1976 à 1997, l'expression de « principe d'équivalence » n'existe pas dans la jurisprudence. Pour appréhender au mieux la diversité de ses formulations et de ses applications, nous retiendrons une conception large du principe dit "d'équivalence" tel qu'il émane de la jurisprudence de la Cour de justice (§1). De cette manière, il est possible d'apprécier les relations entretenues par le principe d'équivalence avec d'autres concepts (§2).

responsabilité pénale du Président de la République. Pour une autre interprétation de l'article 68 de la Constitution », *RFDA* 2001, pp. 1187-1203, spéc. p. 1188).

²⁷ Nous excluons évidemment les mentions du principe d'équivalence qui ne se rapportent nullement au principe dit « d'équivalence » ici étudié. On pense aux arrêts relatifs à la fonction publique européenne, à propos du « principe d'équivalence des emplois » (pour exemple, CJCE, 23 mars 1988, *Hecq c. Commission*, aff. 19/87, *Rec.* p. 1681) ou « le principe d'équivalence de pouvoir d'achat entre les fonctionnaires » (pour exemple, Tr.U.E., 25 septembre 2002, *Ajour e.a. c. Commission*, aff. jt. T-201/00 et T-384/00, *Rec.* p. II-885, pt. 45).

§1 : La conception retenue du principe dit “d'équivalence” émanant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne

11. L'étude du principe d'équivalence nécessite d'en retenir une appréhension assez large. S'en tenir à une lecture stricte de la jurisprudence de la Cour de justice ne suffit pas. L'expression de “principe d'équivalence” n'existe que depuis l'arrêt *Palmisani* de 1997²⁸ et ses formulations fluctuent encore aujourd'hui. À l'issue d'une présentation de cette jurisprudence, permettant de dégager certains éléments de caractérisation du principe d'équivalence (A.), il nous apparaît indispensable de retenir une conception large pour en proposer une définition universelle (B.).

A. Exposé de la jurisprudence européenne relative au principe d'équivalence

12. Pour appréhender le principe d'équivalence en droit de l'Union européenne, la jurisprudence de la Cour de justice constitue la source principale, voire exclusive, à étudier. Le principe d'équivalence est en effet un principe prétorien dégagé par la Cour de justice. Il ne figure pas de manière explicite au sein des traités. Dans une moindre mesure, il se retrouve sous forme de périphrases notamment²⁹ à l'alinéa 2 de l'article 325 TFUE qui prévoit que « [les] États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers ». En dehors de ces rares dispositions, le principe d'équivalence demeure un principe émanant de la jurisprudence de la Cour de justice. Celle du Tribunal de l'Union occupe une place très résiduelle puisque les arrêts donnant lieu à l'application du principe d'équivalence restent exceptionnels³⁰. Les décisions des juridictions nationales n'aident pas davantage à la connaissance du principe d'équivalence³¹. Dans ces conditions, la jurisprudence de la Cour de justice constitue la source privilégiée pour étudier le principe d'équivalence.

²⁸ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

²⁹ Voir la déclaration n°19 annexée au Traité de Maastricht, relative à l'application du droit communautaire (JOCE 1992, C 191, p. 1) : « la Conférence – tout en reconnaissant qu'il appartient à chaque État membre de déterminer la meilleure façon d'appliquer les dispositions du droit communautaire, eu égard aux institutions, au système juridique et aux autres conditions qui lui sont propres, mais, en tout état de cause, dans le respect des dispositions de l'article 189 du traité instituant la Communauté européenne – estime qu'il est essentiel, pour le bon fonctionnement de la Communauté, que les mesures prises dans les différents États membres aboutissent à ce que le droit communautaire y soit appliqué avec une efficacité et une rigueur équivalentes à celles déployées dans l'application de leur droit national » (nous soulignons).

³⁰ Un rare contre-exemple est fourni par l'arrêt Tr.UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-126/14, ECLI:EU:T:2015:875. Pour d'autres exemples, donnant lieu seulement à un simple rappel du principe d'équivalence, voir Tr.UE, 14 mai 2013, *Régie Networks et NRJ Global*, aff. T-273/11, ECLI:EU:T:2013:239, p. 33-34 ; Tr.UE, 25 septembre 2019, *Magnan c. Commission*, aff. T-99/19, ECLI:EU:T:2019:693, pt. 45.

³¹ Cf. *infra*, pt. 80.

13. Cette jurisprudence se découpe, selon nous, en deux grandes phases³², dont la césure tient dans l'arrêt *Palmisani* de 1997. La première phase débute en 1976, avec les arrêts *Rewe* et *Comet*. Elle se présente comme une jurisprudence qui fait émerger le principe d'équivalence et qui l'ancre comme un principe stable du droit de l'Union, en dépit d'une application erratique (1.). La seconde phase commence avec l'arrêt *Palmisani*. Elle se traduit par une rationalisation du principe d'équivalence, dont la portée est précisée et standardisée (2.).

1. La phase de 1976 à 1997 : émergence et consécration erratique du principe d'équivalence

14. Cette première phase se caractérise par l'apparition explicite³³ du principe d'équivalence et par son ancrage dans le droit de l'Union. Son application y est fréquente, mais souvent au prix de formules assez changeantes de la part de la Cour de justice. Sa consécration comme un principe de l'Union européenne souffre d'une jurisprudence instable. Deux sous-phases peuvent être identifiées, avec l'arrêt *San Giorgio* rendu en 1983 comme coupure. La première court de 1976 à 1983 : les caractéristiques fondamentales du principe d'équivalence y sont proclamées malgré les premières fluctuations jurisprudentielles (a.). La seconde court de 1983 à 1997 : elle manifeste des incertitudes finalement dépassées sur la pérennité du principe d'équivalence (b.).

a. La période 1976-1983 : mention des caractéristiques fondamentales du principe d'équivalence et premières fluctuations jurisprudentielles

15. L'origine du principe d'équivalence remonte aux arrêts *Rewe* et *Comet*³⁴, dans lesquels plusieurs caractéristiques fondamentales y sont proclamées. D'abord, le principe d'équivalence se présente comme une concrétisation du principe de coopération loyale, alors rattaché à l'article 5 CEE. La Cour de justice indique que « *par application* [de ce dernier principe], *c'est aux juridictions nationales qu'est confié le soin d'assurer la protection juridique découlant, pour les justiciables, de l'effet direct du droit communautaire* »³⁵. Puis, elle ajoute que, « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent*

³² Sur cette approche par phases, voir not. M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, spéc. pp. 412 et suivantes. L'auteur traite surtout de la jurisprudence *Rewe* vis-à-vis des voies de droit nationales. La perspective est donc différente de la nôtre.

³³ Des manifestations pouvaient se deviner dans la jurisprudence antérieure aux *Rewe* et *Comet*, mais seulement par une lecture assez extensive de certains arrêts – cf. *infra*, pt. 179.

³⁴ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76 précités.

de l'effet direct du droit communautaire étant entendu que ces modalités ne peuvent être moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »³⁶. Ce *dictum* apporte plusieurs informations essentielles. D'une part, le principe d'équivalence s'inscrit dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale. Ce dernier renvoie à la liberté laissée aux États membres pour prévoir les modalités internes de mise en œuvre du droit de l'Union lorsque celui-ci reste silencieux sur ce sujet³⁷. Le principe d'équivalence encadre cette liberté puisque les États membres doivent *a minima* le respecter. D'autre part, l'exigence du principe d'équivalence est formalisée pour la première fois : les modalités appliquées au recours d'un justiciable invoquant les droits qu'il tire du droit de l'Union ne doivent pas être *moins favorables* que celles appliquées à un recours similaire interne. Enfin, cette reconnaissance du principe d'équivalence est concomitante à celle du principe d'effectivité³⁸.

16. Les arrêts *Rewe* et *Comet* posent les caractéristiques fondamentales du principe d'équivalence. Celles-ci ne seront jamais remises en question par la suite. La jurisprudence ultérieure ne fera que réitérer ces éléments³⁹. Des modifications ou précisions sont parfois apportées mais elles conduisent à une jurisprudence plus fluctuante sur le principe d'équivalence. La mention explicite de la coopération loyale⁴⁰ ou de l'autonomie institutionnelle et procédurale⁴¹ est parfois éludée au profit de dispositions de droit dérivé⁴². Dans l'arrêt *Salumi*, la formulation du principe d'équivalence prend une nouvelle perspective. La Cour de justice y affirme qu'« [il] appartient (...) à l'ordre juridique interne de chaque État membre, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas disposé en la matière, de déterminer les modalités et conditions de perception des charges financières communautaires (...), ainsi que de désigner les autorités chargées de la perception et les juridictions compétentes pour trancher les litiges auxquels cette perception peut donner lieu, étant entendu toutefois que ces modalités et conditions ne peuvent rendre **moins efficace** le système de

³⁵ *Ibid.*, respectivement, pt. 5 et pt. 12.

³⁶ *Ibid.*, respectivement pt. 5 et pt. 13.

³⁷ Cf. *infra*, pt. 45.

³⁸ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76 précités : « à défaut de pareilles mesures d'harmonisation, les droits conférés par le droit communautaire doivent être exercés devant les juridictions nationales selon les modalités déterminées par la règle nationale » et « qu'il n'en serait autrement que si ces modalités et délais aboutissaient à rendre en pratique impossible l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder » (respectivement, pt. 5 et pt. 15-16).

³⁹ Voir CJCE, 27 février 1980, *Just*, aff. 68/79, *Rec.* p. 501, pt. 25 ; CJCE, 10 juillet 1980, *MIRECO*, aff. 826/79, *Rec.* p. 2559, pt. 13 ; CJCE, 10 juillet 1980, *Ariete*, aff. 811/79, *Rec.* p. 2545, pt. 12.

⁴⁰ CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691, pt. 11-12, à propos de l'article 8 de la directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*JOCE* 1964, n° 56, p. 850).

⁴¹ CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda*, aff. 265/78, *Rec.* p. 617, pt. 10.

perception des taxes et redevances communautaires que celui des taxes et redevances nationales du même type »⁴³. Elle ajoute que « *l'application de la législation nationale doit se faire **de façon non discriminatoire** par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux* »⁴⁴. Enfin, certains arrêts *semblent* y faire référence. Tel est le cas dans l'affaire *Lippische* dans laquelle la Cour de justice affirme que, si « *le droit communautaire ne comporte pas de dispositions spécifiques, relatives à l'exercice de cette fonction de contrôle par les administrations nationales compétentes[la] seule exigence qui doit être formulée à cet égard du point de vue communautaire consiste en ce que les autorités nationales procèdent, en la matière, **avec la même diligence** que celle dont elles usent dans la mise en œuvre de législations nationales correspondantes, de manière à éviter toute atteinte à l'efficacité du droit communautaire* »⁴⁵. Il en va de même dans l'arrêt des *Croisières au beurre* dans lequel la Cour indique que « *le système de protection juridique mis en œuvre par le traité (...), implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct **dans les mêmes conditions** de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national* »⁴⁶.

17. Ces premières références jurisprudentielles apportent certains éclairages importants. En premier lieu, le principe d'équivalence semble s'appliquer à des domaines très variés. Les recours en matière de répétition de l'indu sont essentiellement concernés, qu'ils soient formés par des individus – comme dans les arrêts *Rewe* et *Comet* – ou par des autorités publiques – comme dans l'arrêt *Salumi*. Plus généralement, en raison de son lien avec la coopération loyale, le principe d'équivalence impose à l'État membre de prendre les mesures nécessaires pour appliquer des règles européennes dans des conditions qui sont “équivalentes” à celles prévues pour des règles internes similaires. L'application peut être assurée par un juge national par l'intermédiaire d'un recours formé par un individu qui demande le bénéfice des droits reconnus par le droit de l'Union. Elle peut aussi l'être par une procédure engagée par une administration nationale visant à percevoir des recettes au bénéfice de l'Union européenne. En deuxième lieu, l'exigence “d'équivalence” n'est pas clairement définie. La Cour de justice emploie parfois

⁴² Voir également CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec.* p. 1887, pt. 12.

⁴³ CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79, *Rec.* p. 1237, pt. 18 (nous soulignons).

⁴⁴ *Ibid.*, pt. 19 (nous soulignons). Voir également CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor GmbH*, aff. 205/82, *Rec.* p. 2633, pt. 19.

⁴⁵ CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. jt. 119/79 et 126/79, *Rec.* p. 1863, pt. 8 (nous soulignons). Voir également CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. 146/81, *Rec.* p. 1503, pt. 22.

⁴⁶ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805, pt. 44 (nous soulignons).

l'expression de « *règle de non-discrimination* »⁴⁷. Les formules varient, quand bien même leur signification reste en substance équivalente. Ces fluctuations se comprennent évidemment puisque la Cour de justice applique un principe encore très jeune, dont la portée et l'exigence doivent encore être précisées.

b. La période 1983-1997 : des incertitudes dépassées sur la pérennité du principe d'équivalence

18. Le statut du principe d'équivalence se fragilise avec l'arrêt *San Giorgio*. Dans cette affaire, la Cour de justice considère que « *l'exigence de non-discrimination formulée (...) ne saurait être entendue comme justifiant des mesures législatives destinées à rendre pratiquement impossible tout remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire, à condition que le même traitement soit étendu aux contribuables qui ont des réclamations similaires à faire valoir en raison d'une méconnaissance du droit fiscal national* »⁴⁸. Le respect du principe d'équivalence n'exonère pas l'État membre du respect du principe d'effectivité. Certains auteurs de doctrine⁴⁹, ainsi que des avocats généraux⁵⁰, y ont vu une forme de prévalence du second sur le premier. L'importance de cet arrêt, couplé à la fluctuation de la jurisprudence, conduit à douter de la pérennité du principe d'équivalence. Dans une moindre mesure, sa place et son rôle apparaissent plus limités⁵¹. En effet, les arrêts postérieurs sont marqués par une application plus prégnante du principe d'effectivité⁵² ou du principe de non-discrimination en raison de la nationalité⁵³ au détriment du principe d'équivalence. En outre, avec ses arrêts *Johnston*⁵⁴ et *Heylens*⁵⁵, la Cour de justice consacre le principe du droit au juge dans l'ordre juridique de l'Union. Les modalités procédurales nationales des recours permettant aux individus de revendiquer l'application du droit de l'Union sont encadrées principalement sur son fondement. La tendance se confirme avec les arrêts

⁴⁷ CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec.* p. 1449, pt. 7.

⁴⁸ CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.* p. 3595, pt. 16.

⁴⁹ Voir par exemple P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? » précité : cet arrêt « *contient en germe la prééminence du principe d'effectivité sur celui d'équivalence* » (p. 82).

⁵⁰ Voir M. DARMON, conclusions sur CJCE, 2 février 1989, *Commission c. Allemagne*, aff. 94/87, *Rec.* p. 175 : avec l'arrêt *San Giorgio*, « *[l']impératif de ne pas rendre pratiquement impossible l'exercice d'un droit communautaire prime l'exigence de non-discrimination entre recours fondés sur la méconnaissance des dispositions communautaires et ceux formés exclusivement en vertu de prescriptions internes* » (pt. 10).

⁵¹ Voir également CJCE, 2 février 1988, *Barra*, aff. 309/85, *Rec.* p. 355, pt. 19.

⁵² Pour une autre illustration, à propos du principe de proportionnalité, voir CJCE, 25 février 1988, *Drexel*, aff. 299/86, *Rec.* p. 1213, p. 23.

⁵³ Voir not. CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Hubbard c. Hamburger*, aff. C-20/92, *Rec.* p. I-3777 ; CJCE, 10 février 1994, *Mund & Fester*, aff. C-398/92, *Rec.* p. I-467 ; CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec.* p. I-225 ; CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Forsberg*, aff. C-43/95, *Rec.* p. I-4661 ; CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95, *Rec.* p. I-285.

⁵⁴ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651, pt. 17 et suivants.

⁵⁵ CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt. 14 et suivants.

*Factortame*⁵⁶, *Francovich*⁵⁷ ou *Emmott*⁵⁸, dans le prolongement de la jurisprudence *Simmenthal*⁵⁹, qui caractérisent une immixtion de la Cour de justice dans l'organisation des voies de droit nationales⁶⁰.

19. Dans ce contexte, le principe d'équivalence semble relégué au second plan. Cette position est accentuée par une jurisprudence toujours assez erratique à son sujet. Ses formulations demeurent assez inconstantes et même changeantes. Dans son arrêt *Déville*, après avoir rappelé les principes d'équivalence et d'effectivité⁶¹, la Cour de justice indique qu'« [il] découle de ce qui précède qu'un législateur national ne peut adopter, postérieurement à un arrêt de la Cour dont il résulte qu'une législation déterminée est incompatible avec le traité, de règle procédurale réduisant spécifiquement les possibilités d'agir en répétition des taxes qui ont été indûment perçues en vertu de cette législation »⁶². Une partie de la doctrine a pu – à tort, selon nous⁶³ – y voir une troisième exigence additionnelle à celle d'équivalence et d'effectivité⁶⁴. Cette interdiction, notamment à la lecture d'autres arrêts contemporains à cette affaire⁶⁵, découle bien du principe d'équivalence ; seule sa formulation est adaptée au contexte.

20. La jurisprudence paraît se présenter sous de meilleurs auspices pour le principe d'équivalence vis-à-vis de mesures nationales visant à sanctionner les violations du droit de l'Union. La Cour de justice affirme dans son arrêt *Commission c. Grèce (Maïs grecs)* que « tout en conservant le choix des sanctions, [les États membres] doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient **analogues** à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une

⁵⁶ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-2433, pt. 20 et suivants ; la Cour de justice reconnaît la possibilité pour les juges nationaux, indépendamment de ce que prévoit le droit national, de prendre des mesures provisoires.

⁵⁷ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. 5357, pt. 28 et suivants ; la Cour de justice reconnaît un principe selon lequel les préjudices découlant d'une violation du droit de l'Union et imputable à l'État membre doivent être réparés.

⁵⁸ CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott*, aff. C-208/90, *Rec.* p. I-4269, pt. 23 ; la Cour de justice considère qu'un délai de recours ne peut commencer à courir qu'à compter de la transposition correcte de la directive qui est invoquée par le justiciable.

⁵⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, pt. 24 ; la Cour de justice reconnaît au juge national le pouvoir d'écarter immédiatement l'application de toute disposition interne qui entrave celle du droit de l'Union.

⁶⁰ Voir également CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec.* p. I-2357, pt. 22 ; CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, *Rec.* p. I-6313, pt. 13.

⁶¹ CJCE, 29 juin 1988, *Déville*, aff. 240/87, *Rec.* p. 3513, pt. 12.

⁶² *Ibid.*, pt. 13.

⁶³ Cf. *infra*, pt. 411-412.

⁶⁴ Voir not. D. SIMON, v° « Répétition de l'indu » précité, par. 33 et suivants ; l'auteur évoque une « interdiction de la modification *ex post* des règles procédurales ».

⁶⁵ Pour exemple, CJCE, 5 octobre 1988, *Padovani e.a.*, aff. 210/87, *Rec.* p. 6177 : « une réglementation nationale **spéciale** relative à la perception de créances communautaires qui limiterait les pouvoirs accordés à l'administration nationale pour assurer la perception de ces créances, par comparaison avec les pouvoirs accordés à cette même administration s'agissant de taxes ou redevances nationales du même type, ne serait pas conforme au droit communautaire » (pt. 23 – nous soulignons). Voir également le pt. 24.

importance similaires (...)»⁶⁶. Ce *dictum* se retrouve à de multiples reprises dans la jurisprudence postérieure⁶⁷. Cependant, deux points viennent ternir ce tableau. Le premier est que cette place du principe d'équivalence reste encore concurrencée par d'autres exigences⁶⁸, dont le principe d'effectivité⁶⁹. Le second est qu'une partie de la doctrine y a vu un autre principe, parfois appelé « *principe d'assimilation* »⁷⁰, distinct du principe d'équivalence.

21. Ce climat nuit au rôle du principe d'équivalence, dont l'application est substituée par celle d'autres principes et exigences. Des doutes sur sa pérennité peuvent survenir. Certes, certains arrêts de la même période y font référence de manière tout à fait classique⁷¹. Mais ce sont essentiellement⁷² les arrêts *Van Schijndel*⁷³, *Brasserie du pêcheur*⁷⁴ et *Fantask*⁷⁵ qui minimisent ces doutes. La portée de ces trois décisions confirme l'ancrage du principe d'équivalence comme une limite stable à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Dans l'affaire *Van Schijndel*⁷⁶, la Cour de justice se prononce sur le relevé d'office d'une violation d'une règle européenne par le juge national. La logique des jurisprudences antérieures laissait présager l'apparition d'une exigence européenne obligeant ou permettant au juge national d'y procéder, indépendamment de ce que prévoit le droit national. La Cour de justice s'en détache en privilégiant l'application des principes d'équivalence et d'effectivité sur ce sujet. Plus particulièrement, la Cour impose que, si le droit national permet ou oblige le juge national à soulever certains moyens contentieux fondés sur le droit interne, il doit le permettre pour des moyens similaires fondés sur le droit de l'Union. Couplée avec le principe d'effectivité, l'application du principe d'équivalence est choisie par la Cour de justice en lieu et place d'une exigence plus directe et intrusive dans l'organisation des voies de droit nationale.

⁶⁶ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce (Maïs grecs)*, aff. 68/88, *Rec. p.* 2965, pt. 24 (nous soulignons).

⁶⁷ CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, aff. C-326/88, *Rec. p.* I-2911, pt. 17 ; CJCE, 2 octobre 1991, *Vandevenne e.a.*, aff. C-7/90, *Rec. p.* I-4371, pt. 11 ; CJCE, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-382/92, *Rec. I*-2435, pt. 55.

⁶⁸ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec. p.* 1891, pt. 28 ; CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, *Rec. p.* I-3941, pt. 25 ; CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, aff. C-271/91, *Rec. p.* I-4367.

⁶⁹ L'extrait cité de l'arrêt des *Maïs grecs* (aff. 68/88 précité) se termine par la précision selon laquelle les sanctions nationales doivent « *en tout état de cause [conférer] à la sanction un caractère effectif, proportionné et dissuasif* » (pt. 24).

⁷⁰ Voir not. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2004, pp. 276 et suivantes.

⁷¹ CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89, *Rec. p.* I-3763, pt. 59 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, aff. C-338/91, *Rec. p.* I-5475, pt. 15 ; CJCE, 6 décembre 1994, *Johnson*, aff. C-410/92, *Rec. p.* I-5483, pt. 21.

⁷² Voir également CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. C-36/94, *Rec. p.* I-3573, pt. 24 ; CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95, *Rec. p.* I-2195, pt. 29 et suivants.

⁷³ CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/95 et C-431/95, *Rec. p.* I-4705.

⁷⁴ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec. p.* I-1029.

⁷⁵ CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* 6783.

⁷⁶ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/95 et C-431/95 précité, pt. 17 et suivants.

22. Cette tendance se confirme avec l'arrêt *Brasserie du pêcheur*. D'une part, la Cour de justice considère que l'État membre doit voir sa responsabilité engagée si la violation d'une règle européenne est imputable au législateur national. D'autre part, elle expose les conditions minimales suffisantes pour engager cette responsabilité. Cependant, le principe d'équivalence n'est pas éclipsé : la Cour de justice précise que, si un régime national de responsabilité moins contraignant que celui requis par l'arrêt *Brasserie du pêcheur* existe, il doit s'appliquer pour des préjudices résultant d'une violation du droit de l'Union européenne⁷⁷. Enfin, dans l'arrêt *Fantask*, la Cour de justice cantonne la portée de son arrêt *Emmott* pour revenir à un encadrement du droit national similaire à celui opéré dans la jurisprudence *Rewe* et *Comet*, dans lequel le principe d'équivalence y joue un rôle important⁷⁸. En somme, si des doutes ont pu survenir sur la pérennité et l'utilité du principe d'équivalence, ils se sont dissipés.

2. La phase postérieure à 1997 : rationalisation et constance du principe d'équivalence

23. La jurisprudence antérieure à l'arrêt *Palmisani* consacre le principe d'équivalence comme un principe du droit de l'Union. Toutefois, elle reste assez clairsemée et surtout éparse. La Cour de justice ne semble pas retenir une conception claire sur le principe d'équivalence. Son champ d'application touche des domaines très hétérogènes. Plus encore, son exigence se formule de manière variée. Enfin, le problème majeur de cette jurisprudence repose sur la grande imprécision de concepts indispensables pour mettre en œuvre le principe d'équivalence, dont au premier chef celui de « similaire »⁷⁹. À partir de son arrêt *Palmisani*, la Cour de justice fournit une jurisprudence qui rationalise le principe d'équivalence et standardise ses modalités d'application. Nous proposons une nouvelle fois de dissocier deux sous-phases, dont la frontière se dessine vers l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. La première se traduit à titre principal par une rationalisation qui refrène les visions trop contraignantes du principe d'équivalence (a.). La seconde manifeste au contraire une approche équilibrée et cohérente du principe d'équivalence (b.).

⁷⁷ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, spéc. pt. 67 et suivants.

⁷⁸ CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 48 et suivants.

⁷⁹ Voir not. B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 264 et suivantes.

a. La période 1997-2010 : une rationalisation refrénant les conceptions trop contraignantes du principe d'équivalence

24. La première étape de la rationalisation opérée par la Cour de justice repose sur l'arrêt *Palmisani*⁸⁰ qui, comme nous l'avons vu, consacre l'expression de « principe d'équivalence » pour la première fois⁸¹. Au-delà, un raisonnement assez développé est mené par la Cour sur la similitude du recours fondé sur le droit de l'Union et sur deux autres voies de droit national. Celle-ci est réfutée eu égard à une différence d'« *objet* »⁸² et d'« *éléments essentiels* »⁸³. Plusieurs indices apparaissent ainsi pour apprécier la similitude des recours fondés sur le droit interne et sur le droit de l'Union. Enfin, la Cour de justice énonce que la vérification du respect du principe d'équivalence relève du juge national, éclairé par ses « *observations* »⁸⁴. L'arrêt *Edis* apporte deux autres indications importantes sur le principe d'équivalence⁸⁵. D'abord, ce dernier « *suppose (...) que la modalité litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, s'agissant d'un même type de taxes ou redevances* »⁸⁶. Ensuite, il « *ne saurait (...) être interprété comme obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions en restitution de taxes ou redevances perçues en violation du droit communautaire son régime de répétition interne le plus favorable* »⁸⁷. Ces premiers éléments conduisent à écarter des conceptions trop extensives du principe d'équivalence. Seuls les traitements accordés *uniquement* à des situations *internes similaires* peuvent être pris en compte. À défaut, si cette similitude est insuffisante ou si le traitement s'applique indépendamment de la nature européenne ou interne de la situation, le principe d'équivalence est respecté.

⁸⁰ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

⁸¹ Deux autres apports, plus minimes, sont à noter. D'une part, cet arrêt s'inscrit dans la continuité de l'arrêt *Brasserie du pêcheur* : la Cour de justice applique explicitement le principe d'équivalence aux conditions de responsabilité de l'État (pt. 24 et suivants ainsi que pt. 32 et suivants). D'autre part, l'arrêt confirme que si le principe d'effectivité est respecté, cela n'a pas d'influence sur le respect du principe d'équivalence (pt. 27 et suivants).

⁸² *Ibid.*, pt. 36.

⁸³ *Ibid.*, pt. 38.

⁸⁴ *Ibid.* : « *S'il appartient, en principe, aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire et, en particulier, la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire imputables à un État membre sont conformes au principe de l'équivalence, certains éléments du dossier au principal permettent à la Cour de formuler les observations suivantes* » (pt. 33).

⁸⁵ Sur leur confirmation, voir CJCE, 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96, C-280/96 et C-281/96, *Rec. p.* I-5025, pt. 29 ; CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, *Rec. I*-7141, pt. 20-21.

⁸⁶ CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec. p.* I-4951, pt. 36 (nous soulignons).

⁸⁷ *Ibid.* (nous soulignons). La Cour de justice en déduit alors que « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions. Il n'en irait autrement que si ces modalités n'étaient applicables qu'aux seules actions en remboursement de ces taxes ou impositions fondées sur le droit communautaire* » (pt. 37).

25. La Cour de justice énonce d'autres indications dans l'arrêt *Levez*⁸⁸, dont la portée est essentielle pour l'étude du principe d'équivalence⁸⁹. Les rôles respectifs du juge national et de la Cour de justice sont réitérés⁹⁰. Elle ajoute toutefois que, « *afin de vérifier si le principe de l'équivalence est (...) respecté, la juridiction nationale, qui est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des recours* [en droit national], *doit examiner tant l'objet que les éléments essentiels des recours prétendument similaires de nature interne* »⁹¹. Puis, « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale est moins favorable que celles concernant des recours similaires de nature interne doit être analysée par la juridiction nationale en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales* »⁹². La Cour de justice rappelle également que le principe d'équivalence ne joue que vis-à-vis de modalités procédurales « *applicables à deux types de demandes comparables, l'une fondée sur le droit communautaire [et] l'autre fondée sur le droit national* »⁹³. L'arrêt *Preston* apporte quelques précisions, notamment sur la manière de comparer les régimes : la Cour de justice indique à ce titre qu'« *un tel examen ne saurait se faire de manière subjective en fonction des circonstances factuelles, mais doit porter sur une comparaison objective et abstraite des modalités procédurales en cause* »⁹⁴.

26. Ces prises de position entraînent deux conséquences. La première est la rationalisation du principe d'équivalence. Ses contours, sa méthode et son exigence bénéficient d'une délimitation précisée. Son identification et son étude deviennent plus aisées puisque la Cour de justice confirme ces précisions dans des arrêts ultérieurs. La seconde conséquence est la conception prudente, voire presque restrictive, du principe d'équivalence. Cette jurisprudence peut se comprendre comme un frein à toute velléité d'imposer une contrainte trop forte sur l'autonomie institutionnelle et procédurale. L'équivalence requise entre les régimes nationaux doit concerner des situations européenne et interne dont la *similitude* est suffisante. À défaut, le principe d'équivalence est inopérant. De même, l'équivalence s'apprécie globalement, en tenant compte de toutes les particularités et spécificités des régimes en cause. En d'autres termes, il faut

⁸⁸ Position confirmée dans CJCE, 16 mai 2000, *Preston*, aff. C-78/98, *Rec.* p. I-3201.

⁸⁹ CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec.* p. I-7835. La Cour de justice réaffirme que « [le] respect du principe de l'équivalence suppose que la règle litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne (...) » (pt. 41) et que « ce principe ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites [dans un même domaine] » (pt. 42).

⁹⁰ *Ibid.*, pt. 39-40.

⁹¹ *Ibid.*, pt. 43 (nous soulignons).

⁹² *Ibid.*, pt. 44 (nous soulignons).

⁹³ *Ibid.*, pt. 47.

que la différence de traitements soit suffisamment importante pour que la Cour de justice la qualifie de « moins favorable ».

27. La jurisprudence qui suivra reste fidèle à cette approche. Elle nous apparaît toutefois assez sévère sur l'application du principe d'équivalence. Les arrêts dans lesquels le principe d'équivalence est jugé méconnu sont quasi inexistant⁹⁵. D'une manière générale, la Cour de justice considère ou présume que le principe est respecté avec une relative aisance, sans qu'elle ait à développer un long argumentaire⁹⁶. Dans une moindre mesure, la Cour ne fait que rappeler ce qu'implique le respect du principe d'équivalence⁹⁷. De plus, quelques incertitudes ou confusions persistent ou apparaissent. D'abord, certaines exigences jurisprudentielles ne se rattachent pas au principe d'équivalence. En matière de sanction nationale, par l'exemple, le *dictum* de l'arrêt des *Maïs grecs*⁹⁸ selon lequel « les violations du droit communautaire [doivent être] sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires » reste autonome par rapport au principe d'équivalence⁹⁹. Pourtant, à propos d'autres affaires impliquant des sanctions nationales, le principe d'équivalence est nommément mentionné¹⁰⁰. La jurisprudence relative au moyen soulevé d'office se révèle également difficile à comprendre pour plusieurs raisons¹⁰¹. Par exemple, dans une série de décisions relatives à la sanction de clauses abusives en droit de la consommation¹⁰², la Cour de justice a indiqué que leur nullité devait toujours être relevée d'office par le juge national, écartant ainsi l'application du principe d'équivalence¹⁰³.

⁹⁴ CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 62.

⁹⁵ Les exceptions, assez mesurées au demeurant, que nous identifions sont celles où la violation du principe d'équivalence est envisagée par la Cour de justice, mais sans être avérée à ses yeux. Voir CJCE, 10 septembre 2002, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99, *Rec. p.* I-6761, pt. 77-78 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World e.a.*, aff. C-174/01, *Rec. p.* I-11365, pt. 107-108.

⁹⁶ Pour exemple, voir CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec. p.* I-9687, pt. 30-31 ; CJCE, 18 janvier 2007, *City Motors Groep*, aff. C-421/05, *Rec. p.* I-653, pt. 35 ; CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 40-45.

⁹⁷ Voir CJCE, 13 juillet 2004, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec. p.* I-6619, pt. 99.

⁹⁸ CJCE, *Commission c. Grèce (Maïs grecs)*, aff. 68/88 précité.

⁹⁹ Voir CJCE, 8 juillet 1999, *Numes et Matos*, aff. C-186/98, *Rec. p.* I-4883, pt. 10 ; CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec. p.* I-3565, pt. 65 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec. p.* I-8511, pt. 52.

¹⁰⁰ CJCE, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04 précité, pt. 92-93 ; CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, *Rec. p.* I-7213, pt. 52-53.

¹⁰¹ Une autre raison tient dans l'appréciation de la similitude entre les moyens fondés sur le droit de l'Union et sur le droit national. La méthode retenue par la Cour de justice s'écarte un peu de celle suivie en général – voir CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec. p.* I-3055, pt. 36-37. Sur ce sujet, cf. *infra*, pt. 385 et suivants.

¹⁰² Plus précisément, voir l'article 6, §1, de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE* 1993, L 95, p. 29).

¹⁰³ Voir not. CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jt. C-240/98 à C-244/98, *Rec. p.* I-4941, pt. 28-29 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec. p.* I-10421 pt. 38.

28. Une dernière évolution nuit à ce mouvement de rationalisation. Le fondement du principe d'équivalence devient moins clair et sujet à débat. Avec sa jurisprudence initiée par les arrêts *Rewe* et *Comet*, la Cour de justice le rattachait au principe de coopération loyale : le principe d'équivalence venait préciser la manière dont les États membres devaient, en l'absence de précision explicite à ce sujet, mettre en œuvre le droit de l'Union. Or deux autres fondements apparaissent dans certains arrêts de la Cour de justice. Dans son arrêt *Pasquini*, elle indique que « *le principe d'équivalence (...) n'est que l'expression du principe d'égalité de traitement, qui est l'un des principes fondamentaux du droit communautaire* »¹⁰⁴. Dans son arrêt *Impact*, elle affirme au contraire « [les] exigences d'équivalence et d'effectivité (...) expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire »¹⁰⁵. La mention du principe de coopération loyale comme fondement du principe d'équivalence perdure, mais se révèle plus rare¹⁰⁶.

b. La période postérieure à 2010 : une jurisprudence plus équilibrée et cohérente

29. La rationalisation du principe d'équivalence s'améliore, à nos yeux, avec l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. À partir de la fin d'année 2009, la Cour de justice rend plusieurs décisions qui atténuent très largement les critiques précédentes. Il s'agit des arrêts *Asturcom Telecomunicaciones*¹⁰⁷, *Pontin*¹⁰⁸ et *Transportes Urbanos*¹⁰⁹. Dans le premier, le principe d'équivalence est appliqué à nouveau vis-à-vis de moyens soulevés d'office par le juge national¹¹⁰. Dans le deuxième, la Cour de justice reconnaît de manière très péremptoire une violation du principe d'équivalence, au terme d'une appréciation plus souple de la similitude des recours fondés sur le droit de l'Union et sur le droit national¹¹¹. Le troisième arrêt fait de même. Plus encore, il constitue une illustration emblématique du principe d'équivalence, notamment en ce qu'il touche à la similitude des recours nationaux fondés sur la Constitution ou sur le droit de l'Union.

¹⁰⁴ CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec.* p. I-6515, pt. 70.

¹⁰⁵ CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec.* p. I-2483, pt. 47.

¹⁰⁶ Voir CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec.* p. I-577, pt. 69. Dans le reste des références, le principe de coopération loyale n'est pas mentionné.

¹⁰⁷ CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.* p. I-9579. Voir également CJUE, 16 novembre 2010, *Pohotovost'*, aff. C-76/10, *Rec.* p. I-11557, pt. 48 et suivants.

¹⁰⁸ CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467.

¹⁰⁹ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, *Rec.* p. I-635.

¹¹⁰ CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 38 et suivants.

¹¹¹ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 55 et suivants. Voir également CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec.* p. I-7003, pt. 30 et suivants.

30. Ces arrêts initient la dernière phase jurisprudentielle sur le principe d'équivalence, dans laquelle les raisonnements de la Cour de justice à son sujet gagnent en précision. De plus en plus, certaines affaires tendent à se focaliser principalement ou exclusivement autour de son respect, ce qui amène la Cour de justice ainsi que ses avocats généraux à en approfondir l'examen. La jurisprudence devient plus claire : la Cour de justice refuse encore de reconnaître trop aisément le non-respect du principe d'équivalence, mais, en général, en apportant plusieurs indications qui le justifient¹¹². En outre, même si elles restent rares, des violations du principe d'équivalence sont plus fréquemment constatées¹¹³ ou envisagées¹¹⁴. De plus, certaines précisions ont été apportées sur ce qu'implique le principe d'équivalence ou sur sa méthode¹¹⁵. La Cour de justice a pu affirmer, par exemple, que « *le principe d'équivalence [n'implique pas] l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente tels que le contentieux civil, d'un côté, et le contentieux administratif, de l'autre, ou à des contentieux relevant de deux branches de droit différentes* »¹¹⁶. Sur sa méthode, la Cour insiste sur le fait que, « *dans une situation (...) qui concerne deux types de demandes fondées, l'une comme l'autre, sur le droit de l'Union, l'invocation du principe d'équivalence est dénuée de pertinence* »¹¹⁷.

31. Pour achever cette présentation, quatre arrêts méritent d'être mentionnés en ce qu'ils contribuent à rendre plus cohérente et accessible la compréhension du principe d'équivalence. L'arrêt *Benallal*¹¹⁸ concerne les moyens soulevés d'office et clarifie grandement la jurisprudence antérieure. D'une part, il réaffirme l'applicabilité du principe d'équivalence à ce domaine au-delà des affaires liées aux clauses abusives en droit de la consommation. D'autre part, la Cour de justice retient une formule plus

¹¹² Voir CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115, pt. 94 et suivants ; CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432, pt. 39 et suivants ; CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Víznyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88, pt. 43 et suivants ; CJUE, 31 mai 2018, *Sziber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367, pt. 37 et suivants ; CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 40.

¹¹³ CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08, *Rec.* p. I-4165, pt. 77 ; CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, pt. 54 et suivants ; CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494, pt. 51 et suivants ; CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825, pt. 29 et suivants.

¹¹⁴ CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745, pt. 39-40 ; CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, pt. 76 et suivants.

¹¹⁵ Voir également CJUE, 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352 : « *pour autant que le respect du principe d'équivalence suppose l'application indifférenciée d'une règle nationale dans des situations résultant, d'une part, de l'application du droit de l'Union et, d'autre part, du droit interne, ce principe ne peut pas être appliqué dans une situation qui ne relève pas du droit de l'Union (...)* » (pt. 63).

¹¹⁶ CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38, pt. 74 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzone Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 67 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Târșia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, pt. 34.

¹¹⁷ CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 35.

¹¹⁸ CJUE, 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175.

limpide sur ce qu'implique le principe d'équivalence¹¹⁹. L'arrêt *Scialdone* apporte une clarification en matière de sanctions nationales puisque la jurisprudence des *Mais grecs* est – enfin – explicitement rattachée au principe d'équivalence¹²⁰. Enfin, les arrêts *XC*¹²¹ et *Călin*¹²² offrent de nouveaux éléments sur le principe d'équivalence. En l'occurrence, celui-ci est opposé à des recours visant à réviser des décisions juridictionnelles définitives, permettant ainsi de déroger au principe de l'autorité de la chose jugée. Dans ces deux arrêts, la Cour de justice ne requiert pas l'existence d'un tel recours pour faire respecter le droit de l'Union, en dépit de l'existence de recours internes similaires appliqués pour assurer le respect d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme – arrêt *XC* – ou d'une cour constitutionnelle – arrêt *Călin*. Elle juge que, au sens du principe d'équivalence, ces deux recours ne peuvent être considérés comme « similaires » au recours en révision fondé sur le droit de l'Union ou sur un arrêt de la Cour de justice¹²³.

B. La définition universelle du principe d'équivalence

32. En dépit de la rationalisation opérée par la Cour de justice, la jurisprudence du principe d'équivalence demeure hétérogène. L'exigence d'équivalence se formule de manière très variable et s'applique à des domaines diversifiés. Aussi, afin de proposer une étude aussi générale que possible sur le principe d'équivalence, une définition universelle doit être retenue. Nous proposons celle qui suit : **le principe d'équivalence requiert que le *traitement national* accordé à une *situation européenne* soit au moins équivalent à celui accordé à une *situation interne* similaire**. Il en résulte une méthode, par étapes, pour vérifier si ce principe est respecté : identifier une *situation européenne* et en déduire son *traitement* ; rechercher une situation interne *similaire* et en déduire son traitement – ce qui constituera le **référéntiel** ; enfin, comparer les deux traitements afin de déterminer s'ils s'équivalent. Avec cette définition, l'ensemble des manifestations du principe d'équivalence dans la jurisprudence peut être appréhendé – et

¹¹⁹ *Ibid.* : « dès lors qu'une juridiction nationale statuant en cassation considère que le moyen tiré du non-respect du droit d'être entendu comme étant un moyen d'ordre public interne pouvant être soulevé pour la première fois devant elle dans le cadre d'un contentieux régi par le droit interne, le principe d'équivalence exige que, dans le cadre d'un même contentieux, un moyen similaire tiré d'une violation du droit de l'Union puisse également être soulevé pour la première fois devant cette même juridiction, au stade de la cassation » (pt. 31). La Cour de justice indique, juste avant, que « la condition liée au respect de ce principe d'équivalence requiert donc que, lorsque les dispositions du droit interne relatives aux modalités procédurales en matière de recours en cassation confèrent à une juridiction statuant en cette qualité l'obligation d'accueillir ou de soulever d'office un moyen fondé sur la violation du droit national, cette même obligation doit prévaloir de la même manière pour ce qui est d'un moyen de la même nature, pris de la violation du droit de l'Union » (pt. 30).

¹²⁰ CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/18, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 53 et suivants.

¹²¹ CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853.

¹²² CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700.

¹²³ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 47 ; CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 39-40.

ce quelle qu'en soit la période. Cette définition fait intervenir trois concepts importants qu'il nous faut expliquer : le "traitement", la "situation" et une "équivalence minimale" (1.). Il sera parfois nécessaire de retenir une conception plus large du principe d'équivalence lorsque la Cour de justice renvoie la mise en œuvre du droit de l'Union aux modalités fixées par le droit interne. En effet, nous pensons possible d'y voir une application *implicite* du principe d'équivalence (2.).

1. Une définition reposant sur les concepts de "traitement", "situation" et "équivalence minimale"

33. L'emploi de ces trois concepts permet de systématiser l'ensemble de la jurisprudence européenne. Ceux-ci ne sont toujours pas employés par la Cour de justice ou ses avocats généraux. Tout au plus, ils apparaissent parfois dans certains arrêts pour définir le principe d'équivalence. Nous les retenons pour la définition universelle du principe d'équivalence en qu'ils sont tous suffisamment larges pour englober l'ensemble de la jurisprudence. Même s'ils seront étudiés plus en détail dans cette thèse, il nous faut les définir brièvement.

34. La « situation » se définit comme une hypothèse dans laquelle une règle de droit (européenne ou interne) doit s'appliquer, s'applique ou est susceptible de s'appliquer. Cette "application" s'entend de manière très large. Il peut tout aussi bien s'agir d'une mise en œuvre directe de la règle de droit : une loi de transposition d'une directive ou un acte administratif qui exécute directement un règlement européen constitue une "situation européenne". L'élimination d'un acte juridique qui entrave les effets de la règle de droit est également prise en compte¹²⁴. Par exemple, le recours dirigé contre un acte refusant l'octroi de subvention européenne constitue une situation européenne : en annulant ce refus, le juge permet à la règle européenne qui prévoit cette subvention de s'appliquer. Enfin, l'application de la règle de droit peut être partielle ou incomplète. Par exemple, une répétition de l'indu et une demande en indemnisation caractérisent des « situations ». Le remboursement d'une taxe contraire au droit de l'Union permet, incidemment, à ce dernier d'être respecté. Il en va de même pour la réparation d'un préjudice : la règle européenne violée est appliquée en ce qu'elle permet à la victime d'être indemnisée.

¹²⁴ Voir not. J. SIRINELLI, « L'acte administratif de mise en œuvre du droit de l'Union européenne », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 965-990.

35. En retenant une appréhension aussi large du concept de « situation », nous pouvons y inclure tous les cas dans lesquels le principe d'équivalence s'applique. Ce concept se retrouve seulement en partie dans la jurisprudence européenne¹²⁵. Le plus souvent, la Cour de justice oppose le principe d'équivalence aux modalités relatives à un « recours »¹²⁶. Ce principe s'applique également à des « réclamations »¹²⁷ ou des « demandes »¹²⁸ qui se fondent sur le droit de l'Union. Notons également que des « sanctions »¹²⁹ sont également concernées. Cette grande hétérogénéité est englobée dans le concept de « situation ». Nous précisons enfin que la nature européenne ou interne de la « situation » dépend de la nature de la règle amenée à s'appliquer¹³⁰. Enfin, la « situation » s'appréhende indépendamment des personnes ou des autorités qui appliquent ou doivent appliquer la règle européenne ou interne. Une « situation » ne se réduit pas *exclusivement* aux cas où des particuliers cherchent à bénéficier des droits conférés par l'Union européenne.

36. Le concept de « traitement » se définit lui aussi de manière très large¹³¹. Il désigne l'ensemble¹³² des dispositions qui forme le régime juridique accordé à la « situation ». Autrement dit, le traitement regroupe les règles qui permettent l'application du droit de l'Union ou d'une règle de droit interne. Pour l'essentiel des arrêts, le traitement se compose de « modalités procédurales »¹³³. Le principe d'équivalence s'applique par exemple à des délais contentieux¹³⁴, au respect de certaines formalités administratives¹³⁵, à des méthodes de calcul d'intérêts compensatoires¹³⁶, à une règle imposant un recours préalable¹³⁷ ou encore au caractère non suspensif d'un recours contentieux¹³⁸. Cependant, une lecture attentive de la jurisprudence montre que des dispositions d'ordre matériel – et donc non procédural – peuvent se rattacher au « traitement » et être soumises au

¹²⁵ Pour exemple, CJUE, *Bankia*, aff. C-910/19 précité : « Le principe d'équivalence impose que les dispositions procédurales nationales régissant des **situations** soumises au droit de l'Union ne soient pas moins favorables que celles régissant des **situations** similaires soumises au droit interne (...) » (pt. 46 – nous soulignons).

¹²⁶ Pour exemple, CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec.* p. I-12167, pt. 72-73.

¹²⁷ Pour exemple, CJUE, 17 juillet 2014, *Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 35.

¹²⁸ Pour exemple, CJUE, *Târșia*, aff. C-69/14 précité, pt. 32.

¹²⁹ Pour exemple, CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/18 précité, pt. 29.

¹³⁰ Cf. *infra*, pt. 223 et suivants.

¹³¹ Sa mention se fait lorsque la Cour de justice indique, notamment, que « le respect [du principe d'équivalence] implique ainsi un **traitement** égal des recours fondés sur la violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union » (pour exemple, CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 29 – nous soulignons).

¹³² Ceci s'impose dès lors que la Cour de justice requiert « une comparaison objective et abstraite **des** modalités procédurales en cause » (CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 62 précité – nous soulignons).

¹³³ Pour exemple, CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 34.

¹³⁴ Pour exemple, CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 22.

¹³⁵ Pour exemple, CJUE, *Accor*, aff. C-310/09 précité, pt. 93 et suivants.

¹³⁶ Pour exemple, CJCE, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99 précité, pt. 76 et suivants.

¹³⁷ Pour exemple, CJCE, *City Motors Groep*, aff. C-421/05 précité, pt. 35.

¹³⁸ Pour exemple, CJUE, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17 précité, pt. 45.

respect du principe d'équivalence. La seule condition, identifiée notamment par l'avocat général M. BOBEK¹³⁹, est l'existence d'un *lien* suffisant entre la mesure « litigieuse » et la mise en œuvre du droit de l'Union ou du droit interne. Sa nature et sa consistance n'emportent donc aucune conséquence sur leur rattachement au « traitement ». Enfin, le traitement est « national » : il est constitué de l'ensemble des règles *nationales*, déterminées par l'État membre, qui permettent la mise en œuvre du droit de l'Union ou du droit interne.

37. Le dernier concept est celui d'« équivalence minimale ». Il renvoie à l'étymologie du terme « équivalence », qui découle du terme latin « *aequivalens* », participe présent du « *aequivalere* », composé de *aequi-*, « égal », et *valere*, « valoir »¹⁴⁰. Autrement dit, les traitements accordés aux situations européennes et internes similaires doivent s'équivaloir, être de même « valeur », être globalement « égaux » entre eux. Plus précisément, l'équivalence s'apprécie au regard de la protection et des garanties offertes par le traitement pour permettre la mise en œuvre de la règle européenne ou interne. Un traitement national viole le principe d'équivalence s'il rend la mise en œuvre du droit de l'Union plus difficile comparativement à du droit interne similaire. Il en va de même si la situation européenne ne jouit pas des mêmes avantages que ceux dont bénéficie une situation interne similaire. Le terme d'« équivalence » paraît assez général pour englober l'ensemble des formulations de l'exigence du principe d'équivalence. Selon les arrêts de la Cour de justice, il requiert parfois une *identité* ou une *analogie* entre les traitements. À d'autres occasions, il interdit que le traitement accordé à la situation européenne soit *discriminatoire* ou *moins favorable* en comparaison de celui accordé à la situation interne similaire. Ces divergences n'ont toutefois aucune conséquence sur l'intensité du contrôle opéré par la Cour de justice. Plus encore, chaque formule se rattache sans mal au concept « d'équivalence ». Enfin, cette équivalence est dite « minimale » puisque le principe d'équivalence n'interdit pas qu'un traitement accordé à une situation européenne soit plus avantageux que celui accordé à une situation interne similaire.

38. Nous pensons utile de conserver l'utilisation du terme d'« équivalence » pour dépasser les fluctuations jurisprudentielles, mais aussi les divergences doctrinales. Certains auteurs jugent ce vocable trompeur¹⁴¹. En outre, les formulations varient en

¹³⁹ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841, pt. 85. Cf. *infra*, pt. 452-453.

¹⁴⁰ Définition reprise de la 9^e édition du dictionnaire de l'Académie française.

¹⁴¹ Voir pour exemple A. THEOFILI, *La mise en œuvre du droit de l'Union européenne en droit du contentieux administratif français*, Thèse dactyl., Paris II, 2019, p. 45.

doctrine : « *principe de la non-discrimination* »¹⁴², « *principe de l'égalité de traitement entre [droits conférés par des règles européennes ou nationales]* »¹⁴³, « *principe de parité* »¹⁴⁴, « *principe de parité juridictionnelle* »¹⁴⁵, « *principe de parité procédurale* »¹⁴⁶, « *principe du traitement national* »¹⁴⁷, « *principe d'équivalence du traitement juridictionnel* »¹⁴⁸ ou encore « *principe d'équivalence des protections juridictionnelles* »¹⁴⁹. Plus encore, « l'équivalence » en tant que telle est rarement employée par les auteurs pour décrire le principe d'équivalence¹⁵⁰. Dans cette thèse, il nous semble opportun de parler d'une « équivalence minimale » pour gagner en clarté.

2. Une identification envisageable à partir du renvoi aux modalités nationales existantes

39. À partir de cette définition universelle du principe d'équivalence, les arrêts qui font application dudit principe s'appréhendent tous sans difficulté, indépendamment des formulations variables qui se dégagent de la jurisprudence. Malgré tout, le corpus d'arrêts demeure encore assez réduit. En effet, la définition que nous en donnons s'inspire surtout de la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Palmisani*, qui rationalise et standardise la formulation du principe d'équivalence. Pour les arrêts antérieurs, son identification reste parfois malaisée. Certes, dans certaines hypothèses, notre définition universelle fonctionne. Par exemple, il ne fait nul doute que la Cour de justice mentionne le principe d'équivalence lorsqu'elle affirme qu'« *en l'absence de réglementation communautaire, le nécessaire renvoi aux législations nationales est (...) soumis à des limites dont la nécessité a été reconnue en ce sens que l'application de la législation nationale doit se faire de façon non*

¹⁴² P. OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE* 1992, n°2-3, pp. 348-374., spéc. p. 351.

¹⁴³ L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1992, pp. 1-9, spéc. p. 5 ; R. KOVAR, « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, 1997, pp. 143-176, spéc. p. 168.

¹⁴⁴ A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538, spéc. p. 535.

¹⁴⁵ R. ABRAHAM, « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *Rev. Eur. Droit Public*, 2017, pp. 577-593, spéc. p. 580.

¹⁴⁶ C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 287.

¹⁴⁷ M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 631 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *op. cit.*, p. 617.

¹⁴⁸ D. SIMON, *Le système juridique communautaire* précité, p. 420.

¹⁴⁹ E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne* précité, p. 117.

¹⁵⁰ Pour des contre-exemples, voir not. R. Kovar, « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE* 1977, pp. 230-244 : l'auteur parle d'une exigence qui « suppose une équivalence avec le régime des recours similaires » (p. 243) ; F. MARTUCCI, *op. cit.* : l'auteur utilise le terme d'équivalence pour caractériser le principe. Il note par exemple que c'est souvent le juge national qui est chargé « d'apprécier si **Péquivalence** est garantie » (p. 629 – nous soulignons) ou que la Cour de justice peut « se prononcer elle-même sur **Péquivalence** » (p. 629 – nous soulignons) ; dans une optique plus prudente, voir M. BLANQUET, *op. cit.* : « Il ne s'agit pas d'une exigence d'**identité**, mais d'**équivalence** même si ce principe est souvent considéré comme une application particulière du principe général de non-discrimination ou d'égalité de traitement » (p. 632 – il insiste). Voir également N. POLTORAK, *op. cit.*, pp. 72-73.

discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux »¹⁵¹.

40. Pour d'autres hypothèses, en revanche, l'identification du principe d'équivalence se prête à débat. En général, il s'agit d'arrêts dans lesquels la Cour de justice reconnaît que la mise en œuvre du droit de l'Union européenne se fait conformément aux règles nationales existantes. Dans un arrêt *Raiffeisen*, elle énonce par exemple que « *les litiges relatifs à la restitution de montants perçus pour le compte de la Communauté doivent être tranchés par les juridictions nationales en application de leur droit national, en la forme et au fond, dans la mesure où le droit communautaire n'a pas autrement disposé en la matière* »¹⁵². La question se pose : faut-il y voir une mention, certes très tacite, du principe d'équivalence ? De prime abord, répondre par l'affirmative serait hasardeux. Nous accorderions une portée trop grande à certains arrêts qui ne prescrivent qu'un renvoi aux réglementations nationales pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union. Ces références n'expriment, au mieux, que le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale. De plus, certains arrêts pourraient être lus avec anachronisme. La jurisprudence de la Cour de justice fait mention d'un tel renvoi au droit national bien avant l'apparition du principe d'équivalence dans les arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁵³.

41. Nous estimons malgré tout que le principe d'équivalence se manifeste lorsque la Cour de justice opère un tel renvoi aux règles nationales. En exigeant que le droit de l'Union soit appliqué *dans les conditions de fond et forme* prévues par le droit national, il ne peut s'agir que d'une mention implicite du principe d'équivalence. D'une certaine manière, pour mettre en œuvre le droit de l'Union, l'État membre est invité à le faire par l'intermédiaire des dispositions nationales qui s'appliquent *normalement* à des règles de droit interne. Autrement dit, il doit respecter le principe d'équivalence. Retenir une autre lecture de cette jurisprudence nous paraît assez illogique. En affirmant ce renvoi aux règles nationales, la Cour de justice ne se limite pas à énoncer un constat, sans rien prescrire ou requérir. Selon nous, à tout le moins, elle mentionne une exigence, certes très tacite et évanescence, à savoir celle que, par défaut, le droit de l'Union sera appliqué selon les conditions de fond et de forme nationales.

42. Cette lecture constructive de la jurisprudence accroît le corpus d'arrêts pour l'étude du principe d'équivalence, dont l'identification est facilitée. Elle sera toutefois

¹⁵¹ Pour exemple, CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12.

¹⁵² CJCE, 25 février 1988, *Raiffeisen*, aff. 199/86, *Rec.* p. 1169, pt. 13.

¹⁵³ Cf. *infra*, pt. 41.

employée avec parcimonie pour éviter tout risque d'extrapolation. Le principe d'équivalence ne s'identifie que si la Cour de justice renvoie aux « règles »¹⁵⁴ ou aux « conditions de fond et de forme »¹⁵⁵ qui existent dans l'ordre juridique national. Dans le cas contraire, en l'absence d'une telle précision, nous convenons qu'il ne s'agit que d'un rappel du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale et/ou du principe de coopération loyale. Enfin, l'anachronisme est atténué puisque, dans la jurisprudence antérieure aux arrêts *Rewe* et *Comet*, la Cour de justice ne fait que reconnaître la *possibilité* pour les États membres d'appliquer leurs règles nationales¹⁵⁶. En aucun cas il ne s'agit d'une exigence qui révélerait le principe d'équivalence¹⁵⁷.

§2 : Les relations du principe d'équivalence vis-à-vis de concepts voisins

43. La conception retenue du principe d'équivalence permet de mieux cerner les liens qu'il entretient avec d'autres concepts. Son étude et sa compréhension n'échappent pas à ce travail de délimitation. Un premier ensemble de concepts entretient une connexion indéniable avec le principe d'équivalence. Ceux-ci doivent être définis pour contextualiser et mieux comprendre la signification et la fonction du principe d'équivalence (A.). Le second ensemble de concepts présente une proximité seulement apparente avec lui. Il nous faut les évoquer et les définir pour mieux comprendre ce qui les dissocie du principe d'équivalence étudié (B.).

A. Les concepts connectés au principe d'équivalence

44. L'introduction à l'étude du principe d'équivalence ne peut faire l'économie d'un exposé des concepts importants qui y sont liés. Chacun sera étudié plus en détail dans la suite de la thèse. Il s'agit d'en proposer une première définition, notamment pour mieux comprendre les liens qu'ils entretiennent avec le principe d'équivalence. D'abord, nous

¹⁵⁴ Voir CJCE, 27 mai 1993, *Peter*, aff. C-290/91, Rec. p. I-2981 : « les autorités nationales procèdent, lors de l'exécution de ces réglementations, en suivant les règles de forme et de fond de leur droit national » (pt. 8).

¹⁵⁵ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12.

¹⁵⁶ Pour exemple, CJCE, 3 avril 1968, *Molkerei Zentrale Westfalen-Lippe*, aff. 28/67, Rec. p. 211 : « l'article 95 **ne limite pas** le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire » (pp. 228-229 – nous soulignons). Voir également CJCE, 4 avril 1968, *Lübeck*, aff. 34/67, Rec. p. 359, p. 370.

¹⁵⁷ CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70, Rec. p. 49 : la Cour de justice affirme que « dans les cas où la mise en œuvre d'un règlement communautaire incombe aux autorités nationales, il convient d'admettre qu'en principe cette application se fasse dans le respect des formes et procédures du droit national » (pt. 4). Cependant, cette affirmation n'impose rien aux États membres ; elle permet uniquement à la Cour de justice d'écarter ces règles nationales « qui ne s'harmonisent pas avec le système [harmonisé] de garanties et de preuves établi par la réglementation communautaire » (pt. 5). Voir également CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71, Rec. p. 307, pt. 10-11.

verrons le principe d'autonomie dite "institutionnelle et procédurale" et du principe de coopération loyale (a.), puis les principes d'effet direct, de primauté et d'effet utile (b.).

1. Le principe de l'autonomie dite "institutionnelle et procédurale" et le principe de coopération loyale

45. Le premier concept est celui de l'autonomie dite "institutionnelle et procédurale". Sa relation avec le principe d'équivalence relève de l'évidence. L'ensemble de la doctrine constate que le principe d'équivalence, couplé avec le principe d'effectivité, se caractérise d'abord comme une limite, un encadrement ou une condition à cette autonomie¹⁵⁸. L'existence de ce concept d'autonomie institutionnelle et procédurale est attribuée à J. RIDEAU¹⁵⁹ dans un article publié en 1972 et fut reprise par la Cour de justice elle-même¹⁶⁰. Ce principe signifie que les États membres déterminent de manière autonome les modalités visant à mettre à en œuvre le droit de l'Union dans leur ordre juridique. Cette autonomie n'est bridée que dans deux hypothèses : d'une part, des règles européennes viennent *directement* imposer à l'État membre une exigence particulière sur la manière de mettre en œuvre le droit de l'Union ; d'autre part, en l'absence de telles règles, l'État membre doit respecter les principes d'équivalence et d'effectivité. Cette « autonomie institutionnelle et procédurale » a fait l'objet de plusieurs travaux doctrinaux¹⁶¹, dont la thèse de B. LE BAUT-FERRARESE¹⁶². La jurisprudence de la Cour de justice confirme ces éléments. Dans un arrêt récent, elle y affirme que « *en l'absence de réglementation de l'Union en la matière, les modalités de mise en œuvre de telles normes relèvent de l'ordre juridique interne des États membres en vertu du principe de l'autonomie procédurale*

¹⁵⁸ Voir P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? » précité.

¹⁵⁹ J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 864-903, spéc. pp. 884 et suivantes. L'auteur ne parle alors que d'une autonomie « institutionnelle » ; le qualificatif de « procédural » n'apparaît que plus tard. Il reste que l'essence même du principe se dégage dès l'article de J. RIDEAU.

¹⁶⁰ Pour exemple, CJCE, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04 précité, pt. 52.

¹⁶¹ Voir M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457 ; L. POTVIN-SOLIS, « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant le juge communautaire », in J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON (dir.) *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156 ; V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309 ; V. BOUHIER, « L'autonomie procédurale : les contours évolutifs d'un principe dans le cadre de la répétition de l'indu », *Rev. UE* 2013, pp. 481-488 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité ; O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181. ; M. LOPEZ-ESCUADERO, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne », in B. BERLIN, F. MARTUCCI et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 103-126 ; S. PLATON, « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 461-490.

de ces derniers, elles ne doivent cependant pas être moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni rendre impossible en pratique ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité) »¹⁶³.

46. Ce principe d'autonomie institutionnelle et procédurale reste toutefois encore discuté en doctrine. L'idée que les États membres sont "autonomes" lorsqu'ils mettent en œuvre le droit ne fait pas consensus. L'ancien juge européen KAKOURIS a notamment nié l'existence d'une telle autonomie¹⁶⁴. Plus récemment, M. BOBEK s'est montré réticent sur la pertinence du terme d'« autonomie » pour décrire la situation dans laquelle se trouvent les États membres¹⁶⁵. Enfin, pour certains auteurs, ce principe serait en voie de disparition, notamment compte tenu de l'accroissement des règles européennes qui encadrent directement la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁶⁶. Pour l'heure, nous restons réservés sur ces différentes critiques : nous démontrerons que si elles se comprennent et reposent parfois sur des arguments intéressants, elles peuvent être désamorçées. Nous considérons donc que ce principe d'autonomie existe toujours, justifiant l'existence du principe d'équivalence.

47. En revanche, nous prôtons une distance quant aux qualificatifs de "institutionnelle" et de "procédurale". Ceux-ci doivent être compris comme *indicatifs* et non *limitatifs*. L'autonomie « institutionnelle et procédurale » sous-entend que les États membres sont libres de fixer des modalités propres aux institutions et aux procédures relatives à la mise en œuvre du droit de l'Union. Or une telle conception conduirait à un problème au regard de notre définition du principe d'équivalence¹⁶⁷. Dans ces conditions, le « traitement », c'est-à-dire les règles nationales qui permettent la mise en œuvre du droit de l'Union, se réduirait aux seules règles d'ordre institutionnel ou procédural – ce que nous avons refusé d'admettre. Dès lors, le concept d'autonomie "institutionnelle et procédurale" ne doit pas être entendu d'une manière aussi stricte. Sauf indication contraire, nous n'accorderons donc aucune signification à ces deux qualificatifs.

¹⁶² B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité.

¹⁶³ CJUE, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, aff. C-726/19 précité, pt. 47.

¹⁶⁴ C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une "autonomie" procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epadinondas P. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 159-179.

¹⁶⁵ M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323.

¹⁶⁶ Pour exemple, V. COURONNE, *op. cit.*

¹⁶⁷ Plus globalement, sur une telle incohérence, voir J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409, spéc. pp. 390 et suivantes.

48. Le second principe est celui de coopération loyale. Sa relation avec le principe d'équivalence sera détaillée dans la thèse en ce que, selon la présentation que nous en avons faite¹⁶⁸, la coopération loyale en constitue le fondement. Elle se rattache actuellement à l'article 4, §3, TUE et apparaît sous maintes formes dans la jurisprudence de la Cour de justice. Le principe a été également largement étudié par la doctrine¹⁶⁹, notamment dans la thèse de M. BLANQUET¹⁷⁰. La coopération loyale apparaît toutefois comme un concept polysémique¹⁷¹. En ce sens, il s'agit d'un « *principe directeur des relations entre les États membres et les institutions* [de l'Union] »¹⁷², qui prend des manifestations assez différentes selon les situations dans lesquelles il s'applique. Pour ce qui nous intéresse, la coopération loyale se comprend comme l'exigence selon laquelle les États membres doivent faire le nécessaire pour que le droit de l'Union s'applique pleinement dans leur ordre juridique. Elle entretient alors un rapport avec l'autonomie institutionnelle et procédurale : dès lors qu'aucune règle européenne ne leur impose directement de mettre en œuvre le droit de l'Union d'une certaine manière, les États membres sont tenus de prévoir ces modalités. La coopération loyale commande donc aux autorités nationales d'appliquer le droit de l'Union, quand bien même elles n'y seraient pas expressément invitées. Le principe d'équivalence se traduit comme une précision de cette coopération loyale : un État membre fait le nécessaire pour que le droit de l'Union déploie pleinement ses effets dans l'ordre juridique national s'il bénéficie d'un traitement au moins équivalent à une règle de droit nationale similaire¹⁷³.

¹⁶⁸ Cf. *supra*, pt. 17.

¹⁶⁹ Voir V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 97-115 ; M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 115-181 ; V. SKOURIS, « The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC », in *Tom Bingham and the Transformation of EC Law. A Liber Amicorum*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 493-507 ; E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RMCUE* 2012, pp. 197-203 ; du même auteur, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *CDE* 2016, n°1, pp. 221-251 ; M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE* 2016, n°1, pp. 193-219 ; B. BERTRAND, « La loyauté des États membres de l'Union européenne », in S. FERRARI et S. HOURSON (dir.), *La loyauté en droit public*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 143-154.

¹⁷⁰ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E.. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994.

¹⁷¹ Voir F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne* précité, pp. 152-154 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, pp. 114 et suivantes.

¹⁷² M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 127 – il insiste.

¹⁷³ Voir E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Rev. UE* 2012, pp. 197-203 : « le principe d'équivalence conduit à sanctionner objectivement les règles procédurales nationales, comme une violation évidente du principe de [coopération loyale] » (p. 202).

2. Les principes d'effet direct, de primauté et d'effet utile

49. Retenir une définition consensuelle de ces trois principes n'est pas une tâche aisée. En leur qualité de principes primordiaux du droit de l'Union, retenir une conception plutôt qu'une autre entraîne des conséquences sur la compréhension du système juridique européen. Pour ce qui nous intéresse, la portée du principe d'équivalence ne sera pas la même selon l'acception retenue de ces trois principes.

50. Le principe d'effet direct¹⁷⁴, exprimé par la Cour de justice dans son arrêt *Van Gend en Loos*¹⁷⁵, se définit en général comme l'aptitude d'une règle européenne à attribuer directement des droits subjectifs dans le patrimoine juridique des individus. En conséquence, puisque ces individus sont titulaires de tels droits, ils doivent pouvoir bénéficier de leurs effets et en revendiquer l'application et le respect, notamment devant les autorités nationales. Une règle européenne est considérée comme d'effet direct lorsque sa densité normative est suffisante, ce qui se traduit pour la Cour de justice dans le fait qu'elle soit précise, claire et inconditionnelle¹⁷⁶. De prime abord, le principe d'équivalence sert de relais au principe de l'effet direct puisque les individus cherchant à se voir appliquer la règle européenne ne doivent pas subir un traitement moins favorable que s'ils avaient invoqué une règle interne. Toutefois, bien que cette idée soit fréquente dans la jurisprudence¹⁷⁷, le principe d'équivalence ne se réduit pas à ce type de « situation ». De même, il opère y compris pour encadrer le traitement d'une règle européenne qui n'accorde aucun droit à des particuliers¹⁷⁸.

51. Ainsi défini, l'effet direct noue une relation ténue avec le principe d'équivalence. En revanche, si une conception plus large est retenue, cette relation devient plus forte.

¹⁷⁴ Voir not. J. A. WINTER, « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concept in Community Law », *CMLR* 1972, n°9, pp. 425-438 ; A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 85-130 ; S. PRECHAL, « Does Direct Effect Still Matter ? », *CMLR* 2000, n°37, pp. 1047-1069 ; du même auteur, « Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected », in J. M. PRINSSSEN et A. SCHRAUWEN (dir.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue, Europa Law Publishing, 2004, pp. 15-41 ; M. BLANQUET, v° « Effet direct », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en avril 2015) ; R. MEHDI, v° « Ordre juridique de l'Union européenne – Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 195, 6 février 2013 ; R. SCHÜTZEN, « Direct Effects and Indirect Effects of Union Law », in R. SCHÜTZE et T. TRIDIMAS (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 265-299.

¹⁷⁵ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec.* p. 3, spéc. pp. 23 et suivantes.

¹⁷⁶ Pour des dispositions du traité, voir CJCE, 16 juin 1966, *Lütticke*, aff. 57/65, *Rec.* p. 293, spéc. p. 302 ; pour des dispositions d'une directive, voir CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 147/78, *Rec.* p. 1629, pt. 23 et suivants.

¹⁷⁷ Pour exemple, CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité : « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, à condition toutefois que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des réclamations semblables de nature interne (principe d'équivalence) et qu'elles ne soient pas aménagées de manière à rendre en pratique impossible l'exercice des droits reconnus par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) » (pt. 31 – nous soulignons).

Tel est le cas si l'effet direct se définit comme l'aptitude d'une règle européenne à produire directement ses effets dans l'ordre juridique national. De cette manière, le principe d'équivalence s'y rattache sans équivoque. La règle européenne devra bénéficier d'un traitement national qui lui permette de déployer ses effets au moins dans les mêmes conditions qu'une règle nationale similaire. Pour éviter des confusions sémantiques, nous préférons employer l'expression de « applicabilité directe » pour désigner cette acception large de l'effet direct. Dans cette perspective, seule l'applicabilité directe du droit de l'Union entretient un lien intéressant vis-à-vis du principe d'équivalence. Cette position sera approfondie dans la thèse¹⁷⁹.

52. Le principe de primauté constitue lui aussi un concept polysémique et discuté¹⁸⁰. Il se définit comme la prévalence de la règle européenne sur toute autre règle ou pratique nationale qui lui serait antinomique. De prime abord, le principe d'équivalence n'entretient aucune relation avec le principe de primauté. Toutefois, pour certains auteurs, l'interdiction pour l'État membre d'accorder un traitement défavorable à une règle européenne serait une manière de garantir la primauté du droit de l'Union¹⁸¹. Le principe d'équivalence constituerait, selon cette vision, une manifestation du principe de primauté. Nous sommes dissident de cette approche, qui consiste, selon nous, à retenir une vision trop large du principe de primauté ou de l'idée d'une "prévalence" de la règle européenne sur le droit interne.

53. Nous retenons une conception plus stricte du principe de primauté à partir de l'arrêt *Commission c. Italie* de la Cour de justice¹⁸². La primauté se caractérise selon deux aspects : « [la] prohibition de plein droit d'appliquer une prescription nationale reconnue incompatible

¹⁷⁸ On pense, par exemple, à des dispositions instituant des sanctions ou des obligations à la charge des particuliers ; cf. *infra*, pt. 437.

¹⁷⁹ Cf. *infra*, pt. 214 et suivants.

¹⁸⁰ Voir not. D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *RTDE* 1978, pp. 381-418 ; V. CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlagn KG, 1983, pp. 109-123 ; J.-V. LOUIS, « La primauté du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne* précité, pp. 145-170 ; du même auteur, « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? » in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461 ; D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493 ; F. MODERNE, « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA* 2005, pp. 43-50 ; K. LENAERTS et T. CORTHAUT, « Of birds and hedges : the role of primacy in invoking norms of EU law », *ERL* 2006, n°31, pp. 287-315 ; D. RITLÉNG, « De l'utilité du principe de primauté en droit de l'Union européenne », *RTDE* 2009, pp. 677-698 ; R. MEHDI, v° « Ordre juridique de l'Union européenne – Primauté du droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 196, 15 avril 2013 ; M. CLAES, « The Primacy of EU Law in European and National Law », in *The Oxford Handbook of European Law* précité, pp. 178-201.

¹⁸¹ Voir not. D. SIMON, *Le système juridique communautaire* précité, p. 420.

¹⁸² CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, aff. 48/71, *Rec.* p. 529, pt. 8.

avec le traité » et la garantie que le droit de l'Union s'applique « *sans que les États membres puissent y opposer des obstacles quels qu'ils soient* ». Très concrètement, le principe de primauté commande que le droit de l'Union soit en mesure de s'appliquer sans entrave dans l'ordre juridique national. Un lien semble se dessiner avec le principe d'équivalence : le traitement défavorable accordé à la situation européenne s'assimilerait à une entrave ou un obstacle. Une telle approche nous paraît encore exagérée : l'entrave à l'application du droit de l'Union ne s'appréhende pas aussi largement. Le traitement défavorable ne s'oppose pas *directement* ou *frontalement* à la règle européenne. En effet, lorsque le principe d'équivalence opère, c'est qu'il n'existe aucune réglementation européenne qui encadre ou régit directement la mise en œuvre du droit de l'Union. Le traitement défavorable entrave donc *incidemment* ou *indirectement* l'application de la règle européenne. Il n'empêche pas son application ; tout au plus, il ne fait que la rendre moins fréquente, moins aisée¹⁸³. Le principe d'équivalence ne présente donc qu'un lien limité avec le principe de primauté.

54. L'ultime concept est celui de « l'effet utile »¹⁸⁴. À l'instar des notions précédentes, sa polysémie rend toute définition unanime difficile à exposer. A. BARAV y voit par exemple une notion de laquelle découle une « *gamme d'exigences* »¹⁸⁵ variées. Pour ce qui nous intéresse ici, l'effet utile se définit comme le fait qu'une règle de droit produise concrètement ses effets. Plus qu'un principe juridique, nous y voyons une préoccupation, un objectif poursuivi par la Cour de justice. Cette dernière interprète des dispositions européennes de manière à leur donner une signification cohérente et surtout efficace¹⁸⁶. Plus généralement, l'effet utile renvoie à la nécessité que le droit de l'Union produise réellement ses effets dans les ordres juridiques nationaux. L'approche est pragmatique : les droits et obligations institués par l'Union européenne restent théoriques, hypothétiques ou illusoires si, dans les faits, ils ne déploient pas *utilement*

¹⁸³ Un exemple intuitif le démontre sans mal. Un délai de recours de deux mois viole le principe d'équivalence s'il s'applique à des recours fondés sur le droit de l'Union et s'avère plus court que celui accordé à des recours similaires fondés sur le droit interne. Cependant, en lui-même, le délai de deux mois n'empêche pas l'application du droit de l'Union par le juge national.

¹⁸⁴ Sur ce concept, voir not. R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 (red. Bruxelles, Bruylant, 2008), pp.238-241 ; J.-D. MOUTON, v° « Effet utile », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 449-454 ; J. L. DA CRUZ VILAÇA, « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in La Cour de justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 279-306 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 263 et suivantes ; du même auteur, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in A. BOUVERESSE et D. RITTELENG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 49-62.

¹⁸⁵ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983, pp. 53 et suivantes.

¹⁸⁶ Voir J.-A. GUTIERREZ-FONS et K. LENAERTS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 27-28.

leurs *effets* dans l'ordre juridique national. Il ne suffit donc pas que le droit de l'Union soit susceptible de s'appliquer ; encore faut-il qu'il s'applique *effectivement*, avec une certaine efficacité. L'effet utile renvoie à cette nécessité de rendre réel, concret, palpable les effets de la règle européenne.

55. De ce point de vue, les principes d'effet direct, de primauté et de coopération loyale contribuent à garantir et préserver l'effet utile du droit de l'Union¹⁸⁷. L'arrêt *Simmenthal* le montre : « *les juridictions nationales chargées d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences, les dispositions du droit de l'Union ont l'obligation d'assurer le plein effet de ces dispositions en laissant au besoin inappliquée, de leur propre autorité, toute disposition nationale contraire* »¹⁸⁸. Le principe d'équivalence fait de même¹⁸⁹. En interdisant des traitements défavorables accordés à une situation européenne, il participe à cette protection de l'effet utile du droit de l'Union. En effet, le fait que la mise en œuvre d'une règle européenne soit complexifiée ou ne jouisse pas des mêmes avantages dont bénéficie une règle similaire de droit interne porte atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. Dans ces circonstances, la règle européenne ne parvient pas à déployer pleinement ses effets, dans le maximum de ses potentialités. Elle rencontre des obstacles qui, sans conduire à son inapplicabilité pure et simple¹⁹⁰, nuisent à son effet utile. Une nouvelle fois, ce concept d'effet utile sera précisé dans la suite de la thèse¹⁹¹.

B. Les concepts distincts du principe d'équivalence

56. La définition retenue du principe d'équivalence permet de le dissocier d'autres concepts qui semblent imposer la même exigence, à savoir une équivalence entre deux traitements accordés à des situations européenne et interne similaires. De prime abord, le principe d'équivalence se rapproche des principes d'égalité et de non-discrimination. De plus, il s'assimile aux mécanismes d'équivalence qui existent en droit international privé et économique. Nous verrons que ces proximités doivent être écartées : le principe d'équivalence en droit de l'Union jouit d'une existence autonome au regard tant du principe d'égalité et de non-discrimination (1.) que de principes analogues issus du droit international (2.).

¹⁸⁷ Voir O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, pp. 171 et suivantes.

¹⁸⁸ Pour exemple, CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 44.

¹⁸⁹ Pour une affirmation explicite, voir CJUE, *Bankia*, aff. C-910/19 précité : « *si les États membres disposent d'une large marge d'appréciation dans la mise en œuvre [du droit de l'Union], en application du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale, ce principe doit toutefois être appliqué dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, afin de préserver l'effet utile des dispositions de droit de l'Union applicables* » (pt. 45).

¹⁹⁰ Le principe de primauté a vocation à remédier à ce problème – cf. *supra*, pt. 52.

¹⁹¹ Cf. *infra*, pt. 177 et suivants.

1. Les principes d'égalité et de non-discrimination

57. Rapprocher le principe d'équivalence avec les principes d'égalité et de non-discrimination¹⁹² relève de l'évidence. La doctrine¹⁹³ et la Cour de justice¹⁹⁴ ont à maintes occasions évoqué ce point. En droit de l'Union européenne, le principe d'égalité de traitement et le principe *général* de non-discrimination sont notamment consacrés aux articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux. En substance, l'un comme l'autre interdisent que deux situations similaires soient traitées différemment. Le principe de non-discrimination se montre plus rigoureux puisqu'il prohibe précisément un critère discriminatoire¹⁹⁵, comme la nationalité¹⁹⁶, le sexe¹⁹⁷, les origines¹⁹⁸, l'orientation sexuelle, l'âge¹⁹⁹, les convictions religieuses, etc. Autrement dit, toute différence de traitement fondée sur un tel critère sera *ipso facto* interdite. Le principe d'égalité se montre plus souple puisque, selon une jurisprudence constante de la Cour de justice, celui-ci « exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »²⁰⁰. Le principe d'équivalence s'approche de ces deux principes. Notre définition universelle se révèle en partie en adéquation avec l'approche retenue du principe

¹⁹² À titre indicatif parmi une littérature foisonnante, voir not. E. CEREXHE, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 34-65 ; K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE* 1991, pp. 3-41, spéc. p. 24 ; F. SCHOCKWEILER, « La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité C.E.E. », *Rivista di diritto europeo* 1991, pp. 3-24 ; M.-F. TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 168 ; S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999 ; R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003 ; E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; F. PICOD, « Article I-4 – Libertés fondamentales et non-discrimination », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 78-95 ; C. NOURISSAT, « L'égalité en droit communautaire », *L'égalité*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 51, 2008, pp. 195-203 ; D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; du même auteur, v° « Article 19 TFUE, article 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations », *JurisClasser Europe Traités*, fasc. 602, 11 mai 2017 ; M. FALLON et D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination... », *JDE* 2010, n°170, pp. 165-173 ; S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89 ; A. ILIOPOULOU-PENOT, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 595-623 ; E. BRIBOSIA, E. RORIVE et J. HISLAIRE, « Article 21. Non-discrimination », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 489-514.

¹⁹³ Pour exemple, L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire » précité, p. 5 ; G. LE CHATELIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 97-101 ; C. MAUBERNARD, « Le principe d'égalité de traitement : un principe cardinal du droit de l'Union européenne », *RMCUE* 2010, pp. 373-378.

¹⁹⁴ Voir CJCE, *Pasquini*, aff. C-34/02 précité, pt. 70 ; J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 67.

¹⁹⁵ Voir article 19 TFUE.

¹⁹⁶ Pour exemple, CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, aff. C-73/08, *Rec. p.* I-2735, pt. 40.

¹⁹⁷ Pour exemple, CJCE, 9 septembre 2003, *Rinke*, aff. C-25/02, *Rec. p.* I-8349, pt. 25.

¹⁹⁸ Pour exemple, CJCE, 10 juillet 2008, *Feryn*, aff. C-54/07, pt. 22 et suivants.

¹⁹⁹ Pour exemple, CJUE, 12 janvier 2010, *Petersen*, aff. C-341/08, pt. 78.

²⁰⁰ Pour exemple, CJUE, 14 septembre 2010, *Akzo Nobel Chemicals et Akcros Chemicals c. Commission*, aff. C-550/07 P, *Rec. p.* I-8301, pt. 54.

d'égalité par la Cour de justice. En outre, le principe d'équivalence peut être vu comme l'interdiction d'une discrimination dont le critère discriminant interdit est l'origine européenne de la règle à appliquer.

58. Dans cette optique, l'étude du principe d'équivalence renverrait *in fine* à l'analyse d'une manifestation particulière et originale des principes d'égalité et de non-discrimination. Il nous faudrait alors chercher à comprendre et critiquer son originalité et ses spécificités *en fonction* ou *en comparaison* des caractéristiques de ces deux principes. Une telle approche offre une perspective d'analyse intéressante et même envisageable. À terme, la thèse pourrait presque avoir pour ambition d'éprouver pleinement la réalité du lien entre les principes d'équivalence d'une part et d'égalité et de non-discrimination d'autre part. Dès lors, les recherches portant sur le principe d'équivalence auraient été une contribution à l'étude du principe d'égalité et de non-discrimination.

59. Pour ce faire, il nous faut retenir comme postulat le fait que le principe d'équivalence découle ou a un lien avec les principes d'égalité et de non-discrimination. Or ce postulat nous paraît trop fragile. Des différences trop fondamentales invitent à nous émanciper de cette vision. Contrairement aux deux autres principes, l'équivalence n'est pas un principe tourné vers la protection des individus et dont le statut serait assimilable à celui d'un droit fondamental. En effet, sa fonction première se cantonne à la préservation de l'effet utile du droit de l'Union. La garantie qu'il apporte bénéficie *d'abord* aux règles européennes qui doivent s'appliquer – et non, à proprement parler, aux individus qui en réclament l'application. De même, contrairement au principe d'égalité, le principe d'équivalence n'admet aucun motif justifiant que le traitement accordé la situation européenne s'avère moins favorable que celui de la situation interne similaire. En somme, le principe d'équivalence doit être vu comme un concept autonome des principes d'égalité et de non-discrimination²⁰¹. La thèse se focalisera ainsi uniquement sur le principe d'équivalence en tant que tel, et non en parallèle de ces principes.

2. Un « principe d'équivalence » en droit international

60. Le droit international présente deux concepts qui se rapprochent du principe d'équivalence en droit de l'Union européenne. Le premier concerne « l'équivalence » en droit international privé²⁰². Ce concept est employé par les juges pour déterminer quelle

²⁰¹ Cf. *infra*, pt. 283 et suivants.

²⁰² Voir not. H. GAUDEMET-TALLON, « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 303-325 ; S.

règle de droit – nationale ou étrangère – doit être appliquée pour trancher un litige. Même si une convention internationale régit les conflits entre normes étrangères et nationales, le juge peut retenir une autre norme pourvu qu'elle soit *équivalente* à celle qui aurait normalement dû s'appliquer²⁰³ s'il est invité par les parties. Cette équivalence permet, par exemple, au juge français d'admettre l'exequatur d'un jugement étranger qui aurait appliqué une règle équivalente à celle normalement prévue. Il n'est nul besoin d'approfondir ce "principe" de droit international privé pour constater à quel point il est différent du principe d'équivalence en droit de l'Union européenne. Il correspond à une souplesse accordée lorsqu'un juge ou un jugement fait application d'une loi différente de « celle désignée par la règle de conflit française »²⁰⁴ : cette "erreur" n'a aucune conséquence « si le résultat obtenu est identique à celui qui aurait été obtenu avec l'application de la loi désignée par la règle de conflit française »²⁰⁵. Aucun trait commun avec le principe d'équivalence en droit de l'Union ne se dessine.

61. Un second principe, plus intéressant, est celui du "traitement national" en droit international économique. Sa proximité avec le principe d'équivalence s'avère intuitivement plus pertinente. Certains auteurs²⁰⁶, et parfois la Cour de justice²⁰⁷, emploient l'expression de "traitement national" pour désigner le principe d'équivalence. Il prend deux formes, souvent par l'intermédiaire de clauses insérées dans des conventions internationales commerciales : la clause "de la nation la plus favorisée" et la clause du "traitement national". L'une et l'autre partagent une finalité commune : lutter contre les traitements discriminatoires accordés dans les États à des services, des prestations ou, plus généralement, à des investissements économiques similaires. La clause de la nation la plus favorisée signifie que « les contractants acceptent de s'octroyer mutuellement le bénéfice d'avantages commerciaux supplémentaires qu'ils viendraient à accorder ultérieurement à des pays tiers (...) »²⁰⁸. La clause du traitement national « engage les [États contractants] à accorder aux produits importés le même traitement que celui qui est fait aux produits nationaux [similaires] »²⁰⁹. Dans les deux situations, un État partie à une convention

GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Revue critique de droit international privé* 2010, pp. 271-313.

²⁰³ Voir Cass., I, 11 juillet 1988, *Bao-Daï*, pourvoi n°86-17.779, *Revue critique de droit international privé*, 1989, p. 81.

²⁰⁴ H. GAUDEMET-TALLON, *op. cit.*, p. 305.

²⁰⁵ *Ibid.*

²⁰⁶ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 631 ; voir également T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2006, pp. 218-220.

²⁰⁷ CJCE, 6 juin 1994, *Commission c. Italie*, aff. C-101/94, *Rec. p.* I-2691, pt. 12.

²⁰⁸ D. CARREAU *et al.*, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6e édition, 2017, p. 202.

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 209.

contenant ces stipulations doit accorder un même traitement pour tout type de produit similaire.

62. La clause du traitement national semble à bien des égards très analogue au principe d'équivalence. Une différence de traitement prévue par l'État ne peut pas se fonder sur l'origine nationale ou étrangère d'un produit – "traitement national" – ou sur la nature nationale ou européenne d'une règle à appliquer – "principe d'équivalence". La méthode permettant de vérifier le respect de cette clause s'avère également proche de celle du principe d'équivalence : il convient d'apprécier la similitude entre un produit importé et un produit national pour, ensuite, vérifier si les traitements accordés à l'un et l'autre s'équivalent. Enfin, les deux concepts occupent respectivement une place importante en droit international et en droit de l'Union. D. CARREAU estime par exemple que la « *clause du traitement national constitue l'une des pierres angulaires du droit international économique* »²¹⁰.

63. Cette proximité se heurte en réalité à des limites importantes. D'une certaine manière, la clause du traitement national se manifeste, dans sa logique, en droit de l'Union par l'intermédiaire des règles et exigences qui visent à garantir les libertés de circulation en interdisant des discriminations²¹¹. Un traitement discriminatoire et défavorable accordé à un produit étranger en vis-à-vis d'un produit interne similaire pourra être interdit s'il constitue une taxe d'effet équivalent, au sens de l'article 28 TFUE, ou une imposition intérieure, au sens de l'article 110 TFUE. La Cour de justice interprète les dispositions du traité relatives aux libertés de circulation en ce qu'elles « *visent à assurer le **bénéfice du traitement national** dans l'État membre d'accueil* »²¹² de l'objet concerné. Dans cette perspective, la logique de clause du traitement national, qui vise à « *assurer des conditions égales de concurrence à tous les produits, quelle que soit leur origine* »²¹³, s'assimile plus à ces différents mécanismes du marché intérieur. Le principe d'équivalence s'en éloigne radicalement puisqu'il vise à protéger non des objets commerciaux comme des marchandises ou des services d'origine étrangère, mais la mise en œuvre d'une règle européenne. Enfin, la clause du traitement national ne jouit que

²¹⁰ D. CARREAU, v° « Investissements », *Répertoire de droit international*, Dalloz, janvier 2020 (actualisé en février 2021), par. 333.

²¹¹ Voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2019 : les auteurs définissent justement le principe de non-discrimination comme la « *règle du traitement national* » (pp. 135 et suivantes).

²¹² Pour exemple en matière de liberté d'établissement, voir CJCE, 27 septembre 1988, *Daily Mail and General Trust PLC*, aff. 81/87, *Rec.* p. 5483, pt. 16-17 ; récemment, CJUE, 26 avril 2018, *ANGED*, aff. jt. C-236/16 et C-237/16, ECLI:EU:C:2018:291, pt. 16 (nous soulignons).

²¹³ J.-P. COLIN et M. SINKONDO, « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit international et en droit communautaire », *RMCUE* 1993, pp. 36-55.

d'un champ d'application limité aux objets fixés par le droit international, notamment le droit de l'OMC²¹⁴. Au contraire, le principe d'équivalence bénéficie d'une application générale, puisqu'il affecte tout « traitement » national accordé pour l'application d'une règle de droit de l'Union. Le parallèle entre « principe d'équivalence » et ces homologues de droit international sera, pour toutes ces raisons, écarté.

Section 2 : Problématique de l'étude

64. Ainsi délimité, le principe d'équivalence en droit de l'Union soulève plusieurs points²¹⁵ qu'une thèse aurait vocation à étudier. On pense à la manière d'apprécier la similitude des situations interne et européenne²¹⁶. De plus, la comparaison entre les traitements nationaux accordés aux deux situations mérite d'être étudiée pour déterminer, notamment, si la Cour de justice impose bel et bien une « équivalence » entre eux²¹⁷. En outre, la grande diversité des situations et traitements soumis au principe d'équivalence soulève la question de la capacité de l'Union européenne à régir les ordres juridiques nationaux alors même qu'aucune réglementation européenne à ce sujet n'existe. Plus globalement, l'étude du principe d'équivalence contribue à mieux cerner les rapports de systèmes entre l'Union européenne et les États membres²¹⁸. Enfin, le fait que le principe d'équivalence opère, pour l'essentiel des cas, vis-à-vis de recours juridictionnels laisse entendre qu'il serait un avatar de la protection juridictionnelle effective et non de la coopération loyale²¹⁹.

65. Ces interrogations sont légitimes, mais elles nous semblent insuffisantes pour proposer une réflexion globale sur le principe d'équivalence en tant que tel. Plus encore, elles ne permettent pas de comprendre le contexte assez étrange qui entoure le principe d'équivalence : d'un côté, il fait l'objet d'une relative indifférence dans la doctrine, dans la jurisprudence nationale et, dans une certaine mesure, dans celle de la Cour de justice ; de l'autre, il continue encore et avec constance à être mentionné dans les arrêts de la Cour et dans les principaux manuels. C'est précisément la résolution de ce constat paradoxal qui anime ce travail de recherche (§1). Pour parvenir à le résoudre, nous nous focaliserons sur la fonction, le rôle et l'utilité du principe d'équivalence (§2).

²¹⁴ Voir article 3 de l'accord GATT, article 17 de l'accord ACGS et article 3 de l'accord ADPIC

²¹⁵ Voir not. celles évoquées par P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité » précité.

²¹⁶ Se focalisant sur ce point, voir F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne* précité, p. 630.

²¹⁷ Se focalisant sur ce point, voir M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 632.

²¹⁸ Voir E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes », 2015, p. 11.

²¹⁹ Sur ce point, voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 558.

§1 : Le “paradoxe” du traitement juridique et doctrinal du principe d'équivalence en droit de l'Union européenne

66. La manière dont le principe d'équivalence est appréhendé par les acteurs juridiques et la doctrine aboutit une situation embrouillée. Des approches contradictoires s'opposent et rendent confus le regard qu'il convient de retenir pour appréhender le principe d'équivalence (A.). Cependant, des indices disséminés çà et là dans la doctrine et la jurisprudence européenne incitent à mieux comprendre ce paradoxe et à le clarifier (B.).

A. Deux approches contradictoires instituant un paradoxe

67. L'appréhension du principe d'équivalence, que ce soit à la lecture des travaux doctrinaux à son sujet ou à partir de la façon dont il apparaît dans les jurisprudences européenne et nationale, s'opère selon deux approches *a priori* contradictoires : l'une plutôt reluisante, qui lui reconnaît une certaine stature et importance ; une autre plus terne, qui le traite avec indifférence et, en forçant le trait, le considère comme anecdotique. Dans ce contexte, la question se pose de savoir quelle perspective retenir ou, à tout le moins, privilégier pour étudier le principe d'équivalence. Le paradoxe se concrétise puisque, de prime abord, chaque approche s'appuie sur des éléments concrets et qu'aucune ne semble manifestement primer sur l'autre.

68. La première approche présente le principe d'équivalence sous un jour favorable. Celui-ci mérite d'être traité comme un concept important, voire incontournable du droit de l'Union européenne. La présentation que nous avons faite livre plusieurs éléments en ce sens. En premier lieu, le principe d'équivalence est ancré dans la jurisprudence de la Cour de justice depuis longtemps. Il n'est en rien un principe éphémère ou nouveau, dont les contours et la survie seraient sujets à débat. Bien au contraire, l'évolution de la jurisprudence européenne a montré que, si sa place a pu varier, sa pérennité n'a pas été altérée. Plus encore, son essence jouit d'une intangibilité assez remarquable²²⁰. Depuis 1976, l'exigence d'équivalence a été précisée, contextualisée, et étendue à différentes matières. Sa substance n'a toutefois pas été ontologiquement altérée. La définition universelle que nous avons donnée du principe d'équivalence fonctionne aussi bien pour la lecture des arrêts *Rewe* et *Comet* que pour des arrêts contemporains. De plus, la jurisprudence contemporaine atteste de l'actualité du principe d'équivalence, qui n'aurait

²²⁰ Voir not. M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, pp. 422-423.

pas sombré dans une forme d'oubli. Il continue à s'appliquer avec une fréquence assez constante au fil des ans. En second lieu, la position occupée par le principe d'équivalence dans l'ordre juridique de l'Union incite également à lui accorder un certain intérêt. Ses liens avec des principes fondamentaux que sont la primauté, l'effet direct, l'effet utile, la coopération loyale et l'autonomie procédurale, sans parler de la protection juridictionnelle effective ou du principe d'égalité, en sont des manifestations. Enfin, les interrogations légitimes précitées, liées à l'appréciation de la similitude de situations ou la comparaison des traitements²²¹, entretiennent l'intérêt d'une étude focalisée sur le principe d'équivalence.

69. La seconde approche aboutit à une vision moins reluisante du principe d'équivalence. Loin d'être un concept phare du droit de l'Union, il n'aurait qu'une place résiduelle dans l'ordre juridique de l'Union. L'indifférence doctrinale à son sujet, que nous avons déjà mentionnée²²², en est un témoin. Mais au-delà, le plus frappant reste l'inconstance avec laquelle le principe d'équivalence est abordé, aussi bien par la doctrine que par la jurisprudence. En premier lieu, aucune définition unanime ne s'en dégage. La Cour de justice conserve, en dépit de son effort de rationalisation, des formulations toujours très hétérogènes et variables. La doctrine fait de même : alors que l'expression de « principe d'équivalence » existe depuis plus de vingt ans, d'autres dénominations – « traitement national » ; « non-discrimination » ; « parité » ; « principe d'assimilation » – sont toujours utilisées²²³. Certes, d'autres principes subissent le même traitement, comme le principe d'effet direct²²⁴, mais ces divergences ont été réfléchies et discutées. À l'évidence, tel n'est pas pour le principe d'équivalence. Ce contexte conduit parfois certains auteurs à voir une application du principe d'équivalence dans des arrêts pour lesquels un autre principe est en cause²²⁵. De même, loin d'être assimilé à un « principe général du droit », il appartient à une « catégorie, résiduelle, [composée de principes] qui ne sont pas suffisamment généraux (...) de sorte qu'ils ont souvent une valeur juridique faible »²²⁶.

²²¹ Cf. *supra*, pt. 64.

²²² Cf. *supra*, pt. 6.

²²³ Cf. *supra*, pt. 38.

²²⁴ Cf. *infra* (pt. 208 et suivants) sur la dénomination à retenir du principe : applicabilité directe ? effet direct ? immédiateté ?

²²⁵ La confusion la plus fréquente s'opère vis-à-vis de la discrimination en raison de la nationalité (cf. *infra*, pt. 298 et suivants).

²²⁶ Sur cette question, voir B. BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA* 2013, pp. 1217-1230, spéc. p. 1227. L'auteur dénie au principe d'équivalence la qualité de « principe général du droit » en ce qu'il n'est pas assez « général », notamment compte tenu de la jurisprudence de la Cour de justice. Elle rattache le principe d'équivalence à une catégorie (« résiduelle et doctrinale [où] les exemples sont aussi nombreux qu'hétérogènes » – p. 1129) des « principes juridiques sectoriels » (p. 1129). Nous restons plus convaincus par un autre argument développé par l'auteur, à savoir le fait que le principe d'équivalence et d'autres de ses semblables « n'ont pas pour objet spécifique d'assurer la protection des particuliers ».

70. En deuxième lieu, la portée exacte du principe d'équivalence demeure incertaine. Plusieurs auteurs de doctrine ont certes apporté un regard pertinent et stimulant à son sujet, mais souvent à travers un prisme particulier. O. DUBOS²²⁷ ou N. POLTORAK²²⁸, pour ne citer qu'eux, contribuent à une bonne compréhension du principe d'équivalence, mais tel qu'il s'applique aux voies de recours nationales et vis-à-vis du juge national²²⁹. La question se pose de savoir si leur analyse se transpose également lorsque le principe d'équivalence s'applique en dehors de ces domaines – par exemple, pour encadrer les sanctions nationales. Une réponse positive n'est pas évidente. Cette incertitude est entretenue par la jurisprudence de la Cour de justice. L'essentiel des arrêts rendus découle d'un renvoi préjudiciel dans lequel le juge national s'interroge sur le respect du principe d'équivalence. Le cadre contentieux occupe logiquement une place prépondérante dans la jurisprudence et, en conséquence, dans la doctrine. Cependant, cette optique ne doit pas conduire à retenir une conception trop étriquée du principe d'équivalence. Des doutes relatifs à fondement et sa fonction existent également. Nous avons décrit le principe d'équivalence comme une déclinaison de la coopération loyale pour garantir l'effet utile du droit de l'Union. Néanmoins, selon une autre présentation, le principe d'équivalence concrétise le principe de protection juridictionnelle effective et bénéficie à des justiciables. Ces zones d'ombre, pour peu qu'elles soient identifiées, ne font que rarement l'objet d'un éclairage. Ce contexte fragilise le statut du principe d'équivalence qui souffre de trop défauts pour être considéré comme un concept phare du droit de l'Union européenne.

B. Des indices incitant à dépasser le paradoxe

71. La présente thèse cherche à dissiper ce paradoxe pour mieux comprendre le principe d'équivalence. Pour y parvenir, il nous faut tenter de concilier ces deux approches en apparence contradictoires. La première, qui présente le principe d'équivalence sous un jour favorable, nous semble constituer le point de départ : elle doit être retenue et consolidée. Nous partons du postulat que le principe d'équivalence

Ils peuvent avoir cet effet, mais il n'est qu'accessoire » (p. 1227). Cette caractéristique permet effectivement de lui dénier la qualité de « principe général du droit » sans que cela ait une conséquence sur son importance et sa place dans l'ordre juridique de l'Union. B. BERTRAND admet que ces principes exclus de cette catégorie renvoient à des « principes fondamentaux, des principes directeurs, des principes d'interprétation ou des standards » (p. 1227). Cependant, comme la citation le montre, le principe d'équivalence peine à se voir accorder un tel statut.

²²⁷ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 269 et suivantes

²²⁸ N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts* précité, pp. 72 et suivantes.

jouit bel et bien d'une place importante dans l'ordre juridique de l'Union. La seconde approche ne remet pas en cause ce postulat ; elle ne fait que le relativiser ou expliquer pourquoi il peut être discuté. Autrement dit, cette seconde approche doit être contextualisée et relativisée, sans être niée pour autant : des problèmes grèvent le principe d'équivalence faisant qu'il soit délaissé ou dévalorisé par la doctrine et la jurisprudence.

72. Cette perspective se justifie à l'aune de quelques éléments qui offrent un terreau propice à une réflexion sur le principe d'équivalence. En premier lieu, les conclusions d'avocats généraux fournissent plusieurs pistes intéressantes. Loin d'être un lieu commun, cette affirmation se justifie en ce que des interrogations primordiales ont été formulées par des avocats généraux et des réponses ont été proposées. À ce titre, plusieurs conclusions rendues par P. LEGER ou M. BOBEK peuvent notamment être soulignées. Pour le premier, dans celles rendues sur l'arrêt *Levez*, l'avocat général se focalise avec minutie sur des considérations essentielles pour le principe d'équivalence, dont certaines seront reproduites *in extenso* par la Cour de justice²³⁰. Pour ne citer qu'un aspect, la manière d'apprécier la similitude des situations – et ainsi identifier le référentiel – résulte des conclusions de P. LEGER²³¹. Pour ce qui est de M. BOBEK, dans plusieurs conclusions, l'avocat général traite du principe d'équivalence avec une certaine exhaustivité. Plus encore, il n'hésite pas à formuler des questions en apparence anodines, voire naïves, mais qui présentent des enjeux importants. On pense notamment²³² à ses conclusions sur l'arrêt *Dimos Zagorion* dans lesquelles il s'interroge sur la possibilité que des règles *matérielles* nationales soient soumises au principe d'équivalence²³³.

73. La doctrine offre également des éléments qui incitent à retenir la première approche et à relativiser la seconde. D'une part, certains auteurs offrent une réflexion assez générale sur le principe d'équivalence, comme le fait B. LE BAUT-FERRARESE dans sa thèse. D'autres en livrent une présentation assez poussée à l'occasion d'études portant

²²⁹ Cette perspective retenue par ces auteurs se justifie évidemment en ce que ces auteurs traitent d'abord de ce sujet et, à ce titre, étudient le principe d'équivalence. Leur analyse n'est ainsi qu'un éclairage sur le sujet plus global qu'est le rôle du juge national et des voies de droit nationales en droit de l'Union.

²³⁰ Pour d'autres conclusions rendues par P. LEGER, voir celles sur CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 76 et suivantes ; CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837 (sur l'opportunité pour la Cour de justice de se placer ou non dans le cadre de l'autonomie procédurale et, à cet égard, d'appliquer le principe d'équivalence ; pt. 68 et suivants).

²³¹ Voir P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 26 et suivants.

²³² Pour d'autres conclusions rendues par M. BOBEK, voir celles sur CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 36 et suivants ; CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 90 et suivants ; CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 41 et suivants.

²³³ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, pt. 83 et suivants.

sur le rôle du juge national comme A. BARAV²³⁴, O. DUBOS ou N. POLTORAK. D'autres font de même à propos de sa relation avec l'autonomie procédurale des États membres²³⁵ ou pour quelques domaines précis²³⁶. D'autre part, lorsque le principe d'équivalence n'est que survolé par certains auteurs, ceux-ci exposent parfois des intuitions, des affirmations de prime abord anodines. Le fait qu'ils aient eu à l'esprit ces impressions invite à vérifier si elles sont ou non fondées. Pour n'en citer que quelques-unes, on pense à M. BLANQUET à propos de la finalité du principe d'équivalence qui estime que « *l'interdiction de discrimination* [issue du principe d'équivalence] *paraît n'être qu'un moyen et non une fin* »²³⁷. T. HEUKELS et J. TIB souligne que la simplicité avec laquelle le principe d'équivalence se comprend peut poser problème puisque « *l'exact champ d'application, la signification et l'incidence* [du principe d'équivalence] *reste loin d'être clairs et prévisibles* »²³⁸. Enfin, M. DOUGAN évoque les « *profondeurs cachées* »²³⁹ du principe d'équivalence qui « *porte [en lui] un potentiel d'intégration significatif* »²⁴⁰. Ces éléments confirment la nécessité d'approfondir l'étude du principe d'équivalence.

§2 : L'ambition de l'étude : la résolution du paradoxe

74. La manière permettant de dépasser le paradoxe reste encore à être exposée. En effet, la question est de savoir à partir de quelle méthode, en fonction de quels critères peut-on apprécier l'importance et la place du principe d'équivalence. Une lecture de la jurisprudence européenne, appuyée par un recensement de références doctrinales,

²³⁴ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité, pp. 511 et suivantes.

²³⁵ P. GIRERD, *op. cit.* ; O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité.

²³⁶ Pour la répétition de l'indu, voir D. SIMON, v° « Répétition de l'indu » précité, par. 25 et suivants. Pour la responsabilité de l'État, voir F. SCHOCKMEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, pp. 27-50. Pour la protection juridictionnelle effective, voir F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170, spéc. pp. 154 et suivantes. Enfin, pour le droit de la concurrence, voir L. IDOT, « La Cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Rev. des contrats*, n°4, 2011, p. 1201.

²³⁷ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E.. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, p. 75. Dans le même ordre d'idée, B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 292.

²³⁸ T. HEUKELS et J. TIB, « Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies : Convergence and Divergence », in P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 111-128. : les principes d'équivalence et d'effectivité « *appears attractive in its simplicity and legal rationale, namely to promote the uniform application of Community law, and thus to strengthen the enforcement of its primacy and direct effect. Simplicity, however, is not synonymous with predictability. Indeed, one of the main and repeated criticisms of the Court's case law in this respect is that, though perhaps attractive in their simplicity, the exact scope, meaning and impact of the principles of equivalence and effectiveness remain far from clear and predictable* » (p. 116).

²³⁹ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *some commentators have noted that the principle of equivalence does in fact possess hidden depths* » (p. 423).

²⁴⁰ *Ibid* : « *the principle of equivalence carries significant integrative potential, not only for the purposes of embedding Union rights into domestic legal orders on an equal basis with national rights, but also in questioning the overall coherence of national choices about remedies and procedural rules* » (p. 423). L'auteur renvoie lui-même à l'impression esquissée par T. TRIDIMAS (*The General Principles of EU Law* précité) : « *equivalence integrates Community law into the national legal systems of remedies. It*

n'apporte pas de réponse claire. La perspective que nous retiendrons est celle d'une vision *fonctionnaliste*²⁴¹, axée sur l'utilité du principe d'équivalence (A.). Par ce prisme, une systématisation de la jurisprudence européenne permet de résoudre le paradoxe. Telle est, en substance, la méthode retenue pour mener à bien cette thèse (B.).

A. Une étude axée sur la fonction du principe d'équivalence

75. Retenir une approche *fonctionnaliste* n'est pas original. Elle renvoie à une méthode d'interprétation employée par la Cour de justice et qualifiée de « téléologique ». Considérée comme la plus emblématique des méthodes utilisées par le juge de l'Union²⁴², elle consiste à interpréter une disposition à la lumière des effets qu'elle est censée produire, des objectifs qu'elle vise à atteindre. L'attention est mise sur la finalité de la disposition interprétée²⁴³. Appliquée à un principe non écrit comme le principe d'équivalence, il s'agit alors de déterminer les motifs pour lesquels ledit principe a été reconnu.

76. Cette vision permet également de remédier à certains problèmes d'identification ou de délimitation de certains principes dans la jurisprudence. Outre le cas du principe d'équivalence, les fluctuations des formules et appréciations de la Cour de justice peuvent conduire à des difficultés pour déterminer, avec certitude, quel principe y est appliqué. Par exemple, à la lecture de certains arrêts, distinguer le principe d'effectivité de la primauté ou de la protection juridictionnelle effective n'a rien d'évident. La différence peut se faire en tenant compte de l'objectif – perceptible – poursuivi par la Cour de justice²⁴⁴. La prise en compte de la finalité des différents principes et concepts européens permet ainsi d'éviter des confusions ou des risques de confusions. En effet,

perceives Community rights not as emanating from a separate legal order but as being an integral part of the national legal system, thus promoting the federalization of Community law » (p. 423).

²⁴¹ Sur cette méthode, voir not. E. CHEVALLIER, « L'application de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne ou le dialogue des juges au péril des droits fondamentaux », in *Entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 39-72, spéc. pp. 70-72.

²⁴² Voir J.-A. GUTIERREZ-FONS et K. LENAERTS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne* précité : « Aucune méthode d'interprétation ne caractérise plus l'analyse de la Cour que la méthode téléologique » (p. 54).

²⁴³ Voir not. R. LECOURT, *L'Europe des juges* précité, pp. 241 et suivantes.

²⁴⁴ Pour exemple, E. NEFRAMI, « L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté », in P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 179-201 : « le principe d'effectivité [entendu comme l'effet utile] se distingue du principe de primauté, en ce que la primauté concerne le conflit de normes, tandis que l'effectivité concerne le rapport entre ordres juridiques et vise à assurer l'exécution de la norme commune dans le respect de l'autonomie nationale (...) » (p. 196). Pour un autre exemple, à propos de l'arrêt *Ciola* (CJCE, 29 avril 1999, aff. C-224/97, *Rec. p.* I-2517), voir F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056, spéc. pp. 1044-1045. Pour une telle approche vis-à-vis du principe d'équivalence, voir F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire* précité, p. 799.

même si les exigences, les contextes ou les formulations sont proches, la différence de finalité nous permet, par exemple, de distinguer le principe d'équivalence des principes de protection juridictionnelle effective, l'égalité de traitement, de discrimination en raison de nationalité ou de reconnaissance mutuelle.

77. À terme, cette vision *fonctionnaliste* nous conduit à étudier la *fonction* du principe d'équivalence. Si la Cour de justice a choisi, dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*, de reconnaître une telle exigence et de l'appliquer régulièrement depuis lors, la logique voudrait que le principe d'équivalence réponde à un besoin déterminé, vise à atteindre un objectif donné ; en somme, qu'il remplisse une fonction. Dans le cas contraire, il serait absurde qu'un principe non écrit, qui ne jouerait aucun rôle et qui n'aurait aucune utilité, continue à être appliqué par le juge. Cette approche doit être exclue. Aussi, nous formulons le postulat selon lequel le principe d'équivalence a vocation à remplir une fonction certaine aux yeux de la Cour de justice et pour l'ordre juridique de l'Union. Ceci explique pourquoi, à l'heure actuelle, ce principe reste encore appliqué. Il reste à savoir quelle est cette fonction et dans quelle mesure il parvient à la remplir. Cette vision fonctionnaliste permet ainsi d'évaluer la place et le rôle du principe d'équivalence.

B. Méthodologie de l'étude

78. Cette approche *fonctionnaliste* ne suffit pas à elle seule. Elle permet certes de résoudre le paradoxe à partir de l'étude de la fonction du principe d'équivalence, mais elle ne dit rien sur la manière d'identifier et d'évaluer une telle fonction. Il serait artificiel d'affirmer que, aux débuts de ce travail de thèse, nous suivions une ou plusieurs méthodes pour y parvenir. En outre, chaque méthode n'a aucune définition ou caractéristique délimitée. Il serait hasardeux, pour ne pas dire maladroit, de revendiquer suivre telle ou telle méthode, à partir d'intuitions ou d'un regard rétrospectif sur la thèse menée. Nous souhaitons, tant par prudence que par modestie, garder une certaine distance sur ces questions pour préférer expliquer concrètement quelle approche a été adoptée.

79. Notre démarche se caractérise *d'abord* par une volonté de *systématiser* la jurisprudence de la Cour de justice. De ce point de vue, nous nous rattachons à une certaine conception du positivisme juridique, notamment présente en droit administratif français par J. RIVERO²⁴⁵ et surtout R. CHAPUS²⁴⁶. La définition de la systématisation,

²⁴⁵ J. RIVERO, « Apologie des “faiseurs de systèmes” », *Rec. Dalloz* 1951 (publié in A. de LAUBADERE *et al.*, *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 3-10).

donnée par le premier, décrit bien la démarche que nous avons suivie : « le “*faiseur de systèmes*”, remontant du concret à l'abstrait, passant du multiple à l'un, va s'efforcer de ramener la pluralité des solutions données par la loi ou la jurisprudence à quelques formules qui en dégagent les aspects fondamentaux »²⁴⁷. Telle fut bien notre approche pour cerner le principe d'équivalence et sa fonction : systématiser l'ensemble de la jurisprudence de la Cour de justice pour en déceler ses traits fondamentaux. Cette méthode présente toutefois, pour ce qui nous concerne, un risque. Le corpus jurisprudentiel exploitable se tarit assez rapidement après avoir dressé un premier portrait du principe d'équivalence. Les éléments que nous avons exposés précédemment restent insuffisants pour développer en détail cette thèse. Pour y remédier, nous prenons le parti de *généraliser* certains arrêts ou certaines considérations de la Cour de justice. Par exemple, plusieurs mêmes affaires, qui livrent des indications intéressantes, mais assez ponctuelles, pourront ainsi être exploitées pour en tirer des conclusions d'ordre général sur le principe d'équivalence. Le danger est celui d'une extrapolation de la portée de tels arrêts²⁴⁸. Cependant, sans cela, la systématisation de la jurisprudence n'offrirait pas assez d'éléments exploitables.

80. L'essentiel des sources pour cette thèse se trouve dans la jurisprudence de la Cour de justice. Nous l'avons évoqué, le Tribunal de l'Union apporte trop peu de données exploitables. Cependant, il apparaît assez discutable que la place accordée aux décisions du juge national soit si résiduelle. La Cour de justice martèle avec persistance que la juridiction nationale est pleinement apte à contrôler le respect du principe d'équivalence. La logique voudrait que les jurisprudences européenne et nationale soient systématisées à parité. De cette manière, il serait possible de déceler des résultats stimulant pour l'étude du principe d'équivalence. Par exemple, l'action du juge national pourrait être en phase ou en décalage avec la position de la Cour de justice. De même, tandis que la Cour donne des orientations sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence, l'analyse de la manière dont le juge national les réceptionne et contrôle concrètement le principe mérite d'être faite. Néanmoins, plusieurs raisons nous empêchent d'accorder à une telle importance aux décisions du juge national. Le principal problème est celui de l'accès matériel des jugements rendus hors de France et de leur

²⁴⁶ Voir not. W. GREMAUD, « Le positivisme de René Chapus », *RFDA* 2019, pp. 361-368.

²⁴⁷ J. RIVERO, *op. cit.*, p. 5.

²⁴⁸ Ces partis pris sont indépassables quand bien même ils seraient justifiés. Nous sommes forcés de concéder à l'avertissement de M. WALINE selon lequel « [tout] *exposé systématique d'une branche quelconque du droit est nécessairement écrit en partant d'une certaine conception du droit et de l'attitude du juriste en face du droit établi* » (cité par B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, p. IX).

compréhension²⁴⁹. Pour ce qui est de la France, le corpus jurisprudentiel se révèle quasi inexistant : les jugements donnant lieu à une application du principe d'équivalence, même brève, ne sont pas assez nombreux et fournis pour apporter des éléments exploitables. Bien que la jurisprudence nationale mérite d'être pleinement prise en considération, ces obstacles nous en empêchent. À l'heure actuelle, elle est encore à des balbutiements sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence. Il s'agira pour nous d'expliquer un tel constat.

81. Les résultats découlant de cette systématisation de la jurisprudence européenne restent encore à être interprétés. À ce titre, nous avons voulu retenir une approche la plus globale et générale possible du principe d'équivalence. Il s'agit bel et bien d'étudier ce principe en tant que tel et dans sa globalité. Ce n'est que de cette façon que sa fonction et son importance pourront être évaluées. Une difficulté en résulte puisque, l'essentiel des arrêts de la Cour de justice fait une application du principe d'équivalence dans des circonstances particulières, à savoir dans un cadre contentieux, sur renvoi préjudiciel du juge national. Ce contexte implique de garder une certaine distance quant aux résultats de la systématisation. La définition universelle du principe d'équivalence vise précisément à éviter l'écueil de réduire le champ d'application du principe d'équivalence à ces seules situations contentieuses. À défaut, l'apport de la thèse serait dérisoire puisqu'elle se contenterait d'une systématisation, domaine par domaine, de ce qu'implique le principe d'équivalence – comme certains auteurs ont pu déjà le faire²⁵⁰. Il ne s'agit certes pas de nier le tropisme contentieux du principe d'équivalence, mais de le pondérer.

82. Enfin, toujours afin d'interpréter et d'analyser les résultats de la systématisation de la jurisprudence européenne, la place de la doctrine est sans conteste importante. Certes, pour le principe d'équivalence *per se*, peu d'indications sont fournies. Malgré tout, l'éclairage apporté par la doctrine se justifie dans deux hypothèses. D'une part, les impressions, intuitions ou appréciations²⁵¹ portées par certains auteurs sur le principe d'équivalence méritent être éprouvées. L'objet de cette thèse tient justement dans la nécessité d'approfondir ces éléments, que ce soit pour les confirmer, les infirmer ou les relativiser. D'autre part, la doctrine apporte un cadre théorique global qui permet de

²⁴⁹ L'auteur de cette thèse n'est qu'anglophone.

²⁵⁰ Voir not. J.-G. HUGLO, v° « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne » précité ; P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials* précité, pp. 246 et suivantes.

²⁵¹ Voir B. PLESSIX, *op. cit.*, qui évoque le « "droit tel qu'il paraît être", tel qu'il se donne à voir, tel que nous croyons qu'il est » (p. X).

contextualiser et appréhender le principe d'équivalence au sein de l'ordre juridique européen. Des débats existent sur ce cadre ou sur certains de ses aspects. Il nous faudra prendre position pour déterminer, parmi les visions existantes en doctrine, laquelle se révèle la plus pertinente pour l'étude du principe d'équivalence.

Annonce de plan

83. Dans ces conditions, l'étude du principe d'équivalence vise à résoudre le paradoxe dont il fait l'objet, afin de déterminer s'il joue pleinement un rôle important au sein de l'ordre juridique européen. Plus précisément, il faut s'attarder sur la fonction remplie par le principe d'équivalence et sur sa capacité à remplir pleinement sa mission. La réponse sera évidemment nuancée. Le principe d'équivalence mérite d'être considéré comme un principe *utile* pour l'ordre juridique de l'Union (**Partie 1**). Cependant, il s'avère trop souvent *faillible* dans l'accomplissement de sa mission (**Partie 2**).

PARTIE 1 : UN PRINCIPE UTILE

84. Afin d'apprécier la place et l'importance du principe d'équivalence au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne, il nous faut déterminer s'il lui est utile. Un survol rapide de la jurisprudence européenne et nationale ainsi que de la doctrine à son sujet laisse entendre que, s'il semble apporter certains avantages ou garanties à l'Union européenne, ceux-ci restent plutôt minimes, voire anecdotiques. En un sens, le principe d'équivalence se limite *seulement* à interdire qu'une situation européenne fasse l'objet d'un traitement qui ne serait pas au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire – et seulement dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.

85. De prime abord, cette exigence d'équivalence apparaît très situationnelle, visant à sanctionner des hypothèses assez spécifiques, voire improbables. La jurisprudence de la Cour de justice incite à le penser : le principe d'équivalence, en plus de quarante ans d'existence, n'a été reconnu violé que dans une douzaine de décisions. Certes, son utilité se devine sans mal. Le principe d'équivalence permet à l'Union européenne de ne pas laisser les États membres totalement libres dans la mise en œuvre du droit de l'Union, au risque que ceux-ci affectent son effet utile, presque dans une volonté protectionniste. Cependant, il reste difficile d'affirmer que cette garantie suffit à lui reconnaître une place d'importance dans l'ordre juridique de l'Union européenne. Son utilité resterait trop insignifiante.

86. Cette présentation doit être largement revue. Elle se fonde sur des appréciations trop superficielles vis-à-vis du principe d'équivalence. La fonction qu'il tend à remplir est non négligeable dans l'ordre juridique de l'Union. Si des éléments incitent à penser le contraire, ils ne sont pas imputables au principe d'équivalence en tant que tel²⁵². *En lui-même*, tel qu'il est énoncé dans la jurisprudence de la Cour de justice, le principe d'équivalence présente une utilité certaine et insoupçonnée pour l'Union européenne. D'une part, il tend à remplir une fonction singulière, qu'aucun

autre principe du droit de l'Union ne pourrait à lui seul assurer de cette manière (**Titre 1**). D'autre part, l'exigence issue du principe d'équivalence s'avère adaptée à cette fonction (**Titre 2**).

²⁵² Ces problèmes découlent, pour l'essentiel, des conditions dans lesquelles le principe d'équivalence est appliqué ; cf. *infra*, pt. 586 et suivants.

TITRE 1 : UNE FONCTION SINGULIERE

87. L'identification de la fonction du principe d'équivalence pourrait relever de l'évidence. La lecture de la jurisprudence de la Cour de justice nous apprend qu'il s'agit d'une limite ou d'une condition du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. À l'instar du principe d'effectivité, la fonction du principe d'équivalence se limiterait à encadrer la liberté dont disposent les autorités nationales pour mettre en œuvre le droit de l'Union en l'absence de réglementation européenne à ce sujet. Dès lors, il n'y aurait nul besoin d'étudier plus en détail cette fonction. Le fait que plusieurs auteurs aient déjà traité cette question invite à le penser²⁵³. En réalité, la limite imposée par le principe d'équivalence à l'autonomie institutionnelle et procédurale ne nous paraît pas révéler sa fonction. Elle n'en constitue qu'un moyen. Autrement dit, c'est par l'interdiction pour un État membre d'accorder à une situation européenne un traitement qui ne serait pas équivalent à celui prévu pour une situation interne similaire que le principe d'équivalence remplit sa fonction.

88. L'identification de cette fonction du principe d'équivalence nécessite une étude plus approfondie de la jurisprudence pour tenter de comprendre les raisons qui ont conduit la Cour de justice à reconnaître une telle exigence. De ce point de vue, cette fonction apparaît assez singulière en comparaison d'autres principes analogues. Ces derniers poursuivent souvent une finalité unique, consistant à garantir l'effet utile du droit de l'Union européenne, c'est-à-dire, à s'assurer que les règles européennes produisent pleinement et efficacement leurs effets dans les ordres juridiques nationaux. Le principe d'équivalence y contribue, mais dans un contexte assez particulier. Sa fonction se singularise de ces autres exigences précisément parce qu'il tend à préserver l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'administration indirecte (**Chapitre 1**). La spécificité de la fonction du principe d'équivalence se manifeste davantage à travers son influence sur l'agencement des rapports entre les

²⁵³ Voir pour exemple B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996 ; P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102 ; O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181.

ordres juridiques européen et internes. Contrairement à bien d'autres exigences, notamment les principes d'égalité, de reconnaissance mutuelle ou d'équivalence des protections, le principe d'équivalence s'inscrit dans une logique de rapprochement inédite des ordres juridiques (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : La préservation de l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'administration indirecte

89. L'originalité de la fonction du principe d'équivalence se manifeste compte tenu du cadre dans lequel le droit de l'Union européenne s'applique dans les ordres juridiques nationaux. En effet, le principe d'équivalence tend à apporter une réponse aux problèmes spécifiques qui résultent de ce système d'administration indirecte²⁵⁴. Dans ce contexte, ainsi que les articles 291 TFUE²⁵⁵ et 4, §3, TUE²⁵⁶ le disposent, les États membres sont par principe tenus d'appliquer les règles européennes. Aussi, il est apparu nécessaire que l'Union européenne dispose des moyens permettant de vérifier que cette mise en œuvre nationale est suffisamment effective. Certains principes, tels que la primauté, l'effet direct, l'uniformité le principe d'effectivité ou de protection juridictionnelle effective, sont de ceux-là. Cependant, chacun présente des limites. La fonction du principe d'équivalence tend à pallier en partie ces limites,

²⁵⁴ Voir notamment les contributions faites à l'ouvrage dirigé par J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, dont celles de J. ZILLER, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen », pp. 327-334, de C. FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration », pp. 335-355 ou de M. A. GLASER, « Les relations entre administrations pour l'exécution du droit de l'Union », pp. 415-450. Voir également C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 7^e édition, 2019, pp. 591 et suivantes ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, pp. 610 et suivantes ; F. CHALTIEL, *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 476-478 ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, pp. 287 et suivantes ; M. VAERINI JENSEN, *Exécution du droit communautaire par les États membres. Méthode communautaire et nouvelles formes de gouvernance*, Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn / Bruylant / LGDJ, 2007, pp. 8 et suivantes ; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 230 et suivantes ; B. BERTRAND, *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 217 et suivantes ; J.-V. LOUIS et T. RONSE, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2005, pp. 393 et suivantes ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 40-44 ; N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, pp. 15-17 ; S. ADALID, *La Banque centrale européenne et l'Eurosystème*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 186 et suivantes ; B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Munich/Bruxelles/Paris, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2002, pp. 632 et suivantes ; du même auteur, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution », *CDE* 2003, n°1-2, pp. 87-133 ; F. DEHOUSSE, « Les États membres, le Conseil et la Commission », in *La Communauté et ses États membres*, Liège/La Haye, Ed. Faculté de Droit/Martinus Nijhoff, 1973, pp. 117-172 ; J. ZILLER, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111-138.

²⁵⁵ Dans son premier paragraphe, en guise de principe, il est indiqué qu'il appartient aux États d'assurer « la mise en œuvre des actes juridiquement contraignants de l'Union ». En guise d'exception, les paragraphes suivants désignent la Commission ou le Conseil pour assurer cette mise en œuvre seulement « [lorsque] des conditions uniformes d'exécution des actes juridiquement contraignants de l'Union sont nécessaires » (Art. 291, §2, TFUE. Voir not. P. CASSIA, « Article I-37 – Les actes d'exécution », in L. BURGORGUE-LARSEN *et al.* (dir.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Partie I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 486-493). Cette analyse se confirme à la lecture de l'article 17, §1, du TUE, qui prévoit que la Commission « surveille l'application du droit de l'Union européenne » – sous-entendant qu'elle ne l'assure pas exclusivement. Cette même idée se retrouve dans l'article 197, §1, du TFUE, selon lequel « [l]a mise en œuvre effective du droit de l'Union par les États, qui est essentielle au bon fonctionnement de l'Union, est considérée comme une question d'intérêt commun »²⁵⁵.

notamment en ce qu'il apporte une garantie à l'effet utile du droit de l'Union complémentaire à celles prévues par les autres principes.

90. Afin de mieux comprendre et cerner la fonction du principe d'équivalence, un détour par l'analyse du système d'administration indirecte est nécessaire. Le renvoi de l'application des règles européennes aux États membres est une nécessité indélébile et présente certains risques pour l'effet utile du droit de l'Union. Faute de pouvoir remettre en cause un tel renvoi (**Section 1**), le principe d'équivalence a pour fonction de compenser, en partie et d'une manière spécifique, ces risques (**Section 2**).

Section 1 : Une réponse à l'inévitable renvoi de l'exécution du droit de l'Union aux États membres

91. Le principe d'équivalence n'aurait certainement pas existé si la mise en œuvre du droit de l'Union européenne ne revenait pas aux États membres²⁵⁷. Les autorités européennes disposent certes d'outils leur permettant d'édicter des normes, des obligations ou des droits au profit d'individus. Cependant, l'exécution²⁵⁸ de ces règles européennes, c'est-à-dire la réalisation concrète de leurs effets, ne se fait que par l'intermédiaire des États membres²⁵⁹. Le principe d'équivalence découle de l'impossibilité pour l'Union européenne de dépasser ou d'éviter cette dépendance

²⁵⁶ « (...) Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union. Les États membres facilitent l'accomplissement par l'Union de sa mission et s'abstiennent de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union ».

²⁵⁷ Il ne s'agit pas d'affirmer que les États membres assument exclusivement l'application du droit de l'Union. Ils peuvent partager cette tâche avec des institutions européennes (préférant parler de *shared administration* (ou *shared management*) en lieu et place d'administration indirecte, voir P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, University Press, 2^e édition, 2012, pp. 79 et suivantes), dont au premier chef la Commission – sans parler du nombre croissant d'agences européennes ; voir M. VAERINI JENSEN, *op. cit.*, pp. 81-84 ; J.-L. QUERMONNE, *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2015, pp. 62-66 ; P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 140 et suivantes ; voir également les contributions de l'ouvrage dirigé par J. MOLINIER, *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011 ; E. CHITI, « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 357-369 ; M. CHAMON, « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », *CDE* 2015, n°1, pp. 293-318 ; pour un exemple plus ciblé, voir O. DUBOS, « Le déploiement de recours de troisième type », *JCP A* 2004, n°21, 1349. De même, il n'est pas question ici de nier le rôle joué par le Conseil dans l'exécution du droit de l'Union (voir not. L. GUILLOUD-COLLIAT, V° « Actes non législatifs », *JurisClasser Europe Traité*, fasc. 191-2, 27 mars 2015, par. 10). Cependant, puisque n'intervenant qu'en matière de PESC, son rôle ne sera pas étudié en tant tel dans les propos qui suivront.

²⁵⁸ L'exécution pouvant ici être entendue dans le sens du « processus qui permet de faire passer le droit dans les faits, de faire coïncider ce qui est et ce qui doit être » (selon P. THERY, V° « Exécution », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 678-680). Il sera ainsi entendu de manière synonyme – sauf contre-indications – les termes et expressions « exécution », « mise en œuvre » ou « application ». En ce sens, I. BOUCOZBA, *La gouvernance administrative européenne*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 72-77.

dans l'action des autorités nationales. Ce renvoi s'avère bel et bien inévitable en ce qu'il résulte d'un choix pragmatique (§1). Dans ces conditions, un encadrement de l'action des États membres, qui agissent dans le cadre d'une compétence propre et non déléguée par l'ordre juridique de l'Union, est nécessaire. Le principe d'équivalence se comprend dans cette perspective (§2).

§1 : *Le fruit d'un choix pragmatique irréversible*

92. Le renvoi aux États membres pour l'application du droit de l'Union relève d'un *choix* motivé²⁶⁰ par des considérations pragmatiques²⁶¹. À bien des égards, il apparaît presque comme irréversible et indépassable²⁶². Dès les origines de l'Union européenne, ce renvoi s'est imposé comme une nécessité²⁶³. L'évolution juridique,

²⁵⁹ Ce renvoi aux États membres obéit à la logique chère à Jean MONNET selon laquelle « *l'Union ne fait pas, mais fait faire* » (J. MONNET, *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976 (rééd. 1985), p. 285). Autour de cette idée, voir I. BOUCOBZA, « Le titulaire du pouvoir d'exécution dans l'Union européenne », *Rev. UE* 2018, p. 615-619.

²⁶⁰ Certes, ce choix était également limité par plusieurs facteurs, dont les réticences souverainistes des États membres à confier la gestion de compétences à une entité supranationale. L'échec de la Communauté européenne de défense (CED) en est une illustration significative, voire symptomatique du cadre politique dans lequel devaient manœuvrer les Pères fondateurs ; voir à cet égard J. MONNET, *op. cit.*, pour qui ce projet « *allait sans doute dans la bonne direction, mais y allait trop vite, sans attendre que la nécessité l'eût fait apparaître naturel aux yeux des Européens* » (p. 462). Plus généralement, voir F. G. JACOBS (« Enforcing Community Rights and Remedies : The Changing Approach of the Court of Justice », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1997, pp. 25-36) estime que « *the authors of the Treaty had little choice but to rely on national legal systems shorts of undertakings immediate and extensive harmonization of rules governing the organization of courts, remedies, procedures and time-limits (...)* » (p. 25).

²⁶¹ Il ne s'agit pas d'affirmer qu'aucun aspect théorique ou conceptuel n'était présent. En réalité, ces éléments ne sont arrivés que dans un second temps pour justifier ce choix et l'édifier en tant que système juridique. Sur la construction des grands concepts juridiques de l'Union européenne, voir J. BAILLEUX, *Penser l'Europe par le droit*, Paris, Dalloz, 2014. Voir également les contributions de l'ouvrage dirigé par F. PICOD, *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009. Pragmatisme ne signifie pas que le renvoi aux États membres se serait imposé par la force des choses aux Pères fondateurs ou qu'ils n'avaient que l'illusion d'un choix. Comme le mentionne C. FRANCHINI (*op. cit.*), l'un d'eux, Altiero SPINELLI, proposait « *la réalisation d'une structure de type plus politique [visant] à l'union des peuples et à la constitution d'un État fédéral* » (p. 335). Si c'est la vision de Jean MONNET qui « *a prévalu* » (p. 335), il existait donc bien un débat sur cette question, relevant « *d'un certain nombre de considérations extra-juridiques, d'opportunité parfois politique* » (R. KOVAR, Réponse, in *La Communauté et ses États membres* précité, p. 296).

²⁶² P. PESCATORE (*Le droit de l'intégration*, Leiden, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2005) comparait justement le système européen à un « *colosse aux pieds d'argile* » (pp. 45-46).

²⁶³ C'est la volonté d'instaurer un ordre juridique efficace qui a principalement animé les Pères fondateurs de l'Union. Au début de la construction européenne, le souci n'était pas de suivre un modèle théorique ou conceptuel déterminé, notamment fédéraliste, mais de prévoir « *la solution [à] des problèmes concrets posés par l'exécution de ce droit* » (R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire », in *La Communauté et ses États membres* précité, pp. 201-234, spéc. p. 223). Dans la même idée, C. BLUMANN, « Querelles internes », in *Doctrine et droit de l'Union européenne*, précité, p. 93-113 souligne, à propos de la question de la nature juridique de l'Union, qu'il « *s'agit en effet d'un débat vain, contreproductif qui ne peut qu'affaiblir l'édifice naissant. Une vision positiviste l'emporte. L'important est que le droit communautaire s'applique* » (p. 99 – nous soulignons). Autrement dit, « *ce sont essentiellement des raisons d'opportunité, et non de principe, qui ont conduit à ce système d'administration indirecte* » (M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 47). Sur cette riche thématique, voir notamment O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 1 citant l'ouvrage de M. CROISAT et J.-L. QUERMONNE, *L'Europe et le fédéralisme. Contribution à l'émergence d'un fédéralisme européen*, Paris, Montchrestien, 1996 et l'expression de « *Fédération d'États-nations* » du Président J. DELORS comme traduisant cette dynamique fédéraliste. Voir également F. DELPEREE, *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, 2000, spéc. p. 4 ; V. CONSTANTINESCO, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », in R. DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Science Po, 2002, pp. 115-149, spéc. p. 116. À titre d'exemple, concernant l'élaboration du traité CECA, J. MONNET (*op. cit.*) écrivait que « [par] la mise en commun de productions de base et l'institution d'une Haute Autorité nouvelle, dont les décisions lieront [les États membres], cette proposition réalisera les premières assises concrètes d'une fédération européenne indispensable à la préservation de la paix » (p. 353 – nous

politique et administrative de l'Union n'a pas fondamentalement bouleversé cette situation. Deux séries de raisons²⁶⁴ expliquent pourquoi le renvoi de l'application du droit de l'Union aux États membres reste une constante inaltérable. D'une part, l'Union européenne n'a pas eu pour vocation d'instituer une administration directe importante (A.). D'autre part, ce choix pouvait être conforté en ce que les autorités européennes peuvent compter sur la disponibilité des systèmes nationaux existants (B.).

A. Le refus d'une administration directe européenne importante

93. Pour s'assurer que le droit de l'Union soit effectivement appliqué, le moyen le plus efficace aurait été que l'ordre juridique européen se dote directement des organes et des prérogatives nécessaires pour y parvenir. De la sorte, ses propres services auraient assuré *directement* et *parfaitement* l'application des normes européennes. Dans cette perspective, le principe d'équivalence n'aurait à l'évidence pas été reconnu dans la jurisprudence européenne. Cette organisation *d'administration directe* se retrouve dans certains États fédéraux²⁶⁵. Certains optent pour ce type d'administration, comme les États-Unis. D'autres au contraire, comme l'Allemagne ou la Suisse, alternent selon les domaines entre administration directe et administration indirecte²⁶⁶. Concernant l'Union européenne, instituer un tel système d'administration directe, du moins *complète*²⁶⁷, n'a jamais été envisagé. Le traité CECA

soulignons). L'affirmation faite le 9 mai 1950 par R. SCHUMAN, selon laquelle l'« Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes, créant d'abord une solidarité de fait », en est tout autant emblématique.

²⁶⁴ Très tôt, F. DEHOUSSE (*op. cit.*) les avait affirmées en ce que les « avantages du procédé sont évidents. Il permet une limitation quantitative de l'administration communautaire et une décentralisation géographique facilitant les contacts directs avec les intéressés » (p. 159).

²⁶⁵ Cette présentation s'applique, au-delà des seules Fédérations, à tout État (au sens kelsénien du terme, c'est-à-dire comme des « ordres juridiques "relativement centralisés" »). Voir C. LEBEN, « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », *L'Europe et le droit, Droits*, n°14, 1991, pp. 61-72, spéc. pp. 62-63.

²⁶⁶ Voir not. N. KAKOURIS (« La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-345) estimant l'entité fédérale peut, pour l'exécution de son droit, opter pour deux choix (cumulatifs) : soit désigner « des organes spécifiques pour l'application des normes de l'ordre juridique fédéral, par exemple aux États-Unis (administration directe) » (pp. 327-328) ; soit désigner « **les mêmes organes que les ordres juridiques des États membres ont désigné comme leurs propres organes (administration indirecte)** » (p. 328 – nous soulignons). Voir également F. CHALTIEL, *op. cit.*, pp. 476-478 ; B. BERTRAND, *op. cit.*, p. 221.

²⁶⁷ Voir *infra* concernant l'irréductible dépendance de l'Union vis-à-vis des États membres, notamment concernant l'exécution matérielle des normes européennes, compte tenu de l'incomplétude du système européen d'exécution. Une administration directe *complète* aurait permis à l'Union de faire appliquer, y compris matériellement, ses normes sans avoir besoin des États membres. Cela apparaît comme impossible compte tenu de la nature de l'ordre juridique européen ; tout au plus, comme démontré *infra*, seule une administration directe *partielle* pourra être développée.

le reconnaît implicitement dans ses articles 5 et 57²⁶⁸. Bien que les traités ultérieurs n'aient pas repris une formulation équivalente, cette position ne fut pas remise en cause. En outre, la jurisprudence *Meroni* de la Cour de justice, qui interdit à la Commission de déléguer ses pouvoirs d'exécution à d'autres entités²⁶⁹, y compris européennes, n'incite pas au développement d'une importante administration européenne. Dans son ensemble, l'exclusion du choix de l'administration directe se justifie à plusieurs égards, notamment en ce qu'elle implique une centralisation trop importante et problématique des moyens d'exécution du droit de l'Union (a.). C'est plutôt par la *coadministration* que les autorités européennes pourront jouer un rôle plus marqué dans l'exécution du droit de l'Union (b.).

1. Des obstacles à une centralisation des moyens de mise en œuvre du droit de l'Union

94. Le système d'administration directe implique de centraliser l'exécution du droit de l'Union. Les administrations proprement européennes se voient confier la responsabilité d'assurer, pour l'essentiel²⁷⁰, la mise en œuvre du droit de l'Union. Certes, une centralisation totale, qui n'aurait besoin d'aucun relais décentralisé, est évidemment impossible en pratique²⁷¹, y compris pour un État aussi unitaire et centralisé que la France²⁷². Cependant, ce procédé présente l'avantage de conférer aux autorités européennes une plus grande maîtrise des conditions d'application du droit de l'Union, sans dépendre des États membres²⁷³. La centralisation apparaît ainsi comme gage d'efficacité²⁷⁴. Néanmoins, ce choix ne fut pas retenu pour plusieurs

²⁶⁸ Le dernier alinéa de l'article 5 dispose que les « institutions de la Communauté ces activités avec un appareil administratif restreint, en coopération étroite avec les intéressés » ; l'article 57 dispose que « la Haute Autorité recourt de préférence aux modes d'action indirects qui sont à disposition, tels que la coopération avec les gouvernements ».

²⁶⁹ CJCE, 13 juin 1958, *Meroni c. Haute Autorité*, aff. 9/56, *Rec.* p. 11. La Cour prohibe ainsi la délégation d'une compétence d'exécution à toute autre entité, à moins qu'ils ne soient « exactement définis, et entièrement contrôlés, dans l'usage qui en est fait, par la [Commission] » (p. 44), aboutissant en fait à interdire la délégation d'une compétence discrétionnaire. Dans le même sens, CJCE, 26 avril 1977, avis 1/76, *Rec.* p. 741.

²⁷⁰ Quelles que soient les manifestations que prend la mise en œuvre du droit de l'Union : normative, administrative, répressive (non contentieuse) et contentieuse, telle qu'envisagée *infra*. Il est évident que les autorités européennes, dont la Commission au premier chef, disposent d'une compétence d'exécution *normative*, qu'elle se manifeste par un acte délégué (selon l'art. 290 TFUE) ou par une mesure d'exécution (selon l'art. 291 TFUE) ; sur cette question, voir not. J.-P. JACQUE, « La Commission européenne après Lisbonne : déclin ou changement de paradigme ? », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 241-266, spéc. pp. 256-261.

²⁷¹ Voir C. LEBEN, *op. cit.* : « Un ordre juridique totalement "centralisé", ne comportant aucune norme "locale", est théoriquement possible mais en réalité impossible à mettre en œuvre » (p. 62).

²⁷² En ce sens, voir not. D. MAILLARD DESGREES DU LOU, *Institutions administratives*, Paris, PUF, 2^e édition, 2015, pp. 190-191.

²⁷³ Voir *infra* sur les risques du renvoi aux États membres quant à l'autonomie, l'uniformité et l'efficacité de l'application du droit de l'Union.

²⁷⁴ Certains auteurs semblent cependant en douter : voir not. M. ZULEEG, « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres », in *La Communauté et ses États membres* précité, pp. 23-59, spéc. p. 42.

raisons. Une centralisation trop importante se révèle en réalité « *déraisonnable* »²⁷⁵ car inutile, coûteuse, voire contre-productive, pour assurer l'efficacité de l'application du droit de l'Union.

95. Cette centralisation serait d'abord en dissonance vis-à-vis de la logique communautaire²⁷⁶ de l'Union européenne, à savoir assurer la gestion en commun de matières déterminées. Les États membres n'ont pas, purement et simplement, abandonné l'exercice de certaines compétences à l'Union européenne²⁷⁷, mais ont choisi de les exercer en commun, par son intermédiaire. Comme le souligne R. KOVAR, « *si les États acceptent de communautariser un certain nombre de secteurs, politiquement importants, ils se montreront peut-être réticents à transférer la totalité de leurs compétences jusqu'au niveau de l'exécution* »²⁷⁸, d'autant plus s'ils en sont exclus. Dans cette même logique, centraliser implique que l'Union européenne se dote d'un appareil administratif suffisant. Outre la question du coût d'une telle opération et de la réticence politique des États membres²⁷⁹, le risque est alors d'« *augmenter dans une mesure trop considérable les effectifs de l'administration communautaire, sans que l'on puisse nécessairement s'attendre à une diminution parallèle du personnel des administrations nationales* »²⁸⁰. De plus, la centralisation peut aboutir à « *créer un nouvel échelon administratif* »²⁸¹ dans les États membres, faisant « *double emploi avec les administrations nationales* »²⁸².

²⁷⁵ R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Thèse dactylographiée, Univ. Rennes I, 1994, p. 3.

²⁷⁶ Le Doyen HAURIUO aurait pu parler, dans le cadre de sa théorie de l'Institution, d'une *idée d'œuvre* (sur ce concept, voir not. E. MILLARD, « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30-31, pp. 381-412, spéc. p. 393 ; expression employée pour l'Union européenne par P. PESCATORE, *Droit de l'intégration* précité, p. 41). Pour O. BEAUD, il s'agirait d'une certaine manière du *telos* d'une Fédération (*op. cit.*, pp. 273 et suivantes).

²⁷⁷ Voir not. E. DAVID, « L'État-communautaire », in *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 13-37, spéc. p. 28. Voir également F. CHALTIEL, *op. cit.*, parlant d'un « *exercice collectif de la souveraineté de l'État membre* » (p. 466 – nous soulignons) ; K. LENAERTS, « Regulating the Regulatory Process : “delegation of powers” in the European Community », *ELR* 1993, n°18, pp. 23-49.

²⁷⁸ R. KOVAR, Réponse in *La Communauté et ses États membres* précité, p. 296. J. MONNET (*op. cit.*) évoque également cette logique : « [lorsqu'ils] voient que vous ne cherchez pas à prendre leur place ni à les supplanter, les gens vous offrent volontiers leur collaboration » (p. 436).

²⁷⁹ C. BLUMANN (*La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995) parle plutôt d'une *hésitation* des États membres « à donner à la Communauté les moyens administratifs suffisants » (p. 130).

²⁸⁰ J.-V. LOUIS, « Le règlement, source directe d'unification des législations », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1976, p. 17.

²⁸¹ C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 130.

²⁸² *Ibid.* Constat confirmé lorsqu'il fut question d'instituer l'Eurosystème : en ce sens, voir S. ADALID, *op. cit.*, pp. 413-414. Tout au plus, l'Union pouvait transformer les administrations nationales existantes en autorités européennes décentralisées. Cependant, même dans des domaines d'intégration poussée, cette option n'a jamais été retenue.

2. La coadministration comme alternative à l'administration directe

96. Il ne s'agit pas d'affirmer que l'Union européenne ne dispose pas d'une administration. L'article 298 TFUE²⁸³ consacre explicitement l'existence d'une administration européenne. Les fonctions d'exécution attribuées à la Commission, qu'elles soient normatives, administratives ou répressives²⁸⁴, en attestent également²⁸⁵. De même, le développement d'un véritable droit de la fonction publique européenne²⁸⁶ témoigne de la nécessité pour l'Union de se doter d'un appareil administratif pour assurer directement certaines missions d'exécution²⁸⁷. Enfin, par un assouplissement de la jurisprudence *Meroni*²⁸⁸, l'Union créa plusieurs agences et organismes²⁸⁹ pour assurer une fonction d'exécution du droit de l'Union²⁹⁰. Cependant, ces fonctions exécutives restent, en comparaison de celles assurées par les États membres, assez résiduelles. Plus encore, dans l'accomplissement de leur mission, ces administrations européennes n'agissent jamais sans dépendre²⁹¹ des États membres²⁹². Ce phénomène est qualifié par la doctrine de « *coadministration* »²⁹³ : il montre l'association des autorités nationales et européennes dans une exécution

²⁸³ Article 298, §1, TFUE : « Dans l'accomplissement de leurs missions, les institutions, organes et organismes de l'Union s'appuient sur **une administration européenne ouverte, efficace et indépendante** » (nous soulignons).

²⁸⁴ En sa qualité de gardienne des traités, la Commission édicte des avis motivés lorsqu'elle estime qu'un État membre a commis un manquement (art. 258 TFUE), contrôle la compatibilité des aides d'État (art. 108 TFUE) et des comportements potentiellement anti-concurrentiels (art. 105 TFUE). Voir not. A. GARCIA URETA, « La Commission européenne », in *Traité de droit administratif européen* précité, p. 119-147, spéc. p. 135 et suivantes.

²⁸⁵ En dépit de leurs limites, comme l'article 299, §2, TFUE.

²⁸⁶ Voir not. Ouvrage de J. PILORGE-VRANCKEN, *Le droit de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017.

²⁸⁷ Relativisant cette idée, voir C. BLUMANN, « Le droit de la fonction publique », in *Droits nationaux et droit de l'Union européenne : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 123-141, pour qui l'essentiel des agents administratifs européens constitue surtout une « *administration de direction, de conception, de préparation du travail des institutions et organes communautaire* » (p. 131) et non une « *administration d'exécution* » (selon H. OBERDORFF, « La fonction publique de l'Union européenne », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 291-307, spéc. p. 292).

²⁸⁸ Résultant notamment d'un arrêt CJUE, 22 janvier 2014, *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil (AEMF)*, aff. C-270/12, ECLI:EU:C:2014:18, pt. 78-86.

²⁸⁹ Dont la typologie est difficile à établir ; voir not. F. ANDREONE, « Typologie et cadre juridique des “autres organes de l'Union européenne” », *Rev. UE* 2017, p. 221.

²⁹⁰ Soit dans une logique d'*externalisation* de certaines missions d'exécution de la Commission (voir E. CHITI, « Les agences exécutives et l'administration directe dans l'Union européenne », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 149-156, spéc. p. 150) ; soit par les *agences exécutives européennes* (comme l'Agence exécutive « Innovation et réseaux » ou l'Agence exécutive pour la santé et consommateur) ; soit par des organes indépendants (comme l'Agence européenne des marchés financiers ou l'Agence européenne des médicaments).

²⁹¹ Comme le note P. CRAIG (*op. cit.*), la *centralized management* (gestion directe) ne fait qu'impliquer le fait que les autorités européennes, dont la Commission au premier chef, puissent « *discharge policies without any systematic relationship with national administration* » (p. 56 – nous soulignons). En l'état du droit positif, les administrations européennes y échappent.

²⁹² Sur cette dynamique, voir E. SCHMIDT-ASSMANN, « Le modèle de l'« administration composée » et le rôle du droit administratif européen », *RFDA* 2006, pp. 1246-1255 ; voir également E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso, parlant d'« *exécution administrative partagée* » (p. 88).

²⁹³ Voir not. J. ZILLER, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » précité, pp. 332-334 ; C. FRANCHINI, « Les notions d'administration indirecte et de coadministration » précité, pp. 340 et suivantes ; E. CHITI, « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration » précité, pp. 357-359.

commune du droit de l'Union. Si certains auteurs y voient une troisième voie inédite et médiane entre l'administration directe et l'administration indirecte²⁹⁴, d'autres ne font que constater une forme particulière d'agencement de l'administration indirecte²⁹⁵.

97. La *comitologie*²⁹⁶, actuellement reconnue au troisième alinéa de l'article 291 TFUE²⁹⁷, s'inscrit dans cette logique. Les États membres conservent une place dans l'exécution du droit de l'Union, même si elle est confiée à la Commission européenne. La comitologie désigne, en effet, l'intervention de comités²⁹⁸, composés d'experts représentant les États membres, dans le processus d'exécution assuré par la Commission européenne²⁹⁹. Par l'intermédiaire de ces comités, les États membres conservent une place déterminante en assistant, conseillant, et surveillant, l'exécution du droit de l'Union assurée par la Commission. Cette technique est privilégiée pour des politiques ou des domaines dans lesquels l'Union estime nécessaire une centralisation des conditions d'exécution, comme en matière de politique agricole

²⁹⁴ Voir J.-P. JACQUE, « L'importance d'un droit administratif européen vue de l'Union européenne », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 33-44, spéc. p. 40). Sur ce concept, voir également E. CHITI, *op. cit.* ; P. CRAIG, *EU Administrative Law* précité, pp. 79 et suivantes ; D. RITLENG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 27-51, spéc. p. 41. Estimant que l'Union européenne a finalement aboli l'opposition entre administration directe et indirecte, C. FRACHINI, *op. cit.*, spéc. pp. 340-355.

²⁹⁵ J. ZILLER, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne » précité, spéc. pp. 114-115. Sur cette question, voir I. BOUCOZBA, « Le titulaire du pouvoir d'exécution dans l'Union européenne » précité.

²⁹⁶ Voir not. A. M. FERNANDEZ PASARIN, V° « Comitologie », in V. CHARLETY *et al.* (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la gouvernance européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, pp. 76-78 ; K. LENAERTS et A. VERHOEVEN, « Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU : The Contribution of the New Comitology Decision », *CMLR* 2000, n°37, pp. 645-686 ; J.-P. JACQUE, *op. cit.*, pp. 530 et suivantes ; du même auteur, « L'éternel retour. Réflexions sur la comitologie », in *Mélanges en l'honneur de J.-V. Louis*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 2003, pp. 211-224 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, pp. 253 et suivantes ; B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre de la Communauté européenne*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 293 et suivantes ; C. BLUMANN, « Comitologie et administration indirecte », in *L'exécution du droit de l'Union européenne, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 139-158 ; J.-C. PIRIS, « La comitologie : vers l'épilogue d'une longue saga ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 547-558.

²⁹⁷ Avant l'adoption du traité de Lisbonne, l'art. 202 CE réservait la compétence de confier à la Commission l'exécution d'un texte de droit dérivé au seul Conseil. Depuis le traité de Lisbonne, le troisième alinéa de l'art. 291 TFUE confère cette compétence au Conseil et au Parlement. Cependant, le Parlement européen n'était pas totalement indifférent à la comitologie. Ainsi, notamment au titre de la « deuxième décision comitologie » (Décision 1999/468/CE, 28 juin 1999, *JOCE*, L 184/23, 17 juillet 1999), en sa qualité de colégislateur, le Parlement pouvait contrôler l'exécution du droit de l'Union par la Commission (procédure dite *d'early warning*). Voir J.-P. JACQUE, « L'éternel retour. Réflexions sur la comitologie » précité, p. 219 ; M. BLANQUET, *op. cit.*, pp. 256 et suivantes ; J. JORDA, *op. cit.*, pp. 122 et suivantes ; du même auteur, « L'art d'exécuter le droit communautaire – Une lecture de la comitologie – », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 271-282, spéc. pp. 279-280. Sur les premières revendications du Parlement européen, avant même le traité de Maastricht, voir W. NICOLL, « Qu'est-ce que la comitologie ? », *RMC* 1987, pp. 185-187.

²⁹⁸ À l'origine, ce fut le Conseil qui, de lui-même, à l'occasion des délégations opérées au profit de la Commission, imposa l'institution et la consultation de comités. Avant d'être consacrée par le droit positif (voir not. C. BLUMANN, « Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement n°182/2011 du 16 février 2011 », *CDE* 2011, n°1, pp. 23-52), une telle pratique avait été acceptée par la Cour de justice (CJCE, 17 décembre 1970, *Köster*, aff. 25/70, *Rec. p.* 1161, pt. 9-10).

²⁹⁹ Voir J.-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 216-218 ; M. VAERINI JENSEN, *op. cit.*, pp. 78-79.

commune³⁰⁰. La comitologie ne fait ainsi que *réaménager* le rôle des États membres lorsque la mise en œuvre du droit de l'Union est imputée aux autorités européennes. Comme le souligne C. BLUMANN, « [la] comitologie n'est que la résultante du système d'administration indirecte »³⁰¹, pour ne pas dire « consubstantielle à l'administration indirecte »³⁰². À ce titre, elle constitue « un outil d'administration indirecte (...) destiné à combler l'espace laissé inoccupé par le législateur européen »³⁰³ dans l'organisation des rapports entre les autorités nationales et européennes pour la mise en œuvre du droit de l'Union.

98. Plus généralement, la coadministration se traduit par l'émergence d'un véritable *espace administratif européen*³⁰⁴, c'est-à-dire par une mise en réseau des administrations nationales³⁰⁵ autour d'autorités européennes. De cette manière, la centralisation de la mise en œuvre du droit de l'Union se concrétise par le développement et le renforcement de rapports de coopération, de concertation, voire de coordination, entre les administrations nationales et européennes³⁰⁶. Les autorités européennes occupent une place plus importante dans l'encadrement et la coordination des administrations nationales qui sont chargées d'appliquer le droit de l'Union³⁰⁷. À titre d'exemple, la logique guidant la création d'agences européennes n'équivaut pas à celle d'une administration européenne³⁰⁸ ayant vocation à appliquer

³⁰⁰ D. BIANCHI, *Le rôle de la comitologie (1958-2010) dans la politique agricole commune*, thèse dactylographiée, Paris II, 2010 ; du même auteur, « La comitologie est morte ! vive la comitologie ! », RTDE 2012, pp. 75-114.

³⁰¹ C. BLUMANN, « Le Parlement européen et la comitologie : une compilation pour la Conférence intergouvernementale de 1996 », RTDE 1996, pp. 1-24, spéc. pp. 10-11 ; citant et extrapolant cette logique, voir H. KORTENBERG, « Comitologie : le retour », RTDE 1998, pp. 317-328 ; idem avec D. BIANCHI, *Le rôle de la comitologie dans la politique agricole commune* précité, pp. 198-200.

³⁰² C. BLUMANN, « Comitologie et administration indirecte » précité, p. 141.

³⁰³ D. BIANCHI, « La comitologie est morte ! ... » précité, p. 81.

³⁰⁴ E. CHEVALIER, « L'espace administratif européen », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 451-465.

³⁰⁵ J.-L. SAURON, « Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne », in *Traité de droit administratif* précité, pp. 401-413 ; voir également M. RUFFERT, « Droit administratif européen », in P. GONOD *et al.* (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 734-772, spéc. pp. 742-748. I. BOUCOBZA (*La gouvernance administrative européenne* précité) parle d'une véritable « *intégration administrative* » (pp. 108-109).

³⁰⁶ Outre les références précédemment citées, voir P. CRAIG, *op. cit.*, pp. 181 et suivantes ; du même auteur, « La méthode ouverte de coordination », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 371-400.

³⁰⁷ Voir notamment la communication de la Commission européenne « Pour une Europe des résultats – Application du droit communautaire », COM(2007) 502 final du 5 septembre 2007.

³⁰⁸ Tant concentrée que déconcentrée. À ce titre, les sites officiels de l'Union et la doctrine, concernant notamment le développement des agences, parlent d'agences *décentralisées* ou de *décentralisation* (pour exemple, J.-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 39). Si toute analogie est possible avec l'organisation du système administratif français, le terme de *déconcentration* n'est pas à exclure, dès lors qu'il s'agit du démembrement à un échelon territorial inférieur d'une même personne juridique (à savoir, l'Union européenne) : certaines agences, puisque disposant d'une personnalité juridique propre comme le *Fonds européen de coopération monétaire*, s'apparentent alors à de « *véritables établissements publics* » (M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 262 ; idem J.-L. CLERGERIE *et al.*, *op. cit.*, p. 251), renvoyant à la *décentralisation* ; d'autres ne sont que des *organes* de l'Union, sans personnalité juridique propre, renvoyant à la *déconcentration*. Employant ces deux termes pour l'étude de l'administration européenne, voir J. SCHWARZE, *Droit administratif européen* précité, p. 28.

directement les normes européennes³⁰⁹. Il s'agit en réalité d'une réorganisation ou d'une « *rationalisation* »³¹⁰ des missions d'exécution, assurées par les autorités nationales ou européennes. L'agence a ainsi pour rôle de coordonner les interventions de ces différentes autorités³¹¹ et non d'assurer directement l'exécution du droit de l'Union³¹². Tel est notamment le cas de l'agence Frontex³¹³. Loin d'instaurer une administration européenne exclusivement compétente pour gérer la sécurité des frontières, ce « *corps européen des gardes-frontières n'est qu'une fiction juridique composée de l'addition de [l']agence aux autorités nationales des États membres, lesquelles demeurent les principaux responsables de la gestion des frontières extérieures* »³¹⁴. De même, l'une des missions de l'Office de l'Union européenne pour la propriété intellectuelle est d'assurer une coopération avec les autorités nationales qui agissent en matière de marque³¹⁵. Par ce procédé, il ne s'agit pas pour l'Union de se doter d'une administration directe pléthorique et dont la vocation serait d'assumer principalement

³⁰⁹ Sur la conciliation entre le développement des agences et la jurisprudence *Meroni* de la Cour de justice, voir T. ZWART, « La poursuite du père *Meroni* ou pourquoi les agences européennes pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne » in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 159-173, spéc. pp. 164-168.

³¹⁰ Cette logique est présentée ainsi par E. CHITI (*op. cit.*) : « L'institution d'agences européennes représente une tentative pour résoudre la question de l'effectivité, posée par la stratégie traditionnelle d'action européenne, par le biais d'instruments qui n'impliquent pas un renforcement direct de l'administration centralisée de l'Union. D'une part, l'on procède à **une rationalisation de certaines fonctions** par le biais d'une réglementation européenne de celles-ci. D'autre part, les attributions inhérentes à telles fonctions sont réparties entre une multiplicité d'offices nationaux, supranationaux et communs, qui en sont titulaires. Enfin, l'on crée des organismes européens qui, assurant **la coordination de l'ensemble de tels organismes** et étant titulaires d'attributions prédominantes vis-à-vis de celles des autres appareils compétents, constituent des **instruments de gestion des administrations** composées par l'ensemble des organes entre lesquels ont été réparties les attributions » (pp. 358-359 – nous soulignons). Cela explique également pourquoi il n'existe pas de véritable statut commun des agences européennes décentralisées ; sur cette question, voir not. ; E. CHITI, « Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne ? », in *Les agences de l'Union européenne* précité, pp. 49-74 ; F. ANDREONE, *op. cit.* ; F. COMTE, « Agences décentralisées : vers un statut unifié ? Approche commune du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne sur les agences décentralisées », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, pp. 143-156 ; M. CHAMON, *op. cit.*, spéc. pp. 294-297.

³¹¹ Un tel constat n'est en rien propre à l'Union européenne. Le processus d'*agencification*, en lui-même, implique que le « cycle d'intégration/centralisation des fonctions administratives cède alors devant une tendance à la différenciation organisationnelle recherchant des modes d'organisation et de gestion qui permettraient de mieux identifier les missions de chaque organisme, les responsables, et de pouvoir évaluer ainsi les résultats obtenus par rapport à des objectifs fixés » (G. MARCOU, « Le thème de l'Agence et la réforme des administrations centrales », in *Les agences de l'Union européenne* précité, pp. 3-36, spéc. p. 8).

³¹² En cela, elles se distinguent des agences fédérales des États-Unis en ce qu'elles « n'ont pas le pouvoir de prendre des décisions qui affectent le droit privé de tierces personnes » (T. ZWART, « La poursuite du père *Meroni* ou pourquoi les agences européennes pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne » précité, p. 162) ; dans le même sens, G. MARCOU, *op. cit.*, spéc. p. 30.

³¹³ Instituée par le Règlement n°2007/2004 du Conseil, 26 octobre 2004, JOUE, L 349, 25 novembre 2004, et récemment réaménagée par le Règlement (UE) 2019/1896 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2019 relatif au corps européen de garde-frontières et de garde-côtes et abrogeant les règlements (UE) n° 1052/2013 et (UE) 2016/1624 (JOUE, L 295, 14 novembre 2019, p. 1). Sur cette agence, voir not. C. CHEVALLIER-GOVERS et R. TINIERE (dir.), *De Frontex à Frontex. Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, et notamment la contribution de H. CANIARD, « Pouvoirs et moyens de l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : le règlement (UE) 2016/1624 traduit-il un renforcement des moyens et des capacités ? », pp. 41-54.

³¹⁴ P. DE BRUYCKER, « Le corps européen des gardes-frontières, les limites d'une nouvelle forme d'agence européenne », *RFDA* 2017, pp. 922-928, spéc. p. 925, s'appuyant sur le point 5 du Préambule du règlement n°2016/1624 précité. Voir également D. RITLÉNG, « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *RTDE*, 2017, pp. 437-456.

la mise en œuvre du droit de l'Union. Cette logique de *coadministration* se retrouve enfin à l'article 299 TFUE, qui prévoit que l'exécution forcée d'une décision individuelle de la Commission ou de la Banque centrale ne pourra se faire que par les autorités nationales, selon « *les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État* »³¹⁶. Le renvoi aux États membres semble ainsi irréductible, y compris dans des domaines comme l'Eurosystème³¹⁷.

B. La disponibilité des systèmes administratifs nationaux

99. L'administration indirecte se justifie aisément si les systèmes administratifs nationaux existants sont disponibles pour mettre en œuvre les règles européennes. En effet, créer de toute pièce une administration européenne est inutile pour assurer l'application du droit de l'Union lorsque les administrations nationales existantes sont en mesure de le faire efficacement. Au titre du principe de subsidiarité³¹⁸, la mise en œuvre nationale du droit de l'Union apparaît plus pertinente³¹⁹, voire plus rassurante³²⁰. À cet égard, la doctrine parle d'une véritable « *instrumentalisation* »³²¹ des autorités de l'État membre, placées au service de l'ordre juridique européen. Sans aller jusqu'à considérer que l'Union européenne s'est construite d'une manière *parasitique*³²² vis-à-vis des États membres, la mise à disposition des autorités

³¹⁵ Articles 151 et suivants du Règlement n°2017/1001 du Parlement européen et du Conseil du 14 juin 2017 sur la marque de l'Union européenne (JOUE 2017, L 154, p. 1).

³¹⁶ Art. 299, §2, TFUE. Certes, la marge de manœuvre des autorités nationales sera quasi nulle en ce qu'elles « *doivent se borner à vérifier l'authenticité du titre* » (en ce sens, J.-L. CLERGERIE *et al.*, *L'Union européenne*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2016, p. 304).

³¹⁷ Avec le rôle primordial des Banques centrales nationales ; voir F. MARTUCCI, *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 409 et suivantes et pp. 417 et suivantes ; S. ADALID, *op. cit.*, pp. 170 et suivantes.

³¹⁸ Le principe de subsidiarité sera d'ailleurs reconnu en droit de l'Union européenne précisément parce que les autorités nationales se sont accoutumées à la mise en œuvre du droit de l'Union, en assurant globalement une mise en œuvre satisfaisante. En ce sens, L. AZOULAY, « The Court of Justice and the Administrative Governance », *European Law Journal*, Vol. 7, 2001, pp. 425-441, spéc. p. 427 ; J. JORDA, *op. cit.*, p. 288.

³¹⁹ Pour J. JORDA (*op. cit.*), « *l'efficacité et la cohérence gagnent à ce que soit laissée au plus près des administrés l'application des décisions les concernant* » (p. 288). Voir également J. BRIDGE, « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States », *ELR* 1984, pp. 28-42, spéc. p. 31 ; B. DUBEY, *op. cit.*, pp. 125-126.

³²⁰ À titre d'exemple, R. LECOURT (*L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2008) estime « *rassurant que l'exécution forcée d'une décision de la Commission ou de la Cour, ait lieu dans les formes prévues par le droit national* » (p. 232 – nous soulignons).

³²¹ Voir V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2006, pp. 415 et suivantes ; E. NEFRAMI, « L'État membre au service de l'Union européenne », *ADE* 2004, pp. 52-77 ; F. CHALTIEL, *op. cit.*, p. 455.

³²² Expression volontairement provocante employée par C. HARLOW (« A Common European Law of Remedies ? », in C. KILPATRICK *et al.* (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 69-83) : « *Metaphorically, the EC legal order is a parasitic construction ; it fastens itself to the branches of the national legal orders* » (p. 76 – nous soulignons). Sur une approche similaire, voir J. BARROCHE (« Théories fédéralistes et Union européenne », *Civitas Europa*, 2017, n°38, pp. 337-367) estimant que « *l'une des potentialités du projet européen, si on*

nationales pour assurer la mise en œuvre du droit de l'Union est un enjeu primordial pour l'Union européenne.

100. Il s'agit de s'assurer que ces administrations nationales soient *disponibles*³²³ pour permettre l'application effective du droit de l'Union. Cette idée fait écho au principe d'équivalence. Une telle exigence ne peut constituer une garantie au service de l'effectivité du droit de l'Union que si les régimes nationaux existants sont présumés aptes à y parvenir³²⁴. Tout l'enjeu tient alors dans la justification d'un tel postulat. Deux idées sont à mentionner. D'une part, à l'inverse du système juridique européen, les systèmes nationaux disposent des moyens juridiques et administratifs nécessaires à l'application de la règle européenne (1.). D'autre part, ils sont dans leur ensemble suffisamment organisés pour y parvenir (2.).

1. Des moyens nationaux nécessaires à l'application effective du droit de l'Union

101. S'appuyer sur les systèmes nationaux présente un avantage certain pour l'Union européenne. En effet, l'Union européenne ne dispose pas des moyens et outils nécessaires pour garantir à elle seule une application effective de ses normes. Comme l'explique L. AZOULAI³²⁵, à l'inverse des ordres juridiques nationaux, l'ordre juridique européen souffre de deux vices. Le premier est celui de « *l'incomplétude du système* » européen, caractérisé par l'absence d'un « *appareil de gouvernement* »³²⁶, c'est-à-dire l'absence d'organes permettant l'application d'une norme. Le second est « *l'imperfection du système* »³²⁷ européen. Les autorités européennes ne détiennent que la *jurisdictio*, soit la formulation des normes, et ont laissé aux États membres *l'actio*, c'est-à-dire l'exécution concrète des normes. Partant, l'ordre juridique européen ne dispose ni des organes ni des prérogatives pour assurer directement la mise en œuvre du droit de l'Union³²⁸. Les

l'interprète dans ses conséquences ultimes, est de nier l'État en tant qu'institution, de le maintenir seulement au titre d'appareil fonctionnel, ne serait-ce que pour exécuter le droit de l'Union » (p. 352).

³²³ B. LE BAUT-FERRARESE (*La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996) évoque « [la] disponibilité et le caractère complet des ordres juridiques nationaux » (p. 63). De même, R. KOVAR (V° « Compétences des Communautés européennes », *JurisClasseur Europe*, fasc. 420, n°91, cité par B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », CDE 2003, n°1-2, pp. 87-133, spéc. p. 105) estime que « [l']*appareil administratif est mis à la disposition des Communautés* » (nous soulignons).

³²⁴ Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 177 et suivants.

³²⁵ L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 1-23, spéc. p. 2.

³²⁶ Concept emprunté par l'auteur à la Théorie de l'Institution du Doyen HAURIUO.

³²⁷ Idée déjà mentionnée par J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Conclusions », in *Droits nationaux et droit de l'Union européenne : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis* précité, pp. 179-186, spéc. p. 185.

³²⁸ Résumant cette idée, E. BERNARD (« Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », in G. ECKERT *et al.* (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit*

institutions européennes ne peuvent édicter qu'une règle qui sera – par principe – *incomplète*³²⁹, c'est-à-dire qui « *n'atteint (...) son objet qu'à travers une série d'actes et d'opérations qui lui sont étrangers* »³³⁰. Ainsi, l'Union européenne ne fait que dégager des objectifs à atteindre ou des missions à remplir pour les États membres. Il appartient à ces derniers d'apporter les compléments, juridiques et matériels, nécessaires à la norme européenne pour que celle-ci puisse effectivement et pleinement produire ses effets³³¹.

102. L'État membre joue le rôle de *perfecteur*³³² de la règle européenne. Pour assurer l'application effective du droit de l'Union, il devra mobiliser, le cas échéant, toutes les « *compétences normative, administrative, répressive et juridictionnelle* »³³³ dont il dispose. L'appareil administratif de l'État membre « *est mis à la disposition des Communautés pour l'exécution de leurs décisions, sa force publique et son organisation judiciaire en assurent le respect au besoin par la contrainte, enfin ses organes législatifs et gouvernementaux interviennent souvent pour leur apporter d'indispensables compléments* »³³⁴. La mise en œuvre nationale du droit de l'Union prend alors des formes très variées. Elle peut d'abord renvoyer à une action positive : les États membres doivent « [prendre] *toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution* »³³⁵ du droit de l'Union. Elle peut également se manifester par une abstention, en ce qu'ils doivent « [s'abstenir] *de toute mesure susceptible de mettre en péril la réalisation des objectifs de l'Union* »³³⁶. Pour J. SIRINELLI, cela renvoie aux *actes d'interférence*, c'est-à-dire un « *acte national adopté pour des motifs étrangers au droit de l'Union (...) mais qui affecte la pleine réalisation des règles*

public français précité, pp. 91-127) estime ce renvoi nécessaire « *dans la mesure où les institutions communautaires ne disposent ni des moyens techniques, ni des moyens répressifs leur permettant d'assurer elles-mêmes cette exécution au sein des États membres* » (p. 92).

³²⁹ Parlant de « *l'incomplétude de la norme communautaire* », voir L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n°199, pp. 4-16, spéc. pp. 10 et suivantes ; sur cette idée, voir M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Paris, LGDJ, 2015.

³³⁰ L. AZOULAI, *op. cit.*, p. 5.

³³¹ Confier aux États membres le soin de compléter la norme européenne présente également un avantage politique : en effet, selon J. BRIDGE (*op. cit.*), « *it removes an additional burden from its lawmaking institution by avoiding the necessity of legislating in detail for the enforcement of Community law* » (p. 31).

³³² B. NABLI, *op. cit.*, p. 24. M. MELCHIOR (Discussion in *La Communauté et ses États membres* précité) parle lui de « *bras séculier* » au service du droit de l'Union (p. 247) ; pour M. BEULAY (« L'État membre dans l'Union européenne », in *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 116-138), de « *la cheville ouvrière, le corps exécutif, tant matériel que procédural, du droit de l'Union* » (p. 132).

³³³ B. NABLI, *op. cit.*, p. 24. En ce sens, CJCE, 14 juillet 1976, *Kramer*, aff. jt. 3/76, 4/76 et 6/76, *Rec. p.* 1279, pt. 45.

³³⁴ R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire » précité, p. 203.

³³⁵ Nous soulignons.

³³⁶ Nous soulignons.

européennes »³³⁷. Selon cette logique, un tel acte manifeste une mauvaise application du droit de l'Union par l'État membre.

103. La doctrine³³⁸ a surtout étudié la mise en œuvre *positive* du droit de l'Union par les États membres. Elle en identifie plusieurs manifestations à partir de la jurisprudence de la Cour de justice lorsque celle-ci exige des États membres de « prendre toutes **mesures générales et particulières** pour assurer l'exécution des obligations découlant [du droit de l'Union] »³³⁹. En premier lieu, elle peut être *normative*. Il est attendu que l'État membre adopte un acte national de portée générale³⁴⁰ visant, pour une directive, à la transposer, et pour les normes d'effet direct, à les préciser ou les compléter³⁴¹. Elle peut également être *administrative*³⁴². Il s'agit alors pour les États membres d'adopter des actes à portée individuelle³⁴³ et d'assurer l'application matérielle du droit de l'Union européenne. Enfin, elle peut avoir pour objet de *sanctionner* le respect du droit de l'Union. Selon cette optique, elle peut être *répressive*, renvoyant aux sanctions administratives, civiles, fiscales, voire pénales, appliquées en cas de violation de la norme européenne, ou être une *sanction juridictionnelle*, impliquant l'application du droit de l'Union européenne par le juge national. Cette

³³⁷ J. SIRINELLI, « L'acte administratif de mise en œuvre du droit de l'Union », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 965-990, spéc. p. 970 ; la modalité plus classique de *mise en œuvre*, impliquant un comportement positif de la part de l'État membre, se traduit par un « acte d'exécution ». Reprenant implicitement cette distinction, en s'appuyant sur l'art. 51 de la Charte des droits fondamentaux, voir L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 102 et suivantes. Évoquant cette distinction, voir B. NABLI, *op. cit.*, p. 23.

³³⁸ Voir R. KOVAR, *op. cit.*, pp. 209 et suivantes ; M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.* précité, pp. 44 et suivantes ; R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Thèse dactylographiée, Rennes I, 1994, pp. 7 et suivantes ; du même auteur, « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, t. 2, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences sociales, 2004, pp. 615-637, spéc. pp. 620-627 ; C. DEBBASCH, « L'influence du processus d'intégration communautaire sur les administrations nationales », in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 113-137, spéc. p. 121 et suivantes ; Y. GAUTIER, « L'État membre et l'exécution du droit communautaire », in G. DUPRAT (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 39-79 ; B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 37 et suivantes ; B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse* précité, pp. 457 et suivantes ; J. JORDA, *op. cit.*, pp. 290-291 ; M. VAERINI JENSEN, *op. cit.*, pp. 11-17 ; E. NEFRAMI, « L'État membre au service de l'Union européenne », *ADE* 2004, pp. 52-77 ; E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français » précité ; E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne* précité, pp. 80-88.

³³⁹ CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76, *Rec.* p. 137, pt. 32 ;

³⁴⁰ Voir *infra* concernant la mise en œuvre nationale des règlements. Pour ces derniers, au début de la Communauté européenne, concernant la France, la loi et l'acte administratif réglementaire étaient peu employés pour opérer cette *exécution normative* ; les circulaires, au contraire, étaient très utilisées ; voir Y. PRATS, *op. cit.*, p. 34 ; V. CONSTANTINESCO, Rapport, in G. CIAVARINI AZZI (dir.), *L'Application du Droit Communautaire par les États Membres*, Maastricht, Institut Européen d'Administration Publique, 1985, pp. 51-60 ; précisant cette idée, O. DUBOS, « Les circulaires au service de la bonne application du droit communautaire : obligations et pouvoirs de l'administration », *Lexbase Hebdo – éd. Publique*, 2006, n°9.

³⁴¹ Sur cette idée, voir également M. TRIENBACH, *op. cit.*, pp. 148-151.

³⁴² La Cour de justice a pu parler, dans cette idée, de « *mise en œuvre administrative* » (CJCE, 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, aff. 294/83, *Rec.* p. 1339, pt. 23).

présentation implique enfin une appréhension large de « l'État ». En effet, il est ainsi renvoyé à l'ensemble des autorités publiques nationales³⁴⁴. Partant, les entités décentralisées³⁴⁵ ou fédérées³⁴⁶, le législateur³⁴⁷ et même des autorités indépendantes, telles que les juridictions³⁴⁸, doivent être considérés comme susceptibles de mettre en œuvre le droit de l'Union. De cette manière, l'ensemble de leurs compétences et moyens est mis au service de l'application du droit de l'Union.

2. *Le constat global de la solidité des structures administratives nationales*

104. Retenir le choix de l'administration indirecte se justifie également eu égard à la solidité des structures administratives nationales. Compte tenu de l'organisation de l'ordre juridique national, y compris administrative ou juridictionnelle, les États membres disposent *déjà* des outils nécessaires pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union³⁴⁹. Aussi, il aurait été absurde pour les rédacteurs des traités, surtout aux origines de l'Union, de ne pas tirer bénéfice de ces administrations existantes, et notamment de leurs expériences, moyens et ressources³⁵⁰. Cet état d'esprit se manifeste dans les *Mémoires* de J. MONNET qui considère qu'il suffit « *de quelques centaines de fonctionnaires européens pour mettre au travail des milliers d'experts nationaux et faire servir aux missions du traité les puissantes machineries des*

³⁴³ Renvoyant à une application « *individualisée et concrète* » selon R. MEDHI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français* précité, p. 7.

³⁴⁴ Pour un aperçu de cette diversité, voir G. CIAVARINI AZZI, « L'application du droit communautaire dans les États membres : une vue d'ensemble », *Rev. fr. ad. pub.* 1985, n°34, pp. 191-53. Voir également C. BROUELLE, « La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit de l'Union », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 937-949.

³⁴⁵ CJCE, 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, *Rec. p.* I-2517, pt. 30.

³⁴⁶ Voir CJCE, 4 juillet 2000, *Haim*, aff. C-424/97, *Rec. p.* I-5123, pt. 31.

³⁴⁷ CJCE, 5 mai 1970, *Commission c. Belgique*, aff. 77/69, *Rec. p.* 237, pt. 15 ; CJCE, 18 novembre 1970, *Commission c. Italie*, aff. 8/70, *Rec. p.* 961, pt. 9 ; CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec. p.* I-1029, pt. 35-36.

³⁴⁸ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. p.* I-10239, pt. 30-36 ; CJCE, 13 juin 2006, *Tragbetti del Mediterraneo*, aff. C-173/03, *Rec. p.* I-5177, pt. 30 ; CJCE, 12 novembre 2009, *Commission c. Espagne*, aff. C-154/08, ECLI:EU:C:2009:695, pt. 125.

³⁴⁹ Voir not. M. CAPPELLETTI et M. KOHNSTAMM (dir.), *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, dont les contributions de R. SACCO, « Droit commun de l'Europe et composantes du droit », pp. 95-109 et de J. RIVERO, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », pp. 389-406. Voir également M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006 ; J. SCHWARZE, *op. cit.* ; du même auteur (en direction d'ouvrage), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010 ; M. RUFFERT (dir.), *Administrative Law in Europe : between common principles and national traditions*, Groningue, Europa Law Publishing, 2013.

³⁵⁰ Voir G. C. AZZI (dir.), *L'application du droit communautaire par les États membres*, Maastricht, Institut Européen d'Administration Publique, 1985 ; J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409, spéc. pp. 381-386, faisant référence aux rapports nationaux présentés lors du colloque de la FIDE à Londres en 1980.

entreprises et des États »³⁵¹. Dans ce contexte, l'Union peut bénéficier, à son profit, du « *savoir-faire technique* »³⁵² des autorités nationales, ainsi que des « *connaissances indispensables pour l'adoption des décisions, et (...) à l'exécution des mesures décidées* »³⁵³, comme en matière douanière ou dans le cadre de la politique agricole³⁵⁴. Pour J. ZILLER, les raisons d'être de l'administration indirecte en Allemagne relèvent de la même logique. Selon lui, l'Empire allemand s'est construit par les « *deux États aux administrations fortement structurées* »³⁵⁵ qu'étaient la Prusse et la Bavière. L'autorité fédérale allemande pouvait ainsi s'appuyer sur ces structures administratives, considérées comme suffisamment solides pour assurer l'essentiel de la mise en œuvre du droit fédéral. Ainsi, « *le fédéralisme allemand se construisit avec une administration fédérale de dimension réduite, l'exécution des lois étant une activité de principe des États composant l'Empire* »³⁵⁶.

105. Toutefois, ce raisonnement repose sur le *postulat*³⁵⁷ selon lequel les structures administratives nationales sont, par principe, suffisamment solides, c'est-à-dire en capacité juridique, technique et matérielle, d'appliquer de manière effective le droit de l'Union. Des imperfections peuvent évidemment se constater et conduisent à une intervention du législateur européen ou de la Cour de justice pour les corriger³⁵⁸. Il reste qu'elles ont vocation à rester exceptionnelles ou, à tout le moins, à ne pas remettre en cause la solidité *globale* des structures nationales. Deux illustrations permettent de le montrer. La première concerne les appareils juridictionnels nationaux. Le renvoi aux voies de droit nationales, prévu à l'article 19 TUE³⁵⁹, est

³⁵¹ J. MONNET, *op. cit.*, p. 436.

³⁵² B. NABLI, *op. cit.*, p. 28. À titre d'exemple, évoquant cette idée, la Cour de justice juge justifié le fait que la Haute Autorité CECA ait laissé aux autorités nationales, parce que s'avérant « *plus que qualifiées* », le soin de délivrer des certifications (CJCE, 17 décembre 1959, *FERAM c. Haute Autorité*, aff. 23/59, Rec. p. 501, spéc. p. 517).

³⁵³ C. FRANCHINI, *op. cit.*, p. 336.

³⁵⁴ J. SCHWARZE, *op. cit.*, pp. 41-42 ; E. SCHMIDT-ASSMANN, *op. cit.*

³⁵⁵ J. ZILLER, « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » précité, p. 329. Adoptant également ce même raisonnement vis-à-vis de l'existence du principe allemand de fidélité fédérale, pour justifier l'existence du principe de coopération loyale, voir V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore* précité, pp. 97-114, spéc. p. 105.

³⁵⁶ J. ZILLER, *op. cit.*, p. 329.

³⁵⁷ En ce sens, l'avocat général F. G. JACOBS (conclusions sur CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel et van Veen*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705) y voit une *prémisse* selon laquelle « *les États fondés sur la règle de droit organisent leurs systèmes juridiques nationaux de manière à assurer une application correcte du droit et une protection juridique adéquate aux sujets de ces systèmes* » et qu'en conséquence, « *la Cour ne devra qu'exceptionnellement intervenir pour faire en sorte que le droit communautaire soit appliqué* » (pt. 30).

³⁵⁸ En matière de responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union, voir J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, pp. 250-252.

³⁵⁹ En ce sens, CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, Rec. p. 1805, spéc. pt. 44. L'article 19, §1, du TUE consacrera cette position en disposant que les « *États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

justifié par la solidité globale³⁶⁰ des ordres juridictionnels nationaux³⁶¹, aptes à garantir aux individus une protection juridictionnelle effective. Cette acception fonde certaines prises de position de la Cour de justice. En effet, la reconnaissance d'« *un système complet de voies de recours et de procédures* »³⁶² pour la mise en œuvre du droit de l'Union n'est envisageable que si les appareils juridictionnels nationaux sont jugés globalement efficaces. De plus, la jurisprudence relative à l'accès des particuliers au recours en annulation s'appuie sur cette même appréciation³⁶³. En effet, la Cour de justice retient des conditions très strictes à ce sujet³⁶⁴. Le risque d'atteinte à la protection juridictionnelle effective des particuliers est, selon la Cour, compensé³⁶⁵ grâce au renvoi aux voies de droit nationales, jugées suffisantes pour assurer une telle protection³⁶⁶. Enfin, si des dysfonctionnements

³⁶⁰ Ce qui n'empêche pas l'Union d'apporter, notamment par la jurisprudence de la Cour de justice, certaines corrections dans ce domaine. Sur cette idée, voir E. DUBOUT, « Le "contentieux de troisième génération" ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007, pp. 427-443.

³⁶¹ Voir les rapports présentés pour les différents États membres in *La jurisprudence européenne après vingt ans d'expérience communautaire*, Carl Heymanns Verlag KG, compte rendu du VIe Congrès international de droit européen du 24 mai au 26 mai 1973 à Luxembourg de la FIDE, 1976, et notamment le rapport de R. KOVAR (« Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 245-283) soulignant que les « *conclusions des rapporteurs nationaux* [estiment], *unanimentement, ou presque, que les voies de droit existantes assurent aux individus une protection satisfaisante en cas de violation du droit communautaire* » (p. 246).

³⁶² Voir not. CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*, aff. C-50/00 P, *Rec.* p. I-6677, pt. 39-43.

³⁶³ Ce raisonnement tient tout autant concernant les modalités dans lesquelles un individu peut obtenir réparation d'un préjudice résultant de l'application du droit de l'Union ; voir CJCE, 5 décembre 1979, *Koninklijke Scholten-Honig*, aff. 143/77, *Rec.* p. 3583 : l'accessibilité du prétoire du juge européen dans le cadre d'un recours en indemnité « *doit (...) être appréciée au regard de l'ensemble de la protection juridictionnelle des particuliers instauré par le traité* » (pt. 11), incluant les systèmes nationaux. En ce sens F. GREVISSE, J.-D. COMBEXELLE et E. HONORAT, « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres dans l'élaboration et dans la mise en œuvre du droit communautaire : compétences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 933-952 ; P. OLIVER, « Joint Liability of the Community and the Member States », in T. HEUKELS et A. MCDONNELL (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 285-309.

³⁶⁴ Voir CJCE, 15 juillet 1963, *Plaumann*, aff. 25/62, *Rec.* p. 199, spéc. pp. 222 et suivantes ; CJCE, *UPA*, aff. C-50/00 P précité, pt. 33 et suivants ; CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a.*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625, pt. 45 et suivants. À cet égard, voir not. M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014, pp. 226 et suivantes ; O. SPELDOORN, V^o « Recours en annulation », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2018 ; J. RIDEAU, V^o « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 330, 1^{er} août 2015, par. 92 et suivantes ; M. JAEGER, « L'accès des personnes physiques ou morales à la justice : les premières interprétations par le Tribunal des nouvelles dispositions de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE », in *Mélanges en hommage à Albert Weitzel. L'Europe des droits fondamentaux*, Paris, Pedone, 2013, pp. 94 et suivantes. Sur leur caractère très strict, voir R. MEHDI, « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », *RTDE* 2003, pp. 23-50 ; P. CASSIA, « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *D.* 2002, pp. 2825-2830 ; D. WAELBROECK et T. BOMBOIS, « Des requérants "privilegiés" et des autres... À propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE* 2014, n^o1, pp. 21-75 ; L. COUTRON, « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA* 2014, pp. 548-556.

³⁶⁵ Voir A. POPOV, « La complémentarité entre les recours en annulation formés par les particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *CDE* 2012, n^o1, pp. 167-194.

³⁶⁶ Parlant d'une « *prémisse* », voir F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, pp. 27-50, spéc. p. 38. Pour R. MEHDI, (« Les retombées de la Communauté de droit dans les États membres », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 377-422), « *la Cour a acquis la conviction que le droit national offre aux justiciables, dans la plupart des cas, des garanties suffisantes. En effet, les États membres confèrent en général aux tribunaux les pouvoirs nécessaires à la sauvegarde des droits engendrés par l'ordre juridique communautaire et veillent à l'efficacité des voies de droit* » (pp. 411-412 – nous soulignons).

sont révélés dans ces voies de droit nationales, la Cour de justice les corrige par l'application du principe général de protection juridictionnelle effective.

106. Cette idée se manifeste également dans les conditions d'adhésion à l'Union européenne d'un nouvel État. En effet, si la solidité des structures administratives des six États fondateurs ne faisait aucun doute, la question fut légitimement posée lors des élargissements successifs de l'Union. L'attention portée à l'efficacité des systèmes administratifs nationaux se retrouve dans la condition de reprise de *l'acquis communautaire*. Cette condition essentielle à l'adhésion ne s'arrête pas à son aspect substantiel³⁶⁷. Elle implique également une « exigence d'effectivité de la reprise de l'acquis »³⁶⁸. Ainsi, l'État candidat doit disposer d'un appareil administratif et juridictionnel permettant non seulement d'assimiler cet acquis, mais aussi de ne pas le mettre en péril dans le futur. C'est à l'occasion de l'élargissement vers les pays d'Europe centrale et orientale (PECO) que le Conseil européen dégagait cette exigence. Il estima nécessaire de prendre en considération « la capacité du pays candidat à (...) assumer les obligations »³⁶⁹ découlant du traité. En conséquence, la Commission s'est montrée sceptique sur la capacité administrative des PECO à assumer le respect de l'acquis communautaire³⁷⁰. Pour le commissaire européen G. VERHEUGEN, chargé de l'adhésion de ces pays, « le défi le plus ardu pour les pays candidats reste le renforcement de leurs structures administratives, condition sine qua non de la mise en œuvre de l'acquis »³⁷¹. Le système d'administration indirecte perdrait ainsi tout son sens si les administrations nationales des États entrants ne pouvaient, dans l'ensemble, assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union.

§2 : L'exercice autonome d'une compétence nationale

107. Le renvoi aux États membres de la mise en œuvre du droit de l'Union est une réalité même si son fondement juridique demeure assez incertain.

³⁶⁷ C'est-à-dire aux exigences, normes, principes et valeurs qui doivent être respectés pour intégrer l'Union européenne. Voir P. PESCATORE, « Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire» », *RTDE* 1981, pp. 617-651 ; voir également le dossier « Acquis communautaire », *RAE* 2001-2002, n°7, pp. 785-822 et n°8, pp. 941-1091.

³⁶⁸ L. COUTRON, V° « Union européenne – Adhésion – Aspects juridiques généraux », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 115, 31 octobre 2012, par. 87. Dans le même sens, voir C. DELCOURT, « The *Acquis Communautaire* : Has the Concept Had Its Day ? », *CMLR* 2001, n°38, pp. 829-870, spéc. pp. 844 et suivantes.

³⁶⁹ Conclusions de la présidence du Conseil européen des 21 et 22 décembre 1993 à Copenhague, p. 25 (lien en bibliographie).

³⁷⁰ Voir le livre blanc de la Commission sur la *préparation des États associés de l'Europe centrale et orientale à leur intégration dans le marché intérieur de l'Union* (COM (95) 163), spéc. par. 4.27 et suivants. Sur cette question, voir E. VARNAY, « L'acquis communautaire et les PECO », *RAE* 2001-2002, n°8, pp. 1048-1057, spéc. pp. 1056.

³⁷¹ G. VERHEUGEN, cité par L. COUTRON, *op. cit.*, par. 87.

L'administration indirecte et son régime juridique ne figurent pas explicitement³⁷² au sein des traités constitutifs³⁷³. En dépit de tentatives en ce sens³⁷⁴ et des clarifications apportées³⁷⁵, il n'existe pas de traduction juridique qui exprime de manière unanime³⁷⁶ ce concept. L'un des débats³⁷⁷ à ce sujet concerne la nature européenne ou nationale de la compétence d'exécution du droit de l'Union par les États membres. Or, selon l'approche retenue, la fonction du principe d'équivalence prendra un sens différent. Si cette compétence d'exécution est qualifiée d'européenne, alors les États membres agissent par l'intermédiaire d'une délégation de compétence. Autrement dit, ils y ont été habilités par l'Union européenne. Dans cette perspective, le principe d'équivalence vise à délimiter, encadrer ou préciser l'étendue et la portée de cette habilitation. L'autre approche consiste à qualifier cette compétence d'exécution de

³⁷² La question même de l'exécution au sein de l'Union européenne, en dépit des clarifications opérées par le traité de Lisbonne, reste encore largement discutée ; voir not. F. PICOD, V° « Traité de Lisbonne », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 10, 24 juin 2016, par. 83 et suivants ; L. GUILLAUD-COLLIAT, V° « Actes non législatifs » précité, par. 6-8.

³⁷³ En ce sens, cela peut s'expliquer selon C. BLUMANN et L. DUBOIS (*Droit institutionnel de l'Union européenne* précité) qui estiment que « le principe d'administration indirecte résulte de la nature même des compétences et politiques de l'Union » (p. 592). À ce sujet, la Déclaration de Laeken de 2001 exposait ainsi le problème : « ne faut-il pas laisser de manière plus explicite la gestion quotidienne et l'exécution de la politique de l'Union aux États membres et, là où leur Constitution le prévoit, aux régions ? Ne doivent-ils pas avoir la garantie qu'on ne touchera pas à leurs compétences ? » (Conclusions de la Présidence du Conseil européen de Laeken des 14 et 15 décembre 2001 (lien en bibliographie), p. 34 – nous soulignons).

³⁷⁴ Comme les projets *Spinelli* de 1984 et *Herman* de 1994 qui ne furent pas (ou très partiellement) repris par les traités de Maastricht, Amsterdam et Nice ; voir C. DENIZEAU, *op. cit.*, pp. 230-232.

³⁷⁵ Soulevant le maintien des incertitudes en dépit des clarifications apportées par les révisions des traités, voir C. DENIZEAU, *op. cit.*, pp. 230 et suivantes ; I. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 43. L'article 291 TFUE aurait pu, de prime abord, convenir. Tel n'est cependant pas le cas. En premier lieu, cette rédaction n'existait pas dans les versions des traités antérieures au traité de Lisbonne. En deuxième lieu, la jurisprudence de la Cour de justice ne lui accorde pas une telle portée. À tout le moins, la Cour de justice n'en fait pas le fondement de l'obligation pour les États membres d'assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. La jurisprudence se focalise en réalité sur les alinéas 2 et 3 dudit article, relatifs aux conditions dans lesquelles la Commission peut adopter des actes d'exécution (voir pour exemples, voir CJUE, 18 mars 2014, *Commission c. Parlement et Conseil*, aff. C-427/12, ECLI:EU:C:2014:170, pt. 33 et suivants ; CJUE, 5 mai 2015, *Espagne c. Parlement et Conseil*, aff. C-146/13, ECLI:EU:C:2015:298, pt. 75 et suivants ; CJUE, 16 juillet 2016, CJUE, 20 décembre 2017, *Espagne c. Conseil*, aff. C-521/15, ECLI:EU:C:2017:982, pt. 45 et suivants). En troisième lieu, le principe de subsidiarité (V. CONSTANTINESCO, « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne », in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 35-45) ne constitue qu'une garantie accordée aux États membres. Par ce principe, l'Union européenne doit ainsi édicter un encadrement des conditions d'application des normes européennes qui ne contraint pas d'une manière excessive l'action des États membres (voir not. J. ZILLER, « Le principe de subsidiarité », in *Traité de droit administratif* précité, pp. 527-542, spéc. pp. 536-538 ; voir également C.-F. DURANT, « La mise en œuvre du principe de subsidiarité », in F. DELPEREE (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Paris / Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 2002, pp. 367-373, spéc. p. 368). De ce fait, il ne peut constituer, à lui seul, le fondement juridique de l'administration indirecte.

³⁷⁶ Selon J. ZILLER (« Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen » précité), un tel constat s'explique en ce que ce « vocabulaire "administration directe/administration indirecte" a longtemps été une élaboration doctrinale et de la pratique » (p. 332). Il précise toutefois que des expressions équivalentes, telles que « exécution centralisée / décentralisée » ou encore « gestion partagée / directe », peuvent se trouver dans des dispositions de droit dérivé ; il dira même préférer l'expression « exécution partagée » à celle d'exécution indirecte, eu égard à l'intervention évidente des institutions européennes (« Exécution centralisée et exécution partagée... » précité, p. 127). En ce sens, ce vocable apparaît à plusieurs reprises dans le cadre des discussions au 6^e colloque de l'I.E.J.E., *La Communauté et ses États membres* précité.

³⁷⁷ Sur cette problématique générale, voir R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire » précité, spéc. pp. 219 et suivantes V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, pp. 278 et suivantes ; P.-H. TEITGEN, « L'application du droit communautaire par le législatif et l'exécution français », in J. RIDEAU *et al.* (dir.), *La France et les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 777-809, spéc. p. 787 et suivantes ; B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*

proprement nationale. L'action des États membres s'explique sur le fondement du principe de coopération loyale, qui leur commande de prendre les mesures nationales nécessaires à l'application du droit de l'Union. Dès lors, la fonction du principe d'équivalence est d'encadrer ces mesures nationales prises à cette fin. Pour mieux comprendre ces idées, il est nécessaire d'explicitier ces deux approches³⁷⁸ pour se convaincre que la seconde (B.) est plus pertinente que la première (A.).

A. Les faiblesses de la thèse d'une compétence d'exécution européenne déléguée aux États membres

108. Le concept d'administration indirecte n'est pas spécifique à l'Union européenne. Parfois appelé « *fédéralisme d'exécution* »³⁷⁹, il s'agit d'une modalité d'organisation de la mise en œuvre des normes au sein d'une structure fédérale, comme en Suisse ou Allemagne³⁸⁰. Dans ces systèmes, les entités fédérées sont *habilitées* par la Constitution ou une loi fédérale pour appliquer le droit d'origine fédérale. L'analyse de l'administration indirecte européenne pourrait renvoyer à ces logiques propres aux systèmes fédéraux. En effet, en écho aux « *lois de SCELLE* »³⁸¹, les États membres *participent* à l'exécution du droit de l'Union, tant par le biais du Conseil de l'Union que par leurs autorités nationales, et conserve une certaine *autonomie*. De même, dans une vision exclusivement normativiste, l'Union européenne peut être parfaitement assimilée à une Fédération³⁸². Dans ce cadre conceptuel, les États membres agiraient donc sur le fondement d'une délégation de l'Union européenne³⁸³.

109. Cette vision souffre cependant de deux limites majeures. D'une part, pour qu'une telle délégation puisse exister, il est nécessaire de démontrer que l'Union

précité, pp. 614-618 ; M. VAERINI JENSEN, *op. cit.*, pp. 17-30. Sur une présentation assez similaire, J.-V. LOUIS, *op. cit.*, pp. 18 et suivantes.

³⁷⁸ Il ne s'agit pas de favoriser une thèse plus qu'une autre dans l'absolu dès lors que, que l'on retienne l'une ou l'autre, « *le résultat pratique est le même* » (D. DUBÉY, *op. cit.*, pp. 617-618 ; dans la même idée, J. JORDA, *op. cit.*, p. 294). Chacune d'elle résulte d'une différence de point de vue, mais qu'il nous revient de trancher.

³⁷⁹ J.-V. LOUIS et T. RONSE, *op. cit.*, p. 393.

³⁸⁰ Nous précisons évidemment que l'administration indirecte européenne n'est pas identique à celle existante en Allemagne : voir CJCE, 9 août 1994, *Allemagne c. Conseil*, aff. C-359/92, *Rec.* p. I-3681, pt. 38.

³⁸¹ S. RIALS, *Destin du Fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, pp. 12-19, à propos des principes d'autonomie et de participation des États fédérés au sein d'une Fédération ; voir également O. BEAUD, *Théorie de la Fédération* précité, pp. 184-193 (quoique préférant parler, respectivement, de *principe d'indépendance* et de *principe d'interdépendance*).

³⁸² En ce sens, C. N. KAKOURIS, *op. cit.* ; du même auteur, « Existe-t-il une "autonomie" procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 159-179, spéc. p. 160 ; C. LEBEN, *op. cit.*, pp. 64 et suivantes.

³⁸³ En ce sens, E. DUBOUT et B. NABLI, *op. cit.*, pp. 10-11.

européenne est bien compétente *ab initio*³⁸⁴ pour assurer la fonction d'exécution de ses normes. Or une telle affirmation est très discutable (1.). D'autre part, dans une telle hypothèse, les autorités nationales se trouveraient en situation de *dédoublement fonctionnel*. Autrement dit, bien qu'agissant en tant qu'autorité de l'État membre, leur intervention se ferait *au nom et pour le compte* de l'Union européenne. Cette approche est également assez contestable (2.).

1. *L'absence d'une pleine fonction d'exécution détenue ab initio par l'Union européenne*

110. Cette condition apparaît presque comme « *tautologique* »³⁸⁵. Si l'Union européenne délègue aux États membres l'exécution du droit de l'Union, c'est qu'elle détient, nécessairement et à l'origine, cette compétence. Autrement dit, selon Y. GAUTIER, « *la délégation exige (...) que l'autorité délégante soit titulaire de la compétence (...)* »³⁸⁶. Certains arguments militent en ce sens, notamment par une comparaison avec la logique fédérale de répartition des compétences³⁸⁷ (a.). Toutefois, si une compétence d'exécution est détenue par l'Union européenne, elle n'est que résiduelle (b.).

a. Une possible identification par analogie avec la logique fédérale de répartition des compétences

111. Afin d'identifier une fonction d'exécution au sein de l'Union européenne, une comparaison avec la logique fédérale de répartition des compétences est possible³⁸⁸. Comme dans une Fédération, les compétences au sein de l'ordre juridique européen se distinguent en deux catégories³⁸⁹. Pour les compétences dites exclusives, seules les institutions européennes sont compétentes. Ainsi, toute réglementation nationale qui intervient dans ces domaines doit être écartée si le droit de l'Union ne l'a pas expressément permis. Dans cette hypothèse, la règle européenne

³⁸⁴ La compétence d'exécution des États membres constituerait alors une « *actualisation d'une compétence originaire* » (P. PESCATORE, « La répartition de compétences entre la Communauté et ses États membres », in *La Communauté et ses États membres* précité, pp. 61-94, spéc. p. 63).

³⁸⁵ B. SEILLER, V° « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015 (actualisé en mai 2018), par. 52. En droit administratif français, la délégation (de compétence ou de signature) implique qu'un « *organe ne peut évidemment déléguer qu'une compétence qui lui appartient* ». Voir not. CE, 8 janvier 1992, *Kryzanski et Birtel*, *Rec.* p. 6.

³⁸⁶ Y. GAUTIER, « L'État membre et l'exécution du droit communautaire » précité, p. 72 – nous soulignons.

³⁸⁷ Voir not. R. SCHÜTZE, « Le domaine des compétences d'exécution », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 69-86.

³⁸⁸ Opérant cette comparaison, voir not. V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, pp. 278-282. Concernant l'Allemagne, voir les art. 70 à 74 de la Loi fondamentale ; pour la Suisse, l'art. 3 de la Constitution fédérale ; pour les États-Unis, l'art. 1, Section 8, de la Constitution.

³⁸⁹ Voir l'article 2 TUE.

a vocation à être la seule à s'appliquer, excluant ainsi toute compétence nationale³⁹⁰. Pour les compétences dites concurrentes (ou partagées)³⁹¹, selon « *effet de préemption* »³⁹², les États membres restent compétents pour régler une matière aussi longtemps que l'Union n'est pas intervenue. Bien que certaines limites existent³⁹³, comme les principes de subsidiarité et de proportionnalité³⁹⁴, la compétence des États membres est donc *précaire*³⁹⁵. Dès lors que les autorités européennes ont *préempté* la compétence partagée, les autorités nationales ne peuvent intervenir que si la norme européenne le permet. En conclusion, quelle que soit la nature de la compétence en cause, exclusive ou partagée, la logique reste identique³⁹⁶ : dans un domaine déterminé, les États membres perdent leur propre compétence au profit de l'Union et ne peuvent³⁹⁷ intervenir qu'à la condition d'y avoir été autorisés ou habilités³⁹⁸.

³⁹⁰ CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, Rec. p. 263 : « dans la mesure où des règles communautaires sont arrêtées pour réaliser les buts du traité, les États membres ne peuvent, hors du cadre des institutions communes, prendre des engagements susceptibles d'affecter lesdites règles ou d'en altérer la portée » (pt. 22). Voir également CJCE, 18 juin 1970, *Krohn*, aff. 74/69, Rec. p. 451 : « dans la mesure où les États membres ont attribué à la Communauté des pouvoirs normatifs en matière tarifaire, en vue de garantir un fonctionnement correct du marché commun agricole, ils n'ont plus le pouvoir d'édicter des dispositions autonomes en ce domaine » (pt. 4).

³⁹¹ Les compétences dites d'appui, de coordination et de complément (art. 2, §5, TFUE), visant à encadrer, appuyer voire harmoniser l'action des États membres, peuvent être, selon cette définition, considérées comme des compétences partagées.

³⁹² Voir not. V. MICHEL, *op. cit.*, pp. 381 et suivantes ; E. NEFRAMI, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *CDE* 2016, n°1, pp. 221-251. Voir également CJCE, 18 septembre 1986, *Commission c. Allemagne*, aff. 48/85, Rec. p. 2549 : en matière de compétences partagées, la « compétence législative [des États membres] ne saurait être que résiduaire et se limite aux situations non régies par la règle communautaire et aux cas où celle-ci leur reconnaît expressément compétence » (pt. 12).

³⁹³ La *préemption* des autorités européennes doit être nécessaire et justifiée pour atteindre les objectifs imposés par les traités (s'appuyant sur ces deux qualificatifs, présents aux articles 36 TFUE et 352 TFUE, comme caractérisant le principe de proportionnalité, voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, pp. 567-568).

³⁹⁴ Article 5, §4, TUE : « En vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités ».

³⁹⁵ A. BOUVERESSE, *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, p. 151.

³⁹⁶ Voir not. CJCE, avis 2/91, Rec. p. I-1061 : « Le caractère exclusif ou non de la compétence de la Communauté ne découle pas seulement des dispositions du traité, mais peut dépendre également de l'étendue des mesures qui ont été prises par les institutions communautaires pour l'application de ces dispositions et qui sont de nature à priver les États membres d'une compétence qu'ils pouvaient exercer auparavant » (pt. 9 – nous soulignons) ; voir également CJCE, 13 mars 1984, *Prantl*, aff. 16/83, Rec. p. 1299, pt. 12-14. Sur cette question, voir K. BOSKOVITS, *op. cit.*, pp. 288 et suivantes ; M. BLANQUET, V° « Compétences de l'Union – Architectures générales. Délimitations », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 170, 1^{er} janvier 2012, par. 87.

³⁹⁷ La Cour sera cependant assez souple dès lors qu'une telle action nationale est justifiée par l'impossibilité de compromis politique au sein du Conseil (cf. *infra*, pt. 933). Voir not. CJCE, 28 mars 1984, *Pluimveeslachterij Midden-Nederland e.a.*, aff. jt. 47/83 et 48/83, Rec. p. 1721, pt. 21-23 : elle précise bien que l'intervention des États membres dans cette hypothèse présente un « caractère intermédiaire et provisoire » (pt. 23) ; CJCE, 17 mai 1990, *Dietz-Matti*, aff. C-158/89, Rec. p. I-2013, pt. 13. Sur cette question, voir également K. BOSKOVITS, *op. cit.*, pp. 462 et suivantes. On note que l'usage du recours en carence par les États membres (art. 265 TFUE), visant à sanctionner l'inaction des institutions européennes, prendrait alors un intérêt tout particulier. En effet, la Cour de justice (arrêt du 5 mai 1981, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. 804/79, Rec. p. 1045) a eu l'occasion de préciser que « le transfert de compétence (...) étant total et définitif au profit de la Communauté, une (...) carence n'a pu, en aucun cas, restituer aux États membres la compétence et la liberté d'agir unilatéralement en ce domaine » (pt. 20). Le recours en carence permettrait ainsi aux États membres (puisqu'incompétents) de s'assurer que la matière concernée soit bien règlementée par les autorités européennes.

³⁹⁸ L'art. 2, §1, TFUE le dispose expressément ; auparavant, c'était la jurisprudence de la Cour de justice qui l'exigeait. Voir CJCE, 15 décembre 1976, *Donckerwolcke e.a.*, aff. 41/76, Rec. p. 1921 : « la compétence en matière de politique commerciale ayant été transférée dans son ensemble à la Communauté (...), des mesures de politique commerciale de

112. Cette répartition des compétences entre l'Union et les États membres est matérielle et nullement fonctionnelle³⁹⁹. Autrement dit, elle ne vise pas au partage ou à la séparation des fonctions législative et exécutive⁴⁰⁰. De cette manière, par comparaison avec le système fédéral, lorsque l'autorité fédérale est compétente dans une matière déterminée, elle l'est « *sur le principe, pour entreprendre tout ce qui est nécessaire et propre à l'accomplissement de cette tâche* »⁴⁰¹. Autrement dit, « *le principe des compétences d'attribution vaut pour toutes les activités de puissance publique, qu'elles soient législatives, exécutives ou judiciaires* »⁴⁰². Cette vision s'appuie notamment sur la théorie des compétences implicites. Telle qu'affirmée par le *Chief Justice* MARSHALL, elle signifie que, « [lorsque] le gouvernement [fédéral] a le droit de faire une certaine chose, et qu'il en a fait un devoir, la raison commande de reconnaître qu'il doit être autorisé à choisir les moyens de le satisfaire »⁴⁰³. En d'autres termes, « *celui qui veut la fin doit aussi avoir les moyens* »⁴⁰⁴. Cette doctrine fut d'ailleurs prudemment appliquée par la Cour de justice⁴⁰⁵. Selon ce point de vue, lorsque l'Union européenne est compétente pour une matière donnée, elle dispose de l'ensemble des moyens nécessaires pour la régler et notamment pour en assurer l'application⁴⁰⁶.

caractère national ne sont, en effet, admissibles (...) qu'en vertu d'une habilitation spécifique de la part de la Communauté » (pt. 32 – nous soulignons). Dans le même sens, CJCE, 12 décembre 1973, *Grosoli*, aff. 131/73, *Rec.* p. 1555, pt. 5 ; CJCE, 18 février 1986, *Bulk Oil*, aff. 174/84, *Rec.* p. 559, pt. 31 ; CJCE, 17 octobre 1995, *Werner*, aff. C-70/94, *Rec.* p. I-3189, pt. 12 ; CJCE, 17 octobre 1995, *Leifer e.a.*, aff. C-83/94, *Rec.* p. I-3231, pt. 12-13.

³⁹⁹ Cette idée se retrouve également dans l'organisation d'une Fédération selon O. BEAUD (« La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », *Jus Politicum*, n°16, juillet 2016, pp. 179-206, spéc. p. 203). Pour l'Union européenne, voir P. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 84 et suivantes.

⁴⁰⁰ En admettant que cette distinction est possible pour l'étude de l'ordre juridique européen. Voir not. J.-P. JACQUE, « Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne », *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 43-67.

⁴⁰¹ B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe » précité, p. 94.

⁴⁰² B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse* précité, p. 599.

⁴⁰³ Cité par E. ZOLLER, *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, 2010, p. 33.

⁴⁰⁴ O. BEAUD, *op. cit.*, p. 276, citant W. SCHNABL.

⁴⁰⁵ CJCE, 29 novembre 1956, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8/55, *Rec.* p. 291 : « *il est permis, sans se livrer à une interprétation extensive, d'appliquer une règle d'interprétation généralement admise tant en droit international qu'en droit national et selon laquelle les normes établies par un traité international ou par une loi impliquent les normes sans lesquelles les premières n'auraient pas de sens ou ne permettraient pas une application raisonnable et utile* » (p. 305 – nous soulignons). L'application la plus manifeste de cette doctrine reste en matière de compétences extérieures avec la jurisprudence *AETR* (aff. 22/70 précité). Sur cette question, voir V. MICHEL, *op. cit.*, p. 277 et suivantes ; E. NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2010, spéc. pp. 58 et suivantes.

⁴⁰⁶ L'affirmant très explicitement, voir C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *La politique agricole commune en question*, Paris, Pedone, 1982 : « *Il faut insister sur ce point : lorsque l'Autorité communautaire adopte des règlements, elle s'empare de la totalité des compétences de la matière en cause : elle pourrait dès lors (...) fixer jusqu'aux plus infimes détails la réglementation opposable aux ressortissants des États [et] instituer, à la manière d'une administration fédérale, une administration composée d'agents dépendants de l'Autorité communautaire, chargée d'appliquer le droit communautaire dans les États membres et d'en contrôler, le cas échéant, le respect* » (pp. 47-48 – l'auteur insiste).

113. Si cette présentation est retenue, l'administration indirecte implique le transfert de la compétence d'exécution de l'Union vers les États membres⁴⁰⁷. Dès lors, il importe peu que ce transfert soit ou non automatique. Par exemple, en comparant avec l'Allemagne ou la Suisse, le renvoi aux autorités fédérées⁴⁰⁸ peut être de principe⁴⁰⁹ ou affirmé explicitement dans la législation fédérale à appliquer⁴¹⁰. Pour ce qui est du système européen⁴¹¹, l'article 291 TFUE laisse entendre que le transfert de la compétence exécutive aux États membres est *de principe*⁴¹². Le fait que ce renvoi soit motivé pour des raisons pratiques est également sans conséquence⁴¹³. Le constat reste toujours le même : l'Union européenne détient initialement la compétence d'exécution, mais la délègue, la confie aux États membres.

b. Une compétence européenne d'exécution tout au plus résiduelle

114. Cette thèse de la délégation de compétence exécutive, aussi séduisante soit-elle, souffre cependant d'une aporie tenant à la confusion⁴¹⁴ des compétences d'exécution *normative* et *administrative*⁴¹⁵. À cet égard, comme le souligne I. BOUCOBZA, « [à] moins d'admettre une "essence" de la fonction exécutive, hautement improbable, la notion d'exécution paraît difficile à saisir (...). Si exécuter, c'est également produire des actes de portée générale, exercer une "fonction normative", en quoi se distingue-t-elle de la fonction

⁴⁰⁷ Voir not. Y. GAUTIER, « L'État membre et l'exécution du droit communautaire » précité, spéc. pp. 72-73.

⁴⁰⁸ Sans pour autant empêcher toute forme d'exécution directe par les autorités fédérales (art. 86 de la Loi fondamentale allemande).

⁴⁰⁹ Art. 83 de la Loi fondamentale allemande.

⁴¹⁰ Art. 85 de la Loi fondamentale allemande.

⁴¹¹ B. NABLI (*op. cit.*) note que « la tentation consiste à rechercher dans le traité CE une disposition similaire à celle que l'on trouve dans les Constitutions des États fédéraux, et dont l'objet est de régler la question de l'exécution du droit fédéral » (p. 25).

⁴¹² Ce n'est que par exception que les autorités européennes, et en particulier la Commission, peuvent être chargées d'assurer cette compétence d'exécution. Cependant, l'article 291 TFUE n'empêche pas que le Conseil confère une compétence exécutive à d'autres organes européens. La Cour de justice, dans la continuité de sa jurisprudence *Meroni* (cf. *supra*, pt. 96), reste cependant attentive aux modalités de cette délégation (voir not. CJUE, *Royaume-Uni c. Parlement et Conseil (AEMF)*, aff. C-270/12 précité, pt. 78-86). Sur cette question, voir not. F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2019, pp. 379-380 ; B. BERTRAND, « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE* 2015, p. 21.

⁴¹³ En ce sens, V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309 : « l'Union, même si elle est titulaire d'une compétence qu'elle peut exercer elle-même, en délègue le plus souvent l'exercice aux autorités nationales » (p. 275). La Cour de justice mentionne – parfois – cette idée de délégation (voir not son arrêt *Grosoli*, aff. 131/73 précité, p. 1565). Voir également C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *op. cit.*, p. 48.

⁴¹⁴ Voir K. LENAERTS, « Some Reflections on the Separation of the Powers in the European Community », *CMLR* 1991, n°11, pp. 11-35, spéc. pp. 17-18 ; C. BLUMANN, « À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les "nouveaux" actes délégués », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué* précité, pp. 127-144 ; D. RITLÉNG, « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué* précité, pp. 559-576. Une telle confusion n'est en rien propre au système européen. Par exemple, parlant d'une assimilation entre *Administration* et *pouvoir exécutif*, voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, pp. 355 et suivantes.

⁴¹⁵ Opérant cette distinction, voir C. BLUMANN, *La fonction législative communautaire* précité, pp. 115 et suivantes. Pour cet auteur, l'administration indirecte relève de l'exécution *administrative* (pp. 129 et suivantes). Pour P. PESCATORE (*Le droit de l'intégration* précité), la problématique est celle de résoudre la question de « l'intensité des pouvoirs que la

législative ? »⁴¹⁶. Les propos précédents ne sont tenables que si l'exécution du droit de l'Union se comprend comme une exécution *normative*⁴¹⁷. Pour une matière déterminée, la compétence de l'Union est entendue comme celle de fixer⁴¹⁸ le cadre juridique régissant une matière déterminée par le biais de normes générales. Ainsi, les autorités nationales sont, par principe, incompétentes pour adopter des actes qui complètent, modifient ou entravent⁴¹⁹ ces règles européennes. Elles ne le peuvent que si elles y ont été habilitées par l'ordre juridique européen⁴²⁰.

115. En revanche, pour ce qui est de l'exécution *administrative*⁴²¹, cette approche n'est pas tenable⁴²². L'article 2, paragraphe 1, TFUE relatif aux compétences exclusives de l'Union dispose que « *seule l'Union peut légiférer et adopter des actes juridiquement contraignants, les États membres ne pouvant le faire par eux-mêmes que s'ils en sont habilités par l'Union, ou pour mettre en œuvre les actes de l'Union* ». L'habilitation ne couvre donc que l'exécution *normative*, similaire à celle prévue à l'article 290 TFUE, et non l'exécution *administrative* (« *mettre en œuvre* »)⁴²³. Autrement dit, le fait que l'Union européenne soit compétente pour édicter des règles dans un domaine donné n'implique pas qu'elle le soit pour les exécuter. Les États membres peuvent malgré tout s'immiscer dans ce domaine, qui relève pourtant de la compétence de l'Union européenne, à la condition que ce soit pour «mettre en

Communauté est appelée à exercer dans les domaines ouverts à son intervention » (p. 32) ; et y apporter une « *réponse uniforme* » (p. 33) apparaît caricatural.

⁴¹⁶ I. BOUCOBZA, *op. cit.*, p. 73 ou D. RITLENG, *op. cit.*, pp. 565 et suivantes ; plus largement sur cette question, voir B. MONTAY, *Doctrines des fonctions de l'« Exécutif »*, Thèse dactyl., Paris II, 2017, pp. 480 et suivantes.

⁴¹⁷ C'est-à-dire renvoyant à l'apport de compléments normatifs à une législation déterminée. C'est en ce sens que l'on peut, notamment, comprendre l'affirmation de P. PESCATORE (« La répartition de compétences entre la Communauté et ses États membres » précité) selon laquelle « *l'attribution de compétences législatives à la Communauté n'exclut pas le recours, en cas de besoin, à des dispositions d'application nationales (...). Ce procédé, toutefois, n'est pas l'expression d'une compétence concurrente, moins encore l'actualisation d'une compétence originaires des États membres : il s'agit en réalité d'un droit auxiliaire, de caractère complémentaire et exécutif* » (p. 63).

⁴¹⁸ Soit exclusivement pour les compétences exclusives, soit dans la limite des principes de subsidiarité et de proportionnalité pour les compétences partagées.

⁴¹⁹ Ce raisonnement se fait par analogie vis-à-vis de ce que dispose l'article 290 TFUE pour les autorités européennes : « *Un acte législatif peut déléguer à la Commission le pouvoir d'adopter des actes non législatifs de portée générale qui complètent ou modifient certains éléments non essentiels de l'acte législatif* » (nous soulignons).

⁴²⁰ Ou, si un complément normatif apparaît comme *nécessaire* (cf. *infra*, pt. 148).

⁴²¹ Renvoyant à une exécution individuelle et matérielle des normes.

⁴²² *Contra*, voir M. VAERINI JENSEN, *op. cit.* : « *si le [traité] ne réserve pas expressément une compétence exécutive à une autorité communautaire ou nationale, la règle est qu'en principe la compétence d'exécution du droit communautaire est attribuée à l'autorité titulaire de la compétence législative* » (p. 29), c'est-à-dire, aux autorités européennes (soit par principe en cas de compétences exclusives, soit si elles sont intervenues en cas de compétences partagées) ; dans le même sens, Y. GAUTIER, *op. cit.*, pp. 72-79.

⁴²³ En ce sens, voir CJCE, 15 décembre 1971, *Gervais Danone AG*, aff. 77/71, *Rec.* p. 1127, où la Cour admet l'intervention d'une procédure nationale de déclassement en l'absence d'une habilitation. Pour cela, elle estime, d'une part, que « *si les dispositions communautaires ne prévoient pas un tel classement prévisionnel, elles ne l'interdisent pas* » ; et, d'autre part, « *cette procédure est dépourvue de tout élément normatif et fait partie des mécanismes normaux d'application des dispositions tarifaires à des cas individuels* » (pt. 12 – nous soulignons).

œuvre” les actes édictés à ce sujet. La compétence d'exécution n'est donc pas prise en compte dans la répartition des compétences prévue par les traités.

116. Ce constat s'impose en raison de « *l'incomplétude du système* » européen⁴²⁴, précédemment évoquée. À la différence des systèmes fédéraux⁴²⁵, l'Union européenne est incapable d'exercer, parfaitement et directement, la fonction d'exécution de ses normes⁴²⁶. Si une telle imperfection se manifeste parfois dans des systèmes fédéraux, elle « *est en général compensée par (...) ce que l'on appelle les voies d'exécution. Or, c'est ce que ne prévoit pas le système communautaire [puisqu'il n'a] pas les moyens juridiques et matériels de sanctionner l'inexécution* »⁴²⁷ du droit de l'Union par les États membres. Le recours en manquement s'avère insuffisant pour sanctionner effectivement l'État défaillant⁴²⁸. De même, toujours en opposition avec les fédérations⁴²⁹, l'Union ne peut se substituer aux autorités nationales qui n'appliquent pas le droit de l'Union de manière satisfaisante⁴³⁰. Dans le cadre de son arrêt *Humblet*, la Cour de justice a précisé que « *le droit communautaire n'accorde pas aux institutions [et à la Cour] de la Communauté le droit*

⁴²⁴ L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne » précité, p. 2

⁴²⁵ Nuançant cette idée, E. ZOLLER (cité par O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, p. 64) estime que « [l']incomplétude est la marque de la Fédération. C'est par elle et à cause d'elle qu'il touche à l'individu sans l'envelopper totalement, qu'il laisse à l'État [fédéré] un rôle à jouer pour parfaire les opérations juridiques qu'il met en œuvre (...) ».

⁴²⁶ Il n'est pas question de nier les cas dans lesquels les autorités européennes sont compétentes pour appliquer à des individuels les normes européennes (voir not. M. ZULEEG, *op. cit.*, pp. 42-43 abordant explicitement *l'exécution administrative du droit communautaire* par les institutions européennes). Cela étant, l'exécution matérielle (et notamment forcée) de ces décisions revient, en dernier recours, aux États membres ; l'article 299 TFUE sur l'exécution forcée des décisions européenne en atteste (*ibid.*, p. 46 : « [l]es États membres se sont réservé le monopole de l'exécution forcée »).

⁴²⁷ L. AZOULAI, *op. cit.*, p. 3.

⁴²⁸ Articles 260 à 262 TFUE. Bien que la Cour ait affirmé que cette procédure allait plus loin que les mécanismes existants en droit international public (CJCE, 15 juillet 1960, *Italie c. Haute Autorité*, aff. 20/59, *Rec.* p. 663, spéc. p. 692), elle ne permet pas à la Cour de constater le non-respect du droit de l'Union (y compris une exécution considérée comme insatisfaisante). Certes, la Cour peut adresser des injonctions à l'État (comme suspendre provisoirement une législation nationale ; CJCE, ord., 12 juillet 1990, *Commission c. Allemagne*, aff. C-195/90 R, *Rec.* p. I-3351), infliger des sanctions financières (art. 260, §3, TFUE) voire énoncer une « *prohibition de plein droit* » d'une législation nationale (CJCE, 13 juillet 1972, *Commission c. Italie*, aff. 48/71, *Rec.* p. 529, pt. 7). Cependant, aussi « *convaincante que soit leur motivation, ni l'avis motivé de la Commission ni l'arrêt de la Cour ne peuvent être imposés de force à un État membre récalcitrant* » (W. F. EBKE, « Les techniques contentieuses d'application du droit dans les Communautés européennes », *RTDE* 1986, p. 209-230, spéc. p. 225 – nous soulignons). Voir également V. CONSTANTINESCO, « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlag KG, 1983, pp. 109-123, spéc. pp. 116-117.

⁴²⁹ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 834 ; D. DE BELLESCIZE, « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres », *RTDE* 1977, p. 173-212, spéc. p. 200.

⁴³⁰ En ce sens, O. DUBOS (« L'Union européenne : sphynx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 29-56) souligne que « *dans l'Union européenne, les États membres sont (...) chargés de la sanction des normes communautaires, alors que l'État fédéral conserve a priori le monopole de la sanction du droit fédéral* » (p. 53). De même, pour L. AZOULAI (*op. cit.*), « *à la différence d'un système de nature fédérale où le droit d'intervention de l'État fédéral sur le territoire des États fédérés peut être admis pour suppléer l'action de ces derniers, il est constant que la Communauté ne saurait se substituer aux États membres dans l'exercice de leur compétence d'exécution* » (p. 14), en s'appuyant sur l'arrêt CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, aff. C-265/95, *Rec.* p. 6959, pt. 34-35. Dans le même sens, CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke*, aff. 30/59, *Rec.* p. 3 : « *s'il appartient à la Haute Autorité de rappeler aux États membres les buts qu'ils se sont assignés en entrant dans la Communauté, elle ne saurait, de toute évidence, leur imposer les moyens propres à y conduire, dès lors que ces moyens impliquent l'usage de pouvoirs ne ressortissant pas à la compétence de la Communauté ou de pouvoirs que les États n'ont pas transférés à la Haute Autorité par le traité* » (p. 46).

d'annuler des actes législatifs ou administratifs d'un État membre »⁴³¹ qui seraient contraires au droit de l'Union⁴³². Autrement dit, l'Union européenne ne peut pas interférer dans la compétence exécutive pourtant confiée États membres. La théorie des compétences impliquées, selon laquelle le transfert de compétences au profit de l'Union implique *nécessairement* le transfert de l'ensemble des prérogatives de puissance publique, s'avère en définitive discutable.

2. *Le refus d'un dédoublement fonctionnel des autorités nationales appliquant le droit de l'Union*

117. L'étude d'un éventuel dédoublement fonctionnel confirme la faiblesse de la thèse d'une compétence européenne confiée aux autorités nationales dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Si elle semble fondée (a.), cette thèse est en réalité discutable (b.).

a. Une thèse d'apparence fondée

118. Développé par G. SCELLE⁴³³, ce concept s'inscrit dans une théorie moniste et internationaliste⁴³⁴ des rapports entre systèmes selon laquelle les ordres juridiques internationaux (ou européens) et nationaux ne sont pas séparés, mais constituent un même ensemble⁴³⁵. Ainsi, pour G. SCELLE, « *s'il est vrai que l'ordre juridique international est bien un fédéralisme normatif, que nulle norme juridique étatique ne peut contredire une norme internationale, que le droit international prime le droit national, il n'en est pas moins vrai qu'il n'existe guère d'organismes superlégislatifs et superjudiciaires qui puissent rendre effectives les normes internationales. Surtout il n'y a pas d'organismes exécutifs pouvant obliger les ordres juridiques étatiques à rester dans les frontières de leurs compétences* »⁴³⁶. Face à cette « *tare originelle et persistante de l'ordre juridique international* »⁴³⁷, la solution

⁴³¹ CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet*, aff. 6/60, *Rec.* p. 1125, spéc. p. 1145.

⁴³² Dans une logique proche de l'acte d'interférence (cf. *supra*, pt. 102).

⁴³³ Voir not. G. SCELLE, *Cours de droit public (Licence 3^e année, 1943-1944)*, Paris, Les cours de droit, 1944, pp. 54-55 ; *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, p. 21 ; « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz-Paris, Topos Verlag AG/E. Duchemin, 1977, pp. 503-515.

⁴³⁴ N. QUOC DINH *et al.*, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2009, p. 108 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 13^e édition, 2019, pp. 218-219.

⁴³⁵ Cité par O. DUBOS (*Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 847), G. SCELLE part du principe que « *il n'y a plus juridiquement qu'un territoire et qu'une collectivité, qu'une société internationale* ».

⁴³⁶ G. SCELLE, *Cours de droit public* précité, p. 54. Dans son *Manuel de droit international public* (précité), il définit la *fonction exécutive* comme la mission d'assurer « *la concordance de la matérialité des situations sociales avec leur légalité* », impliquant donc que « *la force publique sanctionne matériellement la règle juridique et l'acte juridictionnel* » (p. 16).

⁴³⁷ G. SCELLE, *Manuel de droit international public* précité, p. 21. Dans sa contribution « Le droit constitutionnel international » (précité), il estimera que cette carence s'explique en ce que l'ordre juridique international n'ait pas « *eu le temps ou la possibilité matérielle de dégager des institutions dont l'intervention assurerait, dans tous les cas, la hiérarchie des ordres juridiques superposés* » (p. 511)

« imparfaite et précaire »⁴³⁸ pour assurer l'application effective des normes internationales passe par le dédoublement fonctionnel⁴³⁹ des autorités nationales⁴⁴⁰. Pour résumer, « il y a dédoublement fonctionnel toutes les fois que les organes d'un ordre juridique déterminé peuvent agir pour la mise en opération d'un ou plusieurs autres ordres juridiques »⁴⁴¹.

119. Le dédoublement fonctionnel résulte de l'impossibilité pour l'ordre juridique international d'exécuter directement les normes qu'il édicte. Plusieurs conditions sont nécessaires pour que ce dédoublement soit admis. La première exige que le renvoi aux autorités nationales s'impose parce que l'ordre juridique international ne dispose pas des organes qui lui permettent d'assurer cette exécution (*fédéralisme institutionnel*). La deuxième condition postule que l'ordre juridique international se trouve en supériorité hiérarchique vis-à-vis de l'ordre juridique national (*fédéralisme normatif*). La troisième condition implique que les autorités nationales se fondent *directement* sur le droit international à appliquer – ce qui exclut toute séparation entre les ordres juridiques. À première vue, ces conditions semblent remplies par l'ordre juridique européen. L'absence d'organes européens propres à assurer l'exécution de ses normes, les principes de primauté et d'effet direct couplés à l'intégration européenne semblent être autant d'éléments permettant de caractériser un dédoublement fonctionnel des autorités nationales, tel que théorisé par G. SCELLE. Une partie de la doctrine n'hésita pas à opérer un tel rapprochement, soit à propos de l'action des juridictions nationales, avec le Doyen BOULOUIS⁴⁴², soit dans une approche plus théorique sur la nature de l'Union européenne, avec C. LEBEN⁴⁴³ ou C. N. KAKOURIS⁴⁴⁴.

⁴³⁸ *Ibid.*, p. 21.

⁴³⁹ Ou d'un « phénomène de **dédoublement des fonctions sociales** » (G. SCELLE, « Le droit constitutionnel international » précité, p. 512 – l'auteur insiste).

⁴⁴⁰ G. SCELLE, *Manuel de droit international public* précité : « ce sont les gouvernements nationaux (...) qui, chacun pour son compte en même temps que pour le compte de la collectivité internationale, accomplissent, dans la limite de leurs possibilités d'action locale et matérielle, les trois fonctions indispensables : création du droit ; vérification juridictionnelle ; exécution » (p. 22).

⁴⁴¹ A. G. TSOUTSOS, « Le dédoublement fonctionnel dans l'ordre juridique international », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* précité, pp. 823-839, spéc. p. 828.

⁴⁴² J. BOULOUIS, note sous l'arrêt Cass., ch. mixte, 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *AJDA* 1975, pp. 569-574, spéc. p. 573.

⁴⁴³ C. LEBEN, *op. cit.*, p. 66.

⁴⁴⁴ C. N. KAKOURIS, *op. cit.* : « Toute personne à qui a été conféré le pouvoir (et l'obligation) d'appliquer une norme devient, de ce fait, un organe de cet ordre » (p. 328).

b. Une thèse discutable pour l'ordre juridique européen

120. Cette thèse présente toutefois deux vices majeurs. D'une part, il n'existe pas de rapports *hiérarchiques* entre l'Union et les autorités nationales (i.). D'autre part, l'action des autorités nationales ne peut être imputée à l'Union européenne (ii.).

i. L'absence de rapports hiérarchiques entre l'Union européenne et les autorités nationales

121. Parmi les trois conditions précédemment évoquées, la deuxième n'apparaît pas remplie. Pour G. SCELLE, identifier un dédoublement fonctionnel nécessite d'admettre un *fédéralisme normatif*, c'est-à-dire l'existence d'un rapport *hiérarchique* entre l'ordre international et l'ordre national. Cette condition se comprend parfaitement dans la logique du dédoublement fonctionnel. Si les autorités nationales agissent *pour le compte* de l'ordre juridique international, ce dernier doit disposer d'une autorité hiérarchique pour encadrer, contraindre ou régir leurs actions. Selon C. CONSTANTINIDES-MEGRET⁴⁴⁵, cette idée se manifesterait dans la mise en œuvre de la politique agricole commune. Selon elle, les autorités nationales agissent « *par voie de dédoublement fonctionnel comme agents de la Communauté* »⁴⁴⁶ en raison des « *liaisons directes sautant l'échelon [national]* » qui les relie à la Commission⁴⁴⁷.

122. Cependant, l'affirmation selon laquelle l'Union européenne est hiérarchiquement supérieure aux États membres est réfutable⁴⁴⁸. Certes, la question des rapports entre systèmes n'a jamais reçu de réponse doctrinale unanime⁴⁴⁹ : les théories monistes et internationalistes⁴⁵⁰ postulent ce rapport tandis que d'autres le

⁴⁴⁵ C. CONSTANTINIDES-MEGRET, *op. cit.*, pp. 52-55. L'auteur précise cependant que ce constat ne s'applique que pour des règlements européens, puisqu'étant d'effet direct. Concernant les directives, les autorités nationales appliquent bien une norme nationale (et non européenne), à savoir celle transposant la directive (p. 63).

⁴⁴⁶ *Ibid.*, p. 52.

⁴⁴⁷ *Ibid.*, p. 52. L'auteur distingue trois situations manifestant ces liaisons : l'application directe des normes européennes « *sans attendre d'instructions du ministère de tutelle* » (p. 53) ; en cas de difficultés, l'autorité nationale « *s'adresse directement à la Commission pour résoudre le problème* » (p. 54) ; enfin, la Commission contrôle directement, par ses propres agents, « *la bonne exécution* » par l'autorité nationale du droit de l'Union (p. 54).

⁴⁴⁸ Voir J. RIDEAU, « L'administration communautaire et l'administration nationale », *AEAP* 1986, pp. 183-208 (reproduit dans *Les États membres de l'Union européenne : adéquations et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 255-284, spéc. pp. 266 et suivantes).

⁴⁴⁹ Voir not. les contributions de l'ouvrage dirigé par B. BONNET, *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, dont celle de D. ALLAND, « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d'un débat », pp. 45-64. Pour une présentation de ce débat sous un angle normativiste, voir X. MAGNON, « Appréhender le droit et les ordres juridiques : entre renoncement à une explication normative de la divergence (théorie des réseaux) et mythe de la convergence (droit global), faut-il renoncer à une approche normativiste ? », in *Le pouvoir, mythes et réalité – Mélanges en hommage à Henry Roussillon*, Toulouse, Presses de l'Université Toulouse 1 Capitole, 2014, pp. 455-470.

⁴⁵⁰ Comme G. SCELLE (*op. cit.*) ou H. KELSEN (*Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, rééd. Paris / Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 1999, pp. 318 et suivantes).

nient⁴⁵¹ ou le relativisent⁴⁵². De plus, identifier un rapport de hiérarchie entre l'Union européenne et les États membres est délicat, voire impossible. Le principe de primauté, même s'il constitue une « exigence "existentielle" »⁴⁵³ pour l'ordre juridique européen, ne peut induire cette hiérarchie⁴⁵⁴. Cette affirmation s'appuie sur la distinction normativiste entre la *validité* et la *conformité* d'une norme⁴⁵⁵. Une norme est *valide* lorsqu'elle a été adoptée selon les procédures prévues à cet effet par une norme supérieure, « *quel que soit par ailleurs son contenu* »⁴⁵⁶. En revanche, elle peut ne pas être *conforme* vis-à-vis d'« *autres exigences qui ne la concernent pas directement* »⁴⁵⁷. Un rapport proprement hiérarchique ne se manifeste que vis-à-vis de la *validité* de la norme et non de la *conformité*. Or, à cet égard, le principe de primauté n'est qu'une règle de conflit de normes⁴⁵⁸, qui fait *prévaloir* le respect de la norme européenne lorsque celle-ci est entravée par une norme interne. Autrement dit, il ne traduit qu'un rapport de *conformité* entre la norme nationale et la norme européenne⁴⁵⁹.

123. Cette absence de hiérarchie se constate dans la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. En premier lieu, retenir une vision hiérarchique des rapports entre l'Union et les États membres serait en contradiction avec l'esprit *communautaire*⁴⁶⁰ de la construction européenne⁴⁶¹. En effet, les États membres ne se

⁴⁵¹ Notamment par les tenants des théories dualistes comme D. ANZIOLOTTI ou H. TRIPIEL, et actualisés par les théories pluralistes. Voir not. F. OST et M. VAN KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ?*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, pp. 46-47 et pp. 183-200 ; M. DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit (III). Le pluralisme ordonné*, Paris, Ed. Seuil, 2006, not. pp. 28-30 ; A. PELLET, « Vous avez dit "monisme" ? », in *L'architecture du Droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.

⁴⁵² Comme M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rollin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.

⁴⁵³ P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes*, Liège, Presse Universitaires de Liège, 1975, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2006, p. 227.

⁴⁵⁴ En ce sens, B. BONNET, *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, pp. 73 et suivantes ; M. CLAES, « The Primacy of EU Law in European and National Law », in A. ARNULL et D. CHALMERS (dir.), *The Oxford Handbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 178-201. *Contra*, voir J.-V. LOUIS, « La primauté du droit de l'Union européenne, un concept dépassé ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué* précité, pp. 443-461, spéc. pp. 456-457 ; P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 257.

⁴⁵⁵ Sur cette distinction, voir O. PFERSMANN, V° « Hiérarchie des normes », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 779-783 ; L. FAVOREU *et al.*, *Droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, 20^e édition, 2018, pp. 74-76 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit* précité, pp. 84-85.

⁴⁵⁶ O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 781.

⁴⁵⁷ L. FAVOREU *et al.*, *op. cit.*, p. 84.

⁴⁵⁸ En ce sens, A. BARAV, V° « Primauté », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 855-857. *Contra*, A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen* précité, pp. 85-130, spéc. pp. 124-125 pour qui cette conception est réductrice.

⁴⁵⁹ Voir F. MODERNE (« La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA* 2005, pp. 43-47) : « la "primauté" du droit communautaire sur le droit interne, dans les matières réservées à la compétence de l'Union, ne met pas en jeu les concepts de "hiérarchie normative" ou de "validité normative". Elle consacre la "prévalence" d'un système normatif sur un autre, prévalence acceptée et organisée (...), et qui n'affecte en rien la validité de la norme interne écartée par l'accord international » (p. 46).

⁴⁶⁰ Cf. *supra*, pt. 95.

⁴⁶¹ En ce sens, comme le note J.-M. AUBY, (note sous la décision CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, RDP 1982, pp. 1113-1122), il est « possible sans doute d'admettre que leur activité [celle des administrations nationales] s'exerce dans l'intérêt

sont pas soumis à une autorité supérieure ; ils n'ont fait qu'accepter de gérer en commun certaines compétences par le biais d'une réglementation commune. Le fonctionnement institutionnel de l'Union permet d'en attester. Compte tenu de la composition et du rôle du Conseil de l'Union ou de la comitologie, il est discutable de présenter les États membres et leur organe comme hiérarchiquement subordonnés à l'Union européenne⁴⁶² et notamment à la Commission⁴⁶³. De plus, comme le souligne M. BLANQUET, « *le régime de mise en œuvre nationale est globalement un encadrement assez strict par des exigences communautaires mais la relation hiérarchique fait singulièrement défaut dans les opérations concrètes, dans la gestion quotidienne des interventions fondées sur des décisions communautaires* »⁴⁶⁴.

124. En second lieu, les rapports entre les autorités nationales et européennes n'ont jamais reposé sur une hiérarchie. Il est en effet difficile de soutenir qu'un parlement national qui transpose une directive se place dans un tel rapport avec l'Union européenne. De même, la relation entre la Cour de justice et les juges nationaux qui appliquent le droit de l'Union est *coopérative*⁴⁶⁵ et pas hiérarchique. En outre, dans ses diverses communications, la Commission précise agir vis-à-vis des autorités nationales comme un *partenaire* et non comme une autorité supérieure⁴⁶⁶ dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Dans la logique de son arrêt *Humblet*⁴⁶⁷, la Cour de justice n'admet qu'une « *coopération administrative* »⁴⁶⁸ entre la Commission et

des Communautés mais on peut légitimement estimer que cette activité s'exerce dans l'intérêt des États membres et notamment de la France » (p. 1119).

⁴⁶² En ce sens, K. LENAERTS, « Regulating the Regulatory Process : “delegation of powers” in the European Community » précité : « *It would therefore be unacceptable to oblige the States to pass legislation which they were not really free to decide upon, but for which the voters may hold their elected officials politically accountable. Such doubts have not yet come to the fore in the Community legal order. The exercise of Community powers has indeed appeared to the Member States as just another mode of assuming their own sovereignty, no longer through autonomous, but through joint decision-making* » (p. 32).

⁴⁶³ CJCE, 30 octobre 1975, *Rey Soda*, aff. 23/75, Rec. p. 1279 : la Cour refuse d'interpréter un règlement européen comme permettant à la Commission « *de charger un État membre, en guise de mesures d'exécution, [d'édicter] les règles de fond essentielles qui échapperaient au contrôle éventuel du Conseil* » (pt. 25).

⁴⁶⁴ M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.* précité, p. 47.

⁴⁶⁵ Pour ces derniers, à la différence des modèles fédéraux (voir L. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 684 et suivantes), la Cour de justice rappelle que la relation qu'elle entretient avec les juges nationaux n'est pas hiérarchique, mais s'inscrit dans « *le cadre d'une coopération étroite* » (CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, Rec. p. I-5535, pt. 10) et d'un « *dialogue* » (CJUE, 15 janvier 2013, *Krizan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 66).

⁴⁶⁶ Pour exemple, voir la communication « Pour une Europe des résultats – Application du droit communautaire » précitée, pp. 3-4.

⁴⁶⁷ CJCE, *Humblet*, aff. 6/60 précité, reposant sur le « *principe de la séparation rigoureuse entre les attributions entre la Cour, d'une part, et les tribunaux nationaux d'autre part* » (p. 1150 – nous soulignons). Mobilisant ce principe de séparation, mais entre l'État et l'Union, voir A. RACLET, *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 30 et suivantes.

⁴⁶⁸ CJCE, 8 juin 1994, *Elliniko Dimosio*, aff. C-371/92, Rec. p. I-2391 : « *La Commission ne peut que rappeler les règles communautaires que les États membres doivent appliquer et leur donner, dans le cadre de sa **collaboration administrative** avec les États membres, son interprétation quant à l'application de ces règles* » (pt. 17 – nous soulignons). Pour V. MICHEL

les autorités nationales. Ainsi, un acte émis par la Commission, s'il s'apparente à une instruction ou une circulaire, « *n'a aucun caractère obligatoire et n'est [pas] susceptible de lier (...) les autorités compétentes des États membres* »⁴⁶⁹. La Commission ne peut édicter que des *avis* et *recommandations*, dépourvus de caractère contraignant⁴⁷⁰, même si l'incitation est particulièrement forte⁴⁷¹.

ii. Le rejet d'une imputabilité de l'action des autorités nationales à l'Union européenne

125. L'autre difficulté pour admettre le dédoublement fonctionnel tient à l'imputabilité de l'action de l'autorité nationale qui applique le droit de l'Union : agit-elle au nom de l'État ou au nom de l'Union européenne ? Le dédoublement fonctionnel ne signifie pas de *dédoublement organique*⁴⁷². Lorsque les autorités nationales appliquent le droit de l'Union, elles conservent leur statut d'organe de l'État membre. Autrement dit, bien qu'elles agissent comme le feraient des autorités européennes⁴⁷³, elles n'en perdent pas leur qualité d'organes nationaux⁴⁷⁴. Dans son arrêt *Simmenthal*, la Cour de justice précise ainsi que la juridiction nationale appliquant le droit de l'Union agit « *en tant qu'organe d'un État membre* »⁴⁷⁵. De même, l'avocat général P.

(*op. cit.*), la jurisprudence de la Cour de justice a « *proscrit toute instruction contraignante, sans toutefois interdire les contacts entre la Commission et les autorités nationales* » (p. 428).

⁴⁶⁹ *Ibid.* Dans le même sens, CJCE, 27 mars 1980, *Sucrimes*, aff. 133/79, *Rec.* p. 1299, pt. 16 ; CJCE, 10 juin 1982, *Interagra*, aff. 217/81, *Rec.* p. 2233, pt. 8 ; CJCE, 18 octobre 1984, *Eurico c. Commission*, aff. 109/83, *Rec.* p. 3581, pt. 20 ; CJCE, 7 juillet 1987, *Etoile commerciale et CNTA*, aff. jt. 89/86 et 91/86, *Rec.* p. 3005, pt. 19. Cela s'applique y compris aux avis motivés de la Commission dans le cadre d'une procédure en manquement : Tr. UE, 18 décembre 2009, *Arizmendi e.a.*, aff. jt. T-440/03, T-121/04, T-171/04, T-208/04, T-365/04 et T-484/04, *Rec.* p. II-4883, pt. 75-78

⁴⁷⁰ Tel est le cas si l'acte laisse entendre à l'État qu'il n'a, en fait, pas le choix (CJCE, 14 septembre 1994, *KYDEP*, aff. C-146/91, *Rec.* p. I-4199, pt. 26). En extrapolant de la sorte, ce pouvoir « *peut être assimilé à un [véritable] pouvoir d'annulation des actes étatiques* », du moins en matière de concurrence (O. DUBOS, « L'Union européenne : sphynx ou énigme ? » précité, p. 35).

⁴⁷¹ En ce sens, E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, 1999, p. 110.

⁴⁷² B. NABLI, *op. cit.*, p. 35 ; dans le même sens, A. RACLET, *op. cit.*, pp. 33-34.

⁴⁷³ L'intérêt du dédoublement fonctionnel est bien que l'ordre juridique international puisse se passer d'autorités internationales dès lors que les autorités nationales peuvent *agir comme telles*. Par cette théorie, toute *européanisation* des autorités nationales n'a pas lieu d'être ; seul importe l'encadrement et les missions confiées à ces autorités ; sur cette question, voir D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? » précité, pp. 490-493. Pour un exemple concernant le réseau administratif en matière de concurrence, voir L. IDOT, « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application) », *CDE* 2003, n°3-4, pp. 283-371, spéc. pp. 313 et suivantes ; du même auteur, « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron* précité, pp. 117-135.

⁴⁷⁴ À titre d'exemple, J.-C. GAUTRON et L. GRARD estiment que « *l'autonomie (...) des États membres [dans l'application du droit de l'Union], pour être limitée et encadrée, ne saurait être dissipée au point que le juge national perde sa qualité d'organe constitutionnel de l'État* » (cité par O. DUBOS, *op. cit.*, p. 853).

⁴⁷⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, pt. 16. Position confirmée par le Conseil d'État (CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, *Rec.* p. 347).

LEGER souligne que « *lorsque le juge national connaît du droit communautaire, c'est en tant qu'organe d'un État membre, et non en tant qu'organe communautaire, à la suite d'une opération de dédoublement fonctionnel* »⁴⁷⁶.

126. Cependant, cette situation pose problème vis-à-vis de la théorie de l'organe en droit constitutionnel⁴⁷⁷, notamment élaborée par CARRE DE MALBERG⁴⁷⁸. En effet, l'action d'une entité, présentée comme "organe de l'État", manifeste⁴⁷⁹ ou représente⁴⁸⁰ ce qui est appelé "État"⁴⁸¹. Le concept d'organe permet, par son intermédiaire, d'imputer une action à l'État. Dans le système administratif français, le maire illustre clairement cette idée. S'il est un organe de la commune, il peut, dans certains cas⁴⁸², exercer des fonctions en tant qu'*agent de l'État*⁴⁸³, et ainsi se retrouver en situation de dédoublement fonctionnel. Appliqué au système d'administration indirecte, ce raisonnement pose alors problème. Si un tel dédoublement est admis, « *on ne peut pas affirmer que le juge [national] est l'organe de la Communauté ou qu'il statue en son nom, sans fournir en même temps une certaine "représentation" [de l'Union]* »⁴⁸⁴. Ainsi, lorsque l'autorité nationale applique le droit de l'Union, cette action devrait être imputée à l'Union européenne et non à l'État⁴⁸⁵. Un tel constat apparaît en contradiction avec l'affirmation précitée de la Cour de justice. Le juge national, qui applique le droit de l'Union « *en tant qu'organe de l'État membre* », n'est pas considéré comme agissant au nom de l'Union⁴⁸⁶. L'avocat général LENZ explicite cette idée : quand bien même les autorités nationales « *mettent directement en œuvre le droit communautaire "avec effet direct" (...), [elles] demeurent (...)* des organes exécutifs étatiques qui

⁴⁷⁶ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Köbler*, aff. C-224/01 précité, pt. 66.

⁴⁷⁷ B. NABLI, *op. cit.*, p. 33 et suivantes ainsi que pp. 441-445.

⁴⁷⁸ R. CARRE DE MALBERG, *Contributions à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, 1920 et 1922, rééd. Paris, Dalloz, 2004, t. 2, spéc. pp. 386-301. Voir également P. BRUNET, « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in O. BEAUD et P. WACHSMANN (dir.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 1997, pp. 273-293. Idée que l'on retrouve dans la théorie normativiste : voir H. KELSEN, *op. cit.*, pour qui « *Un individu est l'organe d'une collectivité en tant qu'il exerce une fonction qui peut être attribuée, ou rapportée (Zugeschrieben) à cette collectivité* » (p. 153 – nous soulignons) ; il précise avoir pu utiliser le terme d'imputation (*Zurechnung*).

⁴⁷⁹ En ce sens, « *la personne État n'existe que par ses organes* » (*ibid.*, p. 390). Voir également A. ROSS, « Sur les concepts d'"État" et d'"organes d'État" en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, n°23, pp. 131-144, spéc. p. 136.

⁴⁸⁰ Sur ce débat, voir P. BRUNET, *op. cit.*, pp. 278-280.

⁴⁸¹ « *Il faut entendre par organes les hommes qui, soit individuellement, soit en corps, sont habilités par la Constitution à vouloir pour la collectivité et dont la volonté vaut (...) comme volonté légale de la collectivité* » (*ibid.*, t. 2, p. 286 – nous soulignons).

⁴⁸² Voir les art. L. 2122-27 à L. 2122-30 du Code général des collectivités territoriales.

⁴⁸³ Voir O. GOHIN *et al.*, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Ed. Cujas, 2^e édition, 2015, p. 101 ; P. CASSIA, « Le maire, agent de l'État », *AJDA* 2004, pp. 245-259.

⁴⁸⁴ M. TROPER, « L'Europe et les principes », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 165-169, spéc. p. 166.

⁴⁸⁵ L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1992, pp. 1-9 : « *si l'on devait considérer que le juge national exerce une compétence communautaire (...), il faudrait admettre que ses décisions sont alors imputables non plus à l'État mais à la Communauté* » (p. 8).

⁴⁸⁶ Ce *dictum* de l'arrêt *Simmenthal* (précité) apparaissait comme problématique, parce que source de confusions selon à J. BOULOUIS (note sous l'arrêt CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *AJDA* 1978, pp. 323-327, spéc. p. 326).

n'agissent pas en tant que mandataires de la Commission mais en représentation de l'État membre »⁴⁸⁷.

127. La question de l'imputabilité de la responsabilité des dommages causés par l'application nationale du droit de l'Union confirme cette approche⁴⁸⁸. Si le dédoublement fonctionnel était admis, le fait préjudiciable d'une autorité nationale appliquant le droit de l'Union engagerait la responsabilité de l'Union européenne. Au contraire, si le dédoublement fonctionnel était refusé, ce même fait engagerait, par principe, la responsabilité de l'État membre. Pour la Cour de justice et le juge administratif français, la seconde position a été retenue. Si le fait à l'origine du préjudice n'est pas imputable à *une institution de l'Union*⁴⁸⁹, le juge de l'Union s'estime à cet égard incompétent et considère irrecevable un tel recours en responsabilité. Il revient alors aux juges nationaux de constater la responsabilité de l'État⁴⁹⁰. Autrement dit, l'action d'une autorité nationale causant un préjudice, même lorsqu'elle applique le droit de l'Union, engage la responsabilité de l'État et non de l'Union. Cette position se justifie en ce que l'Union européenne ne dispose pas d'autorité hiérarchique⁴⁹¹ sur les États membres. Faute de pouvoir régir et contraindre directement l'action des autorités nationales⁴⁹², l'Union ne peut pas raisonnablement, dans ces circonstances, être tenue pour responsable. Néanmoins, la Cour de justice recherche si le fait dommageable, causé par les autorités nationales, résulte d'une « *exécution nationale irrégulière d'actes réguliers de l'Union* » ou d'une

⁴⁸⁷ C. O. LENZ, conclusions sur CJCE, *Eurico*, aff. 109/83 précité, p. 3609.

⁴⁸⁸ Voir F. FINES, *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, 1990, pp. 272 et suivantes ; G. SCOFFONI, « Le contentieux des organismes nationaux d'application chargés en France de l'application des politiques communautaires », *CDE* 1990, pp. 574-619 ; F. SCHOCKWEILER, *op. cit.* ; D. RITLENG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union » précité, pp. 42-43 ; C. BROUELLE, « L'imputation de la responsabilité dans les situations d'exécution nationale du droit de l'Union », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 1035-1044 ; O. SPELTDOORN, V^o « Responsabilité de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juin 2011 (actualisé en juin 2013), par. 16 et suivants ; L. GUILLOUD, « Les concours de responsabilités entre le droit national et le droit de l'Union », *Responsabilité civile et assurances*, février 2012, n^o2, dossier 4 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, pp. 826-828 ; F. MARTUCCI, *op. cit.*, pp. 763-764.

⁴⁸⁹ CJCE, 25 octobre 1972, *Haegemann*, aff. 96/71, *Rec. p.* 1005 ; CJCE, 26 novembre 1975, *Société des Grands Moulins des Antilles*, aff. 99/74, *Rec. p.* 1531, pt. 22-25 ; CJCE, 4 octobre 1979, *Ireks-Arkady*, aff. 238/78, *Rec. p.* 2955, pt. 6 ; CJCE, 12 décembre 1979, *Wagner c. Commission*, aff. 12/79, *Rec. p.* 3657, pt. 13 ; CJCE, 26 février 1986, *Krohn*, aff. 175/84, *Rec. p.* 753, pt. 23 ; TPICE, 4 février 1998, *Laga c. Commission*, aff. T-93/95, *Rec. p.* II-195, pt. 47.

⁴⁹⁰ CJCE, *Granaria*, aff. 101/78 précité, pt. 14 ; CJCE, 27 septembre 1988, *Asteris e.a.*, aff. jt 106/87 à 120/80, *Rec. p.* 5515, pt. 15. Cela s'applique notamment en cas de mise en œuvre irrégulière du droit de l'Union (CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich*, aff. jt C-6/90 et C-9/90, *Rec. p.* I-5357), et y compris lorsque le fait dommageable est imputable à un juge national (CJCE, *Köbler*, aff. 224/01 précité). En cas de cumul de responsabilité, la Cour de justice exige l'épuisement des voies de recours internes pour que la victime puisse exercer un recours en indemnité (CJCE, 14 juillet 1967, *Kampffmeyer e.a.*, aff. jt 5/66, 7/66, 13/66 et 24/66, *Rec. p.* 317, spéc. p. 344).

⁴⁹¹ Voir CJCE, 2 mars 1978, *Debayer*, aff. 12/77, 18/77 et 21/77, *Rec. p.* 553, pt. 21-24 ; CJCE, 10 mai 1978, *Société pour l'exportation des sucres*, aff. 132/77, *Rec. p.* 1061 ; CJCE, *Sucrimex*, aff. 133/79 précité ; CJCE, *Interagra*, aff. 217/81 précité ; CJCE, *Eurico*, aff. 109/83 précité.

⁴⁹² *A contrario*, « reconnaître ce pouvoir d'instruction [hiérarchique] reviendrait à abandonner le système actuel selon lequel c'est sous leur propre responsabilité que les États exercent le droit communautaire vis-à-vis des particuliers » (M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 48).

« *exécution nationale régulière d'actes irréguliers de l'Union* »⁴⁹³. Dans le second cas, l'Union pourra alors être tenue pour responsable.

128. Le juge administratif français retient cette position⁴⁹⁴. Dans sa décision *GIE Vipal*, le Conseil d'État a estimé que « *les autorités chargées par le gouvernement français de participer à l'exécution (...) des missions confiées aux États membres par le traité instituant la Communauté économique européenne ou par les règlements émanant des organes de cette communauté, agissent en qualité d'autorités nationales et relèvent, sous réserve des questions préjudicielles posées par l'interprétation ou la validité [des] règlements, de la juridiction des tribunaux français* »⁴⁹⁵. Le juge administratif considère en effet que les mesures nationales d'application sont « *tout à la fois détachables des règlements communautaires et justiciables d'un contrôle de légalité de la part de la juridiction nationale compétente* »⁴⁹⁶. Il en déduit logiquement qu'un tel acte de l'administration est imputable à l'État, afin d'engager sa responsabilité. Il n'admet également comme seule exception à cette règle que le dommage résultant d'une application régulière d'une norme européenne irrégulière⁴⁹⁷.

⁴⁹³ Distinction notamment adoptée par C. BROUELLE, *op. cit.* et par C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, pp. 826-828. Cette distinction fut jugée plus pertinente que celle fondée sur l'étendue de la marge d'appréciation laissée à l'autorité nationale pour l'application du droit de l'Union. Dans son arrêt *Krohn* (aff. 175/84 précité), la Cour semblait imputer la responsabilité de l'Union en cas de compétence liée (ou quasi liée) de l'autorité nationale. Cette position fut notamment critiquée (voir not. G. SCOFFONI, *op. cit.*, p. 581) et n'a pas été systématiquement reprise. Comme le note C. BROUELLE (*op. cit.*), « *lorsque le droit de l'Union laisse aux autorités nationales le choix entre deux solutions – l'une licite, l'autre illicite au regard du droit de l'Union –, l'exercice par l'État de son pouvoir discrétionnaire et l'option en faveur de la solution illicite n'ont pas pour effet de reporter l'acte national d'exécution l'illicéité dommageable* » (p. 1039) ; l'auteur s'appuie sur l'arrêt TPICE, 23 novembre 2004, *Cantina sociale di Dolianova*, aff. T-166/98, Rec. p. II-3991, pt. 111. Voir également CJCE, 8 avril 1992, *Cato c. Commission*, aff. C-55/90, Rec. p. I-2533, pt. 16-17.

⁴⁹⁴ Position qu'il applique au dédoublement fonctionnel du maire : « *le maire [agissait] en qualité d'agent de l'État et non de la commune ; (...) ainsi, alors même qu'il serait établi que le maire (...) a commis, dans l'exercice de ces attributions, une faute qui aurait causé un préjudice, [les requérants] étaient mal fondés à en demander réparation à la commune* » (CE, 10 décembre 1947, *Commune de Saint-Gilles-de-la-Neuille*, Rec. p. 468 ; voir également CE, 30 mai 1945, *Dame Grée*, Rec. p. 113).

⁴⁹⁵ CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, Rec. p. 347. Position confirmée dans CE, sect., 12 mai 2004, *Société Gillot*, Rec. p. 221.

⁴⁹⁶ B. GENEVOIS, conclusions sur CE, *GIE Vipal* précité, D. 1982, J, pp. 209-213, spéc. p. 211 ; le commissaire du gouvernement s'appuie notamment sur les décisions CE, 18 janvier 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, Rec. p. 40 et CE, sect., 10 juillet 1970, *SYNACOMEX*, Rec. p. 477 ; voir également la note de J.-M. AUBY, *op. cit.*, spéc. pp. 1118-1120.

⁴⁹⁷ Le Conseil d'État mentionne bien que, dans sa décision *GIE Vipal* précitée, durant la phase contentieuse, l'administration défenderesse pourra toujours suggérer au juge de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel visant à savoir si le fait dommageable résulte d'une application irrégulière d'une norme européenne régulière ou d'une application régulière d'une norme européenne irrégulière ; en ce sens, CE, 5 novembre 1971, *Société Le Comptoir agricole du pays bas-normand*, Rec. p. 941. La question de l'étendue de la marge de manœuvre laissée à l'autorité nationale ne constitue pas (là encore) un critère satisfaisant ; voir CE, 12 décembre 1986, *Société Jean Lion et Cie*, Rec. p. 280. Sur cette question, voir les conclusions du commissaire du gouvernement F. SENERS rendues sur la décision *Société Gillot* précitée (« *Circulaire impérative et responsabilité : le cas d'une circulaire ordonnant l'application d'une décision communautaire* », RFDA 2004, pp. 1021-1028).

B. Le fondement de l'administration indirecte dans le principe de coopération loyale

129. L'application du droit de l'Union par les autorités nationales doit être appréhendée comme l'exercice d'une compétence nationale et non européenne⁴⁹⁸. Dans cette optique, la doctrine considère que le fondement juridique de l'administration indirecte se trouve dans le principe de coopération loyale⁴⁹⁹, tel qu'actuellement traduit à l'article 4, §3, TUE. À l'instar d'autres dispositions des traités, comme l'article 291 TFUE, ce principe *reconnaît* que l'exécution du droit de l'Union relève d'une compétence détenue par les États membres⁵⁰⁰. À ce titre, ils agissent nécessairement avec une certaine autonomie (1.). Évidemment, la liberté des États membres ne peut être absolue. À cet égard, le principe de coopération constitue le fondement général le plus approprié pour encadrer l'autonomie dont disposent les États membres (2.).

1. Le principe d'une autonomie dans la mise en œuvre nationale du droit de l'Union

130. L'idée semble claire et explicite : si les États membres exercent une compétence propre, ils le font de manière autonome. Pour la Cour de justice, « *lorsque les dispositions du traité ou des règlements reconnaissent des pouvoirs aux États membres ou leur imposent des obligations aux fins de l'application du droit communautaire, la question de savoir de quelle façon l'exercice de ces pouvoirs et l'exécution de ces obligations peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* »⁵⁰¹. Interprétant cette jurisprudence, J. RIDEAU fait mention d'un « *principe d'autonomie institutionnelle des États membres* »⁵⁰². Cette expression doctrinale fut ensuite employée par plusieurs avocats généraux dans leurs conclusions⁵⁰³, puis dans la

⁴⁹⁸ Résumant cette idée, voir E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français » précité : en dépit de « *leur origine et substance communautaire, les actes [nationaux] d'exécution relèvent bien de l'ordre juridique national* » (p. 93).

⁴⁹⁹ Cf. *infra*, pt. 137 et suivants.

⁵⁰⁰ L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne » précité : « *il serait hasardeux de parler d'un "titre communautaire" conféré aux organes nationaux d'application [du droit de l'Union]. La situation générale est plus précisément décrite comme le fait d'une reconnaissance, par la Communauté, des titres de compétence constitutionnellement établis dans l'ordre national* » (p. 14 – nous soulignons).

⁵⁰¹ CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company e.a.*, aff. jt. 51/71 à 54/71, *Rec.* p. 1107, pt. 4.

⁵⁰² J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 864-903, spéc. p. 884 et suivantes. Expression qui fut largement reprise par la doctrine, en y ajoutant le qualificatif de « procédural » : voir not. R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire » précité, pp. 245-283, spéc. p. 248.

⁵⁰³ Pour exemples, voir P. LEGER conclusions sur CJCE, 22 avril 1997, *Sutton*, aff. C-66/95, *Rec.* p. I-2163, pt. 67 ; J. MISCHO conclusions sur CJCE, 11 janvier 2001, *Monte Arcosu*, aff. C-403/98, *Rec.* p. I-103, pt. 75 ; F. G. JACOBS conclusions sur CJCE, 2 juin 2005, *Commission c. Grèce*, aff. C-394/02, *Rec.* p. I-4713, pt. 27.

motivation même des arrêts de la Cour de justice⁵⁰⁴. Or la reconnaissance et l'existence d'une telle autonomie sont nécessaires lorsque la mise en œuvre du droit de l'Union relève de la compétence nationale des États membres (a.). Le fait qu'un rapport de subordination existe entre l'Union européenne et les autorités nationales dans ce cadre peut laisser dubitatif sur la réalité de cette "autonomie". Ce doute est néanmoins infondé (b.).

a. Un principe indispensable à l'application du droit de l'Union

131. Ce concept d'autonomie se retrouve en droit international public ou dans les systèmes fédéraux concernant l'application du droit international ou fédéral par les États ou les entités fédérées. Pour le droit international public, l'application nationale des normes internationales, et notamment celles disposant d'une applicabilité directe⁵⁰⁵, est assurée de manière autonome par les États. Autrement dit, « *le droit international ne configure pas les mécanismes nationaux d'exécution* »⁵⁰⁶. Les États peuvent donc indifféremment s'inscrire dans un système moniste⁵⁰⁷ ou un système dualiste⁵⁰⁸, pourvu que, dans les deux cas, la norme internationale soit respectée. Pour un système fédéral, le choix de l'administration indirecte implique également de laisser une marge de manœuvre aux entités fédérées. Si cette autonomie peut être particulièrement limitée par la Constitution fédérale ou la Loi, y compris dans des domaines institutionnels et procéduraux⁵⁰⁹, elle demeure irréductible⁵¹⁰, notamment dans l'exécution matérielle du droit fédéral. Transposée à l'administration indirecte

⁵⁰⁴ CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec. p.* I-723, pt. 65 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec. p.* I-10421, pt. 24 ; CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec. p.* I-2483, pt. 27.

⁵⁰⁵ Pour le droit international public, voir notamment la jurisprudence *Dantzig* (CPJI, avis, 3 mars 1928, *Compétence des tribunaux de Dantzig*, série B, n°15, *Rec. p.* 17) ; pour le juge administratif français, voir not. CE, ass., 11 avril 2012, *GISTI et FAPIL*, *Rec. p.* 142.

⁵⁰⁶ R. RIVIER, *Droit international public*, Paris, PUF, 3^e édition, 2012, p. 621.

⁵⁰⁷ Comme la France où la ratification du traité international et sa publication lui donnent automatiquement une valeur juridique dans l'ordre juridique interne.

⁵⁰⁸ Comme l'Allemagne, l'Italie ou le Royaume-Uni, où le traité n'acquiert une valeur que par l'intermédiaire d'un acte national de réception. Il s'agit le plus souvent de lois parlementaires : voir par exemple l'*Human Rights Act* de 1998 par lequel le Royaume-Uni a adhéré à la Convention européenne des droits de l'Homme.

⁵⁰⁹ Voir, pour la Suisse, B. KNAPP, « Le fédéralisme », *Rev. droit suisse*, 1984, II, pp. 275-430, spéc. pp. 352 et suivantes.

⁵¹⁰ Voir not. B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe » précité, p. 101. Même dans un État aussi centralisé qu'est la France, par la dynamique de décentralisation, le principe de libre administration des collectivités territoriales (art. 72 de la Constitution) est reconnu et constitutionnellement protégé, impliquant l'exercice autonome d'un pouvoir réglementaire d'application des lois (sur cette question, voir not. B. FAURE, « Le Conseil d'État et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », *AJDA* 2013, pp. 2240-2246).

européenne, cette logique conduit nécessairement à la reconnaissance d'une autonomie aux États membres⁵¹¹.

132. Cette idée⁵¹² se manifeste en ce que l'Union européenne reste *indifférente*⁵¹³ – en principe du moins – aux aspects formels de l'application nationale du droit de l'Union. En effet, la Cour de justice affirme que la mise en œuvre nationale du droit de l'Union se fait « *de manière autonome* »⁵¹⁴ et « *dans le respect des formes et procédures du droit national* »⁵¹⁵. Cette logique fait écho au mécanisme de transposition des directives : les institutions européennes fixent des objectifs à atteindre, laissant ainsi une autonomie aux États membres quant au choix des moyens appropriés pour en assurer la réalisation⁵¹⁶. Dans son aspect *institutionnelle*⁵¹⁷, l'État désigne les autorités nationales⁵¹⁸ qui seront compétentes pour l'application de la norme européenne. La Cour de justice précise par exemple que, par principe, « *il n'appartient pas à la Commission de se prononcer sur la répartition des compétences par les règles institutionnelles de chaque État membre et sur les obligations qui peuvent incomber respectivement aux [différentes] autorités [nationales]* »⁵¹⁹. La même position se retrouve dans la répartition des compétences entre les juridictions nationales⁵²⁰. Cette autonomie touche évidemment des domaines d'ordre procédural⁵²¹. Cette marge de manœuvre laissée aux États membres traduit ainsi l'idée selon laquelle les traités imposent non pas une obligation de moyen, mais une obligation de résultat.

133. Cette autonomie apparaît comme le moyen pour l'Union de s'assurer que, « *par défaut* »⁵²², ses normes seront toujours appliquées. L'imprécision ou le laconisme des dispositions européennes ne remet pas en cause le fait qu'elles doivent

⁵¹¹ M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Ed. Apogée, 2006, p. 419-457, spéc. pp. 428-429.

⁵¹² Pour N. POLTORAK (*op. cit.*, p. 23 et suivantes), il ne s'agit d'un principe juridique à proprement parler, impliquant un devoir-être, mais plus d'un concept visant à expliquer le constat de la dépendance de l'Union vis-à-vis des États.

⁵¹³ L. AZOULAI, « La loi et le règlement vus du droit communautaire », CCC janvier 2006, n°19, pp. 109-114, qui parle d'un « *principe d'indifférence* » (p. 111).

⁵¹⁴ CJCE, 27 octobre 1971, *Rheinmühlen Düsseldorf*, aff. 6/71, *Rec.* p. 823, pt. 8.

⁵¹⁵ CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.* p. 49, pt. 4.

⁵¹⁶ Art. 288 TFUE ; voir également CJCE, 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 97/81, *Rec.* p. 1819, pt. 12.

⁵¹⁷ Sur cet aspect, voir S. PLATON, « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 491-40.

⁵¹⁸ Que cela renvoie à des entités rattachées à l'État, à des établissements publics, voire à des entités décentralisées ou fédérées et autonomes vis-à-vis de l'État.

⁵¹⁹ CJCE, 12 juin 1990, *Commission c. Allemagne*, aff. C-8/88, *Rec.* p. I-2321, pt. 13.

⁵²⁰ Voir not. CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 661, pp. 675-676 : « *il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour [appliquer la norme européenne] (...)* ».

⁵²¹ Voir *infra* pour plus de précisions.

être appliquées par les États membres⁵²³. Comme le souligne J. CAVALLINI, « *l'attitude pragmatique de la Cour de Luxembourg, quant au renvoi à l'autonomie procédurale, visait avant tout à permettre, **quel qu'en soit le prix**, l'exécution du droit communautaire. L'autonomie n'était donc acceptée que parce que sa finalité était d'ordre communautaire* »⁵²⁴. Symétriquement, l'autonomie constitue une certaine garantie au profit des États membres⁵²⁵. En effet, ce principe d'autonomie conduit la Cour de justice à ne pas interpréter de manière trop extensive des obligations et dispositions européennes. Par exemple, elle considère que l'ex-article 95 du traité CEE (actuel article 110 TFUE) « **ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire** »⁵²⁶ ou, « *qu'en l'état actuel du droit communautaire, les obligations des États découlant (...) **ne sont pas suffisamment déterminées pour lui interdire d'édicter une législation*** »⁵²⁷. De plus, reconnaître une autonomie *institutionnelle et procédurale* semble, pour certains auteurs⁵²⁸, constituer une marque du respect de l'identité nationale des États membres telle qu'affirmée au paragraphe 2 de l'article 4 TUE. De la sorte, les États membres ont l'assurance que certains choix d'ordre constitutionnel, tels que la détermination de la procédure législative, le champ de compétence du législateur, ou la forme centralisée ou fédérale de l'État, ne seront – par principe et en eux-mêmes – remis en cause par l'Union⁵²⁹. La reconnaissance d'une autonomie aux États membres pour mettre en œuvre le droit de l'Union apparaît comme nécessaire dans le cadre de l'administration indirecte.

⁵²² B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 90.

⁵²³ En ce sens, R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire* précité, p. 6 ; J. ZILLER, « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne » précité, p. 126.

⁵²⁴ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 229 – nous soulignons.

⁵²⁵ En plus des principes relatifs aux compétences de l'Union, comme les principes de proportionnalité et de subsidiarité, qui empêchent un encadrement européen excessif des conditions nationales d'application du droit de l'Union – cf. *supra*, pt. 111.

⁵²⁶ CJCE, 3 avril 1968, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67, *Rec.* p. 211, spéc. pp. 228-229 (nous soulignons) ; idem CJCE, 4 avril 1968, *Lübeck*, aff. 34/67, *Rec.* p. 359, spéc. p. 370.

⁵²⁷ CJCE, 10 janvier 1985, *Leclec c. "Au blé vert"*, aff. 229/83, *Rec.* p. 1, pt. 20 (nous soulignons).

⁵²⁸ En ce sens, R. MEHDI, « Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité ; L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.* Ces auteurs s'appuient notamment sur l'article de J.-D. MOUTON, « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron* précité, pp. 462-477. Voir également N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 24.

⁵²⁹ En ce sens, voir not. CJCE, *Haïm*, aff. C-424/97 précité : l'Union étant indifférente quant aux conditions d'organisations internes des États membres, ces derniers « *ne sauraient, dès lors, se décharger de cette responsabilité ni en invoquant la répartition interne des compétences et des responsabilités entre les collectivités qui existent dans leur ordre juridique interne ni en faisant valoir que l'autorité publique auteur de la violation du droit communautaire ne disposait pas des compétences, des connaissances ou des moyens nécessaires* » (pt. 28), y compris s'il s'agit d'un État fédéral (pt. 30-31).

b. Une existence indifférente à la subordination des autorités nationales au droit de l'Union européenne

134. L'existence de cette autonomie est toutefois contestée par certains auteurs, notamment par KAKOURIS⁵³⁰. Dans une approche normativiste, cet ancien juge européen a estimé qu'admettre cette autonomie n'est pas pertinent parce que la compétence exercée par les États membres est nécessairement subordonnée au droit de l'Union. Selon lui, à propos d'« *une loi (ou d'une autre mesure) nationale transposant une directive, nous sommes obligés d'admettre que cette loi a seulement l'apparence d'une loi nationale, apparence qui est liée à son adoption par le législateur national. En réalité, la loi transposant une directive fait partie de l'ordre juridique communautaire, parce que son fondement juridique est la directive* »⁵³¹. Dans cette optique, il est difficile d'affirmer qu'une autorité nationale qui dispose d'une marge de manœuvre très faible, voire quasi nulle, exerce vraiment *de manière autonome*⁵³² une compétence nationale. Par exemple, une directive, qui est « *extraordinairement* »⁵³³ précise, aboutit concrètement à réduire à néant toute autonomie des États membres pour sa transposition.

135. Cette subordination se manifeste de plusieurs manières. L'acte national doit – évidemment – être conforme à la norme européenne à appliquer. Dans le cas contraire, il sera inopposable⁵³⁴, voire devra être retiré de l'ordonnement juridique⁵³⁵. De plus, la disparition de la norme européenne à appliquer a pour conséquence de priver de base légale l'acte national d'exécution⁵³⁶. Enfin, afin de

⁵³⁰ Outre sa contribution aux *Mélanges Pescatore*, voir plus particulièrement son article « Do The Member States Possess Judicial Procedural Autonomy ? », *CMLR* 1997, n°34, pp. 1389-1412, paru en français dans sa contribution « Existe-t-il une "autonomie" procédurale judiciaire des États membres ? », in *État. Loi. Administration. Mélanges en l'honneur de Épaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes/Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 159-179.

⁵³¹ *Ibid.*, p. 161.

⁵³² M. SOHIER et C. MEGRET, « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in *Droit communautaire et droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 107-154 : « Cette compétence **obligatoire et liée des autorités nationales** peut sans doute apparaître troublante dans la conception traditionnelle du droit public national et en particulier du pouvoir souverain des Parlements nationaux » (p. 115 – les auteurs insistent). Constat qui peut également s'appliquer en droit fédéral : pour la Suisse, voir B. KNAPP, *op. cit.*, pp. 352 et suivantes.

⁵³³ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 381, à propos de la directive 77/388/CEE du Conseil, 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des États membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires – *Système commun de taxe sur la valeur ajoutée* (JOCE, L 145, p. 1).

⁵³⁴ CJCE, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 précité, spéc. p. 1160 ; CJCE, 7 mars 1972, *Marimex*, aff. 84/71, *Rec.* p. 89, pt. 5 ; CJCE, *Simmmenthal*, aff. 106/77 précité, pt. 21 ; CJCE, 4 juin 1992, *Debus*, aff. jt. C-13/92 et C-113/91, *Rec.* p. I-3617, pt. 32 ; CJCE, 2 août 1993, *Levy*, aff. C-158/91, *Rec.* p. I-4287, pt. 9 ; CJCE, 5 mars 1998, *Sobred*, aff. C-347/96, *Rec.* p. I-937, pt. 30.

⁵³⁵ En ce sens, voir not. CJCE, *Wells*, aff. C-201/02 précité, pt. 64 ; CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837, pt. 27.

⁵³⁶ CJCE, 25 février 1988, *Raiffeisen*, aff. 199/86, *Rec.* p. 1169. Tel est bien l'un des enjeux du renvoi préjudiciel en appréciation de validité ; la Cour de justice ayant même demandé, le cas échéant, au juge national de suspendre provisoirement l'acte national d'application (CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89, *Rec.*

protéger l'effet utile du droit de l'Union⁵³⁷, la Cour de justice a limité la marge de manœuvre des États membres⁵³⁸ en imposant certaines exigences concernant l'acte national d'exécution. Deux exemples l'illustrent. Elle a pu imposer aux États membres qu'ils prévoient une sanction de nature pénale concernant les fraudes portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union⁵³⁹. Elle exige également que les juges nationaux puissent engager, dans certaines conditions et même si le droit interne ne le leur permet pas, la responsabilité de l'État du fait d'une loi méconnaissant le droit de l'Union⁵⁴⁰.

136. Ce rapport de subordination de la norme nationale d'exécution vis-à-vis de la norme européenne laisse perplexe quant à l'existence d'une autonomie *réelle* des États membres. En outre, l'édiction croissante de réglementations européennes, qui tendent à harmoniser les droits nationaux⁵⁴¹, confirme presque ce constat. Certains évoquent à ce titre un véritable « *l'effacement de l'autonomie* »⁵⁴². Cependant, même si les exceptions se multiplient, le principe demeure celui d'États membres *autonomes*⁵⁴³. L'intervention de l'Union ne peut avoir pour conséquence que la *réduction* de l'autonomie des États membres⁵⁴⁴. Admettre que l'Union puisse *exhaustivement* régir l'action des États membres est intenable⁵⁴⁵. Même si l'État membre ne dispose que d'une marge de manœuvre limitée, voire très limitée, sur le contenu *matériel* de la

p. I-415, pt. 17). Voir notamment CE, 27 octobre 2006, *Société Techna*, Rec. p. 451, tirant les conséquences de l'arrêt CJCE, 6 décembre 2005, *ABNA e.a.*, aff. jt. C-453/04, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, Rec. p. I-10423.

⁵³⁷ Sur cette notion, cf. *supra*, pt. 54-55.

⁵³⁸ Voir not. M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” if the Members States », in *The European Court of Justice and the Autonomy of the Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Intersentia, 2012, pp. 305-323.

⁵³⁹ CJCE, 8 juillet 1999, *Nunes et de Matos*, aff. C-186/98, Rec. p. I-4883, pt. 14.

⁵⁴⁰ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1066

⁵⁴¹ Cf. *infra*, pt. 922 et suivants.

⁵⁴² Voir not. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 285 et suivantes. Cette problématique sera plus largement traitée *infra*. À ce stade de la réflexion, il importe seulement le postulat selon lequel l'autonomie ne peut pas être, en elle-même et dans son principe, remise en cause.

⁵⁴³ Voir L. POTVIN-SOLIS, « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant la juridiction communautaire », in J.-C. BARBATO et J.-D. MOUTON (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156 : « Il s'agit nécessairement d'une autonomie **première** en ce que les États sont investies de la compétence **initiale** et **de principe** pour la mise en œuvre du droit communautaire » (p. 121 – nous soulignons). Voir également J.-V. LOUIS et T. RONSE, *op. cit.*, pp. 262-263 ; B. NABLI, *op. cit.*, p. 27 ; A. ARNULL, « Remedies Before National Courts », in *Oxford Principles of European Union Law* précité, pp. 1011-1039, spéc. p. 1012-1013.

⁵⁴⁴ Voir not. CJCE, 30 janvier 1974, *Hannoversche Zucker*, aff. 159/73, Rec. p. 121, pt. 4 ; CJCE, 25 août 1984, *Könecke*, aff. 117/83, Rec. p. 3921, pt. 20 ; CJCE, 6 mai, 1980, *Lee*, aff. 152/79, Rec. p. 1495, pt. 15.

⁵⁴⁵ En ce sens, A. BOUVERESSE (*op. cit.*) estime que, bien que pouvant être *précaire* ou *résiduelle*, les États disposent toujours d'une certaine autonomie dans la mise en œuvre du droit de l'Union ; voir également J. TEMPLE LANG, « European Community Constitutional Law : The Division of Powers between the Community and Members States », *NILQ* 1988, n°39, pp. 209-234, pp. 220 et suivantes.

norme nationale d'application, il reste par principe libre sur son aspect *formel*⁵⁴⁶. En effet, la subordination évoquée ne se manifeste qu'au travers d'un contrôle de *conformité*⁵⁴⁷ de l'acte national d'exécution vis-à-vis de l'acte européen à exécuter⁵⁴⁸. Ainsi, pour répondre aux propos du juge KAKOURIS, une loi de transposition d'une directive, même particulièrement précise, demeure un acte de droit interne adopté selon des procédures déterminées par le droit interne.

2. Une mise en œuvre nationale assurée de bonne foi par le principe de coopération loyale

137. L'autonomie reconnue aux États membres ne peut être absolue. L'Union européenne doit pouvoir s'assurer que les autorités nationales opèrent une mise en œuvre satisfaisante des règles européennes. Ainsi, plus que par l'intermédiaire du principe de primauté⁵⁴⁹ ou de subsidiarité⁵⁵⁰, c'est le principe de "coopération loyale", actuellement reconnu à l'article 4, §3, TUE⁵⁵¹, qui constitue le fondement *de principe* pour exiger des États membres une application *effective* du droit de l'Union⁵⁵². Certains auteurs y voient à ce titre le fondement juridique de l'administration indirecte⁵⁵³ et celui de l'encadrement de l'autonomie des États

⁵⁴⁶ Pour nuancer cette idée, la Cour de justice a pu exiger que l'acte interne transposant une directive dispose d'un « caractère contraignant » ; aussi, estime-t-elle que de « simples pratiques administratives (...) ne peuvent pas être considérées comme une exécution valable de l'obligation découlant de la directive » (CJCE, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 97/81 précité, pt. 12).

⁵⁴⁷ Cf. *supra*, pt. 122.

⁵⁴⁸ Pour un parallèle illustrant avec le fédéralisme allemand, voir P. LAUVAUX et A. LE DIVELLEC, *op. cit.* : lorsqu'un Land applique (par principe) le droit fédéral, il exerce une compétence propre (art. 83 de la Loi fondamentale) ; auquel cas, celui-ci « n'est soumis en principe qu'à un contrôle de légalité » (p. 731). La logique se rapproche fortement du « contrôle administratif de légalité » opéré par le préfet vis-à-vis des actes des collectivités territoriales.

⁵⁴⁹ Cf. *infra*, pt. 151 et suivants.

⁵⁵⁰ *Contra* H. GAUDIN, « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés européennes et la subsidiarité », *RAE* 1998, n°1-2, pp. 10-27, spéc. pp. 13 et suivantes.

⁵⁵¹ Anciennement l'art. 10 CE et art. 5 CEE. La Cour emploiera explicitement pour la première cette expression de « coopération loyale », rattachée à cette disposition, dans son arrêt CJCE, 10 février 1983, *Luxembourg c. Parlement*, aff. 230/81, *Rec.* p. 255, pt. 37. Sur la généalogie de ce principe, voir M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.* précité ; du même auteur, « Acceptation et consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire », in S. POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 145-158, spéc. pp. 152 et suivantes.

⁵⁵² Sa portée ne saurait toutefois se limiter à ce seul aspect ; l'ensemble du fonctionnement de l'Union européenne pourrait ainsi être appréhendé par le prisme de la coopération loyale (voir les contributions à l'ouvrage de J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne, carrefour des coopérations*, Paris, LGDJ, 2002). En ce sens, comme le souligne M. BLANQUET (*op. cit.*), ce principe peut trouver plusieurs manifestations selon la perspective adoptée : obligation des États vis-à-vis de l'Union, de l'Union vis-à-vis des États et entre États membres (pp. 155 et suivantes). De plus, il occupe une place primordiale dans la relation de l'Union et des États membres au niveau international (voir not. CJUE, 20 avril 2010, *Commission c. Suède*, aff. 246/07, ECLI:EU:C:2010:203, pt. 71) ; voir également E. NEFRAMI, *L'action extérieure de l'Union européenne* précité, spéc. pp. 115 et suivantes. Cette portée aussi étendue pousse J. TEMPLE LANG à y voir le plus général des principes de l'Union (« Article 10 EC – The Most Important “General Principle” of Community Law », in U. BERNITZ *et al.* (dir.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2008, pp. 75-113).

⁵⁵³ K. BOSKOVITS, *op. cit.*, pp. 345 et suivantes ; M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in *L'Union européenne, carrefour de coopérations* précité, pp. 115-181, spéc. p. 123 ; V. MICHEL, *op. cit.*, pp. 418 et suivantes ; A. RACLET, *op. cit.*, pp. 54 et suivantes ; B. NABLI, *op. cit.*, p. 25 ; C. BLUMANN

membres⁵⁵⁴. Cet article prévoit en effet une obligation tant positive que négative concernant la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. De même, il est susceptible de renvoyer à toutes les manifestations possibles de l'exécution du droit de l'Union⁵⁵⁵. Tel qu'interprété par la Cour de justice, ce principe implique en effet que les États membres adoptent des sanctions nationales⁵⁵⁶, adaptent leur système normatif⁵⁵⁷, fassent intervenir leur autorité juridictionnelle⁵⁵⁸, assument la responsabilité des dommages causés par une mise en œuvre irrégulière⁵⁵⁹ ou encore mettent pleinement à disposition leur appareil administratif⁵⁶⁰.

138. Par principe⁵⁶¹, la coopération loyale ne constitue qu'un fondement *complémentaire*⁵⁶² pour renforcer ou préciser les exigences attendues des États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Son utilisation par la Cour de justice pourrait apparaître redondante ou « *tautologique* »⁵⁶³, notamment à la lecture de dispositions des traités comme l'article 288 TFUE⁵⁶⁴ qui imposent une telle mise en œuvre. En réalité, le principe de coopération loyale constitue un levier pour s'assurer

et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 130 et p. 592 ; E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne » précité.

⁵⁵⁴ E. NEFRAMI, « L'État membre au service de l'Union européenne » précité ; V. CONSTANTINESCO, « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté communautaire » précité, pp. 109 et suivantes.

⁵⁵⁵ Sur ces différents aspects, voir M. BLANQUET, « Acceptation et consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire » précité, pp. 44 et suivantes ; L. POTVIN-SOLIS, « Le principe de coopération loyale », *ADE* 2007, vol. 4, pp. 165-210.

⁵⁵⁶ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2965, pt. 23 ; CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, aff. C-326/88, *Rec.* p. I-2911, pt. 17 ; CJCE, 8 juin 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-383/92, *Rec.* p. I-2435, pt. 55 ;

⁵⁵⁷ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 30/72 précité, pt. 11. Dans la même idée, voir CJCE, *Wells*, aff. C-201/02 précité, pt. 64.

⁵⁵⁸ CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Karman*, aff. 14/83, *Rec.* p. 1891 : « *L'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci, ainsi que leur devoir en vertu de l'article 5 du traité de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités des États membres y compris, dans le cadre de leurs compétences, les autorités juridictionnelles* » (pt. 26). Voir également CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec.* p. 1989, pt. 5 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec.* p. 2043, pt. 12 ; CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-2433, pt. 19.

⁵⁵⁹ CJCE, *Franovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précités : « *L'obligation, pour les États membres, de réparer ces dommages trouve également son fondement dans l'article 5 du traité, en vertu duquel les États membres sont tenus de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations qui leur incombent en vertu du droit communautaire* » (pt. 36).

⁵⁶⁰ CJCE, 14 juillet 1994, *Milchwerke Köln*, aff. C-352/94, *Rec.* p. I-3385 : « *L'obligation fondée sur l'article 5 du traité comprend également l'engagement [par les autorités nationales] de toutes les actions de droit administratif, de droit fiscal ou de droit civil [qui permettraient de faire respecter le droit de l'Union]* » (pt. 23).

⁵⁶¹ Sauf à considérer une « *autonomisation du devoir de loyauté* » (E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 70).

⁵⁶² *Ibid.*, p. 68. La Cour de justice l'affirme en ce que l'article 4, §3, TUE « *énonce une obligation générale des États membres dont le contenu concret dépend, dans chaque cas particulier, des dispositions du traité ou des règles qui se dégagent de son système général* » (CJCE, 8 juin 1971, *Deutsche Grammophon*, aff. 78/70, *Rec.* p. 487, pt. 5). Voir également CJCE, 12 juillet 1973, *Geddo*, aff. 2/73, *Rec.* p. 865, pt. 4. Partant, la coopération peut s'appliquer conjointement à l'obligation de transposition d'une directive (CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 précité, pt. 26), d'application d'un règlement (CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, *Rec.* p. 1197, pt. 10), d'assurer l'exercice de la liberté de circulation des travailleurs (CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt. 12) ou le fonctionnement du système de financement de la politique agricole commune (CJCE, 11 octobre 1990, *Italie c. Commission*, aff. C-34/89, *Rec.* p. I-3603, pt. 12).

⁵⁶³ M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.* précité, p. 26.

⁵⁶⁴ Disposition qui exige des États membres de respecter et d'appliquer les normes de droit dérivé.

que la mise en œuvre des normes européennes est assurée d'une *manière suffisamment effective*. Il garantit que les États membres appliquent le droit de l'Union "en toute bonne foi", c'est-à-dire de manière satisfaisante. Agissant comme une « *sorte de filet de sécurité* »⁵⁶⁵, il permet à la Cour de justice, compte tenu notamment du laconisme des dispositions européennes à appliquer, de s'assurer que l'effet utile du droit de l'Union ne sera pas trop affecté. Certes, parfois, des dispositions de droit dérivé prévoient dans certains domaines un renvoi aux ordres juridiques nationaux. Cependant, ces mentions ne font que « *confirmer expressément une obligation qui incombe aux États membres en vertu du principe de coopération loyale énoncé à l'article [4, §3, TUE]* »⁵⁶⁶.

139. La signification exacte du concept de coopération loyale reste difficile à cerner⁵⁶⁷. De prime abord, elle s'approche de celle du principe de *bonne foi* reconnu en droit international public. Néanmoins, selon E. ZOLLER⁵⁶⁸, un tel principe dispose d'une portée juridique limitée, voire inexistante, pour la mise en œuvre des obligations internationales⁵⁶⁹. Il s'agit davantage d'un principe de moralité dans le cadre des relations internationales⁵⁷⁰. Dans cette perspective, la bonne foi semble se confondre avec la règle *pacta sunt servanda*, selon laquelle, aux termes de l'article 26 de la Convention de Vienne, « [tout] traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de **bonne foi** »⁵⁷¹. En d'autres termes, « *exécuter de bonne foi signifie "s'abstenir de tout acte visant à réduire à néant l'objet et le but du traité"* »⁵⁷². Ainsi, aussi essentielle soit-elle pour l'existence de l'ordre juridique international, la bonne foi ne renverrait *in fine* qu'à une obligation négative. De fait, elle ne peut fonder une obligation positive à l'attention des États membres⁵⁷³. Tout au plus, il est possible de considérer que la coopération

⁵⁶⁵ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 129.

⁵⁶⁶ CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec.* p. 1449, pt. 5, à propos de l'article 8 du règlement n°729/70 concernant l'obligation pour les États de procéder à des répétitions de l'indu.

⁵⁶⁷ Voir not. E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 165 et suivantes ; B. GUASTAFERRO, « Sincere Cooperation and Respect for National Identities », in *Oxford Principles of European Union Law* précité, pp. 350-382, spéc. p. 354 et suivantes.

⁵⁶⁸ E. ZOLLER, *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, spéc. pp. 335 et suivantes.

⁵⁶⁹ En ce sens, la bonne foi semble être un principe plus opérationnel concernant les phases de négociations entre États membres (voir not. Sentence arbitrale, 16 novembre 1957, *Lac Lanoux*, *Rec. sent. arbit.*, vol. XII, p. 281, §13 ; CIJ, 30 mars 1984, *Délimitation de la frontière maritime dans la région du golfe de Maine*, *Rec.* p. 246, §112).

⁵⁷⁰ E. ZOLLER, *op. cit.*

⁵⁷¹ Article 26 de la Convention de Vienne du 23 mai 1969 *sur le droit des traités* : « *Tout traité en vigueur lie les parties et doit être exécuté de **bonne foi*** » (nous soulignons) ; voir CIJ, 20 décembre 1974, *Essais nucléaires*, *Rec.* p. 457, §49. Cette idée se retrouve également à l'article 2, §2, de la Charte des Nations Unies.

⁵⁷² N. QUOC DIN *et al.*, *op. cit.*, p. 239, reprenant la lettre de l'art. 18 de la Convention de Vienne de 1969.

⁵⁷³ Voir not. V. CONSTANTINESCO, *op. cit.*, pp. 100-105.

loyale du droit de l'Union européenne constitue une traduction plus développée de la bonne foi du droit international⁵⁷⁴. La comparaison s'arrête là.

140. Un parallèle avec le principe allemand de fidélité fédérale (*Bundestreue*) est plus intéressant à faire. Rattaché implicitement aux articles 30 à 33 de la Loi fondamentale, il constitue une obligation générale et complémentaire des droits et obligations reconnus dans le texte constitutionnel⁵⁷⁵. S'il impose des obligations aussi bien à l'autorité fédérale (*Bund*) qu'aux autorités fédérées (*Länder*), il est également un outil d'interprétation, notamment juridictionnel, pour renforcer les droits et obligations constitutionnels existants. Selon la jurisprudence de la Cour constitutionnelle allemande, « le principe de "fidélité fédérale" peut avoir pour effet la naissance de devoirs juridiques supplémentaires qui vont au-delà des devoirs "formels", c'est-à-dire des devoirs faisant l'objet de normes constitutionnelles "expresses" »⁵⁷⁶. Cette comparaison avec la fidélité fédérale allemande permet de voir la coopération loyale comme un principe visant à s'assurer que « chaque partie constituante soit, dans son existence propre, consciente du fait de faire partie d'un ensemble plus large »⁵⁷⁷. À sa façon, le principe de coopération loyale s'en approche. Il manifeste le fait que les États membres appartiennent à l'Union européenne dont l'épanouissement et le développement dépendent de leur action. Parce qu'ils font partie de cet « ensemble » qu'est l'ordre juridique européen, il est attendu d'eux un comportement loyal⁵⁷⁸. C'est ce que tente⁵⁷⁹ de traduire juridiquement l'article 4, §3, TUE et ce que cherche à concrétiser la Cour de justice.

⁵⁷⁴ N. QUOC DIN *et al.*, *op. cit.*, p. 241. En ce sens, V. CONSTANTINESCO (*Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes* précité, p. 283) note clairement que la coopération loyale va au-delà de ce que prévoit la règle *pacta sunt servanda*, et par voie de conséquence, de la *bonne foi*. Pour K. LENAERTS (« Le devoir de loyauté communautaire », in *La loyauté. Mélanges offerts à Etienne Cerexhe*, Bruxelles, Larcier, 1997, pp. 229-247), la principale différence repose sur le fait que la bonne foi n'implique pas, comme la coopération loyale, l'idée d'un rapport de solidarité (p. 230).

⁵⁷⁵ Voir C. AUTEXIER, *op. cit.*, p. 97.

⁵⁷⁶ H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », RDP 1979, pp. 769-792, spéc. p. 772.

⁵⁷⁷ *Ibid.*, p. 783. Un tel constat n'est pas sans faire écho au *principe d'interdépendance* de la Fédération selon O. BEAUD (*op. cit.*, pp. 189 et suivantes).

⁵⁷⁸ Selon E. NEFRAMI (*op. cit.*), « [p]lus qu'un principe général du droit de l'Union, le devoir de loyauté exprime une obligation inhérente au statut de membre » (pp. 72-73). Idée qui se retrouve pour la fidélité fédérale allemande selon H. A. SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF, *op. cit.*, p. 784.

⁵⁷⁹ Un tel concept métajuridique ne peut toutefois se limiter aux formulations reprises dans le droit positif ; la signification même d'un comportement "de bonne foi" ou "loyal" étant intrinsèquement ambiguë et/ou polysémique (voir not. E. ZOLLER, V° « Bonne foi », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 143-145). Soulevant cette remarque vis-à-vis du principe de coopération loyale reconnu par le droit de l'Union, voir X. MAGNON, « La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne », *RAE* 2011, n°2, pp. 245-251 ; B. BERTRAND, « La loyauté des États membres de l'Union européenne », in S. FERRARI et S. HOURSON (dir.), *La loyauté en droit public*, Paris, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 143-154, spéc. pp. 143-146.

141. Outre l'existence d'une solidarité⁵⁸⁰ et d'une assistance mutuelle⁵⁸¹ entre les États membres et l'Union européenne, la question de la mise en œuvre nationale du droit de l'Union peut être utilement appréhendée à partir du principe de coopération loyale⁵⁸². De nombreux exemples concrétisent cette idée. Tel est le cas lorsque l'État membre apporte, spontanément⁵⁸³, des compléments normatifs⁵⁸⁴ nécessaires⁵⁸⁵ à des règlements. Cette logique se retrouve également dans la liberté du juge national de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel⁵⁸⁶ dès lors qu'il l'estime nécessaire ou encore lorsqu'il interprète de manière conforme le droit national vis-à-vis du droit de l'Union⁵⁸⁷. De même, il est attendu des États membres qu'ils prennent en considération, même s'ils n'y sont pas juridiquement tenus, les avis et recommandations de la Commission⁵⁸⁸. Ils doivent tout autant s'abstenir d'édicter des actes internes contraires à une norme européenne⁵⁸⁹. Cette exigence de comportement loyal a pu également conduire la Cour de justice à considérer qu'un État membre ne commet pas un manquement si, en toute bonne foi, il était dans

⁵⁸⁰ CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jt. 6/69 et 11/69, *Rec.* p. 523, pt. 16 ; CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, *Rec.* p. 101, pt. 25 ; CJCE, 29 juin 1978, *BP c. Commission*, aff. 77/77, *Rec.* p. 1513, pt. 15.

⁵⁸¹ Les manifestations en sont très variées ; pour exemples, voir CJCE, 11 décembre 1985, *Commission c. Grèce*, aff. 192/84, *Rec.* p. 3967, pt. 19, concernant la communication d'informations utiles à la Commission ; CJCE, 18 octobre 2007, *Commission c. France*, aff. C-441/06, *Rec.* p. I-8887, pt. 45 et suivants, concernant la nature de la relation entre l'État et la Commission.

⁵⁸² En ce sens, P. PESCATORE (*Le droit de l'intégration précité*) note que « [l]e principe dit de l'« attribution des pouvoirs » n'étant rien qu'une extrapolation du système et de la méthode du traité, il est légitime et même nécessaire de prendre en considération toutes les autres indications qui se dégagent du même système. Or, l'analyse, entreprise sous cet éclairage, nous montre que le principe d'attribution est contrebalancé par un ensemble de facteurs qui permettent de dépasser la rigidité et l'incobérence qui sont la conséquence de la méthode analytique des traités (...). Dans cette perspective, il faut considérer divers facteurs qui convergent vers ce qu'on peut appeler une idée d'œuvre commune » (p. 14 – nous soulignons). Voir plus spécifiquement E. NEFRAMI, « L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté », in P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 179-201.

⁵⁸³ CJCE, *Scheer*, aff. 30/70 précité, pt. 10.

⁵⁸⁴ Voir not. CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. C-36/94, *Rec.* p. 3573, concernant une sanction instituée spontanément par un État membre en matière douanière. Alors que critiquée par la Commission, la Cour de justice y verra cependant une manifestation du principe de coopération loyale (voir également CJCE, 7 décembre 2000, *de Andrade*, aff. C-213/99, *Rec.* p. I-11083).

⁵⁸⁵ En ce sens, J. JORDA, *op. cit.*, p. 294 ; D. RITLENG, « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union » précité, p. 42.

⁵⁸⁶ Voir E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law : the Judgement of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of EC Treaty », *YEL*, n°13, 1993, pp. 19-37. Telle pourrait être une interprétation de la jurisprudence de la Cour de justice dans laquelle elle considère qu'une règle de droit national empêchant un juge national de la saisir par voie préjudicielle lorsqu'il l'estime opportun (voire nécessaire) est incompatible avec l'article 267 TFUE ; voir not. CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77 précité, pt. 19 ; CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, *Rec.* p. I-3277, pt. 44-45 ; CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdelli*, aff. jt. C-188/10 et C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, pt. 40 et suivants ; CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 64-68.

⁵⁸⁷ CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 précité, pt. 26 ; CJCE, 20 septembre 1988, *Beentjes*, aff. 31/87, *Rec.* p. 4635, pt. 39 ; CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.* p. I-4135, pt. 8 ; CJCE, 13 juillet 2000, *Centrosteeel*, aff. C-456/98, *Rec.* p. 6007, pt. 16 ; CJCE, 4 juillet 2006, *Adelener e.a.*, aff. C-212/04, *Rec.* p. I-6957, pt. 108-109.

⁵⁸⁸ CJUE, 13 janvier 2014, *Mediaset*, aff. C-69/13, ECLI:EU:C:2014:71, pt. 32.

⁵⁸⁹ Même s'il s'agit d'une directive dont le délai de transposition n'a pas encore expiré : voir CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-129/96, *Rec.* p. I-7411, pt. 45.

l'« *impossibilité absolue* »⁵⁹⁰ d'assurer l'application du droit de l'Union. *In fine*, le principe de coopération loyale requiert des États membres qu'ils fassent le nécessaire, dans la mesure du possible, pour que l'effet utile du droit de l'Union soit préservé. Les règles européennes doivent pouvoir déployer leurs effets dans l'ordre juridique national sans rencontrer d'obstacles injustifiés.

Section 2 : Une atténuation mesurée des risques inhérents à l'administration indirecte

142. Ce contexte d'administration indirecte, dans lequel la mise en œuvre du droit de l'Union incombe aux États membres, n'est pas sans risque pour l'effet utile du droit de l'Union. En substance, la bonne application d'une règle européenne *dépend* de l'action des autorités nationales, de leur comportement, du traitement juridique qu'elles lui accordent. Quand bien même les États membres seraient autonomes et exerceraient une compétence nationale, des mécanismes et garde-fous doivent en toute logique être prévus pour vérifier que l'application de la règle européenne soit suffisamment effective. En l'occurrence, le danger repose sur le traitement national accordé à la mise en œuvre de la règle européenne, c'est-à-dire sur les règles nationales permettant son application. Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale laisse les États membres libres pour arrêter ce traitement. Or ces règles nationales peuvent parfois entraver excessivement la bonne application du droit de l'Union. Ses conditions de mise en œuvre peuvent apparaître trop complexes ou trop contraignantes. À cet égard, la règle européenne ne sera pas en mesure de déployer pleinement ses effets.

143. La fonction du principe d'équivalence s'appréhende à partir de ce risque inhérent à l'administration indirecte, en ce qu'il contribue à le minimiser. En effet, le principe d'équivalence, pas plus que d'autres principes, ne peut le réduire à néant. Le système d'administration indirecte place l'Union européenne face à ce

⁵⁹⁰ C'est-à-dire, en « *cas de difficultés d'exécution, la Commission et l'État membre doivent, en vertu de la règle imposant aux États membres et aux institutions de l'Union européenne des devoirs réciproques de coopération loyale, qui inspire notamment l'article 4, paragraphe 3, TUE, collaborer de bonne foi en vue de surmonter ces difficultés* » (CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c. Slovaquie*, aff. C-507/08, *Rec. p. I-13489*, pt. 43-44). Cette jurisprudence s'applique concernant l'absence de récupération d'aides d'État incompatibles : voir not. CJCE, 15 janvier 1986, *Commission c. Belgique*, aff. 52/84, *Rec. p. 89*, pt. 14 ; CJCE, 2 février 1989, *Commission c. Allemagne*, aff. 94/87, *Rec. p. 175*, pt. 8-9 ; CJCE, 10 juin 1993, *Commission c. Grèce*, aff. C-183/91, *Rec. p. I-3131*, pt. 10 et pt. 19 ; CJCE, 23 février 1995, *Commission c. Italie*, aff. C-349/93, *Rec. p. I-343*, pt. 12-13 ; CJCE, 13 novembre 2008, *Commission c. France*, aff. C-214/07, *Rec. p. I-8357*, pt. 45-46 ; CJUE, 12 février 2015, *Commission c. France*, aff. C-37/14, ECLI:EU:C:2015:90, pt. 65-67.

danger permanent d'une non-application des règles européennes (§1). Tout au plus, ce risque pour l'effet utile du droit de l'Union n'est qu'atténué, minimisé. Telle est la fonction du principe d'équivalence par la contrainte qu'il impose aux États membres (§2).

§1 : Un risque permanent d'une inapplication du droit de l'Union en raison du traitement national accordé

144. Ce risque constitue une réalité irréductible qui découle de l'administration indirecte. En substance, il se traduit par des situations dans lesquelles le traitement national prévu par l'État membre aboutit à ce que la norme européenne ne soit pas appliquée⁵⁹¹. En réalité, l'Union européenne n'a d'autre choix⁵⁹² que de tolérer ce risque⁵⁹³. Celui-ci apparaît comme permanent et impossible à éviter. Un tel constat résulte de l'incapacité des principes de primauté, d'effet direct ou d'uniformité – appelés “principes de contentieux de première génération” – à y remédier (A.). Cette non-application du droit de l'Union est même considérée, au regard de certaines justifications, comme *acceptable* par la Cour de justice (B.).

A. L'insuffisance des “principes de contentieux de première génération”

145. L'expression de “principes de contentieux de première génération” est issue de la doctrine⁵⁹⁴. Elle désigne l'ensemble des concepts dont la fonction est de permettre que le droit de l'Union soit appliqué par les États membres, et notamment par les juges nationaux, sans rencontrer d'obstacles internes⁵⁹⁵. Il s'agit de l'autonomie de l'ordre juridique européen et des principes de l'effet direct, de

⁵⁹¹ Cette entrave causée par le traitement national peut très bien être inconsciente ou involontaire de la part de l'État membre. En guise d'exemple, l'avocat général BOBEK (conclusions sur CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700) a affirmé qu'« [on] dit souvent que l'enfer est pavé de bonnes intentions. Force est de louer l'intention apparente du législateur national d'assurer la mise en œuvre effective du droit de l'Union au niveau national. Toutefois, il est, de fait, discutabile que les moyens choisis pour atteindre cet objectif soient optimaux » (pt. 97).

⁵⁹² Sauf à remettre en cause la logique même de l'administration indirecte ce qui, comme cela a été démontré précédemment, n'est pas possible ; cf. *supra*, pt. 92 et suivants.

⁵⁹³ Voir not. R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national », note sous CJCE, *Rene et Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités, *CDE* 1977, pp. 230-244 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 391-408, spéc. pp. 401 et suivantes.

⁵⁹⁴ Voir J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers » précité. Cette terminologie est reprise par certains auteurs : voir not. D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? » précité ; F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 779 et suivantes ; E. DUBOUT, « Le “contentieux de la troisième génération” ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire » précité.

primauté et d'uniformité⁵⁹⁶. De prime abord, leur application conjointe semble permettre de réduire, voire d'annihiler le risque d'une non-application du droit de l'Union européenne⁵⁹⁷. En réalité, la Cour de justice refuse d'en retenir une telle conception⁵⁹⁸, notamment pour qu'ils soient compatibles avec le système d'administration indirecte. Dans ce contexte, la garantie apportée par ces différents principes à l'effet utile du droit de l'Union, aussi importante soit-elle, n'est pas absolue. D'une part, la protection de l'autonomie de l'ordre juridique européen et le principe d'effet direct sont inopérants pour réduire le risque de non-application du droit de l'Union (1.). D'autre part, afin de préserver l'autonomie des États membres⁵⁹⁹, les principes de primauté et d'uniformité sont insuffisants pour faire disparaître totalement ce risque (2.).

1. L'inopérance de la protection de l'autonomie de l'ordre juridique européen et du principe d'effet direct

146. De prime abord, le système d'administration indirecte semble en contradiction avec l'autonomie de l'ordre juridique européen⁶⁰⁰. D'un côté, le renvoi aux États membres de la mission d'assurer l'application du droit de l'Union européenne constitue une condition essentielle⁶⁰¹ à l'existence de l'Union européenne. Il existe bien une *dépendance*⁶⁰² de l'Union européenne vis-à-vis des États membres. De l'autre côté, l'autonomie⁶⁰³ de l'ordre juridique européen vis-à-vis des

⁵⁹⁵ Voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983, pp. 398 et suivantes.

⁵⁹⁶ Voir not. R. LECOURT, *op. cit.*, pp. 241 et suivantes ; du même auteur, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 349-361. Voir également P. PESCATORE, *Droit de l'intégration* précité, p. 46.

⁵⁹⁷ R. KOVAR, *op. cit.*, pp. 232 et suivantes.

⁵⁹⁸ Voir not. J.-V. LOUIS, « La primauté du droit communautaire » précité, pp. 145-170, spéc. pp. 165-166 : « [même] si, pour la Cour, le principe de l'autonomie institutionnelle trouve ses limites dans le respect de la primauté et de l'uniformité du droit communautaire, encore devrait-on permettre à l'État, à peine de réduire à néant le principe, d'avoir recours aux procédures requises par son droit constitutionnel lorsque la mise en œuvre du droit communautaire exigeait des mesures d'exécution »

⁵⁹⁹ R. KOVAR (« Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire » précité) note que cette solution, bien qu'étant « politiquement la plus raisonnable », aboutit à « ne pas assurer [parfaitement] l'uniformité ni même la primauté du droit communautaire » (p. 261).

⁶⁰⁰ Soulevant ce paradoxe, voir J. BRIDGE, *op. cit.* : « While the Community constitutes a new and independent legal order, it is also in a sense a dependent legal order in that it relies for its enforcement on the legal orders of the Member States » (p. 28).

⁶⁰¹ Selon l'art. 197, §1, du TFUE.

⁶⁰² V. CONSTANTINESCO, *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, précité : à propos du principe de coopération loyale, l'auteur estime que « ce n'est alors plus tellement une collaboration que l'on fait allusion mais presque à une dépendance » (p. 284) ; voir également R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les États membres » précité, p. 381.

⁶⁰³ Voir P. PESCATORE, *L'ordre juridique des communautés européennes* précité, pp. 163 et suivantes ; D. SIMON, V° « Droit communautaire », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 448-453, spéc. pp. 449-450 ; du même auteur, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 209-249 ; H. GAUDIN, « Un ordre juridique propre : l'affirmation de

ordres juridiques nationaux constitue un « *impératif existentiel* »⁶⁰⁴ pour elle⁶⁰⁵. Ce concept découle de l'affirmation de la Cour de justice, dans son arrêt *Van Gend en Loos*⁶⁰⁶, selon laquelle l'ordre juridique européen est un « *un ordre propre, complet et enclos en ses principes* »⁶⁰⁷. La notion d'effet direct se déduit de cette autonomie. La norme européenne disposant d'un effet direct n'a pas *besoin* d'une quelconque réception⁶⁰⁸ de la part de l'État membre. Elle se suffit à elle-même⁶⁰⁹ pour conférer directement des droits aux individus. Bien qu'intégré⁶¹⁰, l'existence de l'ordre juridique européen ne doit pas dépendre des ordres juridiques nationaux. Autrement dit, « *le statut des règles communes ne saurait être placé sous la dépendance des dispositions du droit national (...)* »⁶¹¹. Une opposition entre le système d'administration indirecte et ces deux concepts semble apparaître.

147. Cette contradiction n'est qu'apparente. En effet, il est nécessaire de distinguer *l'existence*⁶¹² des normes de l'Union européenne et leur *mise en œuvre effective*.

l'ordre juridique communautaire », *ADE* 2007, vol. 5, pp. 3-28, spéc. pp. 19 et suivantes ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, pp. 462-464.

⁶⁰⁴ J.-C. GAUTRON, « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in *De la Communauté de droit à l'Union de droit* précité, pp. 25-64, spéc. p. 29.

⁶⁰⁵ Voir CJUE, 18 décembre 2014, avis 2/13, pt. 78 et suivants. Voir également J. RIDEAU, V° « Ordre juridique de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 189, 8 février 2011, par. 16-30 ; F. BERROD, « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'Homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco* précité, pp. 65-81, spéc. pp. 69-72 ; I. PERNICE, « The Autonomy of the EU Legal Order – Fifty Years After *Van Gend* », in *Le 50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)*, colloque organisé à la Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 55-80.

⁶⁰⁶ CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec. p.* 3, spéc. p. 23 ; principe confirmé dans CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec. p.* 1141, spéc. p. 1160.

⁶⁰⁷ L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire ... » précité.

⁶⁰⁸ Le terme doit ici être entendu à la lumière de la théorie dualiste des rapports de systèmes (voir les auteurs classiques sur ces notions ANZILOTTI et TRIPIEL). La réception renvoie à la technique nationale par laquelle la norme internationale est intégrée à l'ordre juridique interne. Parce qu'ordres juridiques national et international demeurent séparés, en l'absence d'une telle réception, si la norme internationale existe bel et bien dans l'ordre juridique international, elle sera considérée comme ne faisant nullement partie de l'ordre juridique national ; partant, du point de vue interne, l'existence de la norme internationale dépend de cette procédure de réception. L'Union européenne, notamment via la jurisprudence de la Cour de justice (voir not. CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 39/72 précité, pt. 17 ; CJCE, 10 octobre 1973, *Fratelli Variola Spa*, aff. 34/73, *Rec. p.* 981, pt. 10), prohibe par principe cette approche dualiste. Voir J. RIDEAU, *op. cit.*, par. 23 ; M. BLANQUET, V° « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (act. avril 2015), par. 6-12.

⁶⁰⁹ Le parallèle avec le *self executing* du droit international public est évident. En ce sens, voir not. D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^e édition, 2018, p. 206-208 ; D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e édition, 2001, p. 387 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, pp. 555-556.

⁶¹⁰ Voir not. CJCE, 9 mars 1978, *Simmmenthal*, aff. 106/77, *Rec. p.* 629, pt. 17 : les normes européennes « font partie intégrante de l'ordre juridique [national] » ; idée déjà présente dès l'arrêt *Costa* précité lorsque la Cour affirmait que l'ordre juridique européen est « *intégré au système juridique des États membres* » (*Rec. p.* 1158). Il s'agit là du « *principe de l'intégration immédiate* » selon M. BLANQUET, *op. cit.*, pp. 464 et suivantes ; sur cette idée, voir K. BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes/Bruxelles, Ant. N. Sakkoulas / Bruylant, 1999, pp. 18-19.

⁶¹¹ D. SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire » précité, p. 221.

⁶¹² Pour R. KOVAR (cité par J.-C. GAUTRON, *op. cit.*, p. 28), il s'agit d'une « *autonomie de validité* », faisant justement écho à la distinction entre *efficacité* et *validité* de la norme exposée par H. KELSEN (*op. cit.*) et H. L. A. HART (*op. cit.*).

Certes, ce dernier aspect constitue une préoccupation de premier plan pour l'ordre juridique européen. Néanmoins, ces deux éléments sont à séparer⁶¹³ : l'un n'a pas de rapport direct avec l'autre. Plus précisément, le traitement national n'a pas vocation à remettre en cause l'existence même de la norme européenne. Le risque qu'il présente se limite à la seule *non-application* de la règle. La Cour de justice précise à cet égard que « *la complexité de certaines situations dans un État ne saurait altérer la nature juridique d'une disposition communautaire directement applicable* »⁶¹⁴. Comme le souligne l'avocat général P. LEGER, « *le principe de l'autonomie procédurale a vocation à jouer dans le cadre de l'exercice en justice d'un droit fondé sur le droit communautaire, et non dans celui afférent à l'existence même d'un tel droit* »⁶¹⁵. Autrement dit, la règle européenne doit exister indépendamment de toute action des États membres – faute de quoi l'ordre juridique européen n'est pas autonome. Cependant, les effets produits par cette règle européenne dépendent, eux, d'une action des États membres. Le principe de l'effet direct implique bel et bien que la norme européenne institue *par elle-même* des droits dans le patrimoine juridique des personnes privées. Néanmoins, ces droits ne se suffisent pas à eux-mêmes pour être effectivement *respectés* ou *sanctionnés*.

148. L'étude de l'exécution des règlements européens⁶¹⁶ par les États membres illustre ces propos⁶¹⁷. Dans l'esprit de l'article 288 TFUE, le règlement jouit

⁶¹³ Les théoriciens positifs que sont H. KELSEN (*op. cit.*, pp. 18-23) et H. L. A. HART (*Le concept de droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 130-131) réfutent un tel postulat ; selon eux, il n'y a « aucune relation nécessaire entre la validité de n'importe quelle règle particulière et son efficacité » (*ibid.*, p. 131). Sur cette question théorique, autour du caractère *globalement efficace et sanctionné* d'un ordre juridique, voir notamment X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, pp. 67-70. Voir également C. LEBEN, V^o « Ordre juridique », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 1113-1119, spéc. p. 1116. Estimant que cette condition n'est pas déterminante pour qu'un ordre juridique existe en tant que tel, voir C. N. KAKOURIS, « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres (Quelques réflexions parfois peu conformistes) » précité, pp. 323-324. Plus généralement, sur cette problématique, voir E. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 87-119.

⁶¹⁴ CJCE, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67 précité, p. 228 – nous soulignons.

⁶¹⁵ P. LEGER conclusions sur CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 70 (nous soulignons). Cette idée était déjà présente dans CJCE, 10 juillet 1980, *Mireco*, aff. 826/79, *Rec. p.* 2559, pt. 10.

⁶¹⁶ Voir en ce sens J.-V. LOUIS, « Le règlement, source directe d'unification des législations », précité, pp. 16-30 ; C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 251 et suivantes ; J. JORDA, *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne* précité, p. 290 ; V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne* précité, pp. 422-423 ; K. BOSKOVITS, *op. cit.*, pp. 350-370 ; J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 391-408, spéc. pp. 401-402 ; en matière pénale, M. BIGAY, « L'application des règlements communautaires en droit pénal français », *RTDE* 1971, pp. 53-61.

⁶¹⁷ Dans la même idée, en matière de droits fondamentaux, la Cour de justice a pu considérer, en se fondant implicitement sur l'autonomie de l'ordre juridique européen, qu'il est « *loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux, pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité ou l'effectivité du droit de l'Union* » (CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 29 ; CJUE, 5 décembre 2017, *MAS et MB*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, pt. 47).

d'un effet direct « *par sa nature et sa fonction* »⁶¹⁸ et apparaît comme un acte *parfait*⁶¹⁹. À ce titre, la Cour de justice interdit toute forme de réception de la part de l'État membre⁶²⁰. Dans ces conditions, l'existence des droits conférés par le règlement dans l'ordre juridique interne ne dépend pas du droit national. Seule sa mise en œuvre repose sur les autorités nationales. Il est ainsi fréquent que, soit implicitement⁶²¹, soit explicitement, des mesures nationales soient requises pour « *préciser et compléter leur contenu ou, à tout le moins, [pour] préciser les modalités procédurales de leur mise en œuvre et les sanctions infligées en cas de leur inobservation* »⁶²². Une telle intervention pourrait donc constituer « *un obstacle à l'effet direct* »⁶²³ du règlement. En réalité, « *l'applicabilité directe des règlements ne saurait préjuger la question de leur caractère normativement complet* »⁶²⁴. L'effet direct, et plus généralement l'autonomie du droit de l'Union, n'a donc vocation qu'à préserver *l'existence* du règlement et n'affecte pas les modalités de son *application*.

149. Pour ce qui est de la Cour de justice, l'enjeu consiste à déterminer les cas dans lesquels le droit national, sous couvert d'application d'un règlement, porte atteinte à son existence propre. À cet égard, elle exige que les mesures nationales d'application ne remettent pas en cause la substance⁶²⁵, « *la portée* »⁶²⁶ ou la nature

⁶¹⁸ CJCE, 14 décembre 1971, *Politi*, aff. 43/71, *Rec. p.* 1039, pt. 9.

⁶¹⁹ C'est-à-dire, ne nécessitant pas de mesures complémentaires pour exister ; voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 593 ; sur cette idée, voir M. TRIENBACH, *op. cit.*, pp. 76-77. Préférant le qualificatif d'*exhaustif*, voir J. TEMPLE LANG, « European Community Constitutional Law : The Division of Powers between the Community and Members States » précité, pp. 215-216.

⁶²⁰ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 39/72 précité, pt. 17.

⁶²¹ Pour R. MEHDI, (« Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 887-936), cet apport du droit national au règlement est requis « *même dans le silence du règlement et dans le respect d'un critère de nécessité* » (p. 891). Dans le même sens, voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *op. cit.*, p. 593, s'appuyant sur l'arrêt CJCE, 14 janvier 1993, *Antonio Lante*, aff. C-190/91, *Rec. p.* I-67, pt. 14-16 ; idem concernant la fixation de sanctions nationales pour assurer le respect d'un règlement avec M. MELCHIOR, Discussion in *La Communauté et ses États membres* précité, p. 247. *Contra*, estimant que la Cour de justice exige que le règlement européen en question prévoie de manière *explicite* la nécessité d'avoir recours à des mesures nationales, voir C. BOUTAYEB, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 6e édition, 2020. Comme montré *supra*, le principe de coopération loyale suffit pour permettre aux États membres, dès lors que cela est nécessaire, d'adopter de telles mesures dès lors qu'elles apparaissent comme *nécessaires* à l'effet utile du droit de l'Union européenne (en ce sens, voir CJCE, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 4). Comme le souligne Y. PRATS (« Incidences des dispositions du traité instituant la Communauté Économique Européenne sur le droit administratif français », *RTDE* 1968, pp. 19-49), la simple désignation par un décret des « *fonctionnaires qualifiés pour apposer la formule exécutoire* » (p. 34) constitue une mesure nécessaire à la mise en œuvre d'un règlement quand bien même celui-ci n'a dit mot sur cette question.

⁶²² K. BOSKOVITS, *op. cit.*, p. 351.

⁶²³ J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 661.

⁶²⁴ K. BOSKOVITS, *op. cit.*, p. 351.

⁶²⁵ Voir CJCE, 17 décembre 1970, *Syndicat national du commerce extérieur des céréales e.a.*, aff. 34/70, *Rec. p.* 1233, pt. 14-18 ; CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor* précité, pt. 5 ; CJCE, *Gervais Danone AG* précité, pt. 12-13 ; CJCE, 30 novembre 1972, *Granaria*, aff. 18/72, *Rec. p.* 1163, pt. 16-18 ; CJCE, 31 janvier 1978, *Zerbone*, aff. 94/77, *Rec. p.* 99, pt.27 ; CJCE, 27 septembre 1979, *Eridania*, aff. 230/78, *Rec. p.* 2749, pt. 34-35 ; CJCE, 11 novembre 1992, *Teulie*, aff. 251/91, *Rec. p.* I-5599, pt. 13-15.

⁶²⁶ CJCE, 18 février 1970, *Bollmann*, aff. 40/69, *Rec. p.* 69, pt. 5 ; CJCE, 18 juin 1970, *Krohn*, aff. 70/69, *Rec. p.* 451, pt. 5 ; CJCE, *Antonio Lante*, aff. C-190/91 précité, pt. 14-16.

même⁶²⁷ du règlement. Dès lors que ces garanties sont respectées, la Cour de justice tolère, voire considère comme indispensables, de telles mesures⁶²⁸. Cette idée se manifeste également à propos d'une directive européenne. Comme le souligne R. KOVAR, « *au cas où une directive est correctement transposée, les règles s'interposent entre elle et les ressortissants. [Cependant, cette] médiation ne prive pas la directive d'existence* »⁶²⁹. Le processus de transposition d'une directive n'affecte en rien son existence en tant que telle. D'une part, la Cour de justice demande aux autorités nationales, dans le délai de transposition, de se conformer aux objectifs de la directive⁶³⁰. D'autre part, même une fois transposée, la directive reste invocable devant le juge national par des particuliers, notamment s'ils estiment que l'acte de transposition n'est pas totalement conforme à la directive⁶³¹. Dans ces conditions, les concepts d'autonomie de l'ordre juridique européen et d'effet direct sont étrangers au risque d'une non-application du droit de l'Union.

2. L'insuffisance des principes de primauté et d'uniformité

150. Le risque de non-application en raison du traitement national pourrait être évité par les principes de primauté et d'uniformité. De prime abord, le premier empêche qu'une norme nationale porte atteinte à l'efficacité, et donc à l'application, d'une règle européenne. De même, le principe d'uniformité semble tout autant s'opposer à ce que la norme européenne puisse s'appliquer différemment entre les États membres. Cependant, à eux seuls, ces principes ne peuvent que *limiter* ce risque. En général, le traitement national, responsable de la non-application du droit de l'Union, n'est pas en conflit *direct* avec lui⁶³². Si tel est le cas, le risque de non-application ne peut être atténué par l'intermédiaire des principes de primauté (a.) et d'uniformité (b.).

⁶²⁷ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 39/72 précité, pt. 17.

⁶²⁸ Voir not. CJCE, *Scheer*, aff. 30/70 précité, pt. 10 ; CJCE, *Gervais Danone AG*, aff. 77/71 précité, pt. 12 ; CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, *Rec. p.* 1503, pt. 29 ; CJCE, 14 octobre 1999, *Adidas*, aff. C-223/98, *Rec. p.* I-7081, pt. 25.

⁶²⁹ R. KOVAR, « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore* précité, pp. 359-372, spéc. p. 362.

⁶³⁰ CJCE, 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-169/96, *Rec. p.* I-7411 : les États « doivent s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement le résultat prescrit par cette directive » (pt. 45).

⁶³¹ Voir pour exemple CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, aff. C-62/00, *Rec. p.* I-6325, pt. 27.

⁶³² Voir E. PREVEDOUROU, *op. cit.*, pp. 42 et suivantes ; T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246 ; S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 167 et suivantes ; V. COURONNE, *op. cit.*, pp. 290-291.

a. Limites du principe de primauté

151. Le principe de primauté constitue une garantie pour assurer l'application effective du droit de l'Union face au droit national. Dès lors qu'une incompatibilité est constatée entre une norme européenne applicable⁶³³ et une norme nationale, la première doit s'imposer. La règle nationale doit en conséquence ne pas être appliquée. Comme l'a souligné P. PESCATORE, « [si l'ordre juridique de l'Union] *n'est pas capable de l'emporter en toutes circonstances sur le droit national, il est inefficace et donc, pour autant, inexistant* »⁶³⁴. Dès lors, quelle que soit la valeur⁶³⁵ ou la nature⁶³⁶ de la norme juridique nationale en cause, celle-ci doit être écartée au profit du droit de l'Union européenne⁶³⁷. La nature *procédurale* de la norme nationale est sans conséquence vis-à-vis du principe de primauté. Ainsi, le risque de non-application en raison du traitement national peut être évité par le principe de primauté. À titre d'exemple, dans son arrêt *Simmenthal*⁶³⁸, la Cour mentionne que « *toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judiciaire* »⁶³⁹, qui interdit au juge national d'appliquer immédiatement le droit de l'Union, doit être écartée en vertu du principe de primauté⁶⁴⁰.

152. Cette présentation accorde néanmoins une trop grande portée au principe de primauté. La règle de conflit de normes qu'il édicte ne peut jouer qu'en cas de *conflit direct*. Tel est le cas lorsqu'une règle nationale entre *directement*⁶⁴¹ en contradiction avec une règle européenne susceptible de s'appliquer⁶⁴², y compris en

⁶³³ Le principe de primauté n'a vocation à intervenir que si la règle européenne en question est susceptible de s'appliquer directement (voir not. CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, *Rec. p.* I-11049, pt. 82).

⁶³⁴ *Ibid.*

⁶³⁵ CJCE, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70 précité, sur le fait qu'une norme interne de valeur constitutionnelle ne puisse s'opposer à l'application du droit de l'Union.

⁶³⁶ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 48/71 précité, pt. 8-9 ; CJCE, *Ciola*, aff. C-224/97 précité, pt. 33.

⁶³⁷ CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 48/71 précité, pt. 3. Dans le même sens, CJCE, 11 juillet 2000, *Kreil*, aff. C-285/98, *Rec. p.* I-69.

⁶³⁸ CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77 précité.

⁶³⁹ *Ibid.*, pt. 22.

⁶⁴⁰ *Ibid.*, pt. 17.

⁶⁴¹ Concernant les conditions dans lesquelles une norme européenne est susceptible de s'appliquer directement, cf. *infra*, pt. 214 et suivants.

⁶⁴² Les cas de conflits directs sont extrêmement variés. Un exemple pourrait être le conflit direct d'une disposition nationale vis-à-vis de l'article 30 TFUE, interdisant les droits de douane à l'importation ou l'exportation et les taxes d'effet équivalent. Ainsi, dès lors que cette disposition nationale est considérée comme instituant un droit de douane ou une taxe d'effet équivalent, elle entre directement en opposition avec l'article 30 TFUE. La conséquence de cette opposition directe, par le jeu du principe de primauté, suivant la logique de la jurisprudence *Simmenthal*, est alors d'écartier l'application de la disposition nationale en cause ; voir pour exemple CJCE, 9 juin 1992, *Simba e.a.*, aff. jt. C-228/90 à C-234/90, C-339/90 et C-353/90, *Rec. p.* I-3713.

matière procédurale⁶⁴³. En revanche, dans l'hypothèse d'un *conflit indirect*⁶⁴⁴, elle ne permettra pas de résoudre la difficulté. Or, en général, lorsque la non-application du droit de l'Union résulte de son traitement national, le conflit est le plus souvent *indirect*⁶⁴⁵. En elle-même, la règle nationale qui prévoit les conditions dans lesquelles la norme européenne est appliquée est rarement directement incompatible avec elle⁶⁴⁶. Par exemple, le fait de prévoir un délai déterminé pour demander la répétition d'une taxe indue n'est pas incompatible *en soi* avec l'interdiction d'instituer des droits de douane ou une taxe d'effet équivalent, comme le prévoit l'article 30 TFUE⁶⁴⁷. De même, une règle nationale conditionnant les moyens nouveaux susceptibles d'être soulevés en appel devant le juge national n'est pas en contradiction immédiate avec la liberté d'établissement reconnue à l'article 49 TFUE⁶⁴⁸. Dès lors, comme le souligne l'avocat général E. SHARPSTON, « [à] elle seule, la primauté du droit de l'Union n'a pas pour conséquence que les règles nationales de procédure devraient **toujours** être écartées en vue de donner effet au droit de l'Union »⁶⁴⁹.

153. Ce genre de mesures peut éventuellement entraver l'application du droit de l'Union et, à ce titre, être interdit au nom du principe de primauté. Toutefois, pour reconnaître une telle entrave, d'autres concepts, comme le principe d'équivalence, doivent être appliqués : ils permettront de déterminer si le traitement national nuit excessivement à l'effet utile du droit de l'Union et s'il doit, à ce titre,

⁶⁴³ CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical Corporation*, aff. C-66/80, *Rec.* p. 1191, pt. 24.

⁶⁴⁴ Parlant de *collision indirecte*, voir E. PREVÉDOUROU, *op. cit.*, pp. 43 et suivantes : l'auteur s'appuie sur les travaux de la doctrine allemande, et notamment ceux de K. E. HUTHMACHER, *Der Vorrang des Gemeinschaftsrechts bei indirekten Kollisionen*, Köln-Berlin-Bonn-Munich, Carl Heymanns Verlag, 1985. Dans cette même idée, voir F. BECKER, « Application of Community Law by Member States's Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056, spéc. p. 1046 ; A. ARENA, « The Twin Doctrines of Primacy and Pre-Emption », in R. SCHÜTZE et T. TRIDIMAS (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 300-349, spéc. pp. 326 et suivantes.

⁶⁴⁵ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706, spéc. pp. 684 et suivantes ; T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, pp. 1207-1208. Sur cette problématique, voir également J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, 29 juillet 2019, *Inter-Environnement Wallonie*, aff. C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, pt. 201-203.

⁶⁴⁶ Pour autant qu'elle n'en dispose pas expressément autrement. En ce sens, CJCE, 17 mai 1972, *Leonesio*, aff. 93/71, *Rec.* p. 282 : dans cet arrêt, la Cour sanctionne via le principe de primauté tant une loi italienne budgétaire que le régime interne de prescription parce que le droit de l'Union (en l'occurrence, un règlement) avait déjà institué une réglementation en la matière. À cet égard, J.-V. LOUIS (« La primauté du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen* précité, pp. 145-170) note que « [l']adoption d'une loi budgétaire n'était pas **en soi** contraire au droit communautaire et pouvait constituer une mesure efficace en vue de la mise en œuvre des obligations incombant à l'Italie (...) » mais il était nécessaire que cela se fasse « dans les délais et conditions prévues par les règlements » (p. 166 – nous soulignons)

⁶⁴⁷ Telle était la problématique dans les arrêts *Rewe* et *Comet* (aff. jt. 33/76 et 45/76 précités), à propos de l'ex-article 13, §2, CEE.

⁶⁴⁸ Hypothèse de l'arrêt CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck e.a.*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599, à propos de l'ex-article 52 CE.

⁶⁴⁹ E. SHARPSTON, conclusions sur CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, pt. 57 – nous soulignons.

être écarté. Il demeure que, à lui seul, le principe de primauté ne peut remédier au risque de non-application résultant du traitement national. Admettre le contraire est difficilement tenable⁶⁵⁰. À défaut, le concept même d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres n'aurait plus de sens. Le traitement national ne s'appréhende pas comme un « *élément perturbateur* »⁶⁵¹ mais comme un outil permettant l'application *efficace*⁶⁵² du droit de l'Union. Le principe de coopération loyale, plus que le principe de primauté, le garantit⁶⁵³.

b. Limites du principe d'uniformité du droit de l'Union

154. Selon la Cour de justice, les États membres fixent le traitement national accordé à la norme européenne « *dans le respect des formes et procédures du droit national* »⁶⁵⁴. À l'échelle européenne, le risque de non-application prend une ampleur plus importante. En effet, dans cette logique, la même règle européenne recevra un traitement national différent selon les États membres. Le risque devient celui d'une non-application uniforme du droit de l'Union⁶⁵⁵. Ce renvoi aux États membres fragilise ainsi la nécessité que le droit de l'Union « *ne saurait varier d'un État à l'autre à la faveur des législations internes ultérieures, sans mettre en péril la réalisation du but des traités, ni provoquer une **discrimination** qu'ils interdisent* » entre les individus⁶⁵⁶. Il serait « *inacceptable* »⁶⁵⁷ que des individus, placés dans des situations similaires, soient traités différemment selon l'État membre dans lequel ils demandent l'application de la norme européenne⁶⁵⁸. À cet égard, la Cour de justice rappelle régulièrement cette

⁶⁵⁰ Sauf à considérer, comme D. SIMON (cf. *infra*, pt. 174), que l'effet utile découle nécessairement de la primauté.

⁶⁵¹ E. PREVEDOUROU, *op. cit.*, p. 76 ; dans le même sens, E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 192. Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 168.

⁶⁵² Outre les considérations vues *supra*, voir J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 391-408, spéc. pp. 401 et suivantes ; voir également, en ce sens, F. G. JACOBS, « Enforcing Community Rights and Remedies : The Changing Approach of the Court of Justice » précité : il estime en effet que si le principe de primauté empêche les États membres d'adopter les normes nationales matérielles où l'Union a exercé sa compétence, « *the same is not necessarily true of procedural rules ; in particular the principle of primacy does not prevent a Member State from extending to Community claims limits or conditions applicable to national claims merely because the claims are based on Community law* » (p. 25).

⁶⁵³ En ce sens, selon M. BLANQUET (*L'article 5 C.E.E. précité*), le principe de coopération loyale permettra alors de s'assurer que c'est bien « *par le relais des autorités (...) nationales que les normes communautaires vont acquérir leur effectivité* » (p. 34 – nous soulignons). Voir également M. WARNER conclusions sur CJCE, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précité, spéc. p. 2004 et E. NEFRAMI, *op. cit.*, p. 191. Pour plus de précisions, cf. *infra*, pt. 177 et suivants.

⁶⁵⁴ CJCE, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 4 ; CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71, *Rec. p.* 307, pt. 10 ; CJCE, 27 janvier 1976, *IBC c. Commission*, aff. 46/75, *Rec. p.* 65, pt. 5.

⁶⁵⁵ Voir not. S. MARCIALI, *op. cit.*, pp. 175 et suivantes.

⁶⁵⁶ G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 133-141, spéc. p. 134 (l'auteur insiste), paraphrasant la formulation utilisée par la Cour de justice dans l'arrêt *Costa c. Enel* (aff. 6/64 précité, p. 1159).

⁶⁵⁷ C. HARLOW, « Codification of EC Administrative Procedures ? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot », *ELJ* 1996, vol. 2, pp. 3-25, spéc. p. 21.

⁶⁵⁸ CJCE, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71 précité, pt. 11 ; CJCE, 27 mai 1993, *Peter*, aff. C-290/91, *Rec. p.* I-2981, pt. 8.

nécessité de protéger l'uniformité du droit de l'Union⁶⁵⁹, y compris dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres⁶⁶⁰.

155. La contradiction n'est, une nouvelle fois, qu'apparente. En effet, il est nécessaire de séparer deux aspects de l'uniformité : celle attachée à la substance ou la signification de la norme et celle attachée aux conditions de sa mise en œuvre⁶⁶¹. Pour reprendre les termes de P. PESCATORE⁶⁶², il faut distinguer « *l'uniformité matérielle* » de « *l'efficacité uniforme* ». Concernant la première conception, la Cour de justice ne tolère pas que le droit national touche à la substance⁶⁶³ d'une norme européenne, même si c'est pour en assurer l'application. La logique suit celle appliquée pour la protection de l'autonomie de l'ordre juridique européen : la norme européenne doit être la même pour l'ensemble des États membres⁶⁶⁴. Autrement dit, un traitement national ne peut affecter, d'une manière ou d'une autre, la substance de la norme européenne à appliquer. En outre, de cette uniformité matérielle découle « *l'autonomie d'interprétation* »⁶⁶⁵ du droit de l'Union. Chaque concept européen, comme celui d'*entreprise*⁶⁶⁶ ou de *juridiction*⁶⁶⁷, est déterminé au niveau européen et exclut par principe toute qualification reposant sur des concepts similaires nationaux⁶⁶⁸.

156. En revanche, concernant sa seconde conception, l'uniformité ne peut être que *relative*⁶⁶⁹. Certes, la jurisprudence de la Cour de justice est parfois obscure sur cet aspect. D'un côté, la Cour affirme que la mise en œuvre autonome nationale du droit de l'Union « *doit se concilier avec les nécessités d'une application uniforme du droit*

⁶⁵⁹ Notamment par le mécanisme du renvoi préjudiciel : voir not. CJCE, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67 précité, p. 228 ; CJCE, *Haegemann*, aff. 96/71 précité, pt. 8 ; CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89, *Rec.* p. I-3763, pt. 37-38.

⁶⁶⁰ CJCE, *Bollmann*, aff. 40/69 précité, pt. 4 ; CJCE, ord., 22 juin 1965, *San Michele*, aff. 9/65, *Rec.* p. 35, spéc. p. 37 ; CJCE, 13 février 1969, *Walt Wilhelm e.a.*, aff. 14/68, *Rec.* p. 1, pt. 4 ; CJCE, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 4-5 ; CJCE, *Leonesio*, aff. 93/71 précité, pt. 21 ; CJCE, *Commission c. Italie*, aff. 39/72 précité, pt. 17 ; CJCE, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 précité, pt. 6 ; CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77 précité, pt. 14 ; CJCE, 14 novembre 1985, *Neumann*, aff. 299/84, *Rec.* p. 3663, pt. 25 ; CJCE, *Zuckerfabrik*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89, pt. 25-26.

⁶⁶¹ Voir F. FINES, « L'application uniforme du droit communautaire dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron* précité, pp. 333-348, spéc. pp. 333-335.

⁶⁶² P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes* précité, p. 215.

⁶⁶³ F. G. JACOBS, « Remedies in National Courts for the Enforcement of Community Rights », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Homenaje al profesor M. Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 969-983.

⁶⁶⁴ Les propos précédents concernant la mise en œuvre nationale des règlements européens se rattachent très clairement à cette conception de l'uniformité : voir CJCE, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 4-5.

⁶⁶⁵ M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 463.

⁶⁶⁶ Voir not. CJCE, 23 avril 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979 : la notion d'entreprise au sens du droit de l'Union s'apprécie « *indépendamment du statut juridique* » (pt. 21) donné par le droit national à une entité.

⁶⁶⁷ CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.* p. I-4961 : déterminer ce qu'il faut entendre par « *juridiction* », au sens de l'art. 267 TFUE, est une « *question qui relève uniquement du droit communautaire* » (pt. 23).

⁶⁶⁸ Pour exemple, voir CJCE, 14 décembre 2006, *Nokia*, aff. C-316/05, *Rec.* p. I-12083, pt. 21.

communautaire »⁶⁷⁰. D'un autre côté, elle estime que « l'adoption de mesures de nature communautaire n'implique pas nécessairement des modalités d'application à tous égards identiques sur l'ensemble du territoire de la Communauté »⁶⁷¹. En réalité, ce dernier constat s'impose à cause de l'absence, parfois « regrettable »⁶⁷², de dispositions européennes qui uniformisent expressément⁶⁷³ les conditions d'application d'une norme européenne⁶⁷⁴. Dans une telle situation, le renvoi aux États membres s'avère inévitable⁶⁷⁵, même s'il présente un risque d'application non uniforme du droit de l'Union. La seule option dont dispose la Cour de justice pour atténuer ce risque est de recourir à d'autres concepts, dont celui de l'effet utile du droit de l'Union européenne. Par exemple, elle exige que les normes européennes soient « appliquées de façon uniforme dans tous les États membres et (...) [aient], **dans la mesure du possible, le même effet dans tout le territoire de la Communauté** »⁶⁷⁶. L'arrêt *Deutsche Milchkontor* mérite enfin d'être cité en ce qu'il résume explicitement cette idée : « Il est vrai que [le] renvoi au droit national peut avoir pour effet que les conditions [d'application du droit de l'Union] diffèrent, dans une certaine mesure, d'un État membre à l'autre. La portée de de telles différences, inévitables d'ailleurs en l'état d'évolution actuel du droit communautaire, est cependant réduite par les limites [que sont les principes d'équivalence et d'effectivité] »⁶⁷⁷.

B. Un risque considéré acceptable pour l'ordre juridique européen

157. L'existence d'un risque d'une inapplication du droit de l'Union en raison du traitement national est inhérente au système d'administration indirecte. Faute de pouvoir remettre en cause un tel système, l'éventualité d'une non-

⁶⁶⁹ A. BARAV, *op. cit.*, p. 55.

⁶⁷⁰ CJCE, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71 précité, pt. 11.

⁶⁷¹ CJCE, 18 mai 1977, *Beert van den Hazel*, aff. 111/76, *Rec.* p. 901, pt. 22. Dans la même idée, CJCE, *Mireco*, aff. 826/79 précité, pt. 10.

⁶⁷² CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec.* p. 1887, pt. 12.

⁶⁷³ Et surtout exhaustivement : en ce sens, l'avocat général M. WARNER, dans ses conclusions sur les arrêts *Rene* et *Comet* (aff. 33/76 et 45/76 précités) estime que « même s'il existait un pareil droit autonome de recours [à la répétition de l'indu] créé par le droit communautaire, le fait reste qu'il n'existe pas de droit procédural communautaire qui régirait l'exercice d'un pareil droit ni, partant, une disposition du droit communautaire avec laquelle le droit national de la procédure pourrait être jugé incompatible » (pp. 2004-2005 – nous soulignons).

⁶⁷⁴ Dans le cas contraire, au nom du principe de primauté, les États membres sont tenus de mettre en œuvre la norme européenne en respectant les conditions qu'elle détermine (pour exemple, CJCE, *Nokia*, aff. C-316/05 précité, pt. 43).

⁶⁷⁵ J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers » précité, pp. 403 et suivantes ; S. MARCIALI, *op. cit.*, p. 148.

⁶⁷⁶ CJCE, 14 janvier 1981, *Allemagne c. Commission*, aff. 819/79, *Rec.* p. 21, pt. 10 ; CJCE, 25 février 1988, *Pays-Bas c. Commission*, aff. 238/86, *Rec.* p. 1191, pt. 21 ; CJCE, 22 octobre 1998, *Kellinghusen e.a.*, aff. jt. C-36/97 et C-37/97, *Rec.* p. I-6337, pt. 16.

⁶⁷⁷ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82, *Rec.* p. 2633, pt. 21.

application est permanente. Cette situation problématique reste toutefois, sous certaines conditions, acceptables. La possibilité que le droit de l'Union ne s'applique pas se justifie au regard de deux séries de raisons. D'une part, ce risque découle d'une "absence de réglementation" : aucune disposition européenne n'existe pour encadrer directement le traitement national et, à ce titre, prévenir un tel risque (1.). D'autre part, l'inapplication causée par le traitement national est parfois liée à la protection de valeurs ou de droits reconnus et protégés dans l'ordre juridique européen (2.).

1. Une situation justifiée par l'absence de réglementation européenne

158. L'application du principe d'équivalence pour encadrer le traitement national est précédée, dans la jurisprudence de la Cour de justice, d'une précision : celle-ci n'est possible qu'en l'absence de réglementation européenne. Dès lors, le risque de non-application du droit de l'Union – atténué par le principe d'équivalence – résulte *ab initio* non pas du traitement national en lui-même, mais de cette absence de réglementation européenne (a.). Son constat ne doit pas être forcément apprécié péjorativement. Il ne faut pas y voir une situation anormale. Il n'est pas question d'assimiler cette absence à une forme de "vide juridique" (b.).

a. Un risque de non-application comme conséquence de l'absence de réglementation européenne

159. Le risque de non-application résulte de la liberté laissée aux États membres pour déterminer le traitement national à accorder à une règle européenne. Cette liberté n'est que la conséquence du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres précédemment évoqué. Le recours à cette autonomie est de principe⁶⁷⁸ ou explicitement mentionné par certaines dispositions européennes⁶⁷⁹. Dans les deux cas, il découle nécessairement de « l'absence de réglementation [européenne] »⁶⁸⁰. Par cette expression, la Cour de justice renvoie à

⁶⁷⁸ C'est ce que traduisent les articles 4, §3, TUE et 291, §1, TFUE.

⁶⁷⁹ Pour exemples, voir l'art. 325, §2, TFUE concernant le droit primaire ; l'art. 6 de la Directive 93/13/CE du 5 avril 1993, *concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs* (JOCE, L, 95, 21 avril 1993, pp. 29-34) concernant le droit dérivé. La Cour de justice note que, concernant la mise en œuvre du droit de l'Union, le « renvoi explicite aux législations nationales est toutefois soumis aux mêmes limites que celles qui affectent le renvoi implicite dont la nécessité a été reconnue en l'absence de réglementation communautaire » (CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda*, aff. 265/78, Rec. p. 617, pt. 12 ; CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/69, Rec. p. 1237, pt. 20).

⁶⁸⁰ CJCE, *Reve et Comet*, aff. jt. 33/76 et 45/76 précités, pt. 5 et pt. 13 ; cette formulation constitue la formulation de principe, reprise *in extenso* très largement. Pour des formulations (légèrement) différentes, voir not. CJCE, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67 précité, p. 230 ; CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12 ; CJCE, *Siesse*, aff. C-36/94 précité, pt. 21-22 ; CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta*, aff. C-43/95, Rec. p. I-4661, pt. 12 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, Rec. p. I-7819, pt. 34 ; CJUE, 14 juin 2012,

l'absence de toute disposition européenne qui détermine ou encadre le traitement national, c'est-à-dire les règles nationales permettant l'application du droit de l'Union. Dans le cas contraire, si la règle européenne encadre *directement*⁶⁸¹ ce traitement national, l'autonomie institutionnelle et procédurale n'a pas vocation à intervenir.

160. Cette « absence de réglementation européenne » s'entend largement. La « réglementation » constitue un terme générique. La Cour de justice utilise parfois, en lieu et place, ceux de « législations »⁶⁸², de « règles »⁶⁸³, de « dispositions »⁶⁸⁴ ou d'autres formules plus précises⁶⁸⁵. Par ces diverses expressions, il s'agit d'englober l'ensemble des normes européennes susceptibles de régir directement les conditions de l'application par les États membres de la norme européenne. Il peut notamment s'agir de dispositions textuelles, de principes généraux du droit⁶⁸⁶ ou de droits fondamentaux⁶⁸⁷. De plus, « l'absence » constatée est appréciée de manière très précise. En effet, la Cour de justice s'attache à vérifier s'il n'existe aucune exigence européenne qui serait antinomique à la règle nationale⁶⁸⁸. En un sens, plus les conditions de mise en œuvre d'une règle européenne sont harmonisées ou uniformisées par le droit de l'Union, plus l'autonomie des États membres est réduite⁶⁸⁹.

Banco Español de Crédito, aff. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 46 ; CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 27 ; CJUE, 20 septembre 2018, *Rudigier*, aff. C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757, pt. 61

⁶⁸¹ Dans cette situation, le fait que le traitement national aboutisse à la non-application du droit de l'Union est alors résolu par les principes de contentieux de première génération – cf. *supra*, pt. 150 et suivants.

⁶⁸² CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 27 ; CJUE, ord., 17 juillet 2014, *Delphi Hungary*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 35.

⁶⁸³ CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 85 ; CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, pt. 24 ; CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 29 ; CJUE, 15 mars 2017, *Aquino*, aff. C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209, pt. 48.

⁶⁸⁴ CJCE, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 précité, pt. 33 ; CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 19 ; CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, aff. C-443/03, *Rec. p. I-9611*, pt. 49.

⁶⁸⁵ Voir notamment : CJCE, 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96, C-280/96 et C-281/96, *Rec. p. I-5025* : « à défaut de dispositions communautaires en matière de redevances indûment perçues sur la base de règlements communautaires déclarés invalides » (pt. 28) ; CJUE, 20 septembre 2018, *Rudigier*, aff. C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757 : « l'absence de précision d'ordre procédural prévu par le droit de l'Union pour sanctionner un droit » (pt. 61).

⁶⁸⁶ CJCE, 19 septembre 2002, *Uber*, aff. C-336/00, *Rec. p. I-7699*, pt. 61.

⁶⁸⁷ Pour exemple, concernant l'art. 47 de la Charte des droits fondamentaux, relatif au droit à un recours effectif, voir CJUE, 27 septembre 2017, *Puškar*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725, pt. 53 et suivants. Sur cette question, voir V. KAPSALI, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse. Étude comparée des droits français et grec*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 73 et suivantes.

⁶⁸⁸ Pour exemple, voir CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec. p. I-4529*, pt. 44 et suivants ; CJUE, 2 mai 2019, *Sea Chefs Cruise Services*, aff. C-133/18, ECLI:EU:C:2019:354, not. pt. 46-47.

⁶⁸⁹ Voir not. CJCE, *Lee*, aff. 152/79 précité, pt. 14-15 ; M. BOBEK conclusions sur CJUE, 17 janvier 2019, *Dzjivev e.a.*, aff. C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, pt. 70 et suivants ; J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications Inc.*, aff. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, pt. 75. Sur cette idée, D.-U. GALETTA (*Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?*, Berlin-Londres, Springer, 2010) estime que « *the procedural autonomy subsists only*

161. Selon cette présentation, le risque de non-application du droit de l'Union en raison du traitement national résulte *d'abord* de la passivité de l'ordre juridique européen. Puisque ce dernier n'a pas établi explicitement et directement les conditions de mise en œuvre de la norme européenne, cette *absence* est logiquement comblée par les États membres. Aussi, si le traitement national prévu par l'ordre juridique national, qui pallie cette "carence", présente un risque de non-application du droit de l'Union, il revient aux autorités européennes d'agir en conséquence. L'arrêt *Express Dairy Foods*⁶⁹⁰ de la Cour de justice exprime cette idée⁶⁹¹. Il était question des conditions dans lesquelles des contribuables pouvaient demander et obtenir la restitution de sommes indument perçues par l'État⁶⁹². La Cour souligne que les dispositions européennes applicables optent pour le renvoi à l'autonomie des États membres. Autrement dit, aussi bien les « *perceptions* » que les « *litiges relatifs à la restitution de montants perçus* » sont régis « *par les États membres conformément à leurs dispositions législatives, réglementaires et administratives* »⁶⁹³. Cependant, la Cour constate que « *cette situation [de renvoi aux États membres] entraîne des différences de traitement à l'échelle de la Communauté* »⁶⁹⁴. Ce renvoi pose donc problème vis-à-vis de l'application du droit de l'Union européenne. La Cour reconnaît pourtant que cette situation résulte de l'« *absence regrettable de dispositions communautaires* »⁶⁹⁵. Dès lors, il revient au législateur européen de résoudre le problème par un encadrement plus direct du traitement national⁶⁹⁶ – ici, les modalités procédurales de répétition de l'indu pour faire respecter le droit de l'Union.

ant to extent that the procedural competence of the Member States exists and disappears the moment when (...) the procedural competence is taken over by the Union » (p. 3).

⁶⁹⁰ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité.

⁶⁹¹ CJCE, 15 septembre 1996, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec.* p. I-4951, pt. 31 ; CJCE, 15 septembre 1996, *Spac*, aff. C-260/96, *Rec.* p. I-4997, pt. 18 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec.* p. I-579, pt. 25.

⁶⁹² Plus précisément, il s'agissait des conditions dans lesquelles un contribuable peut demander la restitution d'une taxe perçue par l'État pour alimenter le budget de l'Union, si cette taxe est considérée irrégulière par la Cour de justice.

⁶⁹³ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 11.

⁶⁹⁴ *Ibid.*, pt. 12.

⁶⁹⁵ *Ibid.* – nous soulignons.

⁶⁹⁶ *Ibid.* : « *Il n'appartient pas à la Cour d'édicter les règles générales de fond et de modalités procédurales que les institutions compétentes peuvent seules adopter. La réglementation à adopter devrait impliquer un traitement égal en ce qui concerne les conditions*

b. Une absence non synonyme de “vide juridique”

162. Il existe plusieurs manières d'appréhender le fait que la Cour de justice constate une “absence de réglementation”. Faut-il nécessairement y voir un défaut ou une situation anormale ? En cas de réponse positive, il semble difficile de considérer que cette absence de règles européennes, et le risque de non-application du droit de l'Union qu'il entraîne, soit acceptable. Il nous apparaît toutefois que cette absence n'est pas une anomalie. Elle peut dès lors être acceptée par l'ordre juridique européen.

163. Cette interrogation fait écho au concept de *lacunes*⁶⁹⁷ que connaît la théorie du droit⁶⁹⁸. En effet, reconnaître qu'il existe une lacune dans le droit s'apparente à un véritable propos performatif⁶⁹⁹. Identifier une lacune sous-entend qu'il devrait exister une norme susceptible de combler cette lacune⁷⁰⁰. En ce sens, F. DUMON souligne que « [estimer] *que le droit contient ou ne contient pas une lacune, c'est porter un jugement de valeur* »⁷⁰¹. Dans une approche positiviste, il n'est pas possible de constater une lacune ou encore un vide juridique. L'ordre juridique étudié doit être considéré comme complet⁷⁰². Même en présence du « *silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance* »⁷⁰³ du droit, il ne peut exister de vide juridique. Par l'interdiction du déni de justice, le juge est toujours tenu d'appliquer une norme juridique à une situation

de fond et de forme dans lesquelles les opérateurs économiques pourraient contester les impositions communautaires (...) et en demander la restitution en cas de paiement indu » (pt. 12 – nous soulignons).

⁶⁹⁷ Utilisant ce terme pour le droit de l'Union, voir F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », in *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1976, III, pp. 1-154, spéc. pp. 133 et suivantes ; K. MORTELMANS, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE* 1981, pp. 410-436. Voir également M.-F. MERCADIER-FRANCISCI, « Le vide juridique et ses conséquences institutionnelles en droit communautaire », *RTDE* 1994, pp. 579-608.

⁶⁹⁸ Voir not. P. FORIERS, « Les lacunes du droit », in C. LEBEN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 9-29 ; O. PFERSMANN, V° « Lacunes et complétudes », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 911-913. Il s'agira d'ici de « vraies lacunes », et non de « fausses lacunes », c'est-à-dire une situation dans laquelle « la règle figurant dans l'ordonnement juridique pour résoudre un cas déterminé n'apparaît pas opportune, satisfaisante ou juste » et est donc volontairement écartée (P. FORIERS, *op. cit.*, p. 9).

⁶⁹⁹ Au sens où pourrait l'entendre J. L. AUSTIN (*Quand dire, c'est faire – How to do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1972, rééd. Paris, Seuil, 1991, trad. G. LANE), c'est-à-dire « qu'énoncer la phrase (...), ce n'est ni **décrire** ce qu'il faut bien reconnaître ce que je suis en train de faire en parlant ainsi, ni affirmer ce que je fais : c'est le faire » (p. 41 – il insiste).

⁷⁰⁰ « On dit qu'il y a lacune (...) lorsqu'un ordre juridique ne contient pas une norme dont on estime qu'il **devrait** la contenir » (O. PFERSMANN, *op. cit.*, p. 911 – nous soulignons). Concernant le droit de l'Union, F. DUMON (*op. cit.*) note par exemple que « [constater] que ni le traité CEE ni aucune autre disposition du droit communautaire ne permet le contrôle des concentrations, c'est constater une “lacune” dans ce droit **si l'on estime qu'il faut permettre un tel contrôle** » (p. 134 – il insiste).

⁷⁰¹ F. DUMON, *op. cit.*, III, p. 134.

⁷⁰² O. PFERSMANN, *op. cit.* : dès lors que « [aucun] ordre juridique ne saurait en effet mentionner explicitement tous les comportements possibles » (p. 912) ; par conséquent, un ordre juridique doit nécessairement être considéré comme complet car permettant de « caractériser chaque élément d'un **autre** ensemble [que celui précisément déterminé par l'ordre juridique] à l'aide des éléments de l'ordre juridique, c'est-à-dire des normes qui la composent » (p. 912).

⁷⁰³ Pour paraphraser l'art. 4 du Code civil.

donnée, y compris sans faire *œuvre créatrice*⁷⁰⁴. La Cour de justice l'affirme dans *Express Dairy Foods* : il ne lui « appartient pas (...) d'édicter les règles générales de fond et de modalités de procédurales (...) »⁷⁰⁵. Comme le souligne F. DUMON, « [on] se trompe dès lors en croyant qu'il y a "lacune" – un vide, ou oubli, un manquement – lorsque la norme écrite n'a pas prévu et réglé expressément toute situation, tout problème qui peut se présenter et que le juge qui, néanmoins, tranche dans de tels cas, fait œuvre "prétorienne", œuvre de véritable législateur »⁷⁰⁶.

164. De prime abord, la Cour de justice s'inscrit dans cette approche positiviste en ce qu'elle considère l'ordre juridique européen, par principe⁷⁰⁷, complet grâce aux ordres juridiques nationaux⁷⁰⁸. L'absence de règles européennes sur les conditions d'application du droit de l'Union est comblée par le traitement national prévu par l'État membre, au titre de l'autonomie institutionnelle et procédurale⁷⁰⁹. Selon cette optique, la Cour constate l'absence de règles européennes pour en déduire le renvoi au droit national. Ce constat ne porte alors aucun jugement de valeur particulier⁷¹⁰ et ne révèle pas de *vide juridique*. Dans cette optique, l'absence de règles européennes n'est pas en elle-même problématique. L'arrêt *Alonso-Pérez* le confirme : la Cour de justice considère que « l'absence de réglementation communautaire ne crée pas un "vide juridique" qu'il conviendrait de combler »⁷¹¹. Dans ses conditions, « le droit communautaire ne saurait faire obstacle à l'application d'une disposition [nationale] qui (...) s'applique également aux demandes [similaires] fondées sur le seul droit interne »⁷¹².

165. En revanche, selon un autre niveau de lecture, ce constat peut se lire comme un propos *performatif*. La Cour de justice souligne la nécessité pour l'ordre juridique européen de combler cette lacune⁷¹³. D'une certaine manière, elle interpelle les autorités européennes responsables de ce silence⁷¹⁴. Tel est le cas lorsque

⁷⁰⁴ Sur ce débat, voir l'ouvrage dirigé par C. LEBEN, *Le problème des lacunes en droit* précité.

⁷⁰⁵ Pour la Cour de justice, voir not. CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12 ; CJCE, 17 mai 1983, *CECA c. Ferrière Sant'Anna*, aff. 168/82, Rec. p. 1681, pt. 19.

⁷⁰⁶ F. DUMON, *op. cit.*, p. 135-136.

⁷⁰⁷ La Cour de justice a pu considérer que « la réglementation de l'organisation commune du marché du sucre doit être considérée comme constituant un système complet dans le sens qu'il ne laisse pas aux États membres la faculté de combler une telle lacune suivant le droit national » (CJCE, *Hannoversche Zucker*, aff. 159/73 précité, pt. 4).

⁷⁰⁸ Voir *supra* concernant le caractère complet des voies de droits dans l'Union européenne.

⁷⁰⁹ En ce sens, F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », RTDE 1981, pp. 442-470 : « [on] comprend dès lors que dans ces conditions [d'absence totale ou suffisamment générale et effective de règles européennes] la Cour renvoie, afin d'éviter un vide juridique, aux différents systèmes nationaux » (p. 464).

⁷¹⁰ En ce sens, D.-U. GALETTA, *op. cit.*, p. 3 et p. 8.

⁷¹¹ CJCE, 23 novembre 1995, *Alonso-Pérez*, aff. C-394/93, Rec. p. I-4101, pt. 29.

⁷¹² *Ibid.*, pt. 31.

⁷¹³ Ce qu'elle fait explicitement dans son arrêt *Express Dairy Foods* (aff. 130/79 précité, pt. 21).

⁷¹⁴ Voir not. CJCE, 11 juillet 1973, *Hessische Mehlindustrie Karl Schöttler*, aff. 3/73, Rec. p. 745 : « le législateur communautaire a renoncé à arrêter des dispositions réglementant de façon détaillée la procédure de contrôle, laissant aux États

l'absence constatée se révèle dangereuse au regard aux objectifs d'unification du marché intérieur ou d'effectivité des politiques européennes⁷¹⁵. En conséquence, selon cette optique, les autorités européennes doivent disposer des compétences et moyens nécessaires pour arrêter la réglementation européenne faisant défaut⁷¹⁶. La Cour de justice sanctionnerait ainsi une forme d'*incompétence négative*⁷¹⁷ des autorités européennes.

166. Ce second niveau de lecture est pertinent pour expliquer des affirmations occasionnelles de la Cour de justice. Dans l'arrêt *Express Dairy Foods*, elle juge « *regrettable* »⁷¹⁸ cette absence. De même, elle met en évidence le fait que certaines dispositions du traité « *permettent, le cas échéant, de prendre les mesures nécessaires pour remédier aux disparités des dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres en la matière* »⁷¹⁹ et, à ce titre, constate une « *absence de règles d'harmonisation* »⁷²⁰. Par ces affirmations, elle insiste sur le fait que les autorités européennes disposent des compétences nécessaires pour remédier à cette absence, qui est particulièrement préjudiciable pour l'ordre juridique européen⁷²¹. Dans ces circonstances⁷²², la Cour de justice semble retenir une vision extensive des

membres la liberté de régler les modalités de contrôle en fonction de leur propre ordre juridique et sous leur responsabilité en choisissant la solution la mieux adaptée » (pt. 6 – nous soulignons).

⁷¹⁵ Voir P. PESCATORE, « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* précité, pp. 559-580.

⁷¹⁶ C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une “autonomie” procédurale judiciaire des États membres ? » précité ; G. LE CHATELIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, p. 97.

⁷¹⁷ Largement répandu en contentieux constitutionnel français, ce concept vise à sanctionner une disposition législative considérée comme n'étant pas *suffisamment* intervenue pour régir une matière déterminée ; il s'agira surtout de déterminer si des limites et des garanties apportées à un droit ou une liberté reconnu dans la Constitution sont suffisamment précises. En revanche, le système contentieux de l'Union ne permet pas à la Cour de justice d'y recourir comme le fait le Conseil constitutionnel (en ce sens, S. CAZET, *Le recours en carence en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012, p. 480).

⁷¹⁸ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12.

⁷¹⁹ CJCE, *Rene et Comet*, aff. 33/75 et 45/75 précités, pt. 5 et pt. 14, à propos des ex-art. 100 à 102 et 235 CEE.

⁷²⁰ Voir not. CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12 ; CJCE, *Siesse*, aff. C-36/94 précité, pt. 21 ; CJUE, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10 précité, pt. 34 ; CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 40 ; CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, pt. 26.

⁷²¹ Voir A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538 : obligée « *d'admettre une telle diversité [des systèmes juridiques nationaux], la Cour déclare cependant que dans la mesure où les disparités des dispositions nationales s'avèreraient de nature à provoquer des distorsions ou nuire au fonctionnement du marché commun, le législateur communautaire serait en droit d'intervenir sur la base des articles 100 à 102 et 235 du traité* » (p. 530).

⁷²² Voir not. N. C. KAKOURIS, *op. cit.* : lorsqu'il est constaté une « absence de réglementation européenne », cela « *implique la compétence de la Communauté pour instaurer son propre droit procédural harmonisé par le biais du droit dérivé* » (p. 165), signifiant donc que le droit interne « *s'applique donc comme droit supplétif et à titre provisoire* » (p. 165). Dans le même sens, K. MORTELMANS, *op. cit.*

compétences de l'Union⁷²³, notamment celle permettant l'harmonisation des droits nationaux⁷²⁴. Remédier à l'absence de règles européennes constitue ainsi « *un moyen d'établir le Marché commun, et non une fin en soi* »⁷²⁵.

167. Selon cette approche, l'absence de règles européennes pose problème parce que les risques qui en découlent sont inacceptables pour l'ordre juridique européen. Néanmoins, cette manière de lire la jurisprudence mérite de rester marginale. En effet, la Cour de justice précise, à certaines occasions, que « *l'absence de règles communautaires en matière de procédure ne [tient] pas au fait que les autorités communautaires n'auraient pas encore accompli leurs tâches d'harmonisation mais à la circonstance que la Communauté a été organisée par le Traité de Rome de manière telle que [la mise en œuvre du droit de l'Union revienne, par principe, aux États membres]* »⁷²⁶. En outre, l'Union européenne ne peut s'attribuer, en toute hypothèse, de nouvelles compétences, comme en matière pénale⁷²⁷ ou procédurale⁷²⁸, *uniquement* pour combler une absence, sans justification particulière. En effet, il est difficile d'admettre que l'Union européenne soit compétente pour combler *toutes* les absences constatées par la Cour de justice. Dans le cas contraire, l'ordre juridique européen ne peut pas être considéré comme *incomplet*⁷²⁹. Le renvoi aux États membres s'apparenterait alors à un palliatif de l'absence *provisoire*⁷³⁰ d'intervention des autorités européennes. Le système d'administration indirecte européen aurait alors vocation à être, un jour, supplanté. Or nous avons montré que ces affirmations ne sont pas tenables. L'absence de réglementation européenne doit être appréhendée comme une situation *normale*⁷³¹ dans l'ordre juridique européen. Aussi, le principe d'équivalence, qui intervient dans

⁷²³ Dans une logique proche de celle des compétences implicites (cf. *supra*, pt. 122) : voir A. TIZZANO, « L'article 235 CEE et le développement des compétences communautaires », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco* précité, pp. 781-799, spéc. pp. 789-791.

⁷²⁴ Art. 114 et suivants TFUE ; Voir not. I. E. SCHWARTZ, « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *RTDE* 1967, pp. 238-268 ; A. TIZZANO, *op. cit.*

⁷²⁵ I. E. SCHWARTZ, *op. cit.*, p. 247.

⁷²⁶ G. NAFILYAN, *op. cit.*, p. 97 (nous soulignons), à propos de la position du gouvernement allemand dans les affaires *Rewe* et *Comet*.

⁷²⁷ Voir not. H. LABAYLE, « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE* 2006, n°3-4, pp. 379-428.

⁷²⁸ Voir not. V. CHRISTIANOS, « Le mécanisme d'harmonisation procédurale dans l'Union européenne », *RAE* 2007-2008, n° 3, pp. 589-600.

⁷²⁹ Cf. *supra*, pt. 101.

⁷³⁰ Voir K. MORTELMANS, *op. cit.*

⁷³¹ Entendue comme n'étant pas *anormale*.

cette hypothèse, ne constitue pas un remède provisoire à une défaillance ponctuelle de l'Union européenne⁷³².

2. Un traitement national protecteur de valeurs et droits reconnus par l'Union européenne

168. Le risque de non-application en raison du traitement national ne doit pas être vu comme une anomalie de l'action des États membres⁷³³. Dans certaines circonstances, la non-application du droit de l'Union qu'il provoque peut être justifiée aux yeux de l'Union européenne. Tel est le cas lorsqu'il protège des valeurs ou des droits⁷³⁴ reconnus⁷³⁵ dans l'ordre juridique européen. Dans cette perspective, le traitement national accordé à une norme européenne contribue à la protection de cette valeur ou de ce droit. Dans cette optique, y compris lorsque ce traitement national aboutit à l'inapplication d'une norme européenne, il ne peut s'appréhender comme un élément perturbateur du fonctionnement de l'Union européenne. En un sens, l'inapplication apparaît comme inévitable au nom de la protection de ces valeurs ou de ces droits, y compris si le traitement national avait été exhaustivement encadré par le droit de l'Union⁷³⁶.

⁷³² En ce sens, CJCE, 10 juillet 1980, *Ariete*, aff. 811/79, Rec. p. 2545 : « *il est exact que [les] possibilités [de revendiquer l'application du droit de l'Union] diffèrent d'un État membre à l'autre en fonction des particularités des législations nationales. Pareilles différences, surtout lorsqu'il s'agit des règles relatives à la contestation d'impositions nationales, ne sauraient être considérées comme discriminatoires ni, a fortiori, comme étant de nature à fausser la concurrence du moment que (...) l'application de la législation nationale soit faite de façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher les litiges du même type mais purement nationaux, et que les modalités de procédure n'aboutissent pas à rendre pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par le droit communautaire* » (pt. 16).

⁷³³ E. PREVÉDOUROU, *op. cit.* : inspiré par le principe de coopération loyale, « *le droit national procédural ne constitue pas a priori un élément perturbateur pour l'application du droit communautaire* » (p. 76).

⁷³⁴ Opérer une réelle distinction entre ces deux concepts apparaît peu pertinente : il s'agit ici de renvoyer à des grands principes (tels que la légalité, les droits acquis, la bonne administration, etc.) sans nécessairement se préoccuper de leur fondement ou valeur juridique, pour montrer qu'ils constituent des éléments partagés par les ordres juridiques européen et nationaux. Sur ces concepts partagés, voir not. P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes* précité, p. 172.

⁷³⁵ Outre le phénomène d'équivalence des protections des droits fondamentaux (cf. *infra*, pt. 323 et suivants), un tel constat s'explique aisément au regard des influences croisées, reposant sur une communauté de valeur partagée (voir le préambule et l'art. 2 TUE), dans un mouvement de va-et-vient entre l'ordre juridique européen et ceux des États membres (voir not. L. DUBOIS, « Introduction », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubois* précité, pp. 7-15). Cf. *infra*, pt. 979 et suivants.

⁷³⁶ À titre d'exemple, au nom du principe européen de sécurité juridique, la Cour de justice limite les effets dans le temps et empêche l'application de certaines de ses décisions (CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne (II)*, aff. 43/75, Rec. p. 455, pt. 74-75 ; CJCE, *Denkavit italiana*, aff. 61/79 précité, pt. 17 ; CJCE, *Mireco*, aff. 826/79 précité, pt. 8-9.). De même, des sanctions pénales nationales qui permettent l'exécution d'une norme européenne doivent être écartées si elles méconnaissent le principe européen de *ne bis in idem* (voir not. CJUE, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 précité.). Plus généralement, avec le développement de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne, la Cour empêche les autorités nationales d'appliquer une norme européenne, voire ses propres arrêts voir CJUE, *MAS et MB*, aff. C-42/17 précité). La protection de l'ordre public, objectif partagé par l'Union et les États membres, suit cette même logique. *In fine*, en extrapolant, la non-application du droit de l'Union ne résulterait plus du traitement national, mais directement de l'ordre juridique européen. Tel est le cas des articles 45, §3, et 52 TFUE comme autorisant des atteintes à la liberté de circulation des personnes. Quand bien même l'appréhension du concept d'ordre public est « mixte », c'est-à-dire qu'il « relève à la fois du droit de l'État et du droit de l'Union » (L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 7^e édition, 2015, p. 86), il reste défini par l'ordre juridique

169. L'exemple de la sécurité juridique est certainement le plus significatif. Ce principe joue un rôle fondamental dans tous les systèmes juridiques nationaux⁷³⁷. L'ordre juridique européen consacre⁷³⁸ un principe de sécurité juridique⁷³⁹ en tant que principe général du droit⁷⁴⁰ ou « *exigence fondamentale* »⁷⁴¹. Ce principe peut recevoir des traductions très diverses⁷⁴², certaines partagées unanimement par l'Union et les systèmes juridiques nationaux⁷⁴³ et d'autres étant propres à chacun⁷⁴⁴. Dans tous les cas, il est admis qu'il s'agit d'un principe protégé par les ordres juridiques européen et nationaux. La Cour de justice considère régulièrement que le traitement national contribue à concrétiser le principe de sécurité juridique⁷⁴⁵. Ainsi, la non-application de la norme européenne qu'il provoque ne peut être considérée comme inacceptable⁷⁴⁶ puisqu'elle se justifie par la protection de la sécurité juridique. Résumant cette idée, l'avocat général M. BOBEK souligne que « [la] *mise en balance et la pondération de ces valeurs au niveau de l'Union a conduit la Cour à affirmer clairement que l'importance de la sécurité juridique (...) et de la stabilité juridique est si élevée que l'exigence*

européen (se manifestant en cas de « *menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* » – CJCE, 27 octobre 1977, *Regina c. Bouchereau*, aff. 30/77, *Rec.* p. 1999, pt. 35).

⁷³⁷ Voir not. J. SCHWARZE, *op. cit.*, pp. 915 et suivantes.

⁷³⁸ J. BOULOUIS, « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore* précité, pp. 53-58 : « *la formule sonne en effet comme une sorte de redondance, tant il est évident qu'un droit qui n'assurerait pas la sécurité des relations qu'il régit cesserait d'en être un* » (p. 53).

⁷³⁹ Sa première reconnaissance se manifeste dans l'arrêt CJCE, 22 mars 1961, *SNUPAT c. Haute Autorité*, aff. jt. 42/49 et 49/59, *Rec.* p. 101, spéc. p. 125. Voir not. D. DERO-BUGNY, « Les principes de sécurité juridique et de protection légitime », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 651-669.

⁷⁴⁰ CJCE, 9 juillet 1969, *Portelange*, aff. 10/69, *Rec.* p. 309, pt. 15.

⁷⁴¹ CJCE, 14 juillet 1972, *ACNA c. Commission*, aff. 57/69, *Rec.* p. 323, pt. 32.

⁷⁴² Voir not. B. PACTEAU, « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, pp. 151-155 ; M. FROMONT, « Le principe de sécurité juridique », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 178-184 ; P. RAIMBAULT, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, 2009.

⁷⁴³ Un exemple illustrant serait les conditions apportées au retrait et à l'abrogation d'acte : en effet, posé dans l'arrêt CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jt. 7/56, 3/57 à 7/57, *Rec.* p. 81, spéc. pp. 114-116, et sur invitation de son avocat général M. LAGRANGE (pp. 154 et suivantes), la Cour de justice s'inspire clairement des régimes nationaux en la matière. En ce sens, voir P. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 171-174.

⁷⁴⁴ L'exemple emblématique reste le principe de la confiance légitime (voir S. CALMES, *Du principe de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, 2001) : ce principe est consacré et protégé dans l'ordre juridique européen, comme déclinaison du principe de sécurité juridique, mais est réfuté (en tant que tel) par l'ordre juridique français pour des situations internes (CE, ass., 24 mars 2006, *KPMG*, *Rec.* p. 154, bien que des traductions indirectes peuvent toutefois être trouvées : voir S. CALMES, *op. cit.*, pp. 483 et suivantes ; C. NIVARD, « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *DA* 2010, n°2, étude 3).

⁷⁴⁵ Il s'agit bien de l'application d'une règle de droit national qui traduit une manifestation de la sécurité juridique telle que reconnue en droit interne, et non de l'opposabilité du principe de sécurité juridique tel que reconnu et protégé dans l'ordre juridique européen (CJCE, 5 octobre 1988, *Padovani e.a.*, aff. 210/87, *Rec.* p. 6177, pt. 17 et suivants). Sur ce point, voir not. F. TRAIN, « L'articulation des conceptions nationales et communautaire en matière de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *RAE* 2007-2008, n°3, pp. 611-627, spéc. pp. 623 et suivantes.

⁷⁴⁶ Voir J.-V. LOUIS, *op. cit.*, pp. 166-167.

d'effectivité du droit de l'Union ne l'emporte pas sur elle, même s'il pourrait ainsi être remédié aux erreurs commises dans l'application du droit de l'Union au niveau national »⁷⁴⁷.

170. La seule circonstance que le traitement national participe à la sécurité juridique ne suffit toutefois pas en lui-même pour accepter – en toutes circonstances – l'inapplication de la règle européenne⁷⁴⁸. Il reste constant que le traitement national doit rester apte à assurer une application effective du droit de l'Union⁷⁴⁹, notamment dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité⁷⁵⁰. La Cour de justice considère parfois que le régime national encadrant l'autorité de chose jugée constitue « *un obstacle d'une telle envergure à l'application effective du droit de l'Union et, notamment, des règles en matière de contrôle des aides d'État [qu'il] ne peut pas être raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique* »⁷⁵¹. Notre propos est de considérer que, dès lors que le traitement national contribue à concrétiser ou protéger une valeur reconnue par l'Union et les États membres, il rend *acceptable* le risque de non-application.

171. Les délais procéduraux nationaux de prescription ou de forclusion illustrent cette idée⁷⁵². Comme le souligne l'avocat général JACOBS, « *l'application d'un [délai national de prescription] procède du souci d'assurer la sécurité juridique, préoccupation partagée par l'ordre juridique communautaire et par le droit des États membres* »⁷⁵³. Ainsi, la Cour de justice estime qu'« [on] ne saurait donc considérer comme contraire [en soi, vis-à-vis du droit de l'Union,] une législation nationale [qui] assure le

⁷⁴⁷ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 91.

⁷⁴⁸ Voir CJCE, *Ferwerda*, aff. 265/78 précité, pt. 17 et suivants.

⁷⁴⁹ Voir not. S. ALBER conclusions sur CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec. p.* I-7699, pt. 85 et suivants. Selon J. SCHWARZE (*op. cit.*, s'appuyant sur CJCE, 18 février 1982, *Zuckerfabrik Franken*, aff. 77/81, *Rec. p.* 681, pt. 22 et suivants), le respect du principe (européen) de sécurité juridique pourrait presque s'identifier comme un « troisième élément des "exigences minimales" de droit communautaire » (p. 1158) encadrant l'autonomie des États, en parallèle des principes d'équivalence et d'effectivité.

⁷⁵⁰ La Cour de justice semble toutefois tenir compte du fait que le droit national en question « constitue une application du principe fondamental de sécurité juridique » (CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 28) pour apprécier le respect du principe d'effectivité (voir également CJCE, *Van Schijndel et van Veen*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 19).

⁷⁵¹ CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, pt. 45. Dans le même sens, CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec. p.* I-1591, pt. 25. Plus globalement, J.-V. LOUIS (*op. cit.*) estime qu'il « ne faudrait pas en conclure que les règles procédurales nationales jouissent d'une sorte d'immunité et qu'il serait loisible aux États membres de modifier impunément ces règles afin de contrarier l'exercice de leurs droits par les particuliers, par exemple en introduisant une prescription **exceptionnellement** courte pour certains types de recours » (pp. 167-168 – nous soulignons).

⁷⁵² Voir CJCE, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités, pt. 5 et 18 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, aff. 61/79, *Rec. p.* 1205, pt. 23 ; CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025, pt. 28 ; CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask e.a.*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783, pt. 48 ; CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 35 ; CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité, pt. 26 ; CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. C-52/99, *Rec. p.* I-1395, pt. 28 ; CJUE, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10 précité, pt. 36 et 42. Insistant sur l'importance, en soi, au nom de la sécurité juridique de fixer des délais, voir CJCE, 28 octobre 2009, *JGS Belgium e.a.*, aff. C-367/09, *Rec. p.* I-10761, pt. 68.

⁷⁵³ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, 9 novembre 1989, *Bessin et Salson*, aff. 386/87, *Rec. p.* 3551, spéc. p. 3569 (nous soulignons).

respect de la confiance légitime et de la sécurité juridique »⁷⁵⁴, même si elle conduit à empêcher l'application d'une règle européenne. L'arrêt *Fantask*⁷⁵⁵ de la Cour de justice confirme cette approche. Elle y affirme que « *la fixation de délais [nationaux] raisonnables de recours à peine de forclusion [est] dans l'intérêt de la sécurité juridique qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés* »⁷⁵⁶. De ce fait, « *même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée* »⁷⁵⁷ – et donc empêche l'application d'une norme européenne par le juge national –, ces délais ne sont pas attentatoires à la mise en œuvre effective du droit de l'Union. Dans cette hypothèse, la non-application n'est pas un problème par elle-même. Les délais nationaux qui la provoquent ne sont pas vus comme des obstacles à l'effet utile du droit de l'Union. Au contraire, ils sont considérés comme concrétisant le principe de sécurité juridique que promeut l'Union européenne⁷⁵⁸.

172. D'autres manifestations du principe de sécurité juridique suivent cette logique⁷⁵⁹. Concernant l'autorité de chose décidée attachée aux décisions administratives, la Cour de justice estime, dans son arrêt *Kühne & Heitz*, que le « *caractère définitif d'une décision administrative (...) contribue à [la sécurité juridique]* ». Ainsi, « *le droit communautaire n'exige pas qu'un organe administratif soit, en principe*⁷⁶⁰, *obligé de revenir sur une décision administrative ayant acquis un tel caractère définitif* »⁷⁶¹, même si celle-ci est contraire au droit de l'Union. Cette position, discutée par une partie de la doctrine⁷⁶², s'explique par le fait que « *la question du retrait d'un acte administratif*

⁷⁵⁴ CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 30.

⁷⁵⁵ CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask e.a.*, aff. C-188/95, *Rec. p. I-6783*. Voir également CJCE, 17 juillet 1997, *Texaco e.a.*, aff. jt. C-114/95 et C-115/95, *Rec. p. I-4263*, pt. 46 et CJCE, 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum*, aff. C-90/94, *Rec. p. I-4085*, pt. 50 (nous soulignons); CJUE, 14 juin 2017, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16, *ECLI:EU:C:2017:454*, pt. 42.

⁷⁵⁶ CJCE, *Fantask e.a.*, aff. C-188/95 précité, pt. 48.

⁷⁵⁷ *Ibid.*

⁷⁵⁸ Et même, plus précisément, l'adage "*vigilantibus non dormientibus iura succurrunt*", partagé par l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. Voir not. A. TRABUCCHI, conclusions sur CJCE, 21 février 1974, *Kortner*, aff. jt. 15/73 à 33/73, 52/73, 53/73, 57/73 à 109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73 et 135/73 à 137/73, *Rec. p. 177*, spéc. p. 198.

⁷⁵⁹ Pour l'exemple de la limitation des effets dans le temps d'un arrêt constatant l'illégalité d'une décision administrative, voir CJCE, 11 décembre 2007, *Skoma-Lux*, aff. C-161/06, *Rec. p. I-10841*, pt. 70-72.

⁷⁶⁰ La Cour précise bien que, le cas échéant, lorsque le droit national relatif aux conditions de réexamen d'actes administratifs porte atteinte de manière trop importante à l'effet utile du droit de l'Union, celui-ci « *ne peut pas être raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique et doit donc être considéré, dans cette mesure, comme contraire au principe d'effectivité et à l'article 4, paragraphe 3, TUE* » (CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, *ECLI:EU:C:2012:608*, pt. 81).

⁷⁶¹ CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 24 (nous soulignons). Dans le même sens, CJCE, 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04, *Rec. p. I-8559*, pt. 51; CJUE, *Byankov*, aff. C-249/11 précité, pt. 76.

⁷⁶² Pour exemple, L. COUTRON, note sous l'arrêt *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, *RAE* 2003-2004, n°3, pp. 417-434; R. KOVAR, « L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 767-793, spéc. p. 779.

*national contraire au droit communautaire ne met pas aux prises la norme communautaire violée et les règles administratives nationales régissant le retrait des actes administratifs [mais prend racine dans le] conflit [qui] oppose deux normes de droit communautaire primaire, le principe de légalité d'un côté, le principe de sécurité juridique de l'autre »*⁷⁶³. Ce même raisonnement se retrouve en matière d'autorité de chose jugée des décisions juridictionnelles nationales. La Cour de justice note « *l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de la chose jugée [visant à assurer] aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice* »⁷⁶⁴. Elle en déduit que, par principe, « *le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause* »⁷⁶⁵. Dans ces différents exemples, la Cour de justice accepte que ces règles nationales relatives à l'autorité de chose jugée et décidée, qui manifestent le traitement national, puissent conduire à une non-application du droit de l'Union.

173. Par ce raisonnement, la Cour de justice prend en considération des éléments distincts de la sécurité juridique, comme « *la protection des droits de la défense* », le « *bon déroulement de la procédure* »⁷⁶⁶ ou le droit à un procès équitable⁷⁶⁷. À cet égard, elle considère que les règles nationales qui conditionnent la possibilité pour le juge de soulever d'office certains moyens ou d'accepter la recevabilité de moyens nouveaux ne sont pas en soi attentatoires à l'effet utile du droit de l'Union⁷⁶⁸. Cette position se justifie par le fait que le juge est limité par l'objet du litige défini par les parties et

⁷⁶³ D. RITLÉNG, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire », in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen* précité, pp. 251-270, p. 261. L'auteur ajoute que « [l'on] comprend dès lors que la solution autoritaire dictée par le principe de primauté n'ait pas été retenue et qu'une plus large place ait été laissée à l'autonomie procédurale des États membres : la prise en compte des exigences du principe de sécurité juridique dans **P'aménagement d'un pouvoir de retrait d'actes administratifs est laissée largement à la discrétion du droit national** » (p. 261 – nous soulignons).

⁷⁶⁴ CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, Rec. p. I-2585, pt. 20. Position qui, fut là encore, discutée par une partie de la doctrine ; voir not. Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, pp. 473-482.

⁷⁶⁵ *Ibid.*, pt. 21 ; voir également CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt. 58 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Társia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, pt. 29. Cette position se manifestait déjà concernant les sentences arbitrales nationales revêtues de l'autorité de chose jugée : CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, Rec. p. I-3055, pt. 46-47.

⁷⁶⁶ Cette mention se fait surtout pour analyser le principe d'effectivité : voir CJCE, *Peterbroeck e.a.*, aff. C-312/93 précité, pt. 14 ; CJCE, *Van Schijndel et van Veen*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 19 ; CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, Rec. p. I-7501, pt. 27.

⁷⁶⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, Rec. p. 1651, où la Cour y voit un principe « *à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (pt. 18 – nous soulignons). Pour plus de précisions, voir *infra*.

⁷⁶⁸ Outre les arrêts *Peterbroeck* (aff. C-312/93) et *Van Schijndel* (aff. jt. C-430/93 et C-431/93) précités, voir CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, aff. C-222/05, Rec. p. I-4233 ; CJUE, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15 précité.

doit, par principe⁷⁶⁹, rester passif. Dans ces hypothèses, la Cour de justice considère que le droit national « *met en œuvre des conceptions **partagées** par la plupart des États* »⁷⁷⁰ et, implicitement, par l'Union européenne elle-même⁷⁷¹. De plus, le droit national peut limiter la possibilité d'engager la responsabilité de la puissance publique, notamment dans l'évaluation du préjudice, si l'individu en question n'a pas fait preuve d'une « *diligence raisonnable* »⁷⁷². Une nouvelle fois, dans toutes ces situations, la non-application du droit de l'Union résultant du traitement national est tolérée parce que celui-ci participe, même indirectement, à protéger ou concrétiser une valeur ou droit protégé par l'Union.

§ 2 : Une garantie d'équivalence apportée à l'effet utile du droit de l'Union

174. Le risque de non-application en raison du traitement national, s'il est considéré *acceptable* d'un certain point de vue, reste un problème. En effet, cette non-application n'est admise que si l'effet utile⁷⁷³ du droit de l'Union n'est pas fondamentalement atteint⁷⁷⁴. Concrètement, si le traitement national n'est pas en opposition directe avec la règle européenne à appliquer, il peut avoir pour

⁷⁶⁹ Par exception, le juge ne peut « *agir d'office que dans des cas exceptionnels où l'intérêt public exige son intervention* » ; voir CJCE, *Van Schijndel et van Veen*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 20. Récemment, voir CJUE, 7 août 2018, *Hochtief*, aff. C-300/17, ECLI:EU:C:2018:635, pt. 52.

⁷⁷⁰ *Ibid.*, pt. 21.

⁷⁷¹ Sur cette question, voir F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018.

⁷⁷² Voir not., en matière de responsabilité de la puissance publique, CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 84-85, où elle précise qu'il s'agit là d'un « *principe général commun aux systèmes juridiques des États membres* » ; CJCE, 13 mars 2007, *Test Claimants*, aff. C-524/04, *Rec.* p. I-2107 ; CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec.* p. I-12167, pt. 75-76 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Danske Svineproducenter*, aff. C-316/10, *Rec.* p. I-13721, pt. 60-61.

⁷⁷³ Il nous semble nécessaire de distinguer l'effet utile du droit de l'Union, faisant écho au principe de coopération loyale, et le principe de primauté. La jurisprudence de la Cour de justice précise bien que c'est dans la finalité d'assurer l'effet utile du droit de l'Union, au nom du principe de coopération loyale, que le droit national procédural peut être éventuellement écarté. Le principe de primauté n'apparaît donc pas comme matriciel, mais comme complémentaire pour assurer l'effet utile du droit de l'Union. En ce sens, voir E. NEFRAMI, « L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté » précité, pp. 191-193 ; du même auteur, « L'État membre au service de l'Union européenne » précité, spéc. pp. 68 et suivantes et « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RMCUE* 2012, pp. 197-203. *Contra*, D. SIMON considère que la protection de l'effet utile du droit de l'Union n'est qu'une formulation précisée du principe de primauté et qu'ainsi « *le principe de primauté implique que la prévalence du droit communautaire sur la norme nationale incompatible soit assurée de manière uniforme et effective, mais aussi directe et immédiate* » (*Le système juridique communautaire* précité, pp. 412 et suivantes, spéc. p. 413). Voir également D. SIMON, « L'Union européenne comme Fédération », in *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier* précité, pp. 139-157, spéc. pp. 153 et suivantes ou A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in *L'effectivité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 63-85, spéc. pp. 66 et suivantes.

⁷⁷⁴ En ce sens, R. LECOURT (*op. cit.*) soulignait que, face au risque d'une autonomie absolue ou trop importante vis-à-vis des États, « [on] ne s'étonnera donc pas que le juge se soit armé de la notion d'effet utile pour s'opposer, avec une rigueur rarement en défaut, aux tentatives centrifuges. Rien ne prévaudra contre le souci de préserver cet effet, ni l'interprétation proposée par les institutions, ni celle préconisée par les États membres (...) » (p. 240). Voir également, W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures », *CMLR* 2000, n°37, pp. 501-546, spéc. pp. 521-522.

conséquence de rendre *ineffective* son application ; par exemple, en empêchant les particuliers d'en demander l'application devant leur juge national⁷⁷⁵. En d'autres termes, si le traitement affecte cet effet utile, il devra être écarté et remanié par l'État membre. Ce concept de « l'effet utile » renvoie à la volonté de la Cour de justice⁷⁷⁶ de faire en sorte que le droit de l'Union ne reste pas lettre morte⁷⁷⁷, notamment pour les individus. À cet égard, la Cour exclut toute interprétation⁷⁷⁸ qui rendrait une disposition « *sans objet* »⁷⁷⁹, « *superflue* »⁷⁸⁰, qui en « *limiterait indûment le champ d'application* »⁷⁸¹, ou qui aurait pour conséquence de rendre son « *effet pratique (...) fortement diminué* »⁷⁸². Au contraire, elle opte pour une interprétation qui en permet l'« *application raisonnable et utile* »⁷⁸³.

175. Tout l'enjeu est alors de révéler cette atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. C'est dans cette perspective qu'ont été identifiés les principes de “contentieux de deuxième génération”. Ainsi, dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*⁷⁸⁴, la Cour de justice a établi un *double test*⁷⁸⁵ pour vérifier que le traitement national ne porte pas une atteinte inconsidérée à l'effet utile du droit de l'Union : le respect du principe d'équivalence, d'une part, et du principe d'effectivité, d'autre part. L'autonomie des États membres est alors conditionnée au respect de ces deux exigences⁷⁸⁶. Par le

⁷⁷⁵ Voir not. CJCE, 28 juin 2000, *Larys*, aff. C-118/00, *Rec. p.* I-5063, pt. 51. Voir également S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 171-172 (note 165).

⁷⁷⁶ Il s'agit d'un enjeu primordial, voire de « *mantra* », pour la Cour de justice selon O. DUBOS (« L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in *L'effectivité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 49-62).

⁷⁷⁷ Selon R. LECOURT (*L'Europe des juges* précité), il s'agit de l'assurance qu'une norme européenne « *puisse développer l'intégralité de ses conséquences (...), de droit ou de fait, actuelles ou potentielles, sans être gênée, ni à plus forte raison entravée, par aucun obstacle juridique national non expressément réservé* » (p. 240 – nous soulignons). En ce sens, voir J.-D. MOUTON, V° « Effet utile », in *Dictionnaire juridique des Communautés européennes* précité, pp. 449-454, spéc. p. 453.

⁷⁷⁸ En ce sens, comme constituant un outil d'interprétation déterminant, voir R.-M. CHEVALLIER, « Methods and Reasoning of the European Court in Its Interpretation of Community Law », *CMLR* 1964, n°2, pp. 21-35, spéc. p. 31 ; F. DUMON, « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation » précité, spéc. pp. 81-84 ; P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire par les États membres », *Rencontre judiciaire et universitaire* précité, VI, pp. 1-42, spéc. p. 15 ; R. LECOURT, *L'Europe des juges* précité, pp. 235 et suivants ; P. PESCATORE, « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, t. 2, pp. 325-363 ; A. BARAV, *op. cit.*, p. 58 ; D. SIMON, *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales* précité, spéc. pp. 332 et suivantes ; J.-D. MOUTON, *op. cit.*, p. 451.

⁷⁷⁹ CJCE, 20 octobre 1983, *Steinfort*, aff. 299/82, *Rec. p.* 3141, pt. 6.

⁷⁸⁰ CJCE, 12 décembre 1985, *Hauptzollamt Hamburg-Jonas Metelmann*, aff. 276/84, *Rec. p.* 4057, pt. 9.

⁷⁸¹ CJCE, 19 novembre 1981, *Analog Devices*, aff. 122/80, *Rec. p.* 2781, pt. 21.

⁷⁸² CJCE, 15 mai 1974, *Kaufmann*, aff. 184/73, *Rec. p.* 517, pt. 13.

⁷⁸³ Plus généralement, pour la Cour de justice, l'effet utile implique également une interprétation du droit de l'UE qui, sans être « *extensive* » pour autant, doit permettre une « *application raisonnable et utile* » du droit de l'UE (CJCE, *Fédération charbonnière de Belgique*, aff. 8/55 précité, spéc. p. 305).

⁷⁸⁴ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

⁷⁸⁵ D. SIMON, *Le système juridique communautaire* précité, p. 158.

⁷⁸⁶ Le respect de ces deux conditions est nécessaire mais, le cas échéant, pas suffisant. À titre d'exemple, la Cour de justice a pu vérifier qu'un traitement national soit « *conforme aux principes d'équivalence et d'effectivité, ainsi qu'à l'effet utile de la directive (...)* » (CJUE, 6 octobre 2015, *Orizopote Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 47). M. DOUGAN

principe d'équivalence, dès lors qu'un État membre accorde un traitement national à la règle européenne *moins favorable* que celui qu'il accorde normalement à une norme nationale similaire, l'effet utile du droit de l'Union est considéré comme *injustement* atteint. Dans cette optique, le principe d'équivalence remplit sa fonction de garantie au profit de l'effet utile du droit de l'Union en tant que traduction particulière du principe de coopération loyale (A.), sans exclusivement se limiter à la protection juridictionnelle effective (B.).

A. Une traduction particulière du principe de coopération loyale

176. La garantie qu'apporte le principe d'équivalence à l'effet utile du droit de l'Union se manifeste comme une traduction du principe de coopération loyale. Comme nous l'avons vu, tant par sa généralité que par sa substance, ce dernier fait figure de concept adapté pour requérir une mise en œuvre nationale du droit de l'Union qui soit *suffisamment effective*. Cependant, l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice est assez vague quant au fondement juridique du principe d'équivalence. Selon les arrêts, il constitue une déclinaison particulière du principe d'égalité de traitement⁷⁸⁷ ou de la protection juridictionnelle effective⁷⁸⁸, ou encore un principe général du droit autonome⁷⁸⁹. De même, il serait tentant de le rattacher aux principes de primauté ou d'effet direct⁷⁹⁰. Le principe de coopération loyale constitue pourtant le fondement le plus pertinent⁷⁹¹. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice confirme cette idée⁷⁹². À cet égard, le principe d'équivalence, en tant que

(« The Vicissitudes of Life at the Coalface... » précité) y voit un modèle *de base* (« the basic *Rewe/Comet* model » - p. 411).

⁷⁸⁷ CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec. p.* I-6515, pt. 70. Sur ce sujet, cf. *infra*, pt. 283 et suivants.

⁷⁸⁸ Cf. *infra*, pt. 185 et suivants.

⁷⁸⁹ CJCE, 18 septembre 2003, *Pflücke*, aff. C-125/01, *Rec. p.* I-9375, pt. 33-34.

⁷⁹⁰ En ce sens D. SIMON, *op. cit.*, pp. 412-413 ; C. DENIZEAU, *op. cit.*, pp. 276 et suivantes, pour qui les « exigences, nées du principe de primauté et d'effectivité [sic] du droit communautaire, limitent d'autant la compétence étatique dans le choix des organes et des procédures d'exécutions » (p. 276) et le « respect de ces principes se **combine** avec le jeu de l'article 10 CE », c'est-à-dire du principe de coopération loyale (p. 276 – nous soulignons).

⁷⁹¹ En ce sens, K. LENAERTS, « Le devoir de loyauté » précité, pp. 234 et suivantes ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 257 et suivantes. Voir également M. DOUGAN (*National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonization and Differentiation*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2004) pour qui « the Court sometimes treats equivalence and effectiveness as fully-fledged general principles of Community law, binding upon the Member States as such and without the need for a specific legal basis such as Article 10 EC » (p. 53).

⁷⁹² En ce sens, dès ses arrêts *Rewe* et *Comet* (aff. 33/76 et 45/76 précités), la Cour a pu considérer, sur le fondement de la coopération loyale (ex-art. 5 CEE), que, « dès lors », les principes d'effectivité et d'équivalence devaient être respectés (respectivement pt. 5 et pt. 12-13). Pour exemples, voir CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, pt. 23-24 ; CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec. p.* I-8115, pt. 78-79 ; CJUE, 17 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432, pt. 36 ; CJUE, 19 octobre 2017, *Raimund*, aff. C-425/16, ECLI:EU:C:2017:776, pt. 41.

déclinaison particulière de celui-ci, constitue une exigence d'« *efficacité minimale* »⁷⁹³ (1.) et un principe conditionnant l'autonomie des États membres (2.).

1. Le respect d'un seuil minimum d'efficacité dépendant du droit national

177. Le principe de coopération loyale permet d'encadrer l'autonomie des États membres⁷⁹⁴ afin de garantir l'effet utile du droit de l'Union. La Cour de justice considère qu'il « *impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir la portée et l'efficacité du droit communautaire* »⁷⁹⁵. Autrement dit, cette exigence de coopération loyale est « *une source d'engagements autonomes, contraignant les États à agir spontanément, c'est-à-dire en dépit même du mutisme des textes, dès lors que cela est nécessaire à la satisfaction de l'effet utile du droit communautaire* »⁷⁹⁶. En cela, l'Union européenne se distingue nettement d'un système de droit international classique, où « *chaque État [est] à la fois maître de l'exécution de ses propres engagements et autorité de contrôle du respect des engagements souscrits à son profit* »⁷⁹⁷. Dans cette optique, le principe d'équivalence ne fait que concrétiser⁷⁹⁸ l'exigence d'efficacité requise par le principe de coopération loyale.

178. Il est nécessaire de souligner que le principe d'équivalence ne fait pas double-emploi avec le principe d'effectivité. Il aurait été tentant de considérer que l'exigence d'efficacité issue de la coopération loyale ne se traduirait *que* par le principe d'effectivité. Ce dernier se définit dans la jurisprudence de la Cour de justice comme l'interdiction que le traitement national accordé à la règle européenne rende son application « *en pratique impossible ou excessivement difficile* »⁷⁹⁹. De cette manière, elle détermine un seuil minimum d'efficacité en deçà duquel le traitement national sera considéré comme insuffisant⁸⁰⁰. Dans cette perspective, la fonction de préserver l'effet utile du droit de l'Union reviendrait au principe d'effectivité et non au principe

⁷⁹³ *Ibid.*, p. 255 ; M. BLANQUET, *L'article 5 C.E.E.* précité, pp. 72-76 ; du même auteur, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires » précité, p. 135, note 81.

⁷⁹⁴ Cf. *supra*, pt. 137 et suivants.

⁷⁹⁵ Pour exemple, CJCE, 15 janvier 2004, *Penycoed*, aff. C-230/01, *Rec. p.* I-937, pt. 36.

⁷⁹⁶ R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français* précité, p. 6 (nous soulignons). Voir également O. DUBOS, *op. cit.*, pp. 263 et suivantes ; N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 41 (« *The principle of effectiveness finds its normative substantiation in Article 4(3) TUE* »).

⁷⁹⁷ R. RIVIER, *op. cit.*, p. 12.

⁷⁹⁸ L'idée de concrétisation semble pertinente dès lors que le principe de coopération ne dispose pas, à lui seul, d'une densité normative suffisante pour encadrer avec précision l'action des États membres. C'est – du moins – ce qu'il est permis de déduire de la jurisprudence de la Cour de justice qui ne lui reconnaît pas d'effet direct (CJCE, 24 octobre 1973, *Schlüter*, aff. 9/73, *Rec. p.* 1135, pt. 39).

⁷⁹⁹ Pour un exemple récent, voir CJUE, 10 juillet 2019, *CEVA Freight Holland*, aff. C-249/18, ECLI:EU:C:2019:587, pt. 47.

⁸⁰⁰ Pour plus de précisions, cf. *infra*, pt. 852 et suivants.

d'équivalence, qui aurait une fonction distincte. En réalité, il est nécessaire de ne pas confondre le principe d'effectivité avec la nécessité d'assurer l'application *effective* du droit de l'Union, c'est-à-dire, l'effet utile. Comme a pu le souligner O. DUBOS, ces deux éléments doivent être distingués⁸⁰¹. Le principe d'effectivité *strico sensu* constitue *une* exigence particulière permettant d'atteindre cet objectif.

179. Cette idée est confirmée à la lecture de la jurisprudence antérieure aux arrêts *Rewe* et *Comet*. En effet, auparavant, la Cour de justice a pu exiger que les États membres adoptent un traitement procédural « *approprié* »⁸⁰². Certes, cette exigence n'a jamais été véritablement explicitée dans la jurisprudence européenne⁸⁰³. Néanmoins, il est possible d'y voir une première traduction du principe de coopération loyale dans le cadre de l'autonomie des États membres. Ces derniers doivent déterminer des moyens nationaux *appropriés*, c'est-à-dire, les plus pertinents et adéquats pour appliquer effectivement le droit de l'Union. De cette manière, la Cour de justice requiert que le traitement national accordé à la norme européenne ne porte pas atteinte, de manière inconsidérée, à l'effet utile du droit de l'Union. À partir des arrêts *Rewe* et *Comet*, cette idée de moyens *appropriés* disparaît⁸⁰⁴ et est remplacée – ou plutôt *précisée* – par les principes d'équivalence et d'effectivité. La logique est cependant restée la même : le principe d'effectivité exige que les États membres disposent des moyens *appropriés*, en eux-mêmes, pour assurer une application efficace du droit de l'Union. Pour le principe d'équivalence, il implique que les États

⁸⁰¹ O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative » précité. L'auteur propose une distinction entre ce qui relève de la *règle* et du *principe* selon DWORKIN : « la règle est la forme opérationnelle de la norme ; elle énonce une prescription, c'est-à-dire les conséquences de la réalisation de certaines conditions. Les principes fonctionnent de manière différente car ils n'énoncent pas les conséquences de la réalisation de certaines conditions. Ils constituent un standard politico-moral qu'il faudrait observer et pris en compte par le juge dans sa décision ». L'auteur conclut alors que l'« effet utile est un principe et l'effectivité est une règle » (p. 49).

⁸⁰² CJCE, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67 précité, spéc. p. 228 ; CJCE, *Lübeck*, aff. 34/67 précité, spéc. p. 370 ; CJCE, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 5. Il s'agissait essentiellement de permettre aux justiciables, en vertu de l'effet direct, devant les juridictions nationales, « d'obtenir la sauvegarde *appropriée* de leurs droits et intérêts » (CJCE, 4 février 1965, *SARL Albatros*, aff. 20/65, *Rec.* p. 41).

⁸⁰³ Laissant ainsi sous-entendre que la Cour de justice renvoie, en toute confiance et sans contrôle de sa part, aux autorités nationales le soin de déterminer quels moyens peuvent être considérés comme *appropriés* ou non. En ce sens, J. BRIDGE, *op. cit.*, p. 30.

⁸⁰⁴ Sauf concernant les sanctions nationales : voir not. CJCE, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 précité, pt. 32-33 ; CJCE, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, pt. 21. Cette exception peut cependant s'expliquer eu égard au régime spécifique retenu par la Cour de justice concernant l'autonomie des États en matière de sanction. En dehors de cette hypothèse, la Cour pourra exceptionnellement reprendre cette exigence (en lieu et place des principes d'équivalence et d'effectivité) : CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, aff. jt. 46/87 et 227/88, *Rec.* p. 2859, pt. 33.

membres choisissent les moyens nationaux existants qui sont les plus *appropriés*⁸⁰⁵ pour appliquer la norme européenne.

180. Selon cette présentation, le principe d'équivalence constitue bien une exigence particulière visant à assurer une application efficace du droit de l'Union ou, plus exactement, à *sécuriser* l'effet utile attaché à l'effet direct du droit de l'Union⁸⁰⁶. Loin de constituer un principe de non-discrimination⁸⁰⁷, il implique que les États membres mobilisent l'ensemble des outils nationaux à leur disposition pour assurer une mise en œuvre *au moins aussi effective* que celles qu'ils assurent à leur droit national. Ainsi, lorsque la Cour de justice estime que « *les modalités et conditions de perception des charges financières communautaires en général [fixées par l'État] ne peuvent rendre **moins efficace** le système de perception des taxes et redevances communautaires que celui des taxes et redevances nationales du même type* »⁸⁰⁸ ou que les autorités administratives de l'État doivent agir « *avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre de législations nationales correspondantes* »⁸⁰⁹, il est possible d'y voir une manifestation du principe d'équivalence. Plus récemment, la Cour a précisé que, dans le « *cadre* » de l'autonomie procédurale limitée par les principes d'équivalence et d'effectivité, si les États membres sont libres de déterminer le traitement national à accorder à la norme européenne, « *encore faut-il que de tels régimes ne portent pas atteinte à l'effet utile du droit de l'Union* »⁸¹⁰. J. SCHWARZE souligne ainsi que le principe d'équivalence, en ce qu'il « *est censé empêcher que les procédures administratives nationales, lors de la mise en œuvre du droit communautaire, se présentent de manière moins favorable que dans un cas purement interne* »⁸¹¹, constitue un « *indice pour le fait que les autorités nationales ne respectent pas les aspects objectifs de la mise en œuvre du droit communautaire* »⁸¹². Autrement dit, par ce constat, il s'agit bien

⁸⁰⁵ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005 : « *it was held to be for the national courts to apply the **most appropriate of the various measures available under national law** in order to protect the individual rights conferred by Community law* » (pp. 136-137 – nous soulignons).

⁸⁰⁶ En ce sens, M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA, *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, spéc. pp. 409 et suivantes : l'auteur parle des principes dégagés dans les arrêts *Rewe* et *Comet* comme « *securing the effectiveness and uniformity of Community law* ». Dans la même idée, A. ARNULL, « Remedies Before National Courts » précité : « *Union rights might be **weakened** if they were made more difficult to enforce than comparable union rights* » (p. 1016 – nous soulignons).

⁸⁰⁷ Cf. *infra*, pt. 283 et suivants.

⁸⁰⁸ CJCE, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/69 précité, pt. 19 (nous soulignons).

⁸⁰⁹ CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. jt. 119/79 et 126/79, *Rec.* p. 1863, pt. 8.

⁸¹⁰ CJUE, 27 juin 2018, *Diallo*, aff. C-246/17, ECLI:EU:C:2018:49, pt. 46.

⁸¹¹ J. SCHWARZE, « L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen – L'entrée en matière », in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé* précité, pp. 11-30, spéc. p. 20.

⁸¹² *Ibid.*

de considérer que les autorités nationales n'ont pas assuré une application *suffisamment* effective du droit de l'Union.

181. Si le principe d'équivalence impose bien un certain seuil⁸¹³ d'efficacité minimum⁸¹⁴ au profit du droit de l'Union européenne, ce seuil est cependant déterminé en fonction du droit national⁸¹⁵. Celui-ci n'est pas, à proprement parler, déterminé par l'Union européenne mais, sciemment ou non, par l'État membre. Le principe d'effectivité s'en distingue très nettement puisque son seuil minimum d'efficacité est, exclusivement et de manière autonome, déterminé par la Cour de justice⁸¹⁶. En revanche, concernant le principe d'équivalence, le seuil s'identifie à partir du traitement national accordé à une situation interne similaire à la situation européenne litigieuse. De cette manière, le principe d'équivalence apportera la garantie d'une mise en œuvre nationale du droit de l'Union qui sera *au moins aussi effective* que celle assurée pour le droit national similaire. En cela, l'exigence induite par le principe d'équivalence est indépendante de celle du principe d'effectivité : le respect de l'un n'entraîne pas ou ne présume pas du respect de l'autre⁸¹⁷. Plus encore, le principe d'équivalence est susceptible de constituer un « *puissant levier* »⁸¹⁸ dans la protection de l'effet utile du droit de l'Union : là où le principe d'effectivité, seul, ne se rapporte qu'à un seuil *fixe* d'efficacité, le principe d'équivalence permettra à la Cour de justice, sans crainte de porter atteinte à l'autonomie des États membres, de rehausser ce seuil si l'ordre juridique national en question accorde, normalement, un traitement plus favorable au droit national que celui exigé par le principe d'effectivité.

⁸¹³ M. BLANQUET (*L'article 5 C.E.E.* précité, p. 74) préfère distinguer selon qu'il s'agit d'un *seuil* d'efficacité (qui est « *communautaire et fixe* ») pour le principe d'effectivité ou d'un *niveau* d'efficacité (qui « *varie donc entre les États membres* ») pour le principe d'équivalence.

⁸¹⁴ En effet, le principe d'équivalence dispose d'une portée asymétrique, en ce qu'il n'interdit pas un traitement plus favorable du droit de l'Union par rapport au droit national – sur cette question, cf. *infra*, pt. 507 et suivants.

⁸¹⁵ Pour plus de précisions, cf. *infra*, pt. 532 et suivants.

⁸¹⁶ La Cour – et elle seule – sera en mesure de déterminer si, par exemple, un délai procédural national appliqué à une situation européenne apparaît comme *raisonnable* et donc respectueux du principe d'effectivité. La Cour confronte ainsi sa propre conception de ce qui est *raisonnable* par rapport à celle retenue par l'État membre. Voir not. CJCE, *Texaco e.a.*, aff. jt. C-114/95 et C-115/95 précité, pt. 46 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum*, aff. C-90/94, *Rec. p.* I-4085, pt. 48-49.

⁸¹⁷ Le fait pour un État membre de respecter le principe d'équivalence ne lui permet pas de méconnaître le principe d'effectivité (CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec. p.* 3595, pt. 17). Cela étant, l'inverse est tout aussi vrai (CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité).

⁸¹⁸ Expression de L. COUTRON (« Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », in *L'effectivité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 161-190, spéc. p. 170), concernant le droit des sanctions ; il est cependant possible de l'étendre à l'ensemble des modalités procédurales nationales. Pour plus de précisions sur cette idée, cf. *infra*, pt. 562 et suivants.

2. Un principe conditionnant l'autonomie des États membres

182. La particularité du principe d'équivalence est l'équilibre entre l'autonomie des États membres d'une part, et la préservation de l'effet utile du droit de l'Union d'autre part, qu'il tend à maintenir. En effet, il aurait été inacceptable pour l'ordre juridique européen de laisser les États membres totalement libres de déterminer le traitement national à accorder à la norme européenne. Dans cette hypothèse, l'effet utile du droit de l'Union aurait sérieusement été atteint sans que l'Union européenne puisse s'y opposer. Cependant, il aurait été impossible de nier l'autonomie des États membres, notamment en accordant une portée trop importante aux principes d'effet direct, de primauté et d'uniformité⁸¹⁹. Toute la difficulté⁸²⁰ pour la Cour de justice, notamment dans les affaires *Rewe* et *Comet*, était de trouver un compromis entre ces deux impératifs⁸²¹. Le principe d'équivalence vise à opérer cette conciliation⁸²² : les États membres restent bien libres à la condition d'accorder un traitement national suffisamment protecteur de l'effet utile du droit de l'Union. Comme le souligne R. KOVAR dans sa note sous les arrêts *Rewe* et *Comet*, la solution retenue par la Cour est « *la moins pire* », compte tenu de la très faible marge de manœuvre dont elle disposait « *comme toujours lorsque s'opposent des principes et des nécessités* »⁸²³.

183. Ce tel compromis ne peut découler que du principe de coopération loyale. En effet, il serait discutable de voir dans ce principe un outil permettant de limiter⁸²⁴, restreindre⁸²⁵, voire d'éroder⁸²⁶, l'autonomie des États membres au profit de l'effet utile du droit de l'Union. Autrement dit, dire que le principe de coopération loyale s'oppose à l'autonomie institutionnelle et procédurale pose problème. Il nous

⁸¹⁹ Les principes dits de "contentieux de première génération" ; cf. *supra*, pt. 145 et suivants.

⁸²⁰ Sur les doutes quant à la position à adopter, voir J.-V. LOUIS, « La primauté du droit communautaire » précité, pp. 165-168 et R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire » précité, pp. 260-261. Globalement, deux alternatives se dessinaient : soit reconnaître un sens « *maximum à l'effet direct et la supériorité de la norme communautaire* » (R. KOVAR, *op. cit.*, p. 261), mais pouvant « *réduire à néant* » (J.-V. LOUIS, *op. cit.*, p. 166) l'autonomie des États membres ; soit parvenir à une conciliation entre l'autonomie et les principes de primauté et d'uniformité, mais devant passer par l'intermédiaire de l'effet utile (R. LECOURT, *op. cit.*, pp. 239-240 ; A. BLECKMANN, *op. cit.*, p. 127).

⁸²¹ Voir R. KOVAR, « Droit communautaire et droit procédural national » précité ; G. NAFILYAN, note sous les arrêts *Rewe* et *Comet* précités, RTDE 1977, pp. 96-99 ; D. CARREAU, « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », RTDE 1978, pp. 381-418, spéc. p. 402 et suivantes ; J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, pp. 390 et suivantes.

⁸²² Voir J. CAVALLINI, *op. cit.*, pour qui les principes d'équivalence et d'effectivité manifestent « *la recherche permanente de l'équilibre entre les exigences de la primauté et de l'effet direct et la notion d'autonomie procédurale* » (p. 231).

⁸²³ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 243.

⁸²⁴ Voir not. P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? » précité.

⁸²⁵ F. BECKER, *op. cit.*, pp. 1042 et suivantes.

semble plus judicieux, au contraire, de considérer que l'autonomie découle de la coopération loyale⁸²⁷. Les États membres ne peuvent revendiquer agir au titre de leur autonomie que s'ils assurent une mise en œuvre effective du droit de l'Union. À défaut, leur autonomie est écartée et des obligations leur sont imposées. Dans cette optique, le principe d'équivalence constitue moins une *limite* à l'autonomie des États membres qu'une *condition* de son existence⁸²⁸. Les États membres n'agissent dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale *qu'à la condition*⁸²⁹ de le respecter. C'est dans cette optique qu'il est possible de comprendre le *dictum* de la Cour de justice selon lequel « *deux conditions cumulatives, à savoir le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, doivent être réunies pour qu'un État membre puisse faire valoir le principe de l'autonomie procédurale dans des situations qui sont régies par le droit de l'Union* »⁸³⁰.

184. La jurisprudence de la Cour de justice est cependant assez incertaine. Souvent, à propos des principes d'équivalence et d'effectivité, elle évoque des « *limites* » à l'autonomie procédurale des États membres⁸³¹. De plus, présenter le principe d'équivalence comme une condition plutôt qu'une limite ne changera pas son analyse. Il s'agit pour nous de montrer que le principe de coopération loyale tend à concilier l'autonomie des États membres et l'exigence d'une application effective du droit de l'Union⁸³². Par ses déclinaisons que sont l'équivalence et l'effectivité, il

⁸²⁶ C. DENIZEAU, *op. cit.*, p. 272.

⁸²⁷ Pour exemple, O. DUBOS (*op. cit.*) note que « *ce principe de l'autonomie procédurale qui découle notamment de l'article 10 (ex-article 5) du Traité, trouve également ses limites dans ce même article, lequel impose une obligation de coopération aux États membres* » (pp. 251-252). Dans la même idée, M. BLANQUET, *op. cit.*, spéc. pp. 155 et suivantes.

⁸²⁸ Pour M. FARTUNOVA (*La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013), ces principes constitueraient des « *lignes directrices pour les autorités nationales compétentes dans la détermination des modalités procédurales* » (p. 81). De même, J. JORDA (*op. cit.*) estime que la logique guidant la mise en œuvre du droit de l'Union, assurée de manière autonome par les États membres, « *s'arrêterait dès lors que le principe même de son efficacité et de son équivalence à l'égard des règles internes serait remis en cause* » (p. 272) ; l'auteur parlant alors d'un « *principe de coopération équivalente et efficace* » (p. 268) comme devant être respecté à cet égard.

⁸²⁹ Voir not. CJCE, *Wells*, aff. C-201/02 précité, pt. 67 ; CJCE, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 précité, pt. 24 ; CJUE, *Byankov*, aff. C-249/11 précité, pt. 69 ; CJUE, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10 précité, pt. 46 ; CJUE, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16 précité, pt. 26.

⁸³⁰ CJUE, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 25 (nous soulignons). Voir également CJUE, *Aquino*, aff. C-3/16 précité, pt. 49.

⁸³¹ En ce sens, voir not. CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12 ; CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 29. Dans une autre mesure, la Cour considère que les modalités procédurales, dans le cadre de l'autonomie, ne *doivent* (plutôt que ne *peuvent*) pas être contraires aux principes d'équivalence et d'effectivité, laissant possiblement comprendre qu'ils font figure de limites plutôt que de conditions (en ce sens, voir not. CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, *Rec.* p. I-7213, pt. 5 ; CJCE, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08 précité, pt. 24 ; CJUE, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12 précité, pt. 35-36 ; CJUE, *Orizzone Salute*, aff. C-61/14 précité, pt. 46)

⁸³² Voir L. AZOULAI, « *Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux* » précité, pour qui cette quête de l'équilibre est inhérente à la norme européenne, devant osciller entre « *entre ses conditions particulières de formation et d'existence [impliquant l'autonomie des États] et les*

permet d'assurer un rapport équilibré entre ces deux impératifs. À ce titre, le principe d'équivalence constitue un compromis quasi parfait⁸³³ entre eux. En premier lieu, parallèlement au principe d'effectivité, il n'est pas question d'empêcher tout risque de non-application du droit de l'Union européenne en raison du droit national : il ne s'agit en réalité que de le réduire⁸³⁴ ou d'en conjurer les effets néfastes⁸³⁵. En second lieu, il permettra d'identifier les situations dans lesquelles un État membre a méconnu son devoir de coopération loyale, en n'ayant pas, *a minima*, assuré un traitement équivalent du droit de l'Union par rapport à son propre droit.

B. Une finalité première distincte de la protection juridictionnelle effective des individus

185. L'affirmation selon laquelle le principe d'équivalence découle du principe de coopération loyale ne fait pas l'unanimité dans la doctrine. Selon certains auteurs, les principes d'équivalence et d'effectivité, s'ils participent évidemment à assurer l'effet utile du droit de l'Union, l'assurent en tant que *traduction de la protection juridictionnelle effective*⁸³⁶. Ce principe⁸³⁷, reconnu d'abord comme un principe général du droit⁸³⁸, puis consacré⁸³⁹ à l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux⁸⁴⁰, constituerait le fondement des principes d'équivalence et d'effectivité, en lieu et place

*principes fondamentaux en lesquels il demande à être reconnu [primauté, effet direct, uniformité] » (p. 5). Dans le même sens, J. DELICOSTOPOULOS et E. M. SZYSZCZAK, « Intrusions into national procedural autonomy : the French paradigm », *ELR* 1997, n°22/2, pp. 141-149 ; K. LENAERTS, « The decentralized Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Naples, Editoriale Scientifica, t. 2, 2014, pp. 1057-1085, spéc. pp. 1058-1059.*

⁸³³ Une partie de la doctrine, cependant, aura tendance à voir dans le principe d'équivalence un principe plus protecteur de l'autonomie des États que de l'effet utile du droit de l'Union. Pour exemple, voir P. PIETRI, « Répétition de l'indu », note sous CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA*, aff. C-88/99, *Europe* 2001, n°1, comm. 12.

⁸³⁴ CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité : « ce renvoi au droit national peut avoir pour effet que les conditions [d'application du droit de l'Union] diffèrent, dans une certaine mesure, d'un État membre à l'autre. La portée de telles différences, inévitables d'ailleurs en l'état d'évolution actuel du droit communautaire, est cependant **réduite** par les limites auxquelles la Cour a, dans ses arrêts [*Rewe* et *Comet*], soumis l'application du droit national » (pt. 21).

⁸³⁵ Notamment concernant l'uniformité du droit de l'Union, A. BARAV (*La fonction communautaire du juge national* précité) souligne qu'en « raison de l'hétérogénéité des solutions retenues par les différents droits nationaux, le droit communautaire doit s'accommoder d'une certaine diversité dans son application (...). Cependant, il est nécessaire de conjurer les effets nuisibles d'une trop grande diversité et des solutions nationales affaiblissant l'efficacité des droits individuels engendrés par les règles communautaires » (p. 489).

⁸³⁶ Sur cette problématique, voir D. RITLÉNG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2012, pp. 103-135 ; B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 565-593.

⁸³⁷ Sur la généalogie de ce principe, voir not. S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.*, pp. 34 et suivantes.

⁸³⁸ CJCE, *Johnston*, aff. 222/84 précité, pt. 18.

⁸³⁹ Il s'agit bien pour la Cour d'une « réaffirmation du principe de protection juridictionnelle effective » (CJUE, 18 décembre 2014, *Abdida*, aff. C-562/13, ECLI:EU:C:2014:2453, pt. 45).

⁸⁴⁰ Voir F. KRENC, « Article 47. Droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial », in *Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article* précité, pp. 981-1006.

du principe de coopération loyale. Cette vision se justifie, pour ces auteurs, par l'application très fréquente des principes d'équivalence et d'effectivité pour encadrer les recours nationaux visant à assurer l'application du droit de l'Union⁸⁴¹. Elle s'est également fortement développée compte tenu de la portée de l'article 47 de la Charte dans l'encadrement de l'autonomie procédurale des États membres⁸⁴². En somme, ces principes et la protection juridictionnelle poursuivraient alors la même finalité. Une telle thèse dispose d'arguments solides, démontrant que la finalité des principes d'équivalence et d'effectivité est très souvent partagée, sinon confondue, avec celle de la protection juridictionnelle effective (1.). Cependant, il nous semble plus opportun d'opérer une distinction entre elles (2.).

1. Un objectif fréquemment partagé ou confondu de renforcement de l'effet utile du droit de l'Union

186. La jurisprudence de la Cour de justice laisse régulièrement entendre que les principes d'équivalence et d'effectivité et la protection juridictionnelle effective poursuivent la même finalité. En effet, dans la ligne de la jurisprudence relative à l'effet direct⁸⁴³, il apparaissait nécessaire que les juges nationaux assurent, pour les individus, « l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »⁸⁴⁴. Dans ces conditions, une attention toute particulière est portée sur le juge national et sur les modalités procédurales qui encadrent son action⁸⁴⁵. La proximité avec le principe d'équivalence transparait dès l'arrêt dit des « *Croisières au beurre* » où la Cour de justice affirme explicitement que « le système de **protection juridique** mis en œuvre par le traité (...) implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national »⁸⁴⁶.

187. De prime abord, la protection de l'effet utile du droit de l'Union et la protection juridictionnelle effective apparaissent très proches, voire confondues. La

⁸⁴¹ Sur cette question, cf. *infra*, pt. 343 et suivants.

⁸⁴² Voir not. A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1997, pp. 171 et suivantes.

⁸⁴³ La Cour de justice, dès son arrêt *Van Gend en Loos* (aff. 26/62 précité), précisait qu'un État membre devait s'abstenir d'empêcher « toute protection juridictionnelle directe des droits individuels de leurs ressortissants » issus du droit de l'Union (spéc. p. 25). En ce sens, l'ouvrage dirigé par J. RIDEAU, *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, dont la contribution de F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », pp. 141-170, spéc. pp. 143 et suivantes.

⁸⁴⁴ Pour exemple, voir CJUE, 7 novembre 2018, *K. et B.*, aff. C-380/17, ECLI:EU:C:2018:877, pt. 56.

⁸⁴⁵ CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité, p. 675 ; CJCE, 9 juillet 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84, *Rec.* p. 2301, pt. 17.

⁸⁴⁶ CJCE, *Reve (Croisières au beurre)*, aff. 158/80 précité, pt. 44 (nous soulignons).

jurisprudence de la Cour de justice reste justement assez évasive sur cette question⁸⁴⁷. Dans certaines affaires, elle précise que « *c'est aux juridictions nationales qu'il incombe, par application du principe de coopération [loyale], d'assurer la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire* »⁸⁴⁸, impliquant le cas échéant le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Dans d'autres cas, elle utilisera concomitamment le principe de coopération loyale et la protection juridictionnelle effective⁸⁴⁹. Enfin, elle ira parfois plus loin, en affirmant que les « *exigences d'équivalence et d'effectivité expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union* »⁸⁵⁰. Dans cette optique, les principes d'équivalence et d'effectivité apparaissent comme des exigences visant à vérifier que, dans le cadre de leur autonomie institutionnelle⁸⁵¹ et procédurale⁸⁵², les États membres assurent une protection juridictionnelle suffisante⁸⁵³.

188. Cette jurisprudence, notamment marquée par les arrêts *Unibet* et *Impact*, amène à réinterroger la place des principes d'équivalence et d'effectivité⁸⁵⁴. Il est admis qu'à leurs origines ces derniers n'ont pas été dégagés *spécifiquement* dans le but

⁸⁴⁷ L'avocat général M. SZPUNAR (dans ses conclusions sur CJUE, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14 précité) relevait que « *la Cour n'a pas encore eu l'occasion de clarifier l'articulation entre les exigences découlant de l'article 47 de la Charte et celles, très proches, découlant des principes d'équivalence et d'effectivité* » (pt. 85). Dans le même sens, voir S. GUINCHARD, V° « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2017 (actualisé en juillet 2018), par. 119. Selon nous, ce constat s'impose encore aujourd'hui.

⁸⁴⁸ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité, pt. 19 ; CJCE, *Peterbroeck e.a.*, aff. C-312/93 précité, pt. 12 ; CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, aff. C-72/95, *Rec. p.* I-5403, pt. 58 ; CJCE, 20 octobre 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal e.a.*, aff. C-511/03, *Rec. p.* I-8979, pt. 29.

⁸⁴⁹ CJCE, 11 septembre 2003, *Safalero*, aff. C-13/01, *Rec. p.* I-8679

⁸⁵⁰ CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 47 ; CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec. p.* I-10467, pt. 44 ; CJUE, 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à 320/08, ECLI:EU:C:2010:146, pt. 49. Implicitement, voir CJCE, 19 juin 2003, *Eribrand*, aff. C-467/01, *Rec. p.* I-6471, pt. 61-62 ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-2271, pt. 42-43. Une telle proximité était perceptible dès l'arrêt CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, *Rec. p.* 6313, estimant que, en vertu du principe de protection juridictionnelle effective, le juge national se doit « *de statuer (...) sur la légalité de l'acte national [affectant le droit de l'Union], dans les mêmes conditions de contrôle que celles réservées à tout acte définitif qui (...) est susceptible de faire grief [principe d'équivalence], et, par conséquent, de considérer comme recevable le recours introduit à cette fin, même si les règles de procédure internes ne le prévoient pas en pareil cas [principe d'effectivité]* » (pt. 13).

⁸⁵¹ Pour exemple, CJCE, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96 précité : « *il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause des droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, une protection effective à ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, au plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations juridiques fondées sur le droit communautaire* » (pt. 40 – nous soulignons).

⁸⁵² Pour exemple, CJCE, *Safalero*, aff. C-13/01 précité, pt. 50.

⁸⁵³ CJUE, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à 320/08 précité, pt. 47.

⁸⁵⁴ Voir not. la démonstration proposée par M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, spéc. pp. 117 et suivantes. Dans la même idée, voir J. WILDEMEERSCH, *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 48 et suivantes.

d'assurer le respect de la protection juridictionnelle effective⁸⁵⁵, mais bien l'effet utile de l'effet direct. Toutefois, avec le développement croissant de cette protection juridictionnelle⁸⁵⁶, ils lui servent alors de « *relais* »⁸⁵⁷ : de cette manière, la Cour de justice est plus exigeante vis-à-vis des États membres⁸⁵⁸. Plus que d'un revirement de jurisprudence, selon J. CAVALLINI, il s'agirait d'un « *changement de base juridique qui permettrait à la Cour (...) d'accroître son contrôle sur l'autonomie procédurale* »⁸⁵⁹. Pour S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN⁸⁶⁰, ce changement doit être admis à la lecture des arrêts *Unibet* et *Impact* de la Cour de justice : considérer que ces principes se limitent exclusivement à assurer l'effet utile du droit de l'Union ne serait alors plus tenable. À terme, il apparaîtrait pertinent de s'interroger sur une « *assimilation des principes d'effectivité et d'équivalence au droit à une protection juridictionnelle* »⁸⁶¹. Ces principes ne découleraient donc plus de l'article 4, §3, TUE, mais de l'article 47 de la Charte⁸⁶².

189. Ces remarques s'appuient essentiellement sur l'étude du principe d'effectivité⁸⁶³, bien qu'elles puissent tout autant se justifier pour le principe d'équivalence⁸⁶⁴. La jurisprudence de la Cour de justice se révèle floue sur la relation existante entre le principe d'effectivité et la protection juridictionnelle effective. Plus

⁸⁵⁵ Non sans une certaine logique dès lors qu'ils ont été dégagés en 1976, et que la protection juridictionnelle effective n'apparaît, explicitement, qu'en 1986 (ou, concernant le droit des sanctions, en 1984 dans CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 précité, pt. 23).

⁸⁵⁶ Voir les éléments jurisprudentiels précités : *Heylens* (aff. 222/86), *Borelli* (aff. C-97/91), *Commission c. Autriche* (aff. C-424/95), *UPA* (aff. C-50/00 P), *Unibet* (aff. C-432/05), *Impact* (aff. C-268/06) ; voir également, concernant l'ordre juridique de l'Union, CJCE, 18 janvier 2007, *PKK et KNK c. Conseil*, aff. C-229/05 P, *Rec.* p. 439 ; CJCE, 3 septembre 2009, *Kadi*, aff. C-402/05 P, *Rec.* p. 6351 (sur cette question, voir F. PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin* précité, pp. 907-920).

⁸⁵⁷ M. ROCCATI, *op. cit.*, p. 122. Pour l'avocat général P. CRUZ VILLALON (conclusions sur CJUE, 19 mars 2015, *E.ON Földgáz Trade*, aff. C-510/13, ECLI:EU:C:2015:189), l'article 47 de la Charte s'inscrit comme « *prolongeant une jurisprudence antérieure exprimée dans les principes d'effectivité et d'équivalence* » (pt. 43).

⁸⁵⁸ Pour M. ROCCATI (*ibid.*), dans l'arrêt *Franovich*, les « *principes d'équivalence et d'effectivité s'affranchissent de ce fait d'un rôle de contrôle des normes nationales, pour participer avec les principes généraux développés par la Cour à l'élaboration d'une construction autonome du droit à une protection juridictionnelle, détachée des règles de procédure nationales* » (p. 123). L'étude du principe d'effectivité est notamment révélatrice de ce constat (cf. *infra*, pt. 864 et suivants).

⁸⁵⁹ J. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 247. Dans la même logique, afin de présenter ces deux principes, J.-V. LOUIS et T. RONSE (*op. cit.*) parlent de la « *protection juridictionnelle en tant que prolongement de l'effet direct* » (p. 292).

⁸⁶⁰ S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.* : ces arrêts « *can be understood as saying that equivalence and effectiveness should be considered as part of the more encompassing judicial protection of effective judicial protection* » (p. 45).

⁸⁶¹ M. ROCCATI, *op. cit.*, p. 125. Dans cette idée, voir également S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2021, spéc. pp. 735 et suivantes.

⁸⁶² En ce sens, l'avocat général N. JÄÄSKINEN (conclusions sur CJUE, *Orizzone Salute*, aff. C-61/14 précité) estiment que ces principes « *doivent être considérés comme rattachés au cadre de l'article 47 de la Charte* » (pt. 24).

⁸⁶³ Sauf s'il est admis que le principe d'effectivité remplit une fonction et jouit d'un statut trop spécifique par rapport au principe d'équivalence, auquel cas, le régime de l'un n'influe pas sur le régime de l'autre. Une telle position dispose, là encore, d'arguments juridiques très solides : en ce sens, W. VAN GERVEN, « *Of Rights, Remedies and Procedures* » précité, pp. 523 et s. Pour exemple, voir CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, pt. 35.

⁸⁶⁴ Quoique la performativité du principe d'équivalence semble également être affectée lorsqu'il s'agit d'assurer (même implicitement) une protection juridictionnelle effective : en ce sens, voir not. CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 ou CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08, *Rec.* p. 635. Voir également M. ROCCATI, *op. cit.*, pp. 122-

que d'un changement de base légale, il semblerait presque que le second ait totalement absorbé le premier⁸⁶⁵ ou, à tout le moins, que la protection juridictionnelle puisse s'y substituer⁸⁶⁶. Le rapport qu'entretient le principe d'effectivité avec la protection juridictionnelle est diversement apprécié : distinct⁸⁶⁷, difficile à distinguer⁸⁶⁸, intimement lié⁸⁶⁹, en constituant une *expansion*⁸⁷⁰ ou encore totalement confondu⁸⁷¹. Dans tous les cas, un rapprochement certain entre eux apparaît comme incontestable⁸⁷² : la Cour de justice alterne, sans raison apparente, la résolution des problèmes sur le fondement du principe d'effectivité ou de protection juridictionnelle effective⁸⁷³.

2. Des différences fondamentales liées à la spécificité de la protection juridictionnelle effective

190. L'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice n'apporte pas de réponse péremptoire sur ces questions. La doctrine reste très logiquement divisée⁸⁷⁴. Il nous semble cependant possible d'affirmer que le principe d'équivalence ne constitue pas une déclinaison du principe de protection juridictionnelle effective. La raison repose sur la différence de leur finalité respective. En effet, si le principe

123 ; D. RITLÉNG, *op. cit.*, pp. 108-109, à propos de l'arrêt CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691 – cette problématique sera plus amplement étudiée *infra*.

⁸⁶⁵ CJUE, 13 septembre 2018, *Profi Credit Polska*, aff. C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711 où la Cour utilise, à côté du principe d'équivalence, et totalement en lieu et place du principe d'effectivité, le « droit à un recours effectif, tel que prévu à l'article 47 de la Charte (...) » (pt. 57).

⁸⁶⁶ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14 précité, pt. 85.

⁸⁶⁷ P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015, spéc. pp. 225 et suivantes.

⁸⁶⁸ O. DUBOS (*op. cit.*) soulève bien que le « principe d'effectivité et le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif ne sont pas faciles à distinguer » (p. 59) à la lecture de la jurisprudence, sous-entendant qu'il est donc facile d'opérer une confusion entre eux.

⁸⁶⁹ J.-G. HUGLO et C. SOULARD, « Principes généraux du droit communautaire », actes du colloque à la Cour de cassation « Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne », 2000 (lien en bibliographie).

⁸⁷⁰ Telle est la position défendue par S. PRECHAL, en ce que « *it can be said that this principle [protection juridictionnelle effective] expands the 'old' principle of effectiveness* » (voir not. « EC Requirements for an Effective Remedy », in in *Remedies for Breach of EC Law* précité, p. 4 ; *Directives in EC Law* précité, p. 160). Dans le même sens, W. VAN GERVEN, « Of Rights, Remedies and Procedures » précité, pp. 502-504.

⁸⁷¹ J.-C. BARBATO, « L'affirmation de la justice étatique comme appareil judiciaire européen est-elle compatible avec la souveraineté nationale ? », *Politeia*, n°25, 2014, pp. 189-207, spéc. p. 197.

⁸⁷² Pour plus de précisions sur cette question, cf. *infra*, pt. 867 et suivants.

⁸⁷³ Opérant une reformulation d'une question préjudicielle basée sur, à l'origine, le seul principe d'effectivité, à une analyse du principe de protection juridictionnelle effective découlant de l'art. 47 de la Charte, voir CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, *Rec.* p. I-13849. Voir également CJUE, 27 septembre 2017, *Puškár*, aff. C-73/16, ECLI:EU:C:2017:725 : dans cette affaire, tandis que l'avocat général J. KOKOTT proposait de résoudre le litige à partir des principes d'équivalence et d'effectivité, la Cour préféra se référer exclusivement à l'article 47 de la Charte (pt. 54 et suivants). Néanmoins, des contre-exemples peuvent être également mentionnés : voir CJUE, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12 précité, à la lecture des conclusions de l'avocat général Y. BOT (spéc. pt. 30 et suivants).

⁸⁷⁴ M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice* précité, p. 54 ; S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Effectiveness or Effective Judicial Protection : A Poorly Articulated Relationship », in *Today's Multilayered Legal*

d'équivalence contribue à assurer une mise en œuvre *effective* des règles européennes, le principe de protection juridictionnelle effective n'y participe qu'incidemment. En effet, il remplit cette fonction par l'octroi de garanties au profit d'un individu qui invoque le droit de l'Union devant le juge national⁸⁷⁵. Dans cette perspective, la protection du justiciable concorde avec la préservation de l'effet utile du droit de l'Union. Aussi, il est logique de présenter le principe d'équivalence comme soutien⁸⁷⁶, déclinaison⁸⁷⁷ ou complément⁸⁷⁸ de la protection juridictionnelle effective.

191. Cependant, même dans de telles circonstances, la finalité première du principe d'équivalence ne se confond pas avec celle de la protection juridictionnelle effective⁸⁷⁹. Comme le souligne D. RITLENG, ce dernier s'assimile à « *un principe de fond du droit, même s'il sert à protection d'autres droits* »⁸⁸⁰. Il constitue une fin en soi et non, à titre principal, un moyen au service de la préservation de l'effet utile du droit de l'Union. Le principe d'équivalence s'écarte clairement de cette présentation en ce qu'il ressemble « *en quelque sorte, plutôt [à] des règles d'administration du droit, des outils permettant à la Cour de vérifier le respect d'autres normes et principes communautaires (...)* »⁸⁸¹.

192. La fonction première de la protection juridictionnelle effective se constate sans mal. Par exemple, les exigences de motivation des autorités publiques⁸⁸² ou du caractère juridictionnel de l'organe statuant⁸⁸³ des obligations tendent *d'abord* à accorder une protection aux individus et moins à permettre l'application effective d'une règle européenne. De même, la protection juridictionnelle effective, en ce

Order : Current, Issues and Perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij, Zutphen, Paris Legal Publishers, 2011, pp. 283-296, spéc. pp. 292 et suivantes.

⁸⁷⁵ G. TESAURO, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts », *YEL*, n°13, 1993, pp. 1-17 : l'auteur note que l'attention de la Cour de justice s'est focalisée « *to effectiveness of judicial protection, in particular that of individual rights, as a means of ensuring the effectiveness of the legal system as a whole* » (p. 2). Voir également D. F. WAELBROECK, « Treaty Violations and Liability of Members States : the Effect of the Francovich Case Law », in T. HEUKELS et A. McDONNELL (dir.), *The Action for Damages in Community Law* précité, pp. 311-337, spéc. p. 313.

⁸⁷⁶ Si le principe est mentionné distinctement de la protection juridictionnelle effective ; voir not. CJUE, *E.ON Földgáz Trade*, aff. C-510/13 précité, pt. 50.

⁸⁷⁷ Lorsque la Cour considère que les principes d'équivalence et d'effectivité « *expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » (CJCE, *Impact*, aff. C-268/08 précité, pt. 47).

⁸⁷⁸ Voir B. BERTRAND et J. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 569. Ces propos ne peuvent cependant pas s'appliquer au principe d'effectivité, car bien plus complexe à appréhender en tant que tel.

⁸⁷⁹ En ce sens, N. POLTORAK (*op. cit.*), à propos des principes d'équivalence et d'effectivité, estime que « *those requirements are used in order to guarantee enforcement of Union law through domestic law measures, and not merely for enforcement of the rights of private entities* » (p. 71).

⁸⁸⁰ D. RITLENG, *op. cit.*, pp. 107-108.

⁸⁸¹ D. RITLENG, *op. cit.*, p. 107.

⁸⁸² CJCE, *Heylens*, aff. 222/86 précité, pt. 15.

⁸⁸³ CJCE, 27 novembre 2001, *Commission c. Autriche*, aff. C-424/99, *Rec.* p. 9285, pt. 42-45.

qu'elle s'inspire des articles 6 et 13 de la Convention EDH, renvoie à l'ensemble des exigences liées au procès équitable, telles que celles d'impartialité et d'indépendance du juge⁸⁸⁴ ou le respect des droits de la défense, comme le respect du principe du contradictoire⁸⁸⁵. En conséquence, il apparaîtrait réducteur de considérer qu'elle se limiterait exclusivement à assurer aux individus une application effective du droit de l'Union par le juge. Un exemple en est donné par l'arrêt *Borelli*⁸⁸⁶ : dans le contexte particulier de l'affaire⁸⁸⁷, la Cour de justice exige, sur le fondement exclusif de la protection juridictionnelle effective, que le juge italien puisse apprécier la régularité d'actes nationaux, et ce « *même si les règles de procédure internes ne le prévoient pas en pareil cas* »⁸⁸⁸. Comme le souligne E. GARCIA DE ENTERRIA⁸⁸⁹, plutôt que de se référer, même accessoirement, au principe de coopération loyale, la Cour de justice se focalise sur la protection juridictionnelle effective. Il ne s'agissait pas, dans cette hypothèse, d'assurer la mise en œuvre du droit de l'Union à proprement parler, mais clairement de s'assurer que le particulier puisse avoir accès à un juge⁸⁹⁰. Pour G. DELLIS, cette affaire démontre plutôt le caractère ambivalent de la protection juridictionnelle effective⁸⁹¹.

193. Admettre cette idée se heurte à la confusion selon laquelle la préservation de l'effet utile du droit de l'Union passe essentiellement par la protection des individus devant le juge. En effet, dès son arrêt *Van Gend en Loos*, la

⁸⁸⁴ Pour exemple, CJUE, 9 octobre 2014, *TDC*, aff. C-222/13, ECLI:EU:C:2014:2265, pt. 28 et suivants.

⁸⁸⁵ Pour exemple, CJUE, 4 juin 2013, *ZZ*, aff. C-300/11, ECLI:EU:C:2013:363, pt. 55.

⁸⁸⁶ CJCE, *Borelli*, aff. C-97/91 précité. Position notamment confirmée : voir CJUE, 17 septembre 2014, *Liivimaa Libaveis*, aff. C-562/12, ECLI:EU:C:2014:2229.

⁸⁸⁷ Il s'agissait pour un requérant italien de contester devant la Cour de justice la légalité d'une décision de la Commission liée par un avis négatif (potentiellement irrégulier) rendu par une autorité publique italienne. Or la Cour de justice rappelle qu'elle est totalement incompétente pour apprécier la régularité d'un acte national (pt. 9), même s'il s'inscrit dans un processus décisionnel européen (pt. 10). Elle ne peut donc apprécier la régularité de l'avis national rendu pour apprécier la régularité de la décision de la Commission (pt. 12). Or le droit italien ne semblait pas permettre à l'individu de contester directement, devant le juge italien, la régularité de cet avis. Dans une telle situation, l'individu en question ne disposait, concrètement, d'aucune voie de droit lui permettant, d'une manière ou d'une autre, de contester la décision de la Commission.

⁸⁸⁸ *Ibid.*, pt. 13.

⁸⁸⁹ E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law : the Judgement of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of EC Treaty », *YEL*, n°13, 1993, pp. 19-37, spéc. pp. 29-32.

⁸⁹⁰ Le prétoire de la Cour de justice lui étant logiquement fermé, il devait alors forcément se tourner vers le juge national. Cette logique préfigure clairement de celle justifiant la restriction d'accès au prétoire de la Cour de justice, compenser par l'ouverture des prétoires nationaux, au nom d'une protection juridictionnelle effective. Voir les jurisprudences précitées *supra* comme *UPA* (aff. C-50/00 P) ou *Inuit*, (aff. C-583/11 P).

⁸⁹¹ Voir en ce sens, G. DELLIS, « Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire », *Rev. Eur. Droit public*, 2001, n°1, pp. 279-332 : d'une part, « la solution retenue constitue une atteinte considérable à l'autonomie procédurale des États membres dans la mesure où elle semble imposer au juge administratif national de mettre de côté une des conditions de recevabilité du recours en annulation (...) », et, d'autre part, « l'interprétation donnée aux articles 6 et 13 de la ConvEDH va bien au-delà de la jurisprudence existante de la CourEDH (...). La jurisprudence *Borelli* renforce l'accès à la justice par le biais de l'article 6 ConvEDH et du principe de protection effective des droits créés par l'ordre juridique communautaire » (pp. 298-299).

Cour de justice a reconnu le rôle indirect des individus dans la mise en œuvre effective du droit de l'Union, en ce que « *la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits [implique] un contrôle efficace* » de la part des juges nationaux⁸⁹². R. LECOURT a ainsi pu affirmer à cet égard que « *le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son propre intérêt, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté* »⁸⁹³. En conséquence, exiger une protection juridictionnelle des droits conférés aux individus permet à ceux-ci d'en obtenir plus facilement une application effective, permettant *in fine* une mise en œuvre effective de l'ensemble du droit de l'Union⁸⁹⁴. Par l'intermédiaire de l'individu (ou, sous couvert de vouloir le protéger, en tant que titulaire des droits conférés par l'ordre juridique européen), la protection juridictionnelle permet ainsi de participer à la mise en œuvre effective du droit de l'Union. Cette instrumentalisation⁸⁹⁵ de la protection juridictionnelle effective s'explique eu égard au rôle primordial que le juge national joue en tant que juge de droit commun du droit de l'Union et comme acteur de la mise en œuvre effective du droit de l'Union.

194. Toutefois, et aussi importante soit-elle, il ne faudrait pas réduire la mise en œuvre du droit de l'Union à la seule action du juge national afin de protéger les droits accordés aux individus. Autrement dit, il existe des situations où la mise en œuvre de l'Union se fait dans le respect du principe d'équivalence, sans relever de la protection juridictionnelle effective⁸⁹⁶. Tel est le cas dès lors que le droit de l'Union impose une obligation ou une charge à un individu. La Cour de justice a ainsi pu considérer qu'« *il incombe aux juridictions des États membres d'assurer, par application du*

⁸⁹² CJCE, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62 précité, spéc. p. 25 – nous soulignons. Sur cette idée, voir not. F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, pp. 3 et suivantes ; F. PICOD, « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », *Le 50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)* précité, pp. 81-92.

⁸⁹³ R. LECOURT, *op. cit.*, pp. 260-261. Dans la même idée, voir B. DE WITTE, « The Impact of *Van Gend en Loos* on Judicial Protection at European and National Level : Three Types of Preliminary Question », in *Le 50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)* précité, pp. 93-101, spéc. pp. 98-100 ; J. RONDU, *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 309 et suivantes.

⁸⁹⁴ Voir D. F. WAELBROECK, *op. cit.* : à propos des conditions d'engagement de la responsabilité de l'État, « *by reinforcing the powers of individuals to control the application of Community law whenever their rights have been violated, gives them a much more efficient weapon for ensuring the application of Community law by Member States* » (p. 316 – nous soulignons).

⁸⁹⁵ En ce sens, B. BERTRAND et J. SIRINELLI (*op. cit.*) note : « *On pourrait y voir une instrumentalisation des juridictions nationales au service de la bonne application du droit de l'Union. Aussi, cette conception fonctionnelle du droit au juge accrédi-te-elle une différenciation du droit au juge au sens européen et au sens conventionnel. Si le droit au juge au sens conventionnel a pour seul objectif la protection du justiciable, le droit au juge en droit de l'Union fait de la protection du justiciable un élément de l'effectivité du droit* » (p. 579 – nous soulignons).

*principe de coopération énoncé à l'article 5 du traité, la protection juridique découlant de l'effet direct des dispositions communautaires, aussi bien lorsque celles-ci engendrent des obligations pour les justiciables que lorsqu'elles leur accordent des droits*⁸⁹⁷ : la « *protection juridique* » ici mentionnée renvoie ainsi plus à la nécessité d'assurer l'effet utile du droit de l'Union qu'à la protection juridictionnelle effective des individus. De même, la mise en œuvre effective du droit de l'Union implique que les États membres adoptent des mesures pour sanctionner des individus. Dans la même optique, l'avocat général GEELHOED a pu considérer que le principe d'effectivité (et donc, *a fortiori*, le principe d'équivalence) « *comporte deux aspects. Les citoyens ne doivent pas seulement pouvoir exercer les droits que le droit communautaire leur accorde ; ils doivent également respecter les obligations qui leur incombent* »⁸⁹⁸. Ce dernier constat confirme l'idée que la coopération loyale constitue le fondement primordial du principe d'équivalence. Sans être pour autant incompatible avec la protection juridictionnelle effective, il permet non seulement d'englober l'ensemble des manifestations possibles de la mise en œuvre attendue du droit de l'Union, tout en cherchant à se concilier avec l'autonomie laissée aux États membres⁸⁹⁹. En un mot, affirmer que l'équivalence contribue à la protection juridictionnelle effective des individus « *is of course right, but not universal* »⁹⁰⁰.

⁸⁹⁶ Sans même parler des arrêts dans lesquels la Cour de justice ne mentionne nullement la protection juridictionnelle effective alors qu'est bien en cause la protection de droits conférés par le droit de l'Union à des individus dans un cadre contentieux (voir not. CJCE, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08 précité).

⁸⁹⁷ CJCE, *Ferwerda*, aff. 265/78, pt. 10.

⁸⁹⁸ L. A. GEELHOED, conclusions sur CJCE, 15 janvier 2004, *Penycoed*, aff. C-230/01, *Rec. p.* I-937, pt. 67.

⁸⁹⁹ Voir J. TEMPLE LANG, « Article 10 EC – The Most Important “General Principle” of Community Law » précité, spéc. pp. 82-83.

⁹⁰⁰ N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 72.

Conclusion du Chapitre 1

195. La fonction du principe d'équivalence s'appréhende à partir des particularités de l'administration indirecte européenne. Sa raison d'être s'explique eu égard aux conditions dans lesquelles les États membres sont tenus de mettre en œuvre le droit de l'Union. Pour différentes raisons, ce renvoi aux autorités nationales s'avère inévitable pour l'Union européenne. De même, les États membres opèrent cette application des règles européennes par l'intermédiaire d'une compétence qui leur est propre – c'est-à-dire qui n'a pas été déléguée par l'ordre juridique européen. Enfin, ils agissent nécessairement avec une certaine autonomie : leur action ne peut être *exhaustivement* encadrée ou orientée par le droit de l'Union européenne. Dans ces conditions, la mise en œuvre effective des règles européennes *dépend* des États membres.

196. Il en résulte un risque pour l'effet utile du droit de l'Union. Sa capacité à produire pleinement ses effets dans les ordres juridiques nationaux ne saurait *totalemment* dépendre, sans aucun garde-fou, de l'action autonome des autorités nationales. Certaines garanties existent mais elles ne suffisent pas à annihiler ce risque. Tel est le cas si aucune réglementation européenne ne vient encadrer les modalités nationales de mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour de justice a ainsi identifié pour le principe d'équivalence pour atténuer davantage ce risque. Par son application, l'effet utile du droit se voit, dans ce contexte d'administration indirecte, préservé. En substance, les États membres doivent assurer au droit de l'Union européenne des conditions d'application au moins aussi favorables que celles normalement prévues pour des règles internes similaires. En d'autres termes, l'effectivité des règles européennes doit être équivalente à celle des règles internes similaires. La fonction du principe d'équivalence dépasse ainsi la seule protection juridictionnelle effective : il s'agit surtout de faciliter l'application d'une règle européenne de manière générale, sans se limiter aux situations dans lesquelles un individu l'invoque devant le juge national.

Chapitre 2 : Une logique inédite de rapprochement du droit de l'Union européenne avec le droit interne

197. La fonction du principe d'équivalence présente l'originalité de reposer sur une logique de rapprochement du droit de l'Union avec le droit interne. En effet, son application nécessite de passer par plusieurs étapes spécifiques qui en attestent. D'abord, il convient de déterminer les situations dans lesquelles il est susceptible d'intervenir – ce que nous proposons d'appeler la “situation européenne”. Elle peut se définir comme une situation dans laquelle une norme européenne est mise en œuvre ou est susceptible de l'être. Ensuite, il faut caractériser une “situation interne”, susceptible d'être similaire à la “situation européenne”⁹⁰¹. S'il est admis que ces deux situations sont comparables, il faut alors identifier le traitement national appliqué à chacune d'elles. Enfin, il faut s'assurer que le traitement accordé à la “situation européenne” n'est pas « *moins favorable* » que celui appliqué à la “situation interne” similaire. L'étude des deux premières étapes, à savoir l'identification des situations européennes et internes, révèle une originalité dans la fonction du principe d'équivalence. En substance, pour pouvoir opérer, ce dernier nécessite qu'une “situation européenne” puisse être considérée comme comparable ou assimilable à une “situation interne”.

198. Admettre ces éléments n'a rien d'anodin. En un sens, ces deux étapes traduisent une logique de rapprochement du droit de l'Union avec le droit interne. L'encadrement de l'action des États membres par le principe d'équivalence se fait par une conjugaison particulière de l'ordre juridique de l'Union et de celui des États. Il contribue surtout à intégrer⁹⁰² davantage le droit de l'Union européenne au sein de l'ordre juridique national. L'ambition est ici de mesurer ce potentiel d'intégration. Il se manifeste dans la liaison singulière entre les ordres juridiques de l'Union et des États membres qui résulte de l'application du principe d'équivalence (**Section 1**). Cette logique de rapprochement s'apparente à celle adoptée par d'autres principes

⁹⁰¹ À propos de la discrimination en raison de la nationalité, dont la logique est très proche de celle du principe d'équivalence (cf. *infra*, pt. 298 et suivants), la Cour de justice parle d'une « *situation régie par le droit* [de l'Union] » (CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag*, aff. C-43/95, *Rec. p. I-4661*, pt. 16).

⁹⁰² M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e

reconnus en droit de l'Union et par la Cour de justice. Toutefois, le principe d'équivalence s'en démarque. La liaison qu'il contribue à instituer entre ordres juridiques ne peut être reproduite ou dupliquée par ces autres principes (**Section 2**).

Section 1 : Une liaison singulière entre ordres juridiques

199. Le principe d'équivalence constitue un principe de rapports de système⁹⁰³. Il encadre les relations entre les ordres juridiques européen et nationaux. Plus précisément, il contribue à déterminer les conditions de *réception*⁹⁰⁴ du droit de l'Union par l'ordre juridique national. D'autres principes ou concepts issus de l'Union européenne, comme la primauté, l'effet direct ou le principe d'effectivité⁹⁰⁵, participent également à cet aménagement des rapports entre systèmes européens et nationaux. Cependant, le principe d'équivalence se singularise d'eux par le lien très particulier qu'il établit entre les ordres juridiques. En premier lieu, pour pouvoir être appliqué et respecté, il requiert la mise en parallèle d'une "situation européenne" avec une "situation interne" (§1). En second lieu, son respect conduit, incidemment, à renforcer l'intégration de l'ordre juridique européen au sein des ordres juridiques nationaux (§2).

§1 : Une mise en parallèle d'une "situation européenne" avec une "situation interne"

200. La liaison opérée par le principe d'équivalence entre les ordres juridiques européen et nationaux implique *la mise en parallèle* d'une "situation européenne" avec une "situation interne". En d'autres termes, il faut admettre que le droit de l'Union européenne soit considéré comme comparable au droit interne. Ce procédé ne doit pas tromper : ces deux droits ne sont *a priori* pas comparables, compte tenu notamment des nombreux privilèges et spécificités inhérents au droit de

édition, 2011, pp. 407-438 : « *the principle of equivalence does in fact possess hidden depths (...). It is certainly true that [it] carries significant integrative potential* » (p. 423).

⁹⁰³ En ce sens, E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, 2015, p. 11 à propos des « *principes de limitation de l'autonomie [des États membres]* », dont le principe d'équivalence.

⁹⁰⁴ Le terme de "réception" désigne la manière dont l'État appréhende le droit de l'Union au sein de son ordre juridique. En ce sens, C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 11-16.

⁹⁰⁵ E. DUBOUT et B. NABLI, *op. cit.*, p. 11.

l'Union européenne⁹⁰⁶. Parler de “mise en parallèle” semble, dès lors, plus opportun. Il s'agit d'affirmer qu'ils peuvent être placés sur un même plan. Cette *mise en parallèle* s'opère à partir de la conception retenue de la “situation européenne” et de la “situation interne”. Tout l'enjeu repose sur la définition à leur donner. Une telle opération est cependant loin d'être aisée. Ces concepts ne sont pas présents tels quels dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cette dernière utilise des expressions variables pour les désigner et ne les explicite que très rarement ou de manière implicite. Pour pouvoir mieux les appréhender, nous retiendrons une acception volontairement étendue de la “situation européenne” (A.) et une définition négative de la “situation interne” (B.).

A. Une acception volontairement large de la “situation européenne”

201. Nous proposons de définir la “situation européenne” d'une manière large : il s'agit d'une situation dans laquelle une norme européenne s'applique ou est susceptible de s'appliquer. Cette approche permet ainsi de répondre à deux constats. En premier lieu, la jurisprudence de la Cour de justice révèle une très grande diversité de situations dans lesquelles le principe d'équivalence a pu intervenir – ce qui implique, à chaque fois, la présence d'une “situation européenne”. Il peut s'agir de la mise en œuvre *directe* d'une disposition européenne, notamment par la transposition d'une directive ou par l'application d'un règlement⁹⁰⁷. Tel est également le cas lorsque des dispositions nationales entravent la mise en œuvre du droit de l'Union⁹⁰⁸. En second lieu, la “situation européenne” peut renvoyer à l'application simultanée ou confondue de plusieurs normes européennes⁹⁰⁹. En outre, la règle européenne en

⁹⁰⁶ Cf. *infra*, pt. 271 et suivants. Voir not. C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G* 2007, n°30, 175, pp. 13-22, qui estime que « les litiges communautaires ne peuvent pas être de nature tout à fait semblable à des litiges purement nationaux » (p. 16).

⁹⁰⁷ Voir not. CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. C-36/94, *Rec.* p. I-3573, pt. 20.

⁹⁰⁸ Tel est notamment le cas lorsque le juge national refuse d'appliquer le droit de l'Union quand le requérant a dépassé des délais procéduraux nationaux : voir not. CJCE, 8 juin 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-383/92, *Rec.* p. I-2435, pt. 55.

⁹⁰⁹ Voir not. CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, à propos de l'application de la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JOCE 2006, L 347, p. 1), de l'art. 325 TFUE et de la Convention PIF (relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles le 26 juillet 1995 - JOCE 1995, C 316, p. 49).

question n'est pas toujours clairement déterminée⁹¹⁰. Logiquement, en l'absence de toute situation européenne, le principe d'équivalence ne peut pas être appliqué⁹¹¹.

202. Ces premiers éléments se rapprochent, globalement⁹¹², du champ d'application des droits fondamentaux⁹¹³ qui, aux termes de l'article 51 de la Charte⁹¹⁴, doivent être respectés par les États membres « *lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union* »⁹¹⁵. La "situation européenne" s'assimile ainsi aux situations dans lesquelles les droits fondamentaux, et y compris les principes généraux du droit de l'Union, doivent être respectés par les États membres – et ce même si le principe d'équivalence ne peut être rattaché ni aux premiers, ni aux seconds. Cette idée sera précisée ultérieurement, à l'occasion de l'étude sur la "situation interne", dès lors qu'elle ne pose pas de problèmes particuliers concernant l'identification de la "situation européenne".

203. Nous estimons nécessaire de nous attarder sur un point plus délicat, à savoir la question de savoir s'il est nécessaire que la règle européenne qui caractérise la "situation européenne" soit ou non *d'effet direct*. La jurisprudence de la Cour de justice n'apporte que des éléments de réponse implicites à ce sujet. Dans plusieurs affaires jugées par la Cour de justice⁹¹⁶, il semble que la norme européenne qui

⁹¹⁰ Par exemple, la Cour de justice a estimé qu'il est « *contraire au principe d'équivalence de qualifier ou de traiter différemment une situation trouvant son origine dans l'exercice d'une liberté communautaire et une situation purement interne (...)* » (CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec.* p. I-6515, pt. 59 – nous soulignons).

⁹¹¹ Pour un exemple, voir CJUE, 22 mai 2014, *Érsekesanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352. Dans cette affaire, le juge de renvoi demandait à la Cour si les mesures édictées au titre d'une directive relative à la lutte contre la grippe aviaire relèvent d'un régime de réparation déterminé par le droit de l'Union. La Cour répond par la négative à cette question (pt. 57). Or le juge l'avait également saisie d'une question portant sur le principe d'équivalence : « *le principe d'équivalence [doit-il] être interprété en ce que, dans l'hypothèse où un droit à réparation pour les dommages subis par une entreprise telle que la requérante au principal ne découlerait pas du droit de l'Union, ce principe pourrait être appliqué afin de permettre la mise en œuvre de mêmes règles procédurales à l'examen, d'une part, de demandes susceptibles d'être adjugées sur le fondement du droit de l'Union et, d'autre part, de demandes similaires susceptibles de l'être en vertu des règles du droit [national] [?]* » (pt. 60). La Cour répond à nouveau par la négative : la situation en cause n'est pas une "situation européenne" (pt. 62). Dès lors, « *pour autant que le respect du principe d'équivalence suppose l'application indifférenciée d'une règle nationale dans des situations résultant, d'une part, de l'application du droit de l'Union et, d'autre part, du droit interne, ce principe ne peut pas être appliqué dans une situation qui ne relève pas du droit de l'Union, telle que celle au principal* » (pt. 63).

⁹¹² Ce rapprochement est opéré à propos du principe d'effectivité par M. SAFJAN, D. DÜSTERHAUS et A. GUERIN (« La Charte des droits fondamentaux de l'Union et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », RTDE 2016, pp. 219-247, spéc. p. 228), ce qui nous permet de l'étendre également au principe d'équivalence.

⁹¹³ Ce même raisonnement s'applique aux principes généraux du droit européens ; voir not. L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 101 et suivantes.

⁹¹⁴ Antérieurement, voir CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec.* p. I-2925, pt. 42 ; CJCE, 29 mai 1997, *Kremzow*, aff. C-299/95, *Rec.* p. I-2629, pt. 14-15.

⁹¹⁵ Voir not. F. PICOD, « Article 51. Champ d'application », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 1059-1082, spéc. pp. 1067-1074 ; R. TINIÈRE, V° « Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, 28 février 2017, pt. 107 et suivants, spéc. pt. 109-111. Pour plus de précisions, cf. *infra*, pt. 239 et suivants.

⁹¹⁶ Voir not., en ce sens, CJCE, 21 janvier 1999, *Upjohn*, aff. C-190/97, *Rec.* p. I-223, pt. 30-31 ; CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec.* p. I-577, pt. 58.

caractérise la “situation européenne” soit d’effet direct. Il s’agit de savoir si cet effet direct constitue alors une condition requise pour identifier une “situation européenne”. De nombreux éléments incitent à répondre négativement. L’application du principe d’équivalence ne dépend pas nécessairement de l’effet direct du droit de l’Union européenne à appliquer (1.). La “situation européenne” se limite à l’identification d’une norme européenne *d’applicabilité directe* (2.).

1. Une situation étrangère à l’exigence d’effet direct du droit de l’Union

204. Dans une majorité d’affaires, la norme européenne qui caractérise la “situation européenne” est d’effet direct. Or ce constat ne doit pas être surinterprété. Il ne faut pas y voir un prérequis particulier. Certes, à l’occasion des premières applications du principe d’équivalence par la Cour de justice, le concept d’effet direct était bel et bien présent. Toutefois, à la lumière d’évolutions jurisprudentielles ultérieures, nous estimons que la Cour de justice est indifférente à l’effet direct du droit de l’Union vis-à-vis de la “situation européenne” (a.). Cette lecture n’est toutefois pertinente que si une définition très stricte du concept de “effet direct” est retenue (b.).

a. Une jurisprudence européenne indifférente à l’effet direct du droit de l’Union

205. Plusieurs éléments amènent à considérer que, de prime abord, l’effet direct est bien caractéristique de la “situation européenne”. En premier lieu, la fonction du principe d’équivalence est de renforcer l’effet utile du droit de l’Union, c’est-à-dire de s’assurer que son application nationale soit suffisamment effective⁹¹⁷. Certains auteurs considèrent, à ce titre, qu’il vise à garantir « *l’effet utile de l’effet direct* »⁹¹⁸. Selon cette perspective, pour s’appliquer, le principe d’équivalence requiert que la norme européenne à appliquer – qui constitue la “situation européenne” – soit susceptible de produire directement des effets dans l’ordre juridique interne. En second lieu, aux débuts de la construction européenne, le principe d’équivalence se focalisait principalement sur la manière dont le juge national garantissait cet effet

⁹¹⁷ Cf. *supra*, pt. 174 et suivants.

⁹¹⁸ Expression attribuée à J. MERTENS DE WILMARS (« L’efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409, spéc. p. 381) et utilisée par d’autres auteurs doctrinaux : voir M. BLANQUET, V° « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en avril 2015), pt. 26 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 263-266.

utile. Or cette tâche du juge national était pensée par rapport au concept de l'effet direct⁹¹⁹. Le principe d'équivalence constituait alors, selon cette optique, une exigence particulière de cet effet direct. Ces deux idées se traduisaient dans les premières formulations du principe d'équivalence retenues par la Cour de justice, selon lesquelles le principe d'équivalence régit « *les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire* »⁹²⁰. La “situation européenne” semblait donc dépendre de cette exigence d'effet direct.

206. Une telle approche est, à plusieurs égards, impossible à soutenir actuellement. Comme cela a été démontré précédemment, le principe d'équivalence constitue une déclinaison du principe de coopération loyale, et non de l'effet direct du droit de l'Union. De plus, à partir de l'arrêt *Franovich*⁹²¹, la Cour de justice ne mentionne plus systématiquement⁹²² « l'effet direct » lorsqu'elle énonce le principe d'équivalence. La jurisprudence indique désormais que ledit principe encadre le traitement national destiné « *à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union* »⁹²³. Cette approche est confirmée dans de récents arrêts⁹²⁴. Elle se manifeste également dans des affaires très variées, comme en attestent celles relatives aux régimes de responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union⁹²⁵ ou de

⁹¹⁹ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005 : « *For a long time it was assumed that this task of the national courts stemmed from or was a corollary of supremacy of Community law and, in particular, the doctrine of direct effect* » (p. 132).

⁹²⁰ CJCE, 16 décembre 1976, *Reve et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec. p.* 1989 et p. 2043, pt. 5 et pt. 13. Dans le même sens, voir CJCE, 10 juillet 1980, *Mireco*, aff. 826/79, *Rec. p.* 2559, pt. 13. Très explicitement, la Cour de justice a estimé que « *le système de protection juridique mis en œuvre par le traité (...) implique que tout type d'action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d'effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s'il s'agissait d'assurer le respect du droit national* » (CJCE, 7 juillet 1981, *Reve (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, *Rec. p.* 505, pt. 44).

⁹²¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec. p.* I-5357, pt. 42.

⁹²² Il arrive occasionnellement que la Cour opère cette précision : voir CJCE, *Dounias*, aff. C-228/98 précité, pt. 58 ; CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec. p.* I-6297, pt. 29 ; CJCE, 11 septembre 2003, *Safalero*, aff. C-13/01, *Rec. p.* I-8679 ; CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec. p.* I-6619, pt. 62 ; CJCE, 18 janvier 2007, *City Motors Groep*, aff. C-421/05, *Rec. p.* I-653, pt. 34 ; CJCE, 21 février 2008, *Tele2 Telecommunication*, aff. C-426/05, *Rec. p.* 685, pt. 54.

⁹²³ Très explicitement à propos du principe d'équivalence, la Cour de justice considère que « *les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire ne doivent pas, en l'absence de justification particulière, différer de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage* » (CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec. p.* I-1029, pt. 42 – nous soulignons).

⁹²⁴ Voir not. CJUE, 21 avril 2016, *Radlinger et Radlingerová*, aff. C-377/14, ECLI:EU:C:2016:283, pt. 48 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Kantarev*, aff. C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, pt. 122 ; CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 22 et 25. Il semble en effet que, depuis un arrêt du 6 juin 2013, *Dounan Chemie e.a.* (aff. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366, pt. 25), la Cour de justice n'a plus jamais fait mention de l'effet direct pour l'application du principe d'équivalence.

⁹²⁵ Outre les arrêts *Franovich* et *Brasserie du pêcheur* précités, voir CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025, pt. 33.

répétition de l'indu⁹²⁶, aux sanctions nationales⁹²⁷, au droit national du contentieux⁹²⁸ ou aux conditions d'octroi de prestations financières⁹²⁹. Un exemple significatif est l'arrêt *Unibet*⁹³⁰ de la Cour de justice. Dans cette affaire, la Cour admet l'applicabilité du principe d'équivalence sans avoir mentionné « l'effet direct » et cite comme précédents les arrêts *Rewe*, *Comet* ou *Peterbroeck* où cette mention était pourtant présente. Enfin, la nature du texte européen à appliquer est également sans conséquence. Par exemple, sans raison apparente, « l'effet direct » est mentionné à propos de la mise en œuvre d'une directive⁹³¹ et disparaît lorsque la norme européenne appliquée est clairement d'effet direct⁹³².

207. L'abandon généralisé de la mention de « l'effet direct » laisse entendre que celui-ci n'était, en réalité, pas déterminant pour caractériser une « situation européenne ». Ainsi, comme le souligne M. BLANQUET, « *l'effet utile* » de l'effet direct (...) *n'est pas spécifique à l'effet direct* »⁹³³. Le principe d'équivalence, qui vise à garantir cet effet utile, a ainsi vocation à régir l'ensemble des formes d'application du droit de l'Union, notamment devant le juge national, « *que ce soit au titre de l'effet direct ou d'autres types d'invocabilité* (...) »⁹³⁴. Réduire son intervention aux seules situations impliquant une norme européenne d'effet direct n'est pas tenable⁹³⁵.

⁹²⁶ Voir CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec. p.* I-4951, pt. 34 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec. p.* I-579, pt. 25 ; CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-401/98, *Rec. p.* I-1727, pt. 85 ; CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, *Rec. p.* I-7819, pt. 32.

⁹²⁷ Pour exemple, la mesure nationale visant à sanctionner le cumul abusif de contrats à durée déterminée (CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec. p.* I-2483, pt. 46). Plus généralement, voir CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec. p.* I-7835, pt. 18 ; CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, *Rec. p.* I-3201, pt. 49 ; CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec. p.* I-10467, pt. 43 ; CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité, pt. 25 ; CJUE, ord., 18 janvier 2011, *Berkizji-Nikolakaki*, aff. C-272/10, *Rec. p.* I-3, pt. 37.

⁹²⁸ Voir CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec. p.* I-9687, pt. 27-28 à propos de la liquidation des dépens exposés par les parties à la suite d'une procédure préjudicielle. CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jt. C-222/05 à C-225/05, *Rec. p.* I-4233, pt. 28 à propos des moyens d'ordre public ; CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08, *Rec. p.* I-4165, pt. 74 sur les conditions de recevabilité d'un recours national.

⁹²⁹ Voir CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec. p.* I-3189, pt. 20 ; CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec. p.* I-12167, pt. 72.

⁹³⁰ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-2271, pt. 39 et pt. 43.

⁹³¹ CJCE, *Safalero*, aff. C-13/01 précité.

⁹³² Par exemple, à propos du règlement 73/2009/CE du Conseil du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune (JOCE 2009, L 30, p. 16) et de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, voir CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432, pt. 35-36.

⁹³³ M. BLANQUET, *op. cit.*, pt. 26.

⁹³⁴ *Ibid.*, pt. 26.

⁹³⁵ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité. Encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102, spéc. pp. 83-85.

b. Une conception de l'effet direct distincte de l'applicabilité directe

208. Pour être confirmés, ces éléments impliquent de retenir une définition stricte de “l'effet direct”⁹³⁶. Ce concept fondamental du droit de l'Union est en effet susceptible de recevoir plusieurs acceptions⁹³⁷. Il est même parfois confondu avec d'autres concepts⁹³⁸, comme *l'immédiateté*⁹³⁹. La distinction entre l'effet direct et *l'applicabilité directe* nous semble la plus pertinente⁹⁴⁰, quoique difficile à opérer⁹⁴¹. Elle permet ainsi d'affirmer que la “situation européenne” requiert une norme européenne *d'applicabilité directe*, sans qu'elle soit nécessairement *d'effet direct*. Nous proposons de distinguer ces deux concepts à partir des effets attendus de l'application de la norme européenne (i.). Cette présentation présente le mérite d'apporter un éclairage

⁹³⁶ Sur cette problématique générale, voir not. A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 85-130 ; M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonization and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 56 et suivantes.

⁹³⁷ Sur cette polysémie, voir M. BLANQUET, *op. cit.*, pt. 5 et suivants ; R. MEHDI, V° « Ordre juridique de l'Union européenne. Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 195, 10 janvier 2018, pt. 4 et suivants. Sur les difficultés ou l'opportunité de cette distinction, voir S. PRECHAL, « Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected », in J. M. PRINSEN et A. SCHRAUWEN (dir.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue, Europa Law Publishing, 2004, pp. 15-41, spéc. pp. 18 et suivantes ; R. SCHÜTZE, « Direct Effects and Indirect Effects of Union Law », in R. SCHÜTZE et T. TRIDIMAS (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 265-299.

⁹³⁸ Confusion assumée par les auteurs pour une meilleure clarté : voir not. R. KOVAR, « Note sur les critères du droit communautaire non directement applicable », in *Mélanges Fernand Deboisse. La construction européenne*, Paris / Bruxelles, Fernand Nathan / Labor, 1979, vol. 2, pp. 227-233, spéc. note. 1 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, p. 552.

⁹³⁹ Voir J.-L. CONSTANTINESCO, *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Paris, LGDJ, 1970, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 8-12. Cette même distinction est proposée par C. SANTULI en droit international public (*Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pédone, 2001, pp. 99-105). L'immédiateté signifie que le droit de l'Union s'intègre immédiatement dans les ordres juridiques des États membres, sans besoin d'un médium national ; voir not. CJCE, 3 avril 1968, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67, Rec. p. 211 : « il résulte des principes fondamentaux du traité, ainsi que des objectifs qu'il se propose d'atteindre, que ces dispositions, pour autant qu'elles s'y prêtent par leur nature, **penètrent dans l'ordre juridique interne sans le secours d'aucune mesure nationale** » (p. 218 – nous soulignons). Cette idée a été acceptée par les juges constitutionnel et administratif français : voir Cons. Const., n°77-90 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances pour 1977*, csd. 3 ; CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux e.a.*, Rec. p. 525. C. SANTULI (*ibid.*) résume l'idée ainsi : « on admet que le droit international peut créer “immédiatement” des droits pour les particuliers (...), on entend par là qu'il le fait “sans médiation” » (p. 102). Ce principe sert en réalité à la Cour de justice pour sanctionner toute mesure de réception nationale du droit de l'Union (voir not. CJCE, 7 février 1973, *Commission c. Italie*, aff. 39/72, Rec. p. 101, pt. 17), y compris au stade de son application. Par exemple, dans son arrêt *Hauptzollamt Paderborn* (aff. 28/67 précité), elle précise que c'est en raison de cette intégration immédiate que « la complexité de certaines situations dans un État ne saurait altérer la nature juridique d'une disposition communautaire **directement applicable**, et cela, d'autant moins que la règle communautaire doit s'imposer avec la même force dans tous les États membres » (p. 218 – nous soulignons). Rares sont les normes européennes qui ne présentent pas les qualités requises pour être immédiatement applicables.

⁹⁴⁰ Pour les premières réflexions sur l'opportunité de cette distinction, voir A. BLECKMANN, *op. cit.*, pp. 85 et suivantes ; J. A. WINTER, « Direct Applicability and Direct Effect. Two Distinct and Different Concept in Community Law », *CMLR* 1972, n°9, pp. 425-438 ; R. KOVAR, « L'applicabilité directe du Droit communautaire », *JDI* 1973, pp. 279-295.

⁹⁴¹ Voir not. F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2019, pp. 563-564. Ne faisant que l'évoquer, M. BLANQUET (*op. cit.*) distingue « une **applicabilité directe** signifiant que la norme est inconditionnelle et “complète”, dès lors apte à produire ses effets sans exiger de compléments de la part des autorités [nationale] et un **effet direct** par lequel on identifierait la création directe de droit pour les particuliers » (p. 552 – nous soulignons). Sur cette problématique, voir également A. BARAV, « State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts », in HEUKELS (T.) et McDONELL (A.) (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 363-408 ; T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246 ; S. PRECHAL, « Member State Liability and Direct Effect : What's the Difference after All ? », *EBLR* 2006, n°17, pp. 299-316.

intéressant de la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe d'équivalence (ii.).

i. Une distinction liée aux effets attendus de l'application de la norme européenne

209. L'idée de distinguer de l'effet direct de l'applicabilité directe résulte des réflexions relatives à l'invocabilité des directives⁹⁴², faisant suite à l'arrêt *Francovich* de la Cour de justice⁹⁴³. Dans cet arrêt, la Cour estime qu'une disposition d'une directive non transposée, sans être d'effet direct, est susceptible d'être appliquée par le juge national pour engager la responsabilité de l'État. Une même norme peut être directement applicable par le juge sans être d'effet direct. Pour expliquer cette position de la Cour de justice, le recours au concept d'*applicabilité directe* peut être pertinent, même s'il reste très discuté sur certains aspects⁹⁴⁴. Certes, d'une part, l'arrêt *Francovich* est assez exceptionnel⁹⁴⁵ dans son domaine. D'autre part, il est impossible de distinguer *in abstracto* une norme qui serait d'effet direct ou d'applicabilité directe. Dans les deux cas, il s'agit d'une disposition suffisamment claire, inconditionnelle et précise pour être susceptible d'application. Enfin, certains auteurs préfèrent expliquer la jurisprudence *Francovich* par le recours au principe de primauté plutôt que par l'applicabilité directe⁹⁴⁶.

⁹⁴² Traditionnellement, quatre invocabilités sont identifiées (voir not. Y. CALMOT et J.-C. BONICHOT, « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA* 1988, pp. 1-23). L'invocabilité d'interprétation conforme désigne l'obligation pour les autorités nationales d'interpréter et d'appliquer le droit national de manière à le rendre compatible avec le droit de l'Union (voir CJCE, 10 avril 1984, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, *Rec.* p. 1891, pt. 26). L'invocabilité de réparation permet d'engager la responsabilité de l'État lorsqu'il a violé la norme européenne (voir CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité). L'invocabilité d'exclusion permet que la directive écarte l'application d'une norme interne contraire. Enfin, l'invocabilité substitution permet l'application de la directive « en lieu et place d'un texte national inexistant ou non conforme » (Y. CALMOT et J.-C. BONICHOT, *op. cit.*, p. 10). Voir également P. CASSIA, « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA* 2002, pp. 20-32.

⁹⁴³ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité. Sur cet arrêt et ses conséquences sur le concept d'effet direct, voir not. D. F. WAELBROECK, « Treaty Violations and Liability of Member States : the Effect of the *Francovich* Case Law », in T. Heukels et A. McDonnell (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye / Londres / Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 311-337.

⁹⁴⁴ En ce sens, voir not. L. COUTRON, « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives. Du cartésianisme au pragmatisme », *RTDE* 2015, pp. 39-62. Selon cet auteur, l'effet direct permet d'expliquer, à des degrés divers, l'ensemble des invocations possibles du droit de l'Union, y compris pour une invocabilité réparation ou en interprétation conforme. De ce fait, opérer une distinction avec l'applicabilité directe n'est pas pertinent.

⁹⁴⁵ La solution même de l'arrêt *Francovich* semble avoir été remise en cause, très implicitement, dans un arrêt récent. Voir CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. C-569/16, ECLI:EU:C:2018:871 : la Cour considère l'identité du bénéficiaire et les conditions d'octroi de l'avantage suffisent à considérer comme d'effet direct une disposition. L'identité du débiteur n'est donc plus en jeu.

⁹⁴⁶ Voir not. D. SIMON, « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, 1991, n°2, pp. 1-3 ; du même auteur, *La directive européenne*, Paris, Dalloz, 1997, p. 87. Voir également J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, pp. 272 et suivantes ; K. LENAERTS et T. CORTHAUT, « Of birds and hedges : the role of primacy in invoking norms of EU law », *ERL* 2006, n°31, pp. 287-315 ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 7^e édition, 2019, pp. 892 et suivantes ; H. PONGERARD-PAYET, « Répétition de l'indu et responsabilité des États membres : convergences et défis à l'aune de la primauté », *RDUE*, 2017, n°3, pp. 65-88.

210. En dépit de ces critiques, il nous semble judicieux de recourir au concept d'applicabilité directe, distinct de celui d'effet direct, pour identifier la "situation européenne". En premier lieu, le principe de primauté ne constitue qu'une règle de conflit de normes⁹⁴⁷. Il s'applique seulement lorsque deux normes, l'une européenne, l'autre nationale, sont susceptibles de *s'appliquer directement* et de manière antinomique à une même situation. Le principe de primauté sert à faire prévaloir l'application de la norme européenne sur la norme nationale. De fait, il requiert, comme le principe d'équivalence, que la norme européenne soit bien susceptible d'être appliquée⁹⁴⁸. La lecture de l'arrêt *Simmenthal*⁹⁴⁹ de la Cour de justice confirme également cette idée. D'abord, la Cour affirme que « *tout juge national (...) a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers* »⁹⁵⁰. Autrement dit, dans cette situation, il existe une norme européenne d'*applicabilité directe* dont le respect doit être assuré par l'État membre par l'intermédiaire de ses juridictions. Ensuite, afin de permettre cette application, la Cour en déduit la possibilité pour le juge national de « [laisser] *inappliquée toute disposition éventuellement contraire* », ce qui traduit le principe de primauté.

211. En second lieu, une distinction avec l'effet direct est bien possible, en fonction des effets attendus⁹⁵¹ de l'application de la norme européenne⁹⁵². Schématiquement, l'*applicabilité directe* d'une norme européenne nécessite qu'elle soit suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour être susceptible d'une application par une autorité nationale⁹⁵³. Une norme sera d'*effet direct* lorsqu'elle est suffisamment

⁹⁴⁷ En ce sens, P.-H. TEITGEN, *Droit institutionnel communautaire*, 1977, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 132 et suivantes.

⁹⁴⁸ Sur cette idée, voir R. KOVAR, *op. cit.*, pp. 292-295. *Contra*, voir P. LEGER, conclusions sur CJCE, 19 septembre 2000, *Linster*, aff. C-287/98, *Rec. p.* I-6917, pt. 64.

⁹⁴⁹ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. p.* 629. Sur cette interprétation, voir L. COUTRON, *op. cit.*, note 22.

⁹⁵⁰ *Ibid.*, pt. 21 – nous soulignons.

⁹⁵¹ En ce sens, bien qu'il ne partage pas notre position, nous rejoignons L. COUTRON (*op. cit.*) pour qui « *il convient (...) moins de s'attacher aux potentialités maximales de la directive invoquée qu'à l'objet du recours formé devant le juge national et donc aux objectifs contentieux du requérant* » (p. 55), c'est-à-dire à la manière dont il entend obtenir application de la norme européenne.

⁹⁵² Cette distinction se retrouve sous d'autres expressions dans la doctrine. M. BLANQUET (*op. cit.*, pp. 554 et suivantes) distingue la portée directe de l'effet direct, qui permet une « *mise en application* » du droit de l'Union, et sa portée indirecte qui ne permet qu'une « *prise en considération* ». D'autres auteurs préfèrent parler d'une *intensité variable* de l'effet direct (voir C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 640 ; R. MEHDI, *op. cit.*, pt. 25 et suivants) ou de *justiciabilité minimale* ou *maximale* (D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, PUF, 3^e édition, 2001, pp. 437 et suivantes).

⁹⁵³ Il s'agira le plus souvent d'une autorité juridictionnelle dans la jurisprudence de la Cour de justice. Toutefois, ce concept se retrouve également pour l'ensemble des organes de l'État membre. En ce sens, la Cour de justice considère que « *lorsque sont remplies les conditions requises (...) pour que les dispositions d'une directive puissent être invoquées [directement] par les particuliers devant les juridictions nationales, tous les organes de l'administration, y compris les autorités décentralisées (...), sont tenus de faire application de ces dispositions* » (CJCE, 22 juin 1989, *Fratelli Costanzo*, aff. 103/88, *Rec. p.* 1839, pt. 31).

claire, précise et inconditionnelle pour permettre une application *optimale* ou *parfaite*⁹⁵⁴, c'est-à-dire qui lui permette de déployer *pleinement* ses effets. L'effet direct ne constitue alors que l'applicabilité directe la plus aboutie d'une norme européenne. Proposée de cette manière, cette distinction permet d'expliquer la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'invocabilité des directives. Les invocabilités d'exclusion et de substitution requièrent que la norme européenne soit d'effet direct⁹⁵⁵ puisqu'elles aboutissent à son application optimale⁹⁵⁶. En revanche, des applications imparfaites de normes européennes, dans le cadre d'un recours en responsabilité ou en répétition de l'indu⁹⁵⁷, sont possibles sans qu'il soit impératif de démontrer leur effet direct⁹⁵⁸. Cette logique se retrouve lorsqu'une autorité nationale applique une norme européenne pour interpréter de manière conforme son droit national⁹⁵⁹. Le respect de

⁹⁵⁴ Dans cette idée, voir CJCE, 28 avril 1971, *Lütticke*, aff. 4/69, *Rec.* p. 111, spéc. p. 302 ; CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 661, spéc. p. 673. La Cour de justice a également parlé d'application « complète » (CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83, pt. 23). Telle est la position défendue par M. BLANQUET (V° « Effet direct » précité) pour qui l'effet direct « est associé à une invocabilité complète » (pt. 18).

⁹⁵⁵ La majorité de la doctrine considère que seule l'invocabilité substitution nécessite de démontrer l'effet direct (pour exemple, M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, pp. 584-585 ; O. DUBOS, « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise », *RFDA* 2003, pp. 568-575). De fait, il n'est pas nécessaire que la norme soit d'effet direct pour en demander une invocabilité exclusion. Telle est, d'ailleurs, la position du Conseil d'État français (voir not. CE, ass., 30 octobre 2009, *Mme Perreux*, *Rec.* p. 407). Cependant, comme souligné par L. COUTRON (*op. cit.*), appuyé par F. MARTUCCI (*op. cit.*, p. 619), la Cour de justice laisse entendre que l'invocabilité exclusion nécessite de démontrer l'effet direct de la disposition européenne. Voir CJUE, 24 janvier 2012, *Dominguez*, aff. C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33 : la disposition de la directive non transposée, puisque « remplissant les conditions requises pour produire un **effet direct**, [a] pour conséquence que la juridiction nationale [doit] **écarter toute disposition nationale contraire** » (pt. 41 – nous soulignons).

⁹⁵⁶ Ce que nous regroupons dans le « recours en prestation » (cf. *infra*, pt. 604 et suivants) puisque les effets concrets de ces deux invocabilités aboutissent au même résultat (voir L. COUTRON, *op. cit.*, pp. 60-61 *contra*, B. CHEYNEL, « L'« effet d'exclusion » des directives après l'arrêt *Dominguez* », *RAE* 2012, n°1, pp. 169-182).

⁹⁵⁷ Sur cette distinction, cf. *infra*, pt. 604 et suivants. En matière de répétition de l'indu, voir C.-J. BERR, note sous CA Lyon, 30 novembre 1978, *SARL Les Fils de Henri Ramel, D.* 1979, pp. 371-375 : l'auteur souligne très justement que « au sens strict, le droit direct conféré aux ressortissants de la Communauté (...) n'est pas celui d'être remboursé en cas de paiement indu. C'est celui de ne pas se voir taxé indûment, ce qui n'est pas, on en conviendra aisément, la même chose. La restitution d'une somme [indue] n'est que le **substitut imparfait** du droit de refuser la taxation irrégulière » (p. 374 – nous soulignons).

⁹⁵⁸ F. MARTUCCI (*op. cit.*) considère que les recours en répétitions découlent de l'invocabilité d'exclusion et impliquent donc l'effet direct de la norme européenne invoquée (p. 621). Nous sommes dissidents de cette appréciation pour préférer celle défendue par A. BARAV (« La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538, spéc. pp. 518 et suivantes). L'auteur ne nie pas la relation très forte qui rattache l'effet direct et le droit à répétition. Cependant, il considère possible que ce droit ne dépende pas de l'effet direct de la disposition méconnue par la perception nationale. En effet, lorsque l'invalidité de la taxe nationale est constatée à l'occasion d'un recours en manquement, il importe peu que la norme européenne méconnue soit ou non d'effet direct. Le justiciable n'aura ainsi nullement besoin de démontrer son effet direct à l'occasion de sa demande en répétition. Nous pensons que la demande en répétition se rapproche finalement plus de l'invocabilité de réparation (bien qu'elle demeure distincte de celle-ci). De la même manière que le droit à réparation est reconnu lorsque les droits des individus « sont lésés par une **violation du droit communautaire imputable à un État membre** » (CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 33 – nous soulignons), sans que ce droit communautaire soit forcément d'effet direct, le droit à répétition l'est tout autant lorsqu'une somme a été versée « en violation du droit communautaire » (CJCE, 14 janvier 1997, *Comateb e.a.*, aff. jt. C-192/95 à C-218/95, *Rec.* p. I-165, pt. 20). Dans les deux cas, il importe peu que le droit de l'Union méconnu soit d'effet direct ou que sa violation résulte d'une invocabilité d'exclusion.

⁹⁵⁹ Voir CJCE, 5 octobre 2004, *Pfeiffer e.a.*, aff. jt. C-397/01 à C-403/01, *Rec.* p. 8835 : « L'exigence d'une interprétation conforme du droit national (...) permet à la juridiction nationale **d'assurer** (...) **la pleine efficacité** du droit communautaire lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie » (pt. 114). L'effet direct n'est un préalable nécessaire (voir not. CJCE, 13 novembre 1990, *Marleasing*, aff. C-106/89, *Rec.* p. I-4135, pt. 9).

la norme européenne est bien assurée, mais d'une manière imparfaite. Aussi, il est logique que la Cour de justice n'exige pas qu'elle soit d'effet direct.

ii. Une distinction éclairant la jurisprudence de la Cour de justice

212. Cette distinction permet d'expliquer la position de la Cour de justice dans l'arrêt *Francoovich*⁹⁶⁰. En l'occurrence, une disposition d'une directive non transposée prévoyait un mécanisme de garantie au profit des salariés lorsque l'employeur insolvable est incapable de payer les créances issues du contrat de travail. La Cour de justice estime que, pour déterminer si cette disposition est d'effet direct, trois éléments doivent être constatés : « *la détermination des bénéficiaires de la garantie (...), le contenu de cette garantie et, enfin, l'identité du débiteur de la garantie* »⁹⁶¹. Concernant les deux premiers, la Cour considère que la directive est suffisamment précise et inconditionnelle, en dépit d'une certaine marge de manœuvre des États⁹⁶² : les salariés sont les bénéficiaires de la garantie⁹⁶³ ; la garantie englobe l'ensemble des créances impayées résultant d'un contrat ou d'une relation de travail⁹⁶⁴. Cependant, l'identité du débiteur de la garantie n'est pas établie par la directive de manière suffisamment précise et inconditionnelle⁹⁶⁵. En toute logique, la Cour en conclut que la disposition de la directive n'est pas d'effet direct⁹⁶⁶. Celle-ci ne peut donc pas être *parfaitement* appliquée. Toutefois, elle estime possible que la directive soit appliquée pour engager la responsabilité de l'État. Le fait que les titulaires et le contenu de la garantie soient connus sans ambiguïtés suffit⁹⁶⁷ pour permettre une application directe, mais imparfaite, de la directive. Sous certaines conditions, notamment dans le respect du

⁹⁶⁰ Voir not. A. BARAV, note sous CJCE, *Francoich*, aff. C-6/90 et C-9/90 (précité), *JCP G*, 1992, II, 21783, pp. 12-16.

⁹⁶¹ CJCE, *Francoich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 12.

⁹⁶² *Ibid.*, pt. 16-17 : sur le contenu de la garantie, la directive laisse le choix dans la fixation de la garantie (plafond, limite temporelle) ; pour la Cour, cela « *n'affecte pas le caractère précis et inconditionnel* » du l'obligation d'accorder une telle garantie (pt. 17).

⁹⁶³ *Ibid.*, pt. 13-14.

⁹⁶⁴ *Ibid.*, pt. 15 et pt. 18.

⁹⁶⁵ *Ibid.*, pt. 24-25.

⁹⁶⁶ *Ibid.*, pt. 26.

⁹⁶⁷ C'est sur cette idée qu'insiste A. BARAV (*op. cit.*). L'auteur compare justement la solution retenue dans *Francoich* avec une affaire *Enichem* (CJCE, 13 juillet 1989, aff. 380/87, *Rec. p.* 2491) assez similaire. La Cour de justice avait estimé que la directive non-transposée n'était pas d'effet direct et n'était susceptible d'*aucune* application par le juge national (pt. 23). Cependant, A. BARAV considère que « [la] *différence entre les affaires Enichem et Francoich réside dans le fait que dans cette dernière décision, la directive a été considérée comme visant à créer des droits au profit des employés et de contenir des dispositions suffisamment claires et inconditionnelles en ce qui concerne deux aspects* [identité du bénéficiaire et contenu de la garantie], *alors que la première la cour a déclaré qu'aucun droit n'a été créé en faveur des particuliers* » (p. 15 – nous soulignons). Dans l'arrêt *Enichem*, la directive n'était pas suffisamment précise et inconditionnelle pour qu'une autorité nationale soit, directement, en mesure d'appliquer les droits (éventuellement) consacrés. Tel n'était cependant pas le cas dans l'arrêt *Francoich*.

principe d'équivalence⁹⁶⁸, le juge national sera ainsi tenu d'appliquer la directive non transposée pour indemniser le préjudice du requérant.

213. En conséquence, la “situation européenne” ne se limite pas aux seules applications *parfaites* du droit de l'Union, c'est-à-dire celles qui nécessitent un effet direct. Par exemple, la Cour de justice applique le principe d'équivalence à propos des conditions nationales dans lesquelles l'invocabilité d'interprétation conforme s'opère⁹⁶⁹. Une solution similaire est retenue vis-à-vis de recours en indemnisation⁹⁷⁰ ou en répétition⁹⁷¹. En somme, l'effet direct n'est pas un préalable nécessaire pour l'application du principe d'équivalence. Deux derniers exemples le confirment. Dans un arrêt *Mascolo*, la Cour de justice estime qu'une clause d'un accord-cadre n'est pas d'effet direct⁹⁷², alors même qu'elle prévoit clairement l'adoption de sanctions par les États membres⁹⁷³. Malgré tout, l'accord-cadre est susceptible d'être opposé à l'État membre pour vérifier si les sanctions nationales adoptées sont conformes à l'objectif qu'il leur assigne. Dans cette situation, le principe d'équivalence doit être respecté⁹⁷⁴. L'arrêt *VALE Építési*⁹⁷⁵ illustre également cette idée. La Cour de justice était saisie à propos de modalités nationales permettant une transformation transfrontalière d'une société. Elle estime que, « *s'il ne saurait être inféré des articles 49 TFUE et 54 TFUE des règles précises susceptibles de se **substituer** aux dispositions nationales, l'application de ces dernières dispositions n'est pas exemptée de tout contrôle au regard desdits articles* »⁹⁷⁶. En d'autres termes, les articles 49 et 54 TFUE ne sont pas d'effet direct, puisqu'ils ne sont pas susceptibles d'une invocabilité substitution. Cependant, ils sont susceptibles d'être directement opposés au droit national⁹⁷⁷. Plus précisément, ces dispositions

⁹⁶⁸ Voir not. le point 43 de l'arrêt *Franovich*.

⁹⁶⁹ Voir CJCE, *Pfeiffer e.a.*, aff. jt. C-397/01 à C-403/01 précité : « *si le droit national, par l'application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, permet (...) d'interpréter une disposition de l'ordre juridique interne de telle manière qu'un conflit avec une autre norme de droit interne soit évité ou de réduire à cette fin la portée de cette disposition en ne l'appliquant que pour autant qu'elle est compatible avec ladite norme, la juridiction a l'obligation d'utiliser les mêmes méthodes en vue d'atteindre le résultat poursuivi par la directive* » (pt. 116). Dans la même idée, voir CJUE, *Dominguez*, aff. C-282/10 précité, pt. 27 ; CJUE, 5 septembre 2012, *Lopes Da Silva Jorge*, aff. C-42/11, ECLI:EU:C:2012:517, pt. 56 ; CJUE, 10 octobre 2013, *Spedition Welter*, aff. C-306/12, ECLI:EU:C:2013:650, pt. 30.

⁹⁷⁰ Pour un exemple récent, voir CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671, pt. 39-40.

⁹⁷¹ Pour un exemple récent, voir CJUE, 11 avril 2019, *PORR Építési Kft.*, aff. C-691/17, ECLI:EU:C:2019:327, pt. 39.

⁹⁷² CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e.a.*, aff. jt. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401, pt. 75.

⁹⁷³ *Ibid.*, pt. 76.

⁹⁷⁴ *Ibid.*, pt. 78.

⁹⁷⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

⁹⁷⁶ *Ibid.*, pt. 45 – nous soulignons.

⁹⁷⁷ *Ibid.*, pt. 47 : « *l'application des dispositions nationales doit s'effectuer dans le respect de cette obligation en vertu des articles 49 TFUE et 54 TFUE* ».

consacrent « *le droit d'effectuer une transformation transfrontalière* »⁹⁷⁸, susceptible de s'appliquer directement par l'État membre. À cet égard, le respect du principe d'équivalence doit être assuré⁹⁷⁹.

2. Une situation limitée à l'application directe d'une norme européenne par une autorité nationale

214. S'il n'est pas nécessaire que la norme européenne soit d'effet direct pour caractériser la "situation européenne", elle doit toutefois être *d'applicabilité directe*. Concrètement, l'autorité nationale doit être en mesure d'appréhender avec certitude le contenu de la règle européenne à appliquer (a.). La question du destinataire de la disposition européenne n'est pas déterminante. Il importe peu que celle-ci s'adresse à des individus, en leur conférant des droits ou obligations, ou à l'État membre, en lui imposant une obligation déterminée (b.).

a. Une unique condition : la détermination certaine du contenu de la norme européenne

215. Traditionnellement, plusieurs conditions doivent être remplies pour considérer qu'une norme est d'applicabilité directe : la clarté, la précision et l'inconditionnalité⁹⁸⁰ de la norme. De nombreux auteurs ont toutefois montré que ces éléments constituent en réalité des indices et non de strictes conditions cumulatives⁹⁸¹. Pour R. KOVAR, par exemple, l'applicabilité directe d'une norme s'apprécie en fonction de l'étendue de la marge de manœuvre dont disposent les États membres⁹⁸² ; ce n'est que si celle-ci est très faible que la norme européenne sera considérée comme d'applicabilité directe. Nous préférons retenir la conception proposée par A. BARAV : « *pour être directement applicable, la règle **doit être susceptible***

⁹⁷⁸ *Ibid.*, pt. 49. Cette idée se retrouve sous la forme d'une obligation à la charge des États : « *les articles 49 TFUE et 54 TFUE obligent un État membre, prévoyant pour des sociétés de droit interne la faculté de se transformer, à accorder cette même faculté aux sociétés relevant du droit d'un autre État membre et cherchant à se transformer en sociétés de droit national du premier État membre* » (pt. 46 – nous soulignons).

⁹⁷⁹ *Ibid.*, pt. 48 et pt. 53 et suivants.

⁹⁸⁰ Pour le droit primaire, voir CJCE, *Lütticke*, aff. 4/69 précité, spéc. p. 302 ; pour un règlement européen, voir CJCE, 11 janvier 2001, *Monte Arcosu*, aff. C-403/98, *Rec.* p. I-103, pt. 28 ; pour une directive, voir not. CJCE, 5 avril 1979, *Ratti*, aff. 148/78, *Rec.* p. 1629, pt. 23 ; pour une décision, voir CJCE, 6 octobre 1970, *Grad*, aff. 9/70, *Rec.* p. 825, pt. 9. Plus généralement, voir M. TRIENBACH, *Les normes non directement applicables en droit public français*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 76 et suivantes.

⁹⁸¹ J. A. WINTER, *op. cit.*, p. 434 ; P. PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Études des sources du droit communautaire*, Liège, Presse Universitaires de Liège, 1975, rééd. Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 209 et suivants ; M. BLANQUET, V° « Effet direct » précité, pt. 32.

⁹⁸² Voir not. R. KOVAR, « Note sur les critères du droit communautaire non directement applicable » précité, pp. 230-232. L'auteur s'inspire des conclusions de l'avocat général MAYRAS (concl. CJCE, 1^{er} février 1977, *Verbond nederlandse ondernemingen*, aff. 51/76, *Rec.* p. 113, spéc. p. 134). Dans le même sens, P. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 210-211.

d'application judiciaire »⁹⁸³. De cette manière, « *la règle doit présenter les qualités en quelque sorte "matérielles" qui la rendraient susceptible d'application* »⁹⁸⁴. De plus, « *le pouvoir d'appréciation requis [de l'autorité exécutive] (...) ne doit pas excéder ce qui est propre à la fonction [d'application]* »⁹⁸⁵. Cette approche renvoie à l'affirmation de l'avocat général REISCHL selon laquelle « *à défaut de principes **clairement définis** et faute de conséquences juridiques **évidentes*** », une norme ne possède pas « *une qualité juridique susceptible d'avoir des **incidences** sur l'examen des litiges nationaux* »⁹⁸⁶.

216. Selon cette présentation, l'applicabilité directe implique qu'une autorité nationale soit en mesure d'affirmer *avec certitude*⁹⁸⁷ que la règle européenne confère⁹⁸⁸ des droits ou obligations à des individus ou⁹⁸⁹ prévoit une obligation déterminée à l'État membre. La difficulté réside essentiellement dans l'évaluation de la *certitude* de l'autorité chargée d'appliquer la norme européenne. La Cour de justice insiste sur cette idée, par exemple, dans un arrêt *Faccini Dori*, où elle estime qu'une disposition est d'applicabilité directe en ce qu'elle « *vise **incontestablement** à ce que des droits soient conférés à des particuliers et qu'il n'est **pas moins incertain** que le contenu **minimal** de ces droits peut être identifié sur la base des seules dispositions de la directive* »⁹⁹⁰. Les conditions de clarté, de précision et d'inconditionnalité constituent alors des éléments qui permettent d'éprouver cette certitude.

⁹⁸³ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983, p. 33 – nous soulignons. Cette définition se retrouve dans l'affirmation de la Cour de justice selon laquelle l'applicabilité directe consiste « *dans le droit, pour les justiciables, de s'en prévaloir en justice* » (CJCE, 6 octobre 1970, *Grad*, aff. 9/70, *Rec.* p. 825, pt. 5. En s'inspirant de l'arrêt *Van Gend en Loos* (aff. 26/62 précité), A. BLECKMANN (*op. cit.*, pp. 97 et suivantes) préfère parler d'obligations « *bien définies* » pour permettre une telle application. Dans la même idée, M. BLANQUET (*Droit général de l'Union européenne* précité) retient le critère de « *justiciabilité* » de la norme (p. 561).

⁹⁸⁴ *Ibid.*, p. 33.

⁹⁸⁵ *Ibid.*

⁹⁸⁶ G. REISCHL, conclusions sur CJCE, 30 avril 1974, *Sacchi*, aff. 155/73, *Rec.* p. 409, spéc. p. 436 (nous soulignons). Dans la même idée, voir F. PICOD, « *La normativité du droit communautaire* », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2006, n°21, pp. 94-99, spéc. pp. 95-96.

⁹⁸⁷ Voir S. PRECHAL, *op. cit.*, pp. 306 et suivantes, qui parle d'« *ascertainability* ». Cette idée se retrouve lorsque la Cour de justice, pour s'assurer que la disposition est suffisamment précise, exige qu'elle soit « *non équivoque* » dans les droits et obligations qu'elle prévoit (voir not. CJCE, 4 décembre 1986, *Federatie Nederlandse Vakbeweging*, aff. 71/85, *Rec.* p. 3855, pt. 18 ; CJCE, 26 octobre 2006, *G. Pohl-Boskamp*, aff. C-317/05, *Rec.* p. I-10611, pt. 41-42 ; CJUE, 1^{er} juillet 2010, *Gassmayr*, aff. C-194/08, *Rec.* p. I-6281, pt. 45-46).

⁹⁸⁸ Cette idée est assez implicite dans la jurisprudence de la Cour de justice : voir CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029 : pour que la responsabilité de l'État soit engagée, il suffit que la norme européenne à appliquer « *ait pour objet de conférer des droits aux particuliers* » (pt. 51) ; CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349 : à propos du principe d'effectivité, la Cour estime que le traitement national en cause est insuffisant pour « *l'application de la protection que la directive (...) entend conférer [aux consommateurs]* » (pt. 56). En ce sens, A. BARAV, « *State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National Courts* » précité, estime, à partir de plusieurs exemples, dont l'arrêt *Franovich*, que « *The **purpose** of each one of these directives was to create **rights** for individuals and these rights were clearly, precisely and unconditionally **defined*** » (p. 370 – il insiste).

⁹⁸⁹ Sur l'opportunité de cette précision, cf. *infra*, pt. 219 et suivants.

⁹⁹⁰ CJCE, 14 juillet 1995, *Faccini Dori*, aff. C-91/92, *Rec.* p. I-3321, pt. 28 – nous soulignons.

217. Dans l'idéal, cette appréciation devrait être relative et dépendre des autorités *nationales* chargées d'appliquer la norme européenne. Cependant, dans les faits, seule l'approche de la Cour de justice est véritablement déterminante : elle seule détermine si l'applicabilité directe d'une norme européenne est *certaine* ou *évidente*⁹⁹¹. Ainsi, des ambiguïtés sont souvent dissipées par l'interprétation de la disposition à appliquer. Tel est notamment le cas lorsque la Cour de justice considère qu'une disposition d'une directive est d'applicabilité directe parce qu'elle concrétise un principe général du droit⁹⁹² ou un principe fondamental de l'ordre juridique européen. Par exemple, dans son arrêt *Bauer*, elle rappelle que « *le droit au congé annuel payé de chaque travailleur doit être considéré comme un principe du droit social de l'Union* »⁹⁹³, pour estimer qu'une disposition d'une directive⁹⁹⁴ « *visé à permettre au travailleur de prendre effectivement le congé auquel il a droit* »⁹⁹⁵. Autrement dit, la disposition contient de prime abord une incertitude sur son applicabilité directe, mais cette interprétation particulière permet de dissiper ce doute⁹⁹⁶.

218. Cette exigence de “certitude” constitue la seule condition pour caractériser une “situation européenne”. Bien que d'autres éléments soient parfois évoqués par la doctrine ou présents dans des arrêts de la Cour de justice, ils n'en sont pas déterminants pour autant. En premier lieu, il n'est pas nécessaire que la norme européenne s'adresse spécifiquement à des *justiciables*⁹⁹⁷ ou encore à des *individus*⁹⁹⁸ à proprement parler. Des personnes publiques⁹⁹⁹, voire des autorités européennes¹⁰⁰⁰, peuvent être concernées par la règle européenne à appliquer¹⁰⁰¹. En deuxième lieu, l'autorité chargée de l'application n'a pas à être une juridiction. Les administrations

⁹⁹¹ Voir not. les conclusions contraires de l'avocat général MISCHO sur CJCE, *Franovich*, aff. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 13 et suivants pour qui l'applicabilité directe de la directive, afin d'engager la responsabilité de l'État, n'était en rien d'une certitude évidente.

⁹⁹² Voir not. CJUE, 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07, *Rec.* p. I-365 : « *La Cour a reconnu (...) l'existence d'un principe de non-discrimination en fonction de l'âge qui doit être considéré comme un principe général du droit de l'Union (...). La directive 2000/78 concrétise ce principe* » (pt. 21).

⁹⁹³ CJUE, *Bauer*, aff. jt. C-569/16 et C-570/16 précité, pt. 38. Cette

⁹⁹⁴ En l'occurrence, l'article 7 de la directive 2003/88/CE du Parlement européen et du Conseil, du 4 novembre 2003, *concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail* (JOCE 2003, L 299, p. 9).

⁹⁹⁵ *Ibid.*, pt. 40.

⁹⁹⁶ *Ibid.*, pt. 41-42.

⁹⁹⁷ Voir not. CJCE, 5 mars 1978, *Ferwerda*, aff. 265/78, *Rec.* p. 617, pt. 10 ; CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec.* p. 3513, pt. 12.

⁹⁹⁸ Employant l'expression de « *droits individuels* », voir CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, *Rec.* p. I-11049, pt. 83.

⁹⁹⁹ Pourvu qu'elles soient distinctes de l'État : voir CJCE, 17 octobre 1989, *Ufficio distrettuale delle imposte dirette di Fiorenzuola d'Arda e.a.*, aff. jt. C-231/87 et C-129/88, *Rec.* p. 3233, pt. 12 et suivants.

¹⁰⁰⁰ CJCE, 22 février 1990, *CECA c. Busseni*, aff. C-221/88, *Rec.* p. 495, pt. 24 et suivants.

¹⁰⁰¹ Selon M. BLANQUET (*Droit général de l'Union européenne* précité), l'expression de « *personnes concernées* » apparaît la plus adéquate (voir CJCE, *Ratti*, aff. 148/78 précité, pt. 20).

nationales sont également tenues au respect du principe d'équivalence lorsqu'elles appliquent le droit de l'Union¹⁰⁰². En troisième lieu, il importe peu que la mise en œuvre de la norme européenne ait été concrètement appliquée. Cette particularité résulte notamment de la jurisprudence de la Cour de justice relative à la citoyenneté européenne et à la liberté de circulation des personnes. Le fait qu'un individu n'ait *jamais* exercé sa liberté de circulation n'empêche pas, en effet, d'identifier une "situation européenne"¹⁰⁰³.

b. Une relative indifférence dans le destinataire de la disposition européenne

219. Un dernier point mérite d'être précisé : la disposition européenne qui caractérise la "situation européenne" doit conférer des droits ou des obligations à des individus *ou* prévoir une obligation déterminée à l'État membre. Cette alternative se révèle complexe à justifier¹⁰⁰⁴ pour le principe d'équivalence. Elle est, malgré tout, une réalité. De prime abord, il semble pourtant que la jurisprudence de la Cour de justice se focalise sur le fait que les destinataires de la disposition européenne soient des individus¹⁰⁰⁵. Traditionnellement, l'effet direct se définit par « *l'aptitude de la disposition de droit de l'Union à engendrer, dans le chef des particuliers, un droit ou une obligation que le juge national est tenu de faire respecter* »¹⁰⁰⁶ ou de « *sauvegarder* »¹⁰⁰⁷. En ce sens, dans plusieurs arrêts de la Cour de justice, le principe d'équivalence contribue à la « *sauvegarde [des] droits [que les individus] tirent du droit de l'Union* »¹⁰⁰⁸. Dans une moindre mesure, l'applicabilité directe est admise si des individus « *ont intérêt à*

¹⁰⁰² Pour exemple, CJCE, 8 juillet 1999, *Nunes et Matos*, aff. C-186/98, *Rec.* p. I-4883, pt. 11.

¹⁰⁰³ Voir not. CJUE, 8 mars 2011, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09, *Rec.* p. I-1177 ; plus précisément, voir CJUE, 8 juin 2017, *Freitag*, aff. C-541/15, ECLI:EU:C:2017:432.

¹⁰⁰⁴ Voir not. A. WARD, « More than an "Infant Disease". Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies », *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine* précité, pp. 43-75, spéc. pp. 49 et suivantes.

¹⁰⁰⁵ Au-delà de l'arrêt *Van Gend en Loos*, voir CJCE, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67 précité, p. 227 ; CJCE, 4 avril 1968, *Lück*, aff. 34/67, *Rec.* p. 359, spéc. p. 370 ; CJCE, 17 mai 1972, *Leonesio*, aff. 93/71, *Rec.* p. 287, pt. 23 ; CJCE, 9 juillet 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84, *Rec.* p. 2301, pt. 17 ; CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-54/96, *Rec.* p. I-4961, pt. 40 ; CJCE, *Filipiak*, aff. C-314/08 précité, 83.

¹⁰⁰⁶ F. MARTUCCI, *op. cit.*, pp. 519-520 (nous soulignons). Dans cette idée, voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité : « [si] la finalité ultime de l'applicabilité directe est d'engendrer au profit des ressortissants des États membres des droits subjectifs à des prestations positives, sa qualité première est de pouvoir atteindre ces ressortissants, sans l'intervention des autorités étatiques, mais sans nécessairement les investir de droits subjectifs » (pp. 22-23).

¹⁰⁰⁷ *Ibid.*

¹⁰⁰⁸ Voir not. CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, pt. 5 et pt. 13 ; CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205, pt. 25 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599, pt. 12 ; CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 31 ; CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 39.

invoker les règles de droit [de l'Union] »¹⁰⁰⁹. Dans tous les cas, le destinataire de la règle européenne à appliquer n'est pas l'État membre¹⁰¹⁰.

220. Cette approche, qui se focalise sur le titulaire des droits conférés par la disposition européenne, présente des limites pour appréhender la “situation européenne”¹⁰¹¹. En effet, dans certaines hypothèses, la norme européenne directement applicable concerne uniquement l'État membre, sans prévoir de droits ou d'obligations pour les individus¹⁰¹². Dans cette hypothèse, une “situation européenne” se caractérise à partir de cette obligation destinée¹⁰¹³ à l'État membre. Tel est le cas lorsque des dispositions européennes exigent des autorités nationales qu'elles récupèrent des sommes indûment versées¹⁰¹⁴ ou qu'elles sanctionnent des violations du droit de l'Union¹⁰¹⁵, souvent lorsque les intérêts financiers de l'Union sont affectés¹⁰¹⁶. La règle européenne est considérée d'applicabilité directe si cette obligation est suffisamment claire, précise et inconditionnelle pour que l'autorité nationale la respecte¹⁰¹⁷. Il faut donc y voir des situations européennes.

221. En définitive, il serait presque envisageable de se focaliser exclusivement sur l'existence d'une obligation adressée à l'État membre pour caractériser une “situation européenne”. Seule l'existence de cette obligation importerait. Le fait que la disposition européenne entend conférer des droits ou des obligations n'aurait qu'une place secondaire¹⁰¹⁸ pour identifier une “situation

¹⁰⁰⁹ P. PESCATORE, *op. cit.*, p. 212.

¹⁰¹⁰ Le concept d'applicabilité directe se rapproche, de cette manière, de la logique d'effet direct que connaît le droit international public : une stipulation internationale est directement applicable devant un juge national si elle s'adresse directement à des individus. Voir not. D. ALLAND, *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 4^e édition, 2017, pp. 198-200 ; J. COMBACAU et S. SUR, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 13^e édition, 2019, pp. 215-216. *A contrario*, selon le Conseil d'État français, une stipulation internationale n'est pas directement applicable si elle est susceptible de « produire des effets à l'égard des particuliers » (CE, ass., 11 septembre 2012, *GISTI et FAPIL*, *Rec. p.* 319).

¹⁰¹¹ Sur cette idée, voir not. A. BARAV, v^o « Applicabilité directe », in A. BARAV et C. PHILIP (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 104-107 : « même si le droit communautaire impose des obligations [aux individus], celui-ci est aussi destiné à engendrer des droits à leur profit. Ces droits, souligne la Cour [de justice], naissent non seulement d'une attribution explicite, mais aussi en raison d'obligations imposées clairement tant aux particuliers qu'aux États membres et aux institutions de la Communauté » (p. 104).

¹⁰¹² A. BLECKMANN, *op. cit.*, p. 88 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 265. Cette même logique s'applique lorsque la norme européenne ne prévoit pas de droits substantiels mais simplement des obligations d'ordre procédural : voir CJCE, 30 avril 1996, *CLA Security International*, aff. C-194/94, *Rec. p.* I-2201, pt. 40 et suivants ; CJCE, 26 septembre 2006, *Unilever*, aff. C-443/98, *Rec. p.* I-7535, pt. 37 et suivants.

¹⁰¹³ Sur cette idée, CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company e.a.*, aff. jt. 51/71 à 54/71, *Rec. p.* 1107, pt. 4.

¹⁰¹⁴ Au-delà du contentieux de restitution des aides d'État, voir not. CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82, *Rec. p.* 2633, pt. 19 ; la Cour considère notamment que cette obligation de restitution découle des « principes généraux qui sont à la base du système institutionnel de la Communauté » (pt. 17 – nous soulignons).

¹⁰¹⁵ Voir not. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec. p.* 2965, pt. 23 et suivants.

¹⁰¹⁶ CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 34.

¹⁰¹⁷ Voir M. TRIENBACH, *op. cit.*, pp. 75 et suivantes.

¹⁰¹⁸ Voir l'analyse de P. PESCATORE (*op. cit.*) : « Ce serait une erreur de poser le problème de l'effet direct sous forme d'alternative : s'agit-il, dans tel cas, d'une obligation aux États ou d'une disposition directement applicable ? En réalité, toutes les

européenne”. En effet, la jurisprudence laisse entendre que, si une disposition européenne confère un droit ou une obligation à un individu, c’est qu’il existe nécessairement une obligation à la charge de l’État d’en assurer le respect¹⁰¹⁹. Dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la Cour de justice souligne par exemple que ces droits ou obligations individuels « *naissent (...) en raison d’obligations que le [droit de l’Union] impose de manière bien définie (...) aux États membres (...)* »¹⁰²⁰. L’État membre semble être l’unique destinataire de la norme européenne qui caractérise la “situation européenne”. Il existe certes des situations dans lesquelles le principe d’équivalence intervient dans des conflits entre individus¹⁰²¹. Tel est le cas dans le cadre d’un litige entre un consommateur et un professionnel¹⁰²² : le premier étant bénéficiaire de droits conférés par le droit de l’Union ; le second étant débiteur de plusieurs obligations. Cependant, dans ces hypothèses, la “situation européenne” résulte de l’obligation adressée à l’État membre de faire respecter, notamment par l’intermédiaire de ses juridictions¹⁰²³, les droits des uns et les obligations des autres¹⁰²⁴.

*dispositions [européennes] s’adressent aux États membres et doivent donc être respectées par ceux-ci. Le véritable problème est de savoir si, en outre, certaines de ces dispositions ont un effet direct à l’intérieur même des États. En d’autres termes, il ne faut pas voir le problème non pas en fonction d’une alternative, mais bien en fonction d’un cumul entre l’effet obligatoire (pour les États) et l’effet direct (pour les particuliers) des dispositions du droit communautaire » (p. 204 – l’auteur insiste). Dans le même sens, voir S. PRECHAL, *Directives in EC Law* précité : « Direct effect proved to be a powerful device, placed at the disposal of national courts to enable them to accomplish their task under Community law. In the meantime, however, it has become clear that direct effect has its limits. Nevertheless, the need for judicial protection remains » (p. 132).*

¹⁰¹⁹ Voir P. PESCATORE, *op. cit.*, pp. 213-214 ; S. PRECHAL, « Does Direct Effect Still Matter ? », *CMLR* 2000, n°37, pp. 1047-1069, spéc. pp. 1050 et suivants.

¹⁰²⁰ CJCE, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62 précité, p. 23 (nous soulignons). La formule complète de la Cour de justice est la suivante : ces droits individuels « *naissent 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* ». Cependant, comme le souligne A. BLECKMANN (*op. cit.*, p. 93), cette formule est trop large en elle-même. La coupe proposée permet de lui donner une portée plus adéquate pour le concept d’applicabilité directe. Cet exemple est également à rapprocher de l’affirmation de la Cour de justice selon laquelle une directive « *ne peut pas par elle-même créer d’obligations dans le chef d’un particulier* » (CJCE, 26 février 1986, *Marshall I*, aff. 152/84, *Rec.* p. 723, pt. 48), quand bien même elle serait d’applicabilité directe (CJCE, *Faccini Dori*, aff. C-91/92 précité, pt. 30 ; plus explicitement, CJCE, *Pfeiffer e.a.*, aff. jt. C-397/01 à C-403/01 précité, pt. 109).

¹⁰²¹ Sur cette question, voir J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 233.

¹⁰²² Voir not. CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.* p. I-9579. En l’occurrence, la directive prohibe l’existence de clauses abusives dans des contrats de consommation. Elle confère ainsi un droit au consommateur et une obligation à la charge du professionnel. Par la même occasion, elle exige de l’État membre de faire respecter ce droit et cette obligation. C’est à ce titre que la Cour de justice estime que, dans le cadre du principe d’équivalence, le juge national doit pouvoir soulever d’office l’inexistence de toute clause abusive même si une décision sous autorité de chose jugée l’en empêche (pt. 37 et suivants).

¹⁰²³ Voir not. CJCE, 7 juillet 1981, *Reve (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805 : « *le système de protection juridique mis en œuvre par le traité (...) implique que tout type d’action prévu par le droit national doit pouvoir être utilisé pour assurer le respect des règles communautaires d’effet direct dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédure que s’il s’agissait d’assurer le respect du droit national* » (pt. 44). Sur cette idée, voir S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 133.

¹⁰²⁴ CJCE, 5 mars 1978, *Ferwerda*, aff. 265/78, *Rec.* p. 617 : « *il incombe aux juridictions des États membres d’assurer, par application du principe de coopération [loyale], la protection juridique découlant de l’effet direct des dispositions communautaires,*

222. Ces affirmations doivent néanmoins être relativisées. En effet, il est souvent difficile d'identifier *avec certitude* l'obligation ainsi mise à la charge de l'État. Selon les cas, elle découle de la norme en elle-même ou de l'effet utile du droit de l'Union¹⁰²⁵. Parfois, elle est *inhérente au système du traité*¹⁰²⁶. Plus encore, cette obligation *dépend* de l'identification préalable des droits ou obligations conférés aux individus. Pour reprendre l'exemple de l'arrêt *Francoovich*, l'obligation¹⁰²⁷ pour l'État de réparer les dommages causés par la non-transposition d'une directive n'est possible qu'à la condition « *que le résultat prescrit par la directive comporte l'attribution de droits au profit de particuliers* » et que « *le contenu de ces droits puisse être identifié sur la base des dispositions de la directive* »¹⁰²⁸. L'obligation étatique s'identifie à travers la détermination de tels droits ou obligations attribués à des individus. Selon cette perspective, il convient d'étudier plus en détail ces droits et obligations individuels plutôt que l'obligation étatique en tant que telle pour caractériser une “situation européenne”. Nous en revenons ainsi à l'alternative précédemment évoquée : la norme européenne qui détermine la “situation européenne” peut être celle qui, de manière suffisamment certaine, a pour objet de conférer des droits ou obligations à des individus *ou* impose une obligation déterminée à l'État membre. Il ne semble pas opportun de retenir exclusivement une perspective plutôt qu'une autre¹⁰²⁹.

B. La définition négative et délicate d'une “situation interne”

223. La spécificité du principe d'équivalence tient à la nécessité d'identifier une “situation interne” susceptible d'être similaire à la “situation européenne”¹⁰³⁰. L'expression de “situation interne”, à l'instar de celle de “situation européenne”, est volontairement large pour englober l'ensemble des situations dans lesquelles le

aussi bien lorsque celles-ci engendrent des obligations pour les justiciables que lorsqu'elles leur accordent des droits » (pt. 10) – nous soulignons.

¹⁰²⁵ M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 58 ; voir également V. SKOURIS, « Effet Utile *versus* Legal Certainty : The Case-Law of the Court of Justice on the Direct Effect of Directives », *EBLR* 2006, n°17, pp. 241-255 ; N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, p. 55.

¹⁰²⁶ Pour paraphraser le *dictum* de la Cour de justice dans l'arrêt *Francoovich* (aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité) selon lequel « *le principe de la responsabilité de l'État pour des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire qui lui sont imputables est inhérent au système du traité* » (pt. 35 – nous soulignons). Voir également, pour l'interprétation conforme, CJCE, *Pfeiffer e.a.*, aff. jt. C-397/01 à C-403/01 précité, pt. 114. Sur cette idée, voir M. BLANQUET, V° « Effet direct » précité, pt. 18.

¹⁰²⁷ CJCE, *Francoovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 36.

¹⁰²⁸ *Ibid.*, pt. 40.

¹⁰²⁹ Au-delà de nos éléments, voir N. POLTORAK, *op. cit.*, pp. 70-72.

principe d'équivalence s'applique, notamment au-delà du seul cadre contentieux¹⁰³¹. La Cour de justice évoque, à cet égard, des situations « *relevant de l'application du seul droit national* »¹⁰³² ou « *relevant de l'ordre juridique national* »¹⁰³³. Actuellement, elle utilise de manière alternative les expressions de « *situations (...) de nature interne* »¹⁰³⁴ et de « *situations (...) soumises au droit interne* »¹⁰³⁵.

224. Une telle situation *interne* constitue une condition presque évidente pour le principe d'équivalence. Malgré tout, dans de récentes décisions, la Cour de justice eut à la réaffirmer clairement : le principe d'équivalence ne peut pas mettre en relation deux traitements nationaux accordés à des situations européennes¹⁰³⁶. En d'autres termes, il ne permet pas de comparer le traitement national d'une situation européenne à celui accordé à une autre situation européenne, même analogue ou très proche¹⁰³⁷. Très clairement, le principe d'équivalence requiert l'existence d'une "situation interne" *qui ne soit pas* une "situation européenne"¹⁰³⁸. L'appréhension de cette notion n'est cependant pas chose aisée¹⁰³⁹. À cet égard, bien qu'il soit tentant d'y recourir, le concept de "situation purement interne" n'est pas pertinent (1.). Une identification négative *plus générale* est indispensable, mais présente des difficultés pour certains aspects du principe d'équivalence (2.).

¹⁰³⁰ Une subtile distinction est à préciser : il s'agit ici d'identifier le concept de "situation interne", préalable indispensable pour déterminer, dans un second temps, la manière dont sa similitude est appréciée vis-à-vis de la situation "européenne". Cet aspect ne sera traité qu'*infra*.

¹⁰³¹ Cf. *infra*, pt. 392 et suivants. À ce stade de la réflexion, lorsque la Cour de justice parle de « *recours (...) de droit interne* », il faut y voir une situation interne dans laquelle est demandée l'application d'une norme de droit interne dans un cadre contentieux.

¹⁰³² CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. 119/79 et 126/79, *Rec.* p. 1863, pt. 10.

¹⁰³³ CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99, *Rec.* p. I-1395, pt. 42.

¹⁰³⁴ CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, *Rec.* p. I-7213, pt. 52 ; CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec.* p. I-10421, pt. 24 ; CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608, pt. 69 ; CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, pt. 40 ; CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166, pt. 30.

¹⁰³⁵ CJUE, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10 précité, pt. 37 ; CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. 497/13, ECLI:EU:C:2015:357, pt. 37 ; CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 39 ; CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, pt. 24 ; CJUE, 8 juin 2017, *Vinyals Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, pt. 26 ; CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, pt. 36.

¹⁰³⁶ Voir not. CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38 : le principe d'équivalence « *n'est pas pertinent dans une situation (...) qui concerne deux types de recours fondés, l'un comme l'autre, sur une violation du droit de l'Union* » (pt. 74).

¹⁰³⁷ Bien que des exceptions très subtiles puissent être observées ; cf. *infra*, pt. 661 et suivants.

¹⁰³⁸ En ce sens, l'avocat général M. BOBEK (conclusions sur CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960) affirme clairement que, pour l'étude du principe d'équivalence, « *des recours fondés sur le droit de l'Union sont comparés à des recours qui ne sont pas fondés sur le droit de l'Union* » (pt. 57).

¹⁰³⁹ Voir not. J.-P. PUISOCHET et S. GERVASONI, « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 717-732.

1. L'inopérance du concept de "situation purement interne"

225. Il pourrait être tentant de rapprocher la "situation interne" avec le concept de "situation purement interne"¹⁰⁴⁰ que connaît le droit du marché intérieur. En un sens, dans un arrêt *Pasquini*, la Cour de justice affirme sans équivoque que « [le] principe d'équivalence impose que les modalités procédurales de traitement de situations trouvant leur origine dans l'exercice d'une liberté communautaire ne soient pas moins favorables que celles concernant le traitement de **situations purement internes** »¹⁰⁴¹. Il s'agit de vérifier si une "situation interne" au sens du principe d'équivalence a la même signification qu'une "situation purement interne". Une telle proximité ne doit évidemment pas être exagérée : le concept de "situation purement interne" n'a pas été dégagé par la Cour de justice au titre de l'application du principe d'équivalence¹⁰⁴². Il s'agit plutôt de voir s'il peut être rapproché de celui de "situation interne" étudié. En réalité, la "situation purement interne" est trop réductrice pour caractériser la "situation interne" dans le cadre du principe d'équivalence. Deux raisons le justifient. D'une part, le concept de "situation purement interne" remplit des fonctions très spécifiques limitées aux libertés de circulations (a.). D'autre part, ce concept n'est pas adapté pour caractériser un standard de comparaison dans le cadre du principe d'équivalence (b.).

a. Un concept limité aux libertés de circulation

226. Tel qu'il est utilisé par la Cour de justice, le concept de "situation purement interne" n'a pas vocation à désigner l'ensemble des situations dans lesquelles le droit de l'Union ne peut pas intervenir. Plus globalement, il ne constitue pas la concrétisation d'« un principe très général, selon lequel aucune disposition du traité (...) ne peut s'appliquer »¹⁰⁴³. Ce concept désigne en réalité un *instrument*¹⁰⁴⁴ particulier dont

¹⁰⁴⁰ Sur ce concept, voir not. D. SIMON et F. LAGONDET, « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe* 1997, n°7, chron. 9 ; J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE* 2001, n°80, pp. 137-144 ; R.-E. PAPADOPOULOU, « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double tranchant ou une arme à double tranchant », *CDE* 2002, n°1-2, pp. 95-129 ; F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 47-54 ; B. CHEYNEL, « Les "situations purement internes" à la lumière de l'arrêt *Libert e.a.* », *RAE* 2013, n°2, pp. 405-412 ; L. POTVIN-SOLIS, « Qualification des situations purement internes », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 39-99.

¹⁰⁴¹ CJCE, *Pasquini*, aff. C-34/02 précité, pt. 57 (nous soulignons) ; voir également les points 59, 61 et 70.

¹⁰⁴² Pour preuve, le principe d'équivalence apparaît explicitement dès 1976 avec les arrêts *Rewe* et *Comet* (aff. 33/76 et aff. 45/76) tandis que le concept de situations purement internes ne se retrouve qu'à partir de 1979 (CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, *Rec.* p. 399, pt. 24).

¹⁰⁴³ J.-P. WARNER, conclusions sur CJCE, *Knoors*, aff. 115/78 précité, p. 1142 (cité par F. MARTUCCI, « Situations purement internes et liberté de circulation » précité, p. 45).

dispose la Cour de justice. À l'origine, il fut dégagé dans la jurisprudence de la Cour de justice relative aux libertés de circulations reconnues en droit de l'Union européenne¹⁰⁴⁵. Discrètement mentionné dans un arrêt *Knoors*¹⁰⁴⁶, il n'apparaît véritablement que dans l'arrêt *Saunders*¹⁰⁴⁷, où il se définit comme une situation dépourvue « *de tout facteur de rattachement à l'une quelconque des situations envisagées par le droit communautaire* »¹⁰⁴⁸. Bien que la formulation retenue par la Cour de justice apparaisse très générale, ce concept n'a qu'une fonction : celle de délimiter les libertés de circulation au sein du marché intérieur. Il ne vise qu'à déterminer les « *circonstances et conditions moyennant lesquelles ces opérateurs peuvent (ou ne peuvent pas) se prévaloir des dispositions du droit [de l'Union] régissant la libre circulation* »¹⁰⁴⁹. À cet égard, la Cour de justice estime clairement que « *les dispositions du traité en matière de libre circulation ne peuvent pas être appliquées à une situation purement interne à un État membre* »¹⁰⁵⁰. Le concept a certes été appliqué à la citoyenneté européenne, mais toujours pour délimiter sa portée¹⁰⁵¹. En conséquence, parler de “situations purement internes” en dehors d'une situation impliquant l'exercice d'une liberté de circulation n'apparaît pas pertinent¹⁰⁵².

227. Dès lors, ce concept de “situation purement interne” ne convient que partiellement pour le principe d'équivalence. Il devient seulement opérationnel lorsque la situation interne à identifier est similaire à une situation européenne protégée par une liberté de circulation. C'est le sens de l'affirmation précitée de la Cour de justice dans son arrêt *Pasquini*¹⁰⁵³. En l'espèce, une répétition de l'indu avait été demandée par l'administration italienne à propos de pensions de vieillesse versées

¹⁰⁴⁴ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, spéc. pp. 97-98.

¹⁰⁴⁵ Pour exemples, voir : en matière de marchandises, CJCE, 9 août 1994, *Lancry e.a.*, aff. jt. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec. p.* I-3957, pt. 30 ; en matière de travailleurs, CJCE, 28 janvier 1992, *Steen*, aff. C-332/90, *Rec. p.* I-341, pt. 9 ; en matière de services et d'établissements, CJCE, 5 décembre 1995, *Gervais e.a.*, aff. C-17/94, *Rec. p.* I-4353, pt. 24. Voir plus généralement F. MARTUCCI, « Situations purement internes et liberté de circulation » précité.

¹⁰⁴⁶ CJCE, *Knoors*, aff. 115/78 précité, pt. 24.

¹⁰⁴⁷ CJCE, 28 mars 1979, *Saunders*, aff. 175/78, *Rec. p.* 1129.

¹⁰⁴⁸ *Ibid.*, pt. 11.

¹⁰⁴⁹ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, p. 98.

¹⁰⁵⁰ CJCE, 14 juillet 1994, *Peralta*, aff. C-379/92, *Rec. p.* I-3453, pt. 27.

¹⁰⁵¹ Voir CJCE, 19 octobre 2004, *Zhu et Chen*, aff. C-200/02, *Rec. p.* I-9925, pt. 19 ; CJCE, 12 juillet 2005, *Schempp*, aff. C-403/03, *Rec. p.* I-6421, pt. 21 et suivants.

¹⁰⁵² Pour F. MARTUCCI (« Situations purement internes et liberté de circulation », E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-104), « *la notion de situation purement interne n'est pas pertinente pour les autres dispositions du traité* » (p. 46). Sur la même idée, quoique légèrement nuancée, voir L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, pp. 53-55 ; B. LE BAUT-FERRARESE, « Dans quelle situation le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne ? », *LPA* 2005, n°97, pp. 4-9.

au requérant. Or ce dernier se trouve dans une “situation européenne” : ses pensions de retraite doivent prendre en compte le fait qu’il ait travaillé au Luxembourg, en France et en Italie, au titre de la liberté de circulation des travailleurs¹⁰⁵⁴. Aussi, pour vérifier le respect du principe d'équivalence, il est cohérent que la Cour de justice utilise logiquement le concept de “situation purement interne” pour identifier la “situation interne” similaire ; en l’occurrence, il s’agit d’un « *ancien travailleur ayant cotisé à plusieurs régimes de droit interne* »¹⁰⁵⁵, c’est-à-dire sans jamais avoir exercé sa liberté de circulation.

228. L’arrêt *Pasquini* reste toutefois exceptionnel. Le principe d'équivalence ne saurait se limiter aux situations qui impliquent ou non une liberté de circulation. De plus, même lorsqu’il est question d’appliquer une telle liberté de circulation, la Cour de justice ne le reprend pas nécessairement. Tel est le cas dans un arrêt *Accor*¹⁰⁵⁶, alors même qu’il est utilisé par l’avocat général MENGGOZZI¹⁰⁵⁷ dans ses conclusions. L’arrêt *VALE Építési*¹⁰⁵⁸ déjà évoqué confirme ce constat. À propos de l’exercice de la liberté de prestation¹⁰⁵⁹, la Cour de justice distingue, au titre du principe d'équivalence, des « *opérations transfrontalières* » et des « *opérations internes* »¹⁰⁶⁰, pour considérer « *que les modalités de droit national visant à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l’Union [à savoir, la liberté de prestation] ne peuvent être moins favorables que celles régissant les **situations similaires de nature interne*** »¹⁰⁶¹. Cette position de la Cour de justice peut s’expliquer par une volonté d’uniformiser le régime du principe d'équivalence. Dès lors que celui-ci ne se limite pas aux seules libertés de circulation, il est judicieux de retenir une formulation plus générale pour désigner la “situation interne”.

¹⁰⁵³ CJCE, *Pasquini*, aff. C-34/02 précité.

¹⁰⁵⁴ Plus précisément, il s’agissait d’un règlement (n°1408/71 du Conseil, 14 juin 1971, *relatif à l’application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés et à leur famille qui se déplacent à l’intérieur de la Communauté*, JOCE 1971, L 149, p. 2) qui vise à garantir la liberté de circulation des travailleurs (considérant 5).

¹⁰⁵⁵ *Ibid.*, pt. 63.

¹⁰⁵⁶ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115, pt. 79.

¹⁰⁵⁷ Conclusions de l’avocat général MENGGOZZI, sur CJUE, *Accor*, aff. C-310/09 précité, pt. 120.

¹⁰⁵⁸ CJUE, *VALE Építési*, aff. C-378/10 précité.

¹⁰⁵⁹ *Ibid.*, pt. 45-47, à propos des articles 49 et 54 TFUE.

¹⁰⁶⁰ *Ibid.*, pt. 54.

¹⁰⁶¹ *Ibid.* – nous soulignons. Plus précisément, la Cour considère que « *si une législation d’un État membre exige, dans le cadre d’une transformation interne, une stricte continuité juridique et économique entre la société prédécesseur ayant demandé la transformation et la société successeur transformée, une telle exigence peut également être imposée dans le cadre d’une transformation transfrontalière* » (pt. 55).

b. Un concept impropre à caractériser un standard de comparaison

229. Le concept de “situation interne” au titre du principe d'équivalence vise à déterminer le référentiel, le standard de comparaison. Ce n'est qu'une fois cette situation interne similaire identifiée qu'il sera possible de comparer le traitement national qui lui est appliqué pour vérifier s'il n'est pas moins favorable à celui accordé à la situation européenne. Or le concept de “situation purement interne” ne peut remplir une telle fonction. Il vise simplement à vérifier si, dans une hypothèse déterminée, le droit de l'Union est susceptible d'être invoqué par une personne privée. Son appréhension se fait de manière subjective¹⁰⁶². L'approche de la Cour de justice a toujours été guidée par une démarche pragmatique pour déterminer si la situation litigieuse en cause relève ou non du droit de l'Union, et plus précisément des libertés de circulation. Pour appréhender la “situation interne” étudiée, cette approche concrète n'est pas pertinente. L'examen de la jurisprudence atteste de cette distinction.

230. L'identification d'une “situation purement interne” se fait par la réunion de deux critères. Le premier est que la situation en cause ne présente aucun élément d'extranéité. En d'autres termes, il faut que « *tous [ses] éléments pertinents se cantonnent à l'intérieur d'un seul État membre* »¹⁰⁶³. Ainsi, dans l'hypothèse où un travailleur n'a « *jamaïs exercé son droit de libre circulation à l'intérieur de [l'Union]* »¹⁰⁶⁴, il ne peut invoquer le droit de l'Union à son avantage. À l'inverse, la situation litigieuse ne sera pas qualifiée de “situation purement interne”¹⁰⁶⁵. La Cour de justice précise que c'est « [l'absence] *de tout élément sortant d'un cadre purement national dans une espèce déterminée* » qui a pour effet de rendre inapplicables les dispositions du droit de l'Union européenne¹⁰⁶⁶.

¹⁰⁶² Selon F. MARTUCCI (« Situations purement internes et libertés de circulation » précité), « [il] faut (...) admettre qu'une situation purement interne désigne une situation de fait » (p. 47) et renvoie à une « question d'ordre strictement factuel » (p. 61)

¹⁰⁶³ CJCE, 18 mars 1980, *Debaeve*, aff. 52/79, *Rec.* p. 833, pt. 9. Voir également CJCE, 23 avril 1991, *Höjner et Elser*, aff. C-41/90, *Rec.* p. I-1979, pt. 37 ; CJCE, 16 janvier 1997, *USSL n°47 di Biella*, aff. C-134/95, *Rec.* p. I-195, pt. 19 ; CJUE, 20 juin 2013, *Impacto Azul*, aff. C-186/12, ECLI:EU:C:2013:412, pt. 19 ; CJUE, 13 décembre 2018, *France Télévisions*, aff. C-298/17, ECLI:EU:C:2018:1017, pt. 30.

¹⁰⁶⁴ CJCE, 27 octobre 1982, *Morson et Jbanjan*, aff. jt. 35/82 et 36/82, *Rec.* p. 3723, pt. 17.

¹⁰⁶⁵ Pour exemple, la Cour de justice estime que « *tout ressortissant communautaire, indépendamment de son lieu de résidence et de sa nationalité, qui a fait usage du droit à la libre circulation et qui a exercé une activité professionnelle dans un autre État membre relève du champ d'application [de la liberté de circulation des travailleurs]* » (CJCE, 1^{er} avril 2008, *Gouvernement de la Communauté française et Gouvernement wallon*, aff. C-212/06, *Rec.* p. I-1683, pt. 34).

¹⁰⁶⁶ CJCE, 20 avril 1988, *Beckaert*, aff. 204/87, *Rec.* p. 2029, pt. 12 – nous soulignons.

231. Le second critère est l'absence de tout lien de rattachement au droit de l'Union européenne¹⁰⁶⁷. Classiquement, il s'agit d'apprécier les effets, y compris potentiels¹⁰⁶⁸, d'une réglementation nationale appliquée à la situation litigieuse pour déterminer s'ils affectent l'exercice d'une liberté de circulation¹⁰⁶⁹. Bien que prenant en compte des effets seulement *potentiels*, la Cour de justice maintient une approche globalement pragmatique. Par exemple, une mesure nationale qui empêche une « *perspective professionnelle purement hypothétique dans un autre État membre* »¹⁰⁷⁰ est regardée comme affectant une situation purement interne. En revanche, tel n'est pas le cas pour une mesure nationale dont les effets sont clairement de « *gêner ou de rendre moins attrayant l'exercice [d'une liberté de circulation]* »¹⁰⁷¹. En matière de libre circulation des marchandises¹⁰⁷², cette approche permet de caractériser une taxe d'effet équivalent¹⁰⁷³ ou une mesure d'effet équivalent¹⁰⁷⁴, y compris si la mesure nationale n'a qu'une portée « *purement intérieure* »¹⁰⁷⁵. Cette logique se retrouve à propos de libre circulation des services¹⁰⁷⁶.

232. Cette acception pragmatique de la “situation purement interne” explique des positions de prime abord contradictoires de la Cour de justice en

¹⁰⁶⁷ Voir not. R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, pp. 105 et suivantes ; L. POTVIN-SOLIS, *op. cit.*, pp. 49 et suivantes. Cette expression s'appuie sur le *dictum* de la Cour de justice selon lequel « *la citoyenneté de l'Union (...) n'a pas pour objectif d'étendre le champ d'application matériel du traité (...) à des situations internes n'ayant aucun rattachement au droit communautaire* » (CJCE, 7 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. jt. C-64/96 et C-65/96, *Rec. p.* I-3171, pt. 23). La Cour de justice reprendra *in extenso* ces deux conditions ; voir pour exemple, CJUE, 13 février 2014, *Airport Shuttle Express e.a.*, aff. jt. C-161/12 et C-162/12, ECLI:EU:C:2014:74, pt. 43.

¹⁰⁶⁸ Voir not. CJCE, 7 mai 1997, *Pistre e.a.*, aff. jt. C-321/94 et C-322/94 à C-324/94, *Rec. p.* I-2343, pt. 44-45.

¹⁰⁶⁹ Voir F. PICOD, *op. cit.*, pp. 49-51 : « *Toute la difficulté consiste à déterminer le moment à partir duquel une situation nationale [c'est-à-dire dont les éléments sont cantonnés au sein de l'État membre] cesse d'être purement interne* » (p. 49). Dans la même idée, M. FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2002, pp. 121 et suivantes. Pour R.-E. PAPADOPOULOU (*op. cit.*), il s'agit de cette exigence qui permet d'affirmer qu'une situation est purement interne (p. 105).

¹⁰⁷⁰ CJCE, 28 juin 1984, *Moser*, aff. 180/83, *Rec. p.* 2539.

¹⁰⁷¹ CJCE, 31 mars 1993, *Kraus*, aff. C-19/92, *Rec. p.* I-1663, pt. 32.

¹⁰⁷² Cette position suit la jurisprudence *Dassonville* de la Cour de justice selon laquelle « *toute réglementation commerciale des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire* » constitue une mesure d'effet équivalent prohibée par le droit de l'Union (CJCE, 11 juillet 1974, *Dassonville*, aff. 8/74, *Rec. p.* 837, pt. 5).

¹⁰⁷³ Voir pour exemple CJCE, 9 août 1994, *Lanvry e.a.*, aff. jt. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec. p.* I-3957, pt. 30-31.

¹⁰⁷⁴ Voir en ce sens, outre l'arrêt *Pistre* (aff. jt. C-321/94 et C-322/94 à C-324/94 précité), CJCE, 5 décembre 2000, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec. p.* I-10663, pt. 18 et suivants.

¹⁰⁷⁵ Expression retenue par L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne* précité, p. 334 et p. 336. Plus généralement, voir F. MARTUCCI, « Situations purement internes et autonomie régionale et locale dans l'Union », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 37-69.

¹⁰⁷⁶ Voir not. CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, aff. C-17/00, *Rec. p.* I-9445 : rappelant que la liberté de circulation de services ne s'applique pas aux situations purement internes (pt. 30), la Cour considère que la taxe nationale, bien qu'elle se limite à l'État membre, « [dans] de telles circonstances (...) est de nature à dissuader les destinataires de services » (pt. 33) et « de nature à gêner » la prestation de service (pt. 35).

matière de citoyenneté européenne¹⁰⁷⁷. Dans un arrêt *Ruiz Zambrano*¹⁰⁷⁸, elle estime que le droit de l'Union est applicable aux parents étrangers d'enfants de nationalité belge, même si ces derniers n'ont jamais exercé leur liberté de circulation. Pourtant, dans un arrêt *McCarthy*¹⁰⁷⁹ ultérieur, la Cour s'y refuse à propos du conjoint d'une ressortissante britannique qui n'a pas exercé sa liberté de circulation. Cette différence de positionnement s'explique par l'appréciation subjective qu'a opérée la Cour de justice sur la « *privation de la jouissance effective des droits conférés par le statut du citoyen* » – c'est-à-dire le lien de rattachement avec le droit de l'Union. Dans l'arrêt *Ruiz Zambrano*, la Cour estime que la situation en cause est bien susceptible de priver les enfants belges de leurs droits de citoyens européens et donc nécessite l'application du droit de l'Union. Dans l'arrêt *McCarthy*, elle s'y refuse et caractérise ainsi une « situation purement interne »¹⁰⁸⁰.

233. Telle qu'exposée, cette approche concrète et pragmatique du concept de « situation purement interne » pose problème pour l'étude du principe d'équivalence. En effet, la « situation interne » étudiée à cette occasion n'est que virtuelle ou hypothétique. Elle n'a vocation qu'à identifier le traitement *normalement*¹⁰⁸¹ applicable à une situation interne similaire à la situation européenne. En toute logique, la caractérisation d'une telle « situation interne » ne peut pas faire appel à des données concrètes et subjectives comme pour caractériser une « situation purement interne ». Pour y parvenir, la Cour de justice retient essentiellement *l'origine* ou la *nature* interne des normes applicables, dans une approche abstraite¹⁰⁸² et objective¹⁰⁸³. À partir d'éléments fournis par le juge national, elle ne fait qu'envisager de quelle manière la situation litigieuse aurait été traitée si elle relevait exclusivement du droit interne. Par exemple, dans un arrêt *Leffler*, la Cour de justice estime que le principe d'équivalence peut conduire le juge national à « *interpréter une règle nationale qui a été élaborée en ayant uniquement en vue une situation purement interne afin de l'appliquer à la*

¹⁰⁷⁷ Voir l'analyse de S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE* 2012, pp. 23-52. Dans ce sens, F. MARTUCCI, « Situations purement internes et libertés de circulation » précité, pp. 93 et suivantes. Voir également K. LENAERTS et J. A. GUTIERREZ-FONS, « L'autonomie conceptuelle de la citoyenneté de l'Union », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, t. 1, pp. 93-108, spéc. pp. 94 et suivantes.

¹⁰⁷⁸ CJUE, *Ruiz Zambrano*, aff. C-34/09 précité.

¹⁰⁷⁹ CJUE, 5 mai 2011, *McCarthy*, aff. C-434/09, *Rec.* p. I-3375.

¹⁰⁸⁰ CJUE, *McCarthy*, aff. 434/09 précité, pt. 55.

¹⁰⁸¹ Voir S. ALBERT, conclusions sur CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.* p. I-7699, pt. 87.

¹⁰⁸² Cf. *infra* pour plus de détails.

¹⁰⁸³ Sur cet aspect objectif, cf. *infra*, pt. 637 et suivants.

situation [européenne] en cause »¹⁰⁸⁴. Le recours au concept de “situation purement interne”, qui vise à caractériser une situation concrète, n’a donc pas de sens. Le fait que la Cour de justice évoque, par moment, des « *litiges (...) purement nationaux* »¹⁰⁸⁵, des « *montants d’origine purement interne* »¹⁰⁸⁶, des « *aides purement nationales* »¹⁰⁸⁷ ou « *des droits de nature purement interne* »¹⁰⁸⁸ pour caractériser la “situation interne”, n’a pas de réelle conséquence. Contrairement au concept de “situation purement interne”¹⁰⁸⁹, l’adverbe “purement” apparaît superfétatoire pour le principe d’équivalence.

2. La difficulté d’une identification négative générale de la situation interne

234. La “situation interne” ne semble se comprendre que négativement : il s’agit d’une situation qui *n’est pas régie* par le droit de l’Union européenne. Cette approche a parfois conduit la Cour de justice à adopter des positions assez étranges. Dans un arrêt *XC*, par exemple, elle considère qu’un recours national qui a pour objet de faire respecter les arrêts de la Cour européenne des droits de l’Homme constitue un recours de nature interne¹⁰⁹⁰ – autrement dit, un recours qui vise à s’appliquer à une “situation interne”. Cette position surprend¹⁰⁹¹ mais reste pourtant cohérente. Cet exemple ne doit cependant pas tromper : d’une manière générale, la Cour de justice retient une approche assez restrictive de la “situation interne” (a.). Par un jeu de vases communicants, cette position se comprend en partie à la lumière de sa jurisprudence relative au champ d’application des droits fondamentaux tel que prévu à l’article 51 de la Charte (b.).

a. Une appréhension relativement stricte de la “situation interne”

235. Cette affirmation pourrait de prime abord étonner. Lorsque la Cour de justice évoque des « *situations (...) de nature interne* » et des « *situations (...) soumises au droit interne* », son approche des “situations internes” laisse apparaître une certaine

¹⁰⁸⁴ CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, aff. C-443/03, *Rec. p.* I-9611, pt. 51. Voir également CJCE, 13 mars 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06, *Rec. p.* I-1561, pt. 49 ; CJUE, 14 janvier 2010, *Kyrian*, aff. C-233/08, *Rec. p.* I-177, pt. 61.

¹⁰⁸⁵ CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec. p.* 1449, pt. 7 ; CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 19.

¹⁰⁸⁶ CJCE, 19 mai 1998, *Jensen et Korn*, aff. C-132/95, *Rec. p.* I-2975, pt. 50.

¹⁰⁸⁷ CJCE, *Huber*, aff. C-336/00 précité, pt. 63

¹⁰⁸⁸ CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 39.

¹⁰⁸⁹ R.-E. PAPADOPOULOU, *op. cit.*, pp. 105 et suivantes.

¹⁰⁹⁰ CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 26. Il s’agissait en l’occurrence d’un recours en réexamen de décisions juridictionnelles sous autorité de chose jugée lorsque celles-ci apparaissent contraires à un arrêt de la Cour EDH.

¹⁰⁹¹ L’avocat général ØE, dans ses conclusions sur l’arrêt *XC*, mettait en doute une telle approche (voir pt. 67-70 de ses conclusions).

souplesse dans leur appréciation. En réalité, dans la lignée du mouvement jurisprudentiel de rationalisation du principe d'équivalence¹⁰⁹², la Cour de justice a eu l'occasion de réfuter certaines argumentations visant à identifier trop aisément une "situation interne". Certes, dans une écrasante majorité des arrêts, la nature *interne* de la situation qui constitue le référentiel potentiel ne pose aucun problème. Toutefois, dans quelques affaires, la Cour de justice a su faire preuve d'une certaine sévérité.

236. L'arrêt *Levez*¹⁰⁹³ constitue un premier exemple. L'affaire portait sur le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins que l'article 119 du Traité CEE¹⁰⁹⁴ et par une directive 75/117/CEE¹⁰⁹⁵ garantissent. La requérante estimait avoir été victime d'une telle inégalité de traitement et fit une demande pour obtenir le versement des arriérés de rémunération. Or la législation anglaise, l'*Equal Pay Act (EPA)*, permettait justement à un individu victime d'une discrimination en raison du sexe d'obtenir le versement des arriérés de rémunération mais exclusivement pour une période de deux ans. La Cour de justice fut ainsi amenée à se prononcer sur cette limite de deux ans, notamment au regard du principe d'équivalence. Le gouvernement anglais estimait, à ce titre, que l'*EPA* régit des "situations internes" : il s'agit d'une « *loi adoptée antérieurement tant à l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés qu'à l'adoption de la directive, [qui] constitue une forme de recours de droit interne comparable à un recours fondé directement sur l'article 119 du traité* »¹⁰⁹⁶. De cette manière, puisque la limite de deux ans s'applique aussi bien aux demandes fondées sur l'*EPA* (situation interne) qu'aux demandes fondées sur l'article 119 du traité et sur la directive (situation européenne), il n'y a pas méconnaissance du principe d'équivalence.

237. La Cour de justice réfute une telle approche. Selon elle, l'*EPA* constitue une législation par laquelle le Royaume-Uni « *s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu d'abord de l'article 119 du traité et ensuite de la directive* »¹⁰⁹⁷. En d'autres termes, selon l'avocat général P. LEGER, les « *recours exercés au titre de l'Equal Pay Act le*

¹⁰⁹² Cf. *supra*, pt. 23 et suivants.

¹⁰⁹³ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité.

¹⁰⁹⁴ En l'occurrence, l'article 119 du traité CE est actuellement retranscrit à l'article 157 TFUE, qui dispose en substance que « [l'État] *membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur* ».

¹⁰⁹⁵ Directive 75/117/CEE du Conseil, 10 février 1975, *concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins* (JOCE 1975, L 45, p. 19).

¹⁰⁹⁶ *Ibid.*, pt. 45.

sont (...) au titre d'une disposition transposant la directive 75/117 au niveau national, laquelle met en œuvre le principe de non-discrimination énoncé à l'article 119 du traité »¹⁰⁹⁸. De fait, contrairement à ce que soutient le gouvernement anglais, l'EPA fixe le traitement national accordé, non pas à une "situation interne", mais bien à une "situation européenne". Le fait que la législation nationale en cause n'ait pas été spécifiquement adoptée à cette fin est sans conséquence. Aussi, la Cour considère qu'une action en justice fondée sur cette législation « n'est (...) pas susceptible d'être le fondement approprié de la comparaison afin d'assurer le respect du principe de l'équivalence »¹⁰⁹⁹. En toute logique, la "situation interne" fondée sur l'EPA n'existe pas, à proprement parler, puisqu'elle se confond avec la "situation européenne"¹¹⁰⁰. Vérifier le respect du principe d'équivalence implique donc de voir si cette limite de deux ans s'applique à d'autres demandes similaires¹¹⁰¹ et qui ne mettent pas en œuvre le droit de l'Union européenne. La nature *interne* de la disposition qui est appliquée ne suffit pas à caractériser une "situation interne". Il faut ainsi démontrer qu'elle ne participe pas, même indirectement, à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne.

238. Cette idée est précisée ultérieurement dans un arrêt *Starjakob*¹¹⁰². La Cour de justice affirme que, « dès lors que le respect du principe d'équivalence suppose l'application indifférenciée d'une règle nationale aux actions fondées sur une violation du droit de l'Union et à celles fondées sur une méconnaissance du droit national, ce principe n'est pas pertinent dans une situation (...) qui concerne deux types de recours fondés, l'un comme l'autre, sur une violation du droit de l'Union »¹¹⁰³. En l'occurrence, une disposition procédurale nationale ne constitue pas un référentiel adéquat parce qu'elle régit « les recours fondés sur la méconnaissance non pas du droit national, mais du droit de l'Union, dans la mesure où elle a été adoptée afin de tenir compte des enseignements découlant [d'une jurisprudence européenne] »¹¹⁰⁴. En conséquence, une législation nationale qui tire les conséquences

¹⁰⁹⁷ *Ibid.*, pt. 48.

¹⁰⁹⁸ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 46.

¹⁰⁹⁹ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 48.

¹¹⁰⁰ P. LEGER, conclusions précitées, pt. 47.

¹¹⁰¹ La Cour de justice reprend les propositions soulevées en ce sens par le juge de renvoi : il peut s'agir d'« une demande fondée sur l'EPA des demandes liées à l'inexécution des obligations découlant du contrat de travail, à une discrimination sur la rémunération en raison de la race, à une retenue illicite sur salaires ou à une discrimination fondée sur le sexe dans des domaines autres que la rémunération » (pt. 49).

¹¹⁰² CJUE, *Starjakob*, aff. C-417/13 précité. Position reprise dans d'autres affaires ultérieures : voir CJUE, 6 octobre 2015, *Társia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, pt. 34 ; CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 40.

¹¹⁰³ *Ibid.*, pt. 74.

¹¹⁰⁴ *Ibid.*, pt. 73.

d'un arrêt de la Cour de justice doit être considérée comme appliquée à une "situation européenne" et ne peut pas constituer un référentiel pertinent.

b. Une approche en partie cohérente par rapport au champ d'application des droits fondamentaux

239. Telle que présentée, la "situation interne" dépend du champ d'application général du droit de l'Union européenne. Or il apparaît difficile d'identifier des critères ou des concepts qui permettraient de l'appréhender de manière systémique¹¹⁰⁵. Outre la "situation purement interne" précédemment étudiée, la compétence de la Cour de justice saisie à titre préjudiciel n'aide en rien pour déterminer le champ d'application du droit de l'Union et, par voie de conséquence, une "situation interne". En substance, la Cour juge un renvoi préjudiciel recevable¹¹⁰⁶ si le juge national à l'origine de la saisine est confronté à une "situation européenne". Dans le cas contraire, il s'agit d'une "situation interne". Cette affirmation s'avère, en réalité, approximative. En effet, il existe des hypothèses dans lesquelles la Cour de justice se reconnaît compétente même vis-à-vis d'une "situation interne". Tel est le cas lorsqu'elle considère qu'il existe « *un intérêt manifeste* »¹¹⁰⁷ à ce qu'une réponse soit apportée au juge national¹¹⁰⁸. De plus, la Cour de justice ne déclare un renvoi préjudiciel irrecevable et ne se déclare incompétente que si « *l'interprétation sollicitée du droit communautaire n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal* »¹¹⁰⁹ –

¹¹⁰⁵ Voir not. les contributions publiées à la *Revue des affaires européennes*, 2003-2004, n°1, dont H. GAUDIN, « Diversité et évolution des champs d'applications en droit communautaire », pp. 7-20. Voir également E. DUBOUT, « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 87-119, spéc. pp. 95 et suivantes.

¹¹⁰⁶ En ce sens, voir not. CJCE, 17 décembre 1975, *Adlerblum*, aff. 93/75, pt. 4. Plus récemment, voir CJUE, 11 avril 2019, *Hrvatska radiotelevizija*, aff. C-657/18, ECLI:EU:C:2019:304.

Dans une moindre mesure, la Cour de justice ne répondra pas directement à la question préjudicielle posée. Tel est le cas dans l'arrêt *Saunders* (aff. 175/78 précité) : la question posée par le juge national renvoyait à la compatibilité entre la libre circulation des travailleurs et d'une disposition pénale nationale (pt. 3). Or la Cour de justice considère implicitement que cette question ne se pose pas dès lors que la situation litigieuse n'entre pas dans le champ d'application de la liberté de circulation visée (pt. 12).

¹¹⁰⁷ CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89, *Rec. p.* I-3763, pt. 37. Voir également CJUE, 7 juillet 2011, *Agafitei e.a.*, aff. C-310/10, *Rec. p.* I-5989, pt. 39 ; CJUE, 5 décembre 2013, *Venturini*, aff. jt. C-159/12 et C-161/12, ECLI:EU:C:2013:791, pt. 28 ; CJUE, 26 février 2015, *Matei*, aff. C-143/13, ECLI:EU:C:2015:127, pt. 41.

¹¹⁰⁸ Cette attitude se manifeste dans des hypothèses particulières où le droit national renvoie volontairement au droit de l'Union européenne pour régler des situations qui lui échappent normalement. L'arrêt *Dzodzi* précité est, à ce titre, un exemple éducatif : la Cour de justice affirme que le mécanisme du renvoi préjudiciel n'exclut pas « *de la compétence de la Cour les renvois préjudiciels portant sur une disposition communautaire dans le cas particulier où le droit national d'un État membre renvoie au contenu de cette disposition pour déterminer les règles applicables à une situation purement interne à cet État* » (*ibid.*, pt. 36) – voir également CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec. p.* I-4161, pt. 31-32 ; CJUE, 21 décembre 2011, *Cicala*, aff. C-482/10, ECLI:EU:C:2011:868 ; CJUE, 18 octobre 2012, *Nolan*, aff. C-583/10, ECLI:EU:C:2012:638 ; CJUE, 19 octobre 2017, *Solar Electric Martinique*, aff. C-303/16, ECLI:EU:C:2017:773.

¹¹⁰⁹ CJCE, *Guimont*, aff. C-448/98 précité, pt. 22. En ce sens, F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 59 et pp. 68-69. Il arrive en effet que l'enjeu du renvoi préjudiciel soit, pour le juge national, de vérifier si le droit de l'Union trouve à s'appliquer ou non dans son litige. Dans un pareil cas, la compétence de la Cour de justice pour répondre au juge

plus précisément, « *s'il est **manifeste** que le droit communautaire ne saurait trouver à s'appliquer, ni directement ni indirectement, aux circonstances de l'espèce* »¹¹¹⁰.

240. *In fine*, seul le champ d'application des droits fondamentaux¹¹¹¹, tel que défini à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union, se révèle intéressant pour cerner le concept de "situation interne". L'article 51 dispose que les droits reconnus dans la Charte s'appliquent « *aux États membres uniquement lorsqu'ils **mettent en œuvre** le droit de l'Union* »¹¹¹². Formulée d'une manière aussi générale, cette idée de *mise en œuvre* semble parfaitement convenir pour le principe d'équivalence dont la fonction est de sécuriser la *mise en œuvre* du droit de l'Union par l'État¹¹¹³. Ainsi, une "situation interne" se définit comme une situation dans laquelle le droit de l'Union n'est pas *mis en œuvre* par l'État membre, en opposition parfaite avec la définition retenue de la "situation européenne". Toutefois, cette *mise en œuvre* s'interprète selon deux lignes jurisprudentielles de la Cour de justice¹¹¹⁴. Il nous faut les étudier plus en détail puisque l'une d'elles est utile pour caractériser une "situation interne".

national ne dépend pas de l'existence d'une situation interne. Pour exemple, voir not. CJCE, 9 septembre 1999, *RI.SAN.*, aff. C-108/98, *Rec.* p. I-5219 : une question posée à la Cour de justice visait à savoir si une disposition du traité pouvait s'appliquer à la situation litigieuse (pt. 11), ce à quoi la Cour *répond* par la négative (pt. 23). Dans le même sens, voir CJCE, 11 septembre 2003, *Anomar e.a.*, aff. C-6/01, *Rec.* p. I-8621 ; CJUE, 11 décembre 2014, *Azienda sanitaria locale n. 5 «Spezzino» e.a.*, aff. C-113/13, ECLI:EU:C:2014:2440, pt. 48 ; CJUE, 17 décembre 2015, *UNIS*, aff. jt. C-25/14 et C-26/14, ECLI:EU:C:2015:821, pt. 29.

¹¹¹⁰ Outre les arrêts *Dzodzi* et *Leur-Bloem* précités, voir CJCE, 17 juillet 1997, *Giloy*, aff. C-130/95, *Rec.* p. I-4291, pt. 22 – nous soulignons ; CJCE, 11 janvier 2001, *Monte Arcosu*, aff. C-403/98, *Rec.* p. I-103, pt. 22. Dans la même idée, voir CJCE, 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, aff. jt. C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec.* p. I-2157, pt. 25-26 ; CJCE, *Anomar e.a.*, aff. C-6/01 précité, pt. 40-41 ; CJCE, 25 mars 2004, *Karner*, aff. C-71/02, *Rec.* p. 3025, pt. 19-22. Cette idée se traduit par une présomption de recevabilité de la question préjudicielle posée (CJCE, 5 décembre 2006, *Cipolla e.a.*, aff. jt. C-94/04 et C-202/04, *Rec.* p. 11421, pt. 25 et suivants, spéc. pt. 26). Autrement dit, il est admis par principe que, si un renvoi est opéré par le juge national c'est qu'il n'est pas confronté à une "situation interne". Cette présomption peut être renversée par la Cour de justice à partir des éléments fournis par le juge de renvoi ; voir not. CJUE, 22 décembre 2010, *Omalet*, aff. C-245/09, *Rec.* p. 13771, pt. 16 ; voir CJUE, 13 février 2014, *Crono Service e.a.*, aff. jt. C-419/12 et C-420/12, ECLI:EU:C:2014:81 où la Cour estime que, « *en l'occurrence, les décisions de renvoi ne [lui] fournissent pas (...) les éléments de fait et de droit qui lui permettraient de déterminer les conditions dans lesquelles des réglementations telles que celles en cause au principal pourraient relever des dispositions du droit de l'Union* » (pt. 32) ; la question posée est donc irrecevable (pt. 33) ; CJUE, 30 janvier 2014, *Paola C.*, aff. C-122/13, ECLI:EU:C:2014:59, pt. 12-14 ; CJUE, 20 mars 2014, *Caixa d'Estalvis i Pensions de Barcelona*, aff. C-139/12, ECLI:EU:C:2014:174, pt. 40-44.

¹¹¹¹ Cette position est également la même à propos des principes généraux du droit de l'Union européen ; voir L. XENOU, *op. cit.*

¹¹¹² Article 51 de la Charte des droits fondamentaux – nous soulignons.

¹¹¹³ Cf. *supra*, pt. 180.

¹¹¹⁴ Sur cette idée, voir P. EECKHOUT, « EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CMLR* 2002, n°39, pp. 945-994, spéc. pp. 975 et suivantes ; F. PICOD, « Article 51. Champ d'application » précité, pp. 1067 et suivantes ; S. PLATON, « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in C. VIAL et R. TINIERE (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 67-86, spéc. pp. 80 et suivantes ; J.-P. JACQUE, « La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret* précité, t. 1, p. 211-228, spéc. pp. 214 et suivantes.

241. La première, qui découle de l'arrêt *Wachauf*, renvoie à une "mise en œuvre *stricto sensu*" : la Cour énonce que « les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire (...) lient (...) les États membres lorsqu'ils **mettent en œuvre des réglementations communautaires** »¹¹¹⁵. L'expression de "mise en œuvre" s'entend dans son sens ordinaire¹¹¹⁶ : elle renvoie à une *application nationale*¹¹¹⁷ d'une norme européenne. Par exemple, la règle nationale qui transpose une directive¹¹¹⁸ ou qui applique un règlement européen¹¹¹⁹ est considérée comme une mise en œuvre du droit de l'Union. L'approche retenue par la Cour de justice démontre ici une « certaine prudence »¹¹²⁰. Le simple fait que la règle nationale soit « susceptible d'affecter indirectement »¹¹²¹ le droit de l'Union ne suffit pas pour conclure qu'elle constitue une mesure de *mise en œuvre* de celui-ci.

242. La seconde approche, issue de l'arrêt *ERT*, renvoie à l'idée de "champ d'application du droit de l'Union"¹¹²². Dès lors qu'une réglementation nationale « *entre dans le champ d'application* »¹¹²³ du droit de l'Union, elle doit respecter les droits fondamentaux¹¹²⁴. Selon cette optique, l'expression de "mise en œuvre" dispose d'une portée très large¹¹²⁵, voire « *potentiellement illimitée* »¹¹²⁶. Si certains arrêts de la Cour de

¹¹¹⁵ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, *Rec.* p. 2609, pt. 19 – nous soulignons. Cette position a été reprise explicitement pour les principes généraux du droit de l'Union européenne (CJCE, 15 juillet 2004, *Gereken et Procola*, aff. C-459/02, *Rec.* p. I-7315, pt. 21).

¹¹¹⁶ L'action nationale est alors appréhendée au titre de l'administration indirecte comme modalité d'application du droit de l'Union (voir Chapitre 1, Titre 1, Partie 1). En ce sens, voir not. J. H. H. WEILER et N. J. S. LOCKHART, « Taking Rights Seriously : The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part 1 », *CMLR* 1995, n°32, pp. 51-94, spéc. pp. 73 et suivantes.

¹¹¹⁷ Voir not. CJUE, 7 juin 2012, *Vinkov*, aff. C-27/11, ECLI:EU:C:2012:326 : « il est de jurisprudence constante que les exigences découlant de la protection des droits fondamentaux lient les États membres dans tous les cas où ils sont appelés à **appliquer le droit de l'Union** » (pt. 56 – nous soulignons). En ce sens, J.-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 214.

¹¹¹⁸ Voir CJCE, 13 juillet 2000, *Idéal Tourisme*, aff. C-36/99, *Rec.* p. I-6049, pt. 36 et pt. 38 ; CJUE, 24 novembre 2011, *Scarlett*, aff. C-70/10, ECLI:EU:C:2012:233, pt. 79-80.

¹¹¹⁹ Pour exemple, voir CJCE, 13 avril 2000, *Karlsson e.a.*, aff. C-292/97, *Rec.* p. I-2737, pt. 36-37.

¹¹²⁰ F. PICOD, *op. cit.*, p. 1069. Pour exemple, voir CJUE, 22 mai 2014, *Ersekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352 : la Cour estime que, parce que le droit de l'Union ne prévoit aucunement une obligation de réparation des dommages des mesures prises pour la lutte contre l'influenza aviaire (pt. 56), le droit national litigieux ne peut pas être considéré comme mettant en œuvre le droit de l'Union (pt. 57) – dans la même logique, voir CJCE, 3 juin 1996, *Maurin*, aff. C-144/95, *Rec.* p. I-2909, pt. 11-12.

¹¹²¹ CJCE, 18 décembre 1997, *Annibaldi*, aff. C-309/96, *Rec.* p. I-7493, pt. 22.

¹¹²² Implicitement, cette approche pouvait se manifester antérieurement, mais de manière beaucoup plus prudente. Voir CJCE, 11 juillet 1985, *Cinéthèque*, aff. jt. 60/84 et 61/84, *Rec.* p. 2605, où la Cour parle « d'une loi nationale qui se situe (...) dans un **domaine** qui relève de l'appréciation du législateur national » (pt. 26 – nous soulignons). Sa version anglaise est plus éloquente : « national legislation which concerns (...) an **area** which falls within the **jurisdiction** of national legislator » (pt. 26 – nous soulignons).

¹¹²³ La Cour de justice parle, dans la même logique, de « situations **régies** par le droit de l'Union » (voir not. CJUE, 24 mars 2014, *Torrálbo Marcos*, aff. C-265/13, ECLI:EU:C:2014:187, pt. 29 – nous soulignons) ou d'une « réglementation nationale qui (...) se situe (...) dans le **cadre** du droit communautaire » (CJCE, 4 octobre 1991, *Grogan e.a.*, aff. C-159/90, *Rec.* p. I-4685, pt. 31).

¹¹²⁴ CJCE, *ERT*, aff. C-260/89 précité, pt. 42.

¹¹²⁵ F. PICOD, *op. cit.*, pp. 1071-1072 ; J.-P. JACQUE, *op. cit.*, p. 220-22.

¹¹²⁶ M. GAUTIER, citée par L. XENOU, *op. cit.*, p. 429. Dans la même idée, S. DOUGLAS-SCOTT (« The European Union and Fundamental Rights », *Oxford Principles of European Law* précité, pp. 383-422) estime que « the Charter

justice cherchent à ne pas l'étendre outre mesure¹¹²⁷, d'autres l'ont amenée à faire « preuve d'audace en retenant une conception qui dépasse le cadre strict de la seule mise en œuvre du droit de l'Union »¹¹²⁸. Dans son arrêt *Åkerberg Fransson*¹¹²⁹, la simple « **applicabilité** du droit de l'Union »¹¹³⁰ est envisagée. Il suffit alors que la situation litigieuse présente un « lien de rattachement »¹¹³¹ avec le droit de l'Union, sans nécessairement participer à son application.

243. Ces deux lectures de l'article 51 ne sont pas nécessairement incompatibles entre elles¹¹³², comme les explications relatives à la Charte¹¹³³ l'indiquent¹¹³⁴. En outre, il arrive que la Cour de justice mentionne les deux explicitement dans ses arrêts¹¹³⁵. Pour ce qui est de l'étude du principe d'équivalence, il nous semble judicieux de relativiser la seconde approche, issue de l'arrêt *ERT*, pour privilégier la première, issue de l'arrêt *Wachauf*. En effet, ces jurisprudences de la Cour de justice s'appliquent à des objets juridiques très particuliers que sont les droits fondamentaux. Leur universalité¹¹³⁶ s'accommode difficilement d'un champ d'application trop cloisonné¹¹³⁷. Dès lors, l'approche expansionniste de la Cour dans l'arrêt *ERT* ne se justifie que vis-à-vis des droits fondamentaux¹¹³⁸. Elle n'est donc

applies not only when Member States directly implement an EU norm, but also if they derogate from it, or possibly even if their acts may simply concern Union law in a general way » (p. 391).

¹¹²⁷ En ce sens, voir not. CJCE, *Kremzow*, aff. C-299/95 précité : si elle reprend l'expression de « champ d'application » (pt. 18), la Cour s'appuie sur le fait que les « dispositions de droit national qui n'étaient pas destinées à assurer le respect de règles de droit communautaire » (pt. 17 – nous soulignons), ce qui se rapproche de sa position *Wachauf*. Dans le même sens, voir CJCE, *Maurin*, aff. C-144/95 précité, pt. 11-12 ; CJUE, 27 novembre 2012, *Pringle*, aff. C-370/12, ECLI:EU:C:2012:756, pt. 180 ; CJUE, 11 novembre 2014, *Dano*, aff. C-333/13, ECLI:EU:C:2014:2358, pt. 87 et suivants ; CJUE, 16 avril 2015, *Willems e.a.*, aff. jt. C-446/12 à C-449/12, ECLI:EU:C:2015:238, pt. 49.

¹¹²⁸ F. PICOD, « La Charte doit être respectée dès qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union », *JCP G* 2013, n°11, p. 550.

¹¹²⁹ CJUE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 19-23. Pour d'autres exemples, CJUE, *Vinkov*, aff. C-27/11 précité, pt. 58 ; CJUE, 30 avril 2014, *Pfleger e.a.*, aff. C-390/12, ECLI:EU:C:2014:281, pt. 33-34 ; CJUE, 16 mai 2017, *Berlioz Investment Fund*, aff. C-682/15, ECLI:EU:C:2017:373, pt. 47-49.

¹¹³⁰ CJUE, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10 précité, pt. 21 – nous soulignons.

¹¹³¹ Pour exemple, voir CJUE, 19 avril 2018, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, aff. C-152/17, ECLI:EU:C:2018:264, pt. 34.

¹¹³² En ce sens, F. PICOD, *op. cit.*, p. 1068.

¹¹³³ *JOCE* 2007, C 303, p. 17.

¹¹³⁴ Sur les débats autour de la rédaction de l'article 51, voir not. P. EECKHOUT, *op. cit.*, pp. 954 et suivantes.

¹¹³⁵ CJUE, 6 mars 2014, *Siragusa*, aff. C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126, à propos d'une « réglementation nationale qui entre dans le champ d'application du droit de l'Union ou met en œuvre ce dernier » (pt. 34 – nous soulignons). Plus implicitement, voir CJCE, 24 mars 1994, *Dennis Clifford Bostock*, aff. C-2/92, *Rec.* p. I-955, pt. 16.

¹¹³⁶ Même si cette vision universaliste des droits fondamentaux tend à s'effriter : voir not. X. DUPRE DE BOULOIS, *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, 2^e édition, 2020, pp. 9 et suivantes.

¹¹³⁷ En ce sens, voir E. NEFRAMI, « Quelques réflexions sur l'application de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne et le principe d'attribution », *L'identité du droit de l'Union européenne. Mélanges en l'honneur de Claude Blumann*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 431-445.

¹¹³⁸ En ce sens, S. PLATON, *op. cit.*, pp. 83 et suivantes.

que partiellement intéressante pour l'identification d'une "situation européenne" telle que précédemment évoquée¹¹³⁹.

244. En revanche, pour appréhender le concept de "situation interne", il semble plus pertinent de retenir une lecture *stricto sensu* de la "mise en œuvre" du droit de l'Union, telle qu'issue d'arrêt *Wachauf*. Sera ainsi considérée comme une mesure de mise en œuvre celle qui a le même objet qu'une disposition européenne¹¹⁴⁰. À ce titre, la Cour de justice affirme « *vérifier, parmi d'autres éléments, si la réglementation nationale en cause a pour but de mettre en œuvre une disposition du droit de l'Union, le caractère de cette réglementation et si celle-ci poursuit des objectifs autres que ceux couverts par le droit de l'Union, même si elle est susceptible d'affecter indirectement ce dernier, ainsi que s'il existe une réglementation du droit de l'Union spécifique en la matière ou susceptible de l'affecter* »¹¹⁴¹. Or une telle position s'allie bien avec les éléments de définition de la "situation interne". En effet, la Cour retient une « *définition substantielle et non formelle de la notion d'acte de mise en œuvre* »¹¹⁴². L'arrêt *Julian Hernández e.a.*¹¹⁴³ illustre cette idée. En l'espèce, la Cour de justice considère qu'une législation espagnole qui participe à la protection des salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur ne met pas nécessairement en œuvre la directive 2008/94 qui poursuit la même finalité¹¹⁴⁴. Par une analyse assez précise du droit national, elle estime que celui-ci « *a pour objet non pas la reconnaissance d'une créance du salarié (...) [pour laquelle] la directive 2008/94 est susceptible de s'appliquer (...), mais celle d'un droit d'une autre nature* »¹¹⁴⁵. Aussi, dans cette optique, la législation nationale litigieuse constitue une "situation interne" au sens du principe d'équivalence.

¹¹³⁹ Cf. *supra*, pt. 214 et suivants. Pour un exemple assez explicite, voir CJUE, 30 juin 2016, *Toma*, aff. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 : la Cour de justice constate que la situation litigieuse relève du « *champ d'application du droit de l'Union* » (pt. 28) au sens de l'article 51 de la Charte ; puis, elle y applique les principes d'équivalence et d'effectivité (pt. 34).

¹¹⁴⁰ L. XENOU, *op. cit.*, pp. 107-108.

¹¹⁴¹ Voir not. CJUE, 8 novembre 2012, *Iida*, aff. C-40/11, ECLI:EU:C:2012:691, pt. 79 – nous soulignons. Voir également CJUE, 8 mai 2013, *Ymeraga et Ymeraga-Tafarshiku*, aff. C-87/12, pt. 41 ; CJUE, *Siragusa*, aff. C-206/13 précité, pt. 25 ; CJUE, 7 septembre 2017, *Demarchi Gino*, aff. jt. C-177/17 et C-178/17, ECLI:EU:C:2017:656, pt. 19-20 ; CJUE, 12 juillet 2018, *Spika e.a.*, aff. C-540/16, ECLI:EU:C:2018:565, pt. 22.

¹¹⁴² L. XENOU, *op. cit.*, p. 107.

¹¹⁴³ CJUE, 10 juillet 2014, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13, ECLI:EU:C:2014:2055.

¹¹⁴⁴ Directive 2008/94/CE du Parlement et du Conseil, 22 octobre 2008, *relative à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur* (JOCE 2008, L 283, p. 36).

¹¹⁴⁵ CJUE, *Julian Hernández e.a.*, aff. C-198/13 précité, pt. 39. La Cour considère que la législation nationale « *poursuit un objectif autre que celui de garantir une protection minimale des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur, visé par la directive 2008/94* » (pt. 41). Nous précisons que la Cour de justice vérifie, en outre, si cette législation entre dans le champ d'application de la directive (pt. 45). Tel n'est pas le cas dès lors qu'elle « *n'est susceptible ni d'affecter ni de limiter la protection minimale que l'État espagnol leur a garantie (...) conformément aux articles 3 et 4 de cette directive* » (pt. 43 – nous soulignons).

§2 : Un renfort incident à l'intégration du droit de l'Union

245. La mise en parallèle d'une "situation européenne" avec une "situation interne" conduit à une forme de banalisation du droit de l'Union vis-à-vis du droit national. Dans cette optique, et sauf exception, l'origine européenne de la norme appliquée n'est pas censée avoir de conséquence sur la manière dont elle sera appliquée par l'État membre. L'aboutissement de cette logique tend à une intégration totale¹¹⁴⁶ du droit de l'Union¹¹⁴⁷ et à appréhender les ordres juridiques européen et nationaux comme un ensemble homogène¹¹⁴⁸. En ce sens, plus cette intégration sera avancée, plus il sera difficile de constater des méconnaissances du principe d'équivalence¹¹⁴⁹. Sa fonction contribue ainsi à favoriser cette intégration du droit de l'Union. Cette affirmation s'appuie sur deux ensembles d'idées. D'une part, on remarque que le principe d'équivalence ne se retrouve pas dans les systèmes fédéraux, en dépit de leurs similitudes avec le système européen. Un tel constat s'explique parce que ces systèmes fédéraux n'ont pas besoin du principe d'équivalence puisque leurs ordres juridiques sont suffisamment intégrés (A.). D'autre part, le principe d'équivalence favorise une assimilation *formelle* du droit de l'Union avec le droit interne (B.).

A. Un palliatif à l'absence d'unité fédérale de l'Union européenne

246. Les similitudes entre l'Union européenne et les systèmes fédéraux sont nombreuses, notamment concernant la manière dont est assurée l'application du droit européen ou fédéral par les États membres ou fédérés¹¹⁵⁰. Néanmoins, le principe d'équivalence ne trouve aucun équivalent dans ces systèmes fédéraux. Ce n'est qu'exceptionnellement, et sous certaines conditions, qu'un écho du principe

¹¹⁴⁶ Nous suivons la définition proposée par L. AZOULAI selon laquelle l'intégration désigne « [le] phénomène qui consiste à incorporer dans un ensemble plus vaste de relations immédiates des rapports juridiques jusque-là isolés dans leur encadrement étatique » (cité par E. DUBOUT et B. NABLI, « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA* 2010, pp. 1021-1034, spéc. p. 1022).

¹¹⁴⁷ Cette idée s'appuie sur le fait que le principe d'équivalence constitue une déclinaison du principe de coopération loyale (cf. *supra*, pt. 176 et suivants) qui est considérée comme la « finalité inhérente et sous-jacente de l'ensemble du projet d'intégration européenne » (formule de W. KAHL citée par M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 27 mars 2019, *Commission c. Allemagne*, aff. C-620/16, ECLI:EU:C:2019:256, pt. 88).

¹¹⁴⁸ Voir not. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2006 : « equivalence integrates Community law rights into the national legal systems of remedies. It perceives Community rights not as emanating from separate legal order but as being an integral part of the national legal system, thus promoting the federalization of Community law » (p. 423).

¹¹⁴⁹ F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056 : « at this stage of supranational integration a violation of this principle will be difficult to identify at all » (p. 1043). Cf. *infra*, pt. 1007 et suivants.

¹¹⁵⁰ Cf. *supra*, pt. 108.

d'équivalence se retrouve à propos de l'application de normes d'origine externe. La Cour suprême des États-Unis estime par exemple qu'un traité international peut « être considéré par les tribunaux comme l'**équivalent** d'un acte législatif chaque fois qu'il opère par lui-même, sans nécessiter aucune intervention du législateur »¹¹⁵¹. Cette absence s'explique puisque ces systèmes fédéraux n'ont aucun intérêt à reconnaître un principe d'équivalence. À la différence des États membres de l'Union, les entités fédérées font partie d'un tout qu'est la Fédération. Le droit d'origine fédérale n'est pas traité comme un droit *étranger* ou *externe*. En cela, le risque qu'une entité fédérée traite moins favorablement le droit d'origine fédérale est écarté par divers moyens inhérents à la nature proprement fédérale du système juridique.

247. La faculté de sanctionner directement l'application du droit fédéral par une autorité fédérale, sans nécessairement dépendre des autorités fédérées, illustre cette idée. Comme souligné par O. DUBOS, « dans l'Union européenne, les États membres sont (...) chargés de la sanction des normes communautaires, alors que l'État fédéral conserve a priori le monopole de la sanction fédérale »¹¹⁵². Ainsi, même s'il existe des « risques d'application différenciée, voire partielle du droit fédéral (...) »¹¹⁵³, l'autorité fédérale aura toujours la possibilité, d'une manière ou d'une autre, de corriger ces défaillances. L'incapacité de l'Union européenne pour y parvenir justifie qu'elle consacre d'autres exigences comme le principe d'équivalence. Il ne s'agit là que d'un exemple. Plus généralement, dans la mesure où l'Union européenne n'est pas une structure *pleinement* fédérale¹¹⁵⁴, elle ne dispose pas de tels moyens, ce qui justifie l'existence de substituts comme le principe d'équivalence. Dans un système fédéral, ces moyens découlent essentiellement des limites préventives à l'étendue de l'autonomie des États fédérés (1.) et des prérogatives du juge fédéral (2.).

¹¹⁵¹ Cour suprême des États-Unis de 1829, *Foster Elam c. Neilson*, opinion du Chief Justice J. MARSHALL (27 US 2 Pet. p. 253, p. 314) – nous soulignons.

¹¹⁵² O. DUBOS, « L'Union européenne : sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gauthron*, Paris, Pédone, 2004, pp. 29-56, spéc. p. 35.

¹¹⁵³ B. DUBEY, « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE* 2003, n°1-2, pp. 87-133, spéc. p. 122.

¹¹⁵⁴ En ce sens, O. BEAUD, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Droits* 1991, n°14, pp. 3-16 : « concernant l'aspect matériel et institutionnel de droit commun (compétences et exercice) auquel il voudrait s'identifier, le droit communautaire tend seulement à se rapprocher de la "perfection" étatique ; cette lacune (...) fait que le droit communautaire n'a rien d'un droit commun fédéral » (p. 14).

1. Les limites préventives à l'étendue de l'autonomie des États fédérés

248. Le principe d'équivalence est classiquement présenté comme une limite à l'autonomie des États membres au sein de l'Union européenne. Cependant, ce principe n'existe pas vis-à-vis de l'autonomie des entités fédérées au sein d'une structure fédérale. Cette absence se justifie pour deux raisons. D'une part, la Constitution fédérale et la loi fédérale permettent d'encadrer de manière préventive l'autonomie des entités fédérées contre des risques de traitement discriminatoire du droit fédéral (a.). D'autre part, les systèmes fédérés sont globalement homogènes dans leur structure juridique et administrative, ce qui facilite les harmonisations procédurales opérées par le législateur fédéral (b.).

a. Les limites issues du droit constitutionnel ou législatif fédéral

249. Au sein d'une structure fédérale, le principe d'équivalence n'a pas d'intérêt puisque la Constitution fédérale empêche directement les entités fédérées d'accorder un traitement procédural du droit fédéral moins favorable qu'elles accordent au droit qu'elles produisent. En effet, les dispositions constitutionnelles fédérales limitent *ab initio* ou de manière préventive l'autonomie dont disposent les entités fédérées dans l'application du droit fédéral. À titre principal, ces dispositions renvoient à une autonomie *constitutionnelle*¹¹⁵⁵ des entités fédérées plutôt qu'institutionnelle et procédurale. Autrement dit, ces entités sont autonomes en ce qu'elles sont libres dans l'organisation de leur structure constitutionnelle¹¹⁵⁶, comme « *l'attribution des diverses fonctions étatiques traditionnelles* [constituante, législative, exécutive, judiciaire] »¹¹⁵⁷, ou, par exemple, dans la possibilité de recourir à des référendums pour l'adoption de normes. La Constitution fédérale viendra toutefois limiter plus ou moins directement cette autonomie constitutionnelle par plusieurs exigences à respecter : une forme républicaine de gouvernement ou le respect des droits accordés aux individus par la Constitution fédérale pour les États-Unis¹¹⁵⁸ ; le respect des principes de l'État de droit ou de la démocratie représentative pour

¹¹⁵⁵ V. MARTENET, *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 1999, spéc. pp. 44 et suivantes.

¹¹⁵⁶ Il s'agit de la manifestation la plus connue de cette autonomie, qualifiée « d'autonomie organisationnelle » par V. MARTENET (*op. cit.*, p. 48), bien qu'elle ne soit pas la seule ; il existe notamment « *l'autonomie structurelle* » (*ibid.*, p. 46) relative à l'existence et l'autonomie de collectivités décentralisées au sein du canton.

¹¹⁵⁷ V. MARTENET, *op. cit.*, p. 49.

¹¹⁵⁸ Voir P. LAVAUX et A. LE DIVELLEC, *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, 4^e édition, 2015, pp. 273-276.

l'Allemagne¹¹⁵⁹. Même la Constitution de la Suisse, réputée pour sa tolérance vis-à-vis de l'autonomie des cantons¹¹⁶⁰, consacre plusieurs exigences de ce type comme le respect du principe démocratique¹¹⁶¹.

250. L'autonomie constitutionnelle qui est ainsi appréhendée et encadrée par les constitutions fédérales diffère de celle relative à l'application du droit d'origine fédérale par les entités fédérées. Bien qu'indispensable aux systèmes d'administration indirecte¹¹⁶², elle ne fait que renvoyer aux autorités fédérées l'application *matérielle* et *concrète* de la norme fédérale¹¹⁶³. Au contraire de l'Union européenne, cette autonomie n'implique pas une marge de manœuvre significative permettant à l'entité fédérée de choisir et fixer le traitement à accorder à la règle fédérale pour son application. Sauf quelques exceptions prévues par le droit constitutionnel ou législatif fédéral, il ne s'agira que d'une exécution *administrative* du droit fédéral et non d'une exécution *normative*¹¹⁶⁴. De fait, même si cette autonomie relative à l'application du droit fédéral est protégée par le texte constitutionnel, elle reste plus résiduelle que celle reconnue aux États membres de l'Union européenne.

251. Le droit suisse illustre cette idée. Le troisième alinéa de la Constitution dispose à cet égard que « [la] Confédération laisse aux cantons une marge de manœuvre aussi large que possible en tenant compte de leurs particularités ». Cependant, la manière dont la norme fédérale sera mise en œuvre par les autorités fédérées est essentiellement encadrée et définie par la législation fédérale. Plusieurs constitutionnalistes suisses notent ainsi que, « lorsque les cantons sont chargés de l'exécution de la législation fédérale, celle-ci leur indique souvent quels organes et quelles procédures sont nécessaires à cette exécution »¹¹⁶⁵. Cela inclut les voies de recours relatives à l'application du droit fédéral¹¹⁶⁶, impliquant parfois la création de nouvelles autorités juridictionnelles. Une telle situation

¹¹⁵⁹ Article 28, §1, de la Loi fondamentale allemande.

¹¹⁶⁰ A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *Droit constitutionnel suisse. Volume I : L'État*, Berne, Stämpfli Éditions, 3^e édition, 2013, p. 60.

¹¹⁶¹ Article 51 de la Constitution fédérale de la Confédération suisse.

¹¹⁶² Cf. *supra*, pt. 130 et suivants.

¹¹⁶³ Pour reprendre une terminologie employée précédemment, il s'agit essentiellement d'une *exécution administrative* et moins d'une *exécution normative*.

¹¹⁶⁴ Sur cette terminologie, cf. *supra*, pt. 102-103.

¹¹⁶⁵ A. AUER, G. MALINVERNI et M. HOTTELIER, *op. cit.*, p. 63 – nous soulignons. Ils précisent que « [c'est] dire que dans le domaine du fédéralisme d'exécution, la législation fédérale intervient dans **l'organisation administrative et judiciaire** des cantons. Ainsi, bon nombre de lois fédérales obligent les cantons à **désigner les organes** qui sont chargés de leur exécution (...) » (p. 63 – ils insistent).

¹¹⁶⁶ En ce sens, L. GONIN, *Droit constitutionnel suisse*, Genève/Zurich, Ed. Schulthess, 2015, p. 52.

contraste fortement avec l'article 19 TUE, qui prévoit précisément l'inverse pour le droit de l'Union européenne¹¹⁶⁷.

252. Le droit constitutionnel allemand suit également cette logique. L'article 83 de la Loi fondamentale expose le principe d'une exécution des lois fédérales par les *Länder*¹¹⁶⁸. L'article 84 précise à cet égard qu'ils « *règlent l'organisation des autorités et la procédure de leurs administrations* » et encadrent les dérogations à ce principe. Selon H.-P. SCHNEIDER, « *les Länder sont compétents pour créer des services administratifs et régler la procédure administrative qu'il convient de respecter lorsqu'ils appliquent la loi fédérale (...)* »¹¹⁶⁹. La proximité avec l'autonomie institutionnelle et procédurale reconnue dans l'Union européenne est assez claire. Un risque de traitement défavorisé du droit fédéral est alors possible. Pourtant, l'interprétation retenue de ces dispositions constitutionnelles allemandes permet de se passer d'un principe d'équivalence. En effet, comme prévu par les articles 84 et 85 de la Loi fondamentale, l'autorité fédérale peut encadrer directement l'organisation institutionnelle et procédurale requise pour l'application de la loi fédérale par les *Länder*, par des « *prescriptions administratives* ». Si les dispositions constitutionnelles n'évoquent qu'une faculté¹¹⁷⁰ et insistent sur son caractère dérogatoire et exceptionnel¹¹⁷¹, « *l'édition de telles prescriptions [par la Fédération] est particulièrement nécessaire* »¹¹⁷² et ainsi facilement tolérée¹¹⁷³. Le risque de traitement défavorable du droit fédéral est fortement réduit, sinon annihilé, par cette possibilité laissée par la Constitution au législateur fédéral. C'est pourquoi l'existence d'un principe d'équivalence en droit constitutionnel allemand ne présente aucun intérêt.

¹¹⁶⁷ Article 19, §1, al. 1, TUE : « *Les États membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union* ».

¹¹⁶⁸ « *Sauf disposition contraire prévue ou admise par la présente Loi fondamentale, les Länder exécutent les lois fédérales à titre de compétence propre* » (trad. C. AUTEXIER *et al.*, novembre 2012 – lien en bibliographie).

¹¹⁶⁹ H.-P. SCHNEIDER, « L'exécution des lois fédérales par les Länder : aspects juridiques et financiers », in M. FROMONT (dir.), *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, pp. 65-78, spéc. pp. 67-68. L'auteur précise que, par principe, « *l'État fédéral pose les règles de fond sous forme de lois fédérales, tandis que l'organisation et la procédure restent de la compétence des Länder* » (p. 68 – nous soulignons).

¹¹⁷⁰ Article 85, §1 : « *Le Gouvernement fédéral peut édicter des prescriptions administratives générales* » (trad. C. AUTEXIER *et al.* précité – nous soulignons).

¹¹⁷¹ Article 84, §1 : « *Dans des cas exceptionnels, la Fédération peut en raison d'un besoin particulier de réglementation uniforme sur le territoire fédéral régler la procédure administrative sans possibilité pour les Länder d'y déroger* » (trad. C. AUTEXIER *et al.* précité – nous soulignons).

¹¹⁷² H.-P. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 69. Pour une vision plus nuancée, voir C. AUTEXIER, « Regard français », réponse à la contribution de H.-P. SCHNEIDER, *op. cit.*, in *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne* précité, pp. 79-90.

¹¹⁷³ La seule exigence tient dans l'approbation du *Bundesrat* qui, bien que représentant les intérêts des *Länder*, constitue un organe fédéral. De fait, c'est bien exclusivement au niveau fédéral qu'est discutée et décidée la portée de l'atteinte à l'autonomie des *Länder*.

253. En résumé, la Constitution fédérale n'accorde une réelle autonomie aux entités fédérées qu'en matière constitutionnelle et autorise le législateur fédéral à déterminer directement, voire exhaustivement, la manière dont la norme fédérale devra être appliquée. De fait, l'autorité fédérale est en mesure de supplanter, parfois totalement, le rôle des entités fédérées dans l'application du droit fédéral. Les risques que les entités fédérées appliquent un régime moins favorable au droit d'origine fédérale sont alors très fortement limités par la Constitution. L'Union européenne ne dispose pas de cette faculté puisqu'elle reste foncièrement dépendante des structures nationales et est incapable de se substituer aux États membres pour appliquer le droit de l'Union¹¹⁷⁴

b. Les limites issues de l'homogénéité des systèmes fédérés

254. Les éléments précédents pourraient trouver, malgré tout, des échos dans le droit de l'Union européenne. Les traités constitutifs prévoient, eux aussi, plusieurs limites préventives qui permettent notamment au législateur européen d'encadrer directement l'autonomie des États pour réduire les risques de traitement défavorable du droit de l'Union. Cependant, l'Union européenne souffre de l'hétérogénéité¹¹⁷⁵ des systèmes nationaux. Les règles européennes destinées à encadrer directement l'autonomie des États doivent ainsi être adaptées à chaque ordre juridique national pour être efficaces. Cette difficulté conduit l'Union européenne à opérer une harmonisation progressive des ordres juridiques nationaux¹¹⁷⁶.

255. Le principe d'équivalence constitue, dans cette optique, un palliatif temporaire¹¹⁷⁷ dans l'attente d'une meilleure homogénéisation des systèmes nationaux. Par exemple, dans son arrêt *Kühne*¹¹⁷⁸, la Cour de justice n'admet un droit au réexamen d'une décision administrative contraire au droit de l'Union que si le droit interne le permet¹¹⁷⁹. Privilégiant la logique du principe d'équivalence¹¹⁸⁰, elle se

¹¹⁷⁴ Cf. *supra*, pt. 101, compte tenu de « l'incomplétude » et de « l'imperfection » du système européen (L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n°199, pp. 4-16, spéc. pp. 10 et suivantes).

¹¹⁷⁵ M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, 2006 ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111 et suivantes.

¹¹⁷⁶ Sur ces questions, cf. *infra*, pt. 933 et suivants. Voir not. J. SCHWARZE, *op. cit.*, pp. I-101 et suivantes.

¹¹⁷⁷ Une « solution d'attente » selon J. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 225.

¹¹⁷⁸ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec. p.* I-837.

¹¹⁷⁹ La formulation retenue par la Cour de justice a conduit F. DONNAT (« Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence vue dans le prisme de celle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 281-291) à y voir

refuse ainsi à dégager un tel droit au niveau européen¹¹⁸¹. Ce renvoi aux droits nationaux fut critiqué¹¹⁸², mais s'explique par la volonté de la Cour d'« *accoutumer progressivement les États membres qui n'en disposent pas encore à l'existence de cet instrument* »¹¹⁸³. Dès lors, « *une fois la période d'acclimatation terminée, le juge communautaire pourrait se montrer plus directif* »¹¹⁸⁴, et donc cesser ou atténuer¹¹⁸⁵ ce renvoi.

256. Les systèmes fédéraux présentent en revanche l'avantage d'une meilleure homogénéité¹¹⁸⁶ entre leurs ordres juridiques fédérés. En dépit de certaines spécificités, ces derniers fonctionnent pour l'essentiel sur des logiques, des structures ou des paradigmes identiques¹¹⁸⁷. Les concepts ou principes juridiques fondamentaux sont partagés entre eux et avec l'État fédéral. Ils sont appréhendés et concrétisés de la même manière¹¹⁸⁸. Par exemple, les concepts primordiaux de droit administratif sont uniformément appréhendés au sein d'une même structure fédérale. Par exemple, à la différence de l'Union européenne, les *Länd* allemands retiennent globalement un même régime des actes administratifs¹¹⁸⁹ ou une même approche du principe

une affirmation « *quasi tautologique* » (p. 288). Il s'agit en réalité, à notre sens, d'un simple renvoi conditionné au droit national, dans la logique du principe d'équivalence : « *le droit national reconnaît à l'organe administratif la possibilité de revenir sur la décision en cause au principal devenue définitive* » (CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 26).

¹¹⁸⁰ R. KOVAR, « L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 767-788, spéc. p. 775.

¹¹⁸¹ Voir les conclusions contraires de l'avocat général P. LEGER sous CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité. Selon lui, le principe de primauté aurait suffi pour consacrer directement un tel droit ; le renvoi aux États membres se limiterait alors à ses seules modalités d'application (pt. 70-71).

¹¹⁸² Pour exemple, D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions sur CJCE, 19 septembre 2006, *i-21 Germany e.a.*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04, *Rec. p. I-8559* : en faisant ce renvoi, il y voit un « *erreur entachant la jurisprudence Kühne & Heitz (...)* » (pt. 67).

¹¹⁸³ L. COUTRON, « La revanche de *Kühne* ? », *RTDE* 2009, pp. 69-90, spéc. p. 77, bien que critique quant à cette attitude *pusillanime* (p. 76).

¹¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 77.

¹¹⁸⁵ En ce sens, CJCE, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04 précité, pt. 52 et suivants ; CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, *Rec. p. I-411*, pt. 44.

¹¹⁸⁶ Préférant parler d'une « *homogénéité* » plutôt que d'une « *uniformité* » (le second terme étant incompatible avec l'idée d'autonomie), voir V. MARTENET, *op. cit.*, p. 64.

¹¹⁸⁷ Pour l'exemple du droit administratif en Allemagne, voir M. STOLLEIS, *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVIe-XXIe siècle*, trad. A. GAILLET, Paris, Classiques Garniers, 2018, pp. 93 et suivantes.

¹¹⁸⁸ Pour ce qui est des droits fondamentaux, voir not. C. FERCOT, *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Collection des thèses, n°45, 2011, spéc. pp. 160 et suivantes et pp. 323 et suivantes.

¹¹⁸⁹ Par exemple, il est uniformément admis que le silence gardé par l'administration aboutit à une décision implicite ; voir A. JACQUEMET-GAUCHE et U. STELKENS, « Le traitement du silence de l'Administration et de l'inertie en droit allemand », in J.-B. AUBY (dir.), *Droit comparé de la procédure administrative*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 647-654, spéc. p. 648. Plus généralement, voir C. AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, spéc. pp. 237-243.

d'égalité¹¹⁹⁰. En somme, le risque d'une différence entre les traitements accordés à l'application du droit d'origine fédérale ou du droit du *Land* apparaît improbable.

257. Dans cette optique, la solution dégagée dans l'arrêt *Kühne* n'aurait aucun intérêt, dès lors que l'ensemble des *Länder* reconnaissent, dans les mêmes conditions, un droit au réexamen de décisions administratives définitives¹¹⁹¹. En outre, les règles de répartition des compétences entre les différents tribunaux allemands sont uniformément déterminées pour l'ensemble de la Fédération¹¹⁹². Une solution similaire à l'arrêt *Salgoil*¹¹⁹³ de la Cour de justice serait tout autant inutile. Autrement dit, l'existence d'un principe d'équivalence est sans objet : l'ensemble des droits procéduraux susceptibles nécessaires à l'application du droit fédéral est déjà globalement unifié. Si les entités fédérées disposent bien d'une autonomie à cet égard, les risques de traitement défavorable du droit fédéral sont fortement réduits par l'homogénéisation des conditions de son application.

2. La sanction effective et directe du juge fédéral

258. Les limites précédemment exposées ne rendent inutile le principe d'équivalence que si elles sont effectivement respectées et assurées. L'enjeu repose alors sur la juridiction chargée d'apprécier si le droit fédéral est correctement appliqué par les entités fédérées¹¹⁹⁴. Au sein de l'Union européenne, la Cour de justice constitue, sans aucun doute, une telle autorité¹¹⁹⁵. Qu'elle soit saisie par voie préjudicielle ou dans le cadre d'un recours en manquement, elle vérifie si la mise en œuvre nationale du droit de l'Union est satisfaisante. Le problème ne tient en réalité pas à la compétence de la Cour de justice, mais à l'étendue de ses prérogatives. En effet, s'il est constaté que cette mise en œuvre est insuffisante, elle ne dispose d'aucun moyen pour opérer, elle-même et directement, l'application du droit de

¹¹⁹⁰ Voir not. O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, spéc. pp. 80 et suivantes : l'auteur souligne qu'il existe (ou qu'il a pu exister) des approches différentes, mais elles sont d'ordre doctrinal ou ont été finalement écartées.

¹¹⁹¹ Voir not. H. MAURER, *Droit administratif allemand*, trad. M. FROMONT, Paris, LGDJ, 1994, pp. 277 et suivantes.

¹¹⁹² Voir H. RABAUT, « La notion de droit public en droit administratif allemand », *RDP* 1997, pp. 111-142, spéc. pp. 115-119. Cette qualification dépend, schématiquement, de la qualification retenue des prescriptions publiques ou privées contestées.

¹¹⁹³ CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité. Pour rappel, la Cour avait estimé « qu'il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente (...) et, à cet effet, de décider comment la position individuelle (...) protégée doit être qualifiée » (pp. 675-676) ; selon le droit italien en cause, qualifier les intérêts en cause de *publics* ou de *privés* était déterminant pour identifier le juge compétent. Plus généralement, voir J. CAVALLINI, *op. cit.*, pp. 222-224.

¹¹⁹⁴ En ce sens, M. LAGRANGE, « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE* 1969, pp. 240-254 : « on se trouve dans une situation très comparable à celle d'un État fédéral, mais il y a une différence essentielle : l'absence d'un véritable juge fédéral compétent pour trancher les conflits et imposer sa décision » (p. 241).

¹¹⁹⁵ R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2008), pp. 224 et suivantes.

l'Union¹¹⁹⁶. Dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, elle renvoie au juge national le soin d'opérer le correctif nécessaire. Dans le cadre d'un recours en manquement, elle ne peut que compter sur la coopération loyale des États membres pour le faire.

259. En tout état de cause, la Cour de justice ne peut qu'influencer¹¹⁹⁷ ou réguler¹¹⁹⁸ l'action des autorités nationales sans jamais pouvoir directement les contraindre à agir. Tout au plus, son contrôle de l'application nationale du droit de l'Union est « *indirect* »¹¹⁹⁹. De plus, elle dépend de la bonne volonté des juges nationaux¹²⁰⁰ pour tirer les conséquences nécessaires de ses arrêts. Parmi d'autres instruments¹²⁰¹, le principe d'équivalence cherche à compenser cette fragilité. Par son intermédiaire, la Cour de justice dispose d'un outil souple et conciliant¹²⁰² pour assurer une mise en œuvre satisfaisante du droit de l'Union. En effet, lorsque celui-ci est méconnu, le correctif à opérer est alors simple : il revient à l'État membre d'aligner le traitement national existant sur celui qui aurait dû *normalement* être appliqué¹²⁰³.

260. Les systèmes fédéraux n'ont aucunement besoin d'un tel outil. Leur juge fédéral dispose de prérogatives suffisantes, tant pour imposer une application uniforme du droit fédéral que pour l'appliquer directement le cas échéant. Pour ce qui est du système juridictionnel des États-Unis, la Cour suprême assure cette mission. Si l'application du droit fédéral est assurée et contrôlée, selon les cas, par des juges fédéraux inférieurs ou par des juges fédérés, elle reste « *toujours compétente pour se prononcer en dernier ressort sur les litiges revêtant un aspect fédéral* »¹²⁰⁴, y compris ceux

¹¹⁹⁶ En ce sens, K. LENAERTS, *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, pp. 684-685.

¹¹⁹⁷ Cette idée est largement discutée en doctrine, au-delà des seuls arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Voir not. J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, *L'autorité des décisions de justice constitutionnelles et européennes sur le juge administratif français*, Paris, LGDJ, 1998 qui parle d'une « *autorité persuasive* » (p. 365) ; C. ARNAUD, *L'effet corroboratif de la jurisprudence*, Toulouse, Presse de l'Université Toulouse I Capitole, 2016.

¹¹⁹⁸ R. LECOURT, *op. cit.*, p. 226. Dans le même sens, O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 637 et suivantes.

¹¹⁹⁹ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 136 et suivantes.

¹²⁰⁰ Les enjeux autour de l'obligation du renvoi préjudiciel en attestent : voir not. L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 13-58.

¹²⁰¹ Pour un exemple représentatif, voir CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec.* p. I-10239 : la Cour y dégage un principe de responsabilité des États membres lorsque leurs juridictions font une mauvaise application du droit de l'Union. Pour certains auteurs, de cette manière, « *la Cour de justice a tenté d'affirmer son autorité en s'érigant, d'une certaine mesure, en un supérieur hiérarchique des juridictions nationales* » (L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif » précité, spéc. p. 16). Voir également F. PICOD, « La Cour de justice de l'Union européenne et les rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne et des États membres », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 995-1010, spéc. pp. 1004 et suivantes.

¹²⁰² Cf. *infra*, pt. 532 et suivants.

¹²⁰³ Pour plus de précisions, cf. *infra*, pt. 549 et suivants.

¹²⁰⁴ K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 680.

« dont les juridictions des États [fédérés] ont été saisies en première instance »¹²⁰⁵. Par exemple, les autorités fédérales pourront ainsi poursuivre devant le juge fédéral les autorités fédérées pour avoir méconnu le droit fédéral¹²⁰⁶, notamment au titre de sa mise en œuvre¹²⁰⁷. Le système allemand suit également cette logique. Lorsque le Gouvernement fédéral considère que l'application du droit fédéral par les *Länder* est insatisfaisante¹²⁰⁸, il est en mesure d'opérer directement les correctifs nécessaires¹²⁰⁹. Seule l'approbation du *Bundesrat* est requise¹²¹⁰. Si le Gouvernement fédéral ou le *Land* concerné conteste la décision du *Bundesrat*, le différend est porté devant la Cour constitutionnelle. Il lui revient d'apprécier à cette occasion si la mise en œuvre du droit fédéral par le *Land* est considérée comme satisfaisante ou non. De la même manière, un individu pourra contester devant le juge fédéral, éventuellement par voie d'appel ou de cassation¹²¹¹, la manière dont un *Land* fait application du droit fédéral.

261. Quelle que soit la manière dont le juge fédéral est amené à se prononcer, il est en mesure d'opérer un contrôle efficace sur l'application du droit fédéral au niveau des entités fédérées. Cela se manifeste lorsque sa décision invalide cette mise en œuvre par les autorités fédérées. Dès lors, le juge fédéral est en mesure d'autoriser l'autorité fédérale à apporter les modifications nécessaires. Il peut tout aussi bien apporter lui-même ses correctifs, notamment en annulant ou rendant inapplicable le droit fédéré prévu pour la mise en œuvre du droit fédéral. Or ces deux prérogatives manquent à la Cour de justice puisque les rectifications à apporter relèvent exclusivement de la compétence des États membres. Pour y remédier, sa tâche « a évolué (...) dans le sens d'une précision nuancée des limites dans lesquelles les États membres peuvent soumettre le respect concret des principes de droit communautaire (...) aux conditions nationales de procédure »¹²¹². Le principe d'équivalence n'est qu'un exemple de cette volonté.

¹²⁰⁵ *Ibid.*

¹²⁰⁶ Pour exemple, Cour suprême des États-Unis, 8 mars 1965, *United States v. Mississippi*, 380 U.S. 128, spéc. pp. 140-141.

¹²⁰⁷ En ce sens, pour exemple, Cour suprême des États-Unis, 3 mars 1969, *Allen v. State Bd. of Elections*, 393 U.S. 544, spéc. pp. 575 et suivantes.

¹²⁰⁸ Par exemple en ce qu'elle comporte un risque d'application non uniforme ; voir M. CROISAT et J.-L. QUERMONNE, *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 2^e édition, 1999, p. 25.

¹²⁰⁹ Cette logique repose sur l'absence de spécificité de l'exécution des lois fédérales par les *Länder* ; voir H.-P. SCHNEIDER, *op. cit.*, p. 71.

¹²¹⁰ Article 84, alinéas 3 et 4, de la Loi fondamentale.

¹²¹¹ C. AUTEXIER, *op. cit.*, pp. 66-70.

¹²¹² K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 686.

B. Une assimilation formelle du droit de l'Union européenne au droit interne

262. L'assimilation du droit de l'Union avec le droit interne dans le cadre de sa mise en œuvre ne découle qu'indirectement du principe d'équivalence. Comme souligné par B. LE BAUT-FERARRESE, « *théoriquement libres en la forme, les États membres n'ont a priori aucune raison d'édifier des formes spéciales pour le droit communautaire (...)* »¹²¹³. Le renvoi opéré par l'Union européenne vers les ordres juridiques nationaux implique, à défaut de toute précision contraire¹²¹⁴, qu'ils utilisent leurs structures et régimes nationaux *préexistants*¹²¹⁵ pour donner effet à la norme européenne. Pour être opérationnel, le droit de l'Union devra *s'insérer*¹²¹⁶ dans des mécanismes, procédures ou appareils¹²¹⁷ nationaux, alors même qu'ils ont été institués à l'origine pour la seule production et application du droit interne. Dès lors, il est nécessaire que la règle européenne puisse être assimilée ou comparée à une règle interne. Le principe d'équivalence ne fait que s'assurer de cette attitude de bon sens¹²¹⁸ des États membres. S'il n'y a aucune raison pour accorder un traitement spécifique à la norme européenne, ces derniers devront lui appliquer le traitement *normalement* prévu pour une norme interne similaire.

263. Cette assimilation n'a qu'une portée formelle. Certes, d'un point de vue interne, il est bien question de ne plus regarder ou appréhender le droit de l'Union européenne comme un droit étranger, d'origine externe (1.). Néanmoins, il n'en

¹²¹³ B. LE BAUT-FERARRESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, p. 174. Dans la même idée, avant même que le principe d'équivalence ne soit explicitement dégagé, voir R. KOVAR « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen* précité, pp. 245-283) : « [certaines] juridictions des États membres ont, sans aucune apparence d'hésitation, cru pouvoir décider que les actions visant au contrôle de la légalité des actes administratifs doivent être exercées dans les délais prévus par les législations nationales. **L'incidence du droit communautaire ne leur paraît en rien supposer un régime particulier** » (p. 277 – nous soulignons).

¹²¹⁴ Rappelons que ce cadre n'intervient qu'en l'absence de réglementation européenne (cf. *supra*, pt. 158 et suivants).

¹²¹⁵ *Ibid.*, p. 175.

¹²¹⁶ P. PESCATORE, Discussion au rapport CATALANO, in *Droit communautaire et Droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 87-106 : « L'effet des Traités, l'effet des actes posés par les institutions ne se produisent pas dans un vide juridique. Ces Traités et actes doivent **s'insérer** dans les ordres juridiques des (...) États qui comportent, chacun, ses caractéristiques propres » (p. 87 – nous soulignons). Voir également G. CANIVET, « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 133-141. Selon lui, le juge national joue un rôle central pour « trancher des difficultés d'**insertion** dans l'ordre interne » (p. 133 – il insiste). R. KOVAR (« L'effectivité interne du droit communautaire », in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6^e colloque de l'IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège/La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège / Martinus Nijhoff, 1973, pp. 201-234) parle quant à lui d'une « incorporation » (p. 208).

¹²¹⁷ J. MERTENS DE WILMARS (« L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409) évoque à cet égard un véritable « environnement national » (pp. 390-391) dans lequel la disposition européenne va évoluer. Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 446-447.

¹²¹⁸ Ce qui appuie l'affirmation selon laquelle le principe d'équivalence découle du principe de coopération loyale de l'article 4, §3, TUE (cf. *supra*, pt. 176 et suivants).

devient pas *pleinement* du droit interne. Si la norme européenne se manifeste dans l'ordre interne par un médium formellement national¹²¹⁹, elle reste intacte dans sa substance. Dès lors, elle se matérialise en une forme « *hybride* »¹²²⁰, par un droit matériellement européen mais formellement national¹²²¹. Le principe d'équivalence s'inscrit dans cette optique puisqu'il se limite à exiger, à ce titre, une application *appropriée* du régime national normalement prévu (2.).

1. *Une contribution au refus d'appréhender le droit de l'Union comme un droit d'origine externe*

264. Depuis sa proclamation par la Cour de justice dans son arrêt *Costa c. Enel*¹²²², l'idée d'intégration européenne est une caractéristique fondamentale de l'ordre juridique européen, marquant son originalité profonde¹²²³. P. PESCATORE qualifiait le droit de l'Union de « *droit de l'intégration* » pour marquer sa spécificité à l'égard du droit international public traditionnel¹²²⁴. Le lien tissé entre les États-parties aux traités européens est tel qu'il ne se limite pas à une simple passerelle entre leurs ordres juridiques nationaux et celui institué à l'échelle européenne. Par sa communauté d'objectifs et de valeurs¹²²⁵, l'Union européenne ambitionne d'instituer une véritable *interdépendance*¹²²⁶ entre elle et les États membres, comme cela existe au sein d'une Fédération. Selon O. BEAUD, ce lien marque une « *connexion entre les deux ordres juridiques en présence, une imbrication permanente* »¹²²⁷. Elle se manifeste notamment

¹²¹⁹ Cela peut être un acte de transposition de directive comme un acte administratif individuel qui applique un règlement, voire une décision de justice qui applique une disposition européenne.

¹²²⁰ E. BERNARD, « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR et D. RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 91-127, spéc. pp. 123 et suivantes. En ce sens, R. MEHDI et E. BROSSET, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union en tant que droit commun des États membres », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* précité, pp. 679-691, spéc. pp. 672 et suivantes ; I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques (une "théorie impure" de l'ordre juridique) », *CDE* 2007, n°1-2, pp. 111-148.

¹²²¹ Voir not. R. KOVAR, « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'"écran communautaire" », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 341-347, qui parle d'un « *droit national dans sa forme [et] communautaire dans son fondement et dans sa substance* » (p. 342). Voir également M. SOHIER et C. MEGRET, « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in *Droit communautaire et Droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 107-145, spéc. pp. 115-116 ; A. JAUREGUBERRY, « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTDE* 2017, pp. 39-57.

¹²²² CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, *Rec.* p. 1141 : « à la différence des traités internationaux ordinaires, le traité de la C.E.E. a institué un ordre juridique propre, *intégré au système juridique des États membres (...)* » (p. 1158 – nous soulignons).

¹²²³ Pour exemple, voir V. CONSTANTINESCO, « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », in R. DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Science Po, 2002, pp. 115-149.

¹²²⁴ P. PESCATORE, *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2005).

¹²²⁵ *Ibid.*, pp. 50.

¹²²⁶ O. BEAUD, *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, 2007, p. 189.

¹²²⁷ *Ibid.*, p. 189 – l'auteur insiste.

« à travers la technique particulière du **renvoi** d'un ordre juridique à l'autre »¹²²⁸. Il véhicule « l'idée, plus profonde qu'elle ne paraît, selon laquelle la fédération et les États membres ne sont pas **étrangers** l'un à l'autre »¹²²⁹. Appliqué à l'Union européenne, ce lien d'interdépendance se retrouve dans le concept d'intégration, couplé avec le principe de coopération loyale¹²³⁰.

265. La proclamation d'un tel lien ne suffit pas à le faire exister. Face à ce droit « *venu d'ailleurs* »¹²³¹, qui n'a pas été exclusivement décidé, voire approuvé, par les autorités nationales, des techniques ont été employées, notamment par la Cour de justice, pour concrétiser cette intégration. L'assimilation du droit de l'Union avec le droit interne est l'une d'elles. En effet, la seule intégration *immédiate* du droit de l'Union européenne, caractérisée par les principes de contentieux de première génération¹²³², présente rapidement ses limites. Bien qu'immédiatement greffées dans l'ordre juridique national, les dispositions européennes peuvent encore être traitées comme des corps étrangers et subir un traitement discriminatoire et moins favorable par rapport à des dispositions internes similaires. Dans une telle situation, y voir une réelle intégration paraît difficile. Sans raison, la norme européenne aurait alors *exclusivement* souffert de son origine extranationale.

266. Une telle situation n'est pas forcément un problème pour des normes externes de droit international. Par principe¹²³³, seul importe le respect de l'obligation conventionnelle, qu'elle soit de résultat ou de moyen¹²³⁴. Le fait qu'elle n'ait pas

¹²²⁸ *Ibid.*, p. 190 – l'auteur insiste.

¹²²⁹ *Ibid.*, p. 191 – nous soulignons. L'auteur précise que cela « signifie notamment que chacune des deux parties doit reconnaître une partie du droit de l'autre comme étant partie de son propre droit » (pt. 191).

¹²³⁰ Sur ce concept, cf. *supra*, pt. 137 et suivants. Pour rappel, comme souligné par V. CONSTANTINESCO (« L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 97-115), ce concept se distingue de « l'idée synallagmatique qui irrigue [le droit international] » comparée à « l'idée de fondation » véhiculée par l'Union européenne (p. 102).

¹²³¹ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 44 et suivantes.

¹²³² Que sont les principes de primauté, d'effet direct et d'immédiateté – cf. *supra*, pt. 145 et suivants. Sur cette idée, voir F. HERVOUËT, « L'immédiateté du droit de l'Union européenne », *Politeia* 2014, n°25, pp. 155-169.

¹²³³ Cf. *supra*, pt. 60 et suivants. Par exception, certaines conventions peuvent comporter une interdiction assez proche de celle du principe d'équivalence. Le « principe du traitement national » en est une illustration. Par exemple, le droit de l'Organisation mondiale du commerce prohibe un traitement moins favorable des produits importés par rapport aux produits nationaux similaires, dans une optique de lutte contre le protectionnisme. Voir D. CARREAU *et al.*, *Droit international économique*, Paris, Dalloz, 6^e édition, 2017, pp. 219-220 ; M. BAZEX et C. URLACHER, « Le droit administratif à l'heure de la globalisation », *D.A.* avril 2006, n°4, comm. 70 ; D. CARREAU, V° « Commerce international multilatéral : droit matériel commun », *Répertoire de droit international*, Dalloz, juin 2012, pt. 24 et suivants.

¹²³⁴ Voir not. J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, pp. 765 et suivantes. Si l'obligation de moyen implique de l'État « d'apporter ses soins et ses capacités dans un domaine particulier » (p. 765), elle n'exige pas obligatoirement un traitement au moins équivalent de la norme conventionnelle à une norme interne. Position *contra*, voir A. TASH, « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts : Toward a European Standard », *Colum. Jour. Trans. Law*, n°31, 1993, pp. 377-401 : à propos du principe d'équivalence, l'auteur estime que, « [because] the European Community is in certain respects more like an international than a federal organization, the

pleinement bénéficié de toutes les potentialités offertes par le droit national et qu'elle ait été traitée de manière moins favorable qu'une norme interne n'est pas pris en considération. L'origine externe de la norme peut, en théorie, lui être défavorable. À titre de comparaison, l'autonomie procédurale des États dans le cadre de la Convention européenne des droits de l'Homme n'est pas limitée ou conditionnée par une exigence d'équivalence¹²³⁵. Au contraire, l'intégration européenne, telle qu'affirmée par la Cour de justice dans son arrêt *Costa c. Enel*, vise précisément à se distinguer de cette logique de droit international¹²³⁶. Dès lors, un traitement discriminatoire de la norme européenne, fondé *exclusivement* sur la nature non nationale de la norme, remet en question l'idée même d'intégration¹²³⁷.

267. Le principe d'équivalence répond clairement à ce problème¹²³⁸. Selon F. BERROD, « [il] s'inscrit dans la lignée de tous les principes de libre circulation¹²³⁹ pour assurer une "assimilation" du droit communautaire par l'ordre juridique interne »¹²⁴⁰. Aussi, le droit de l'Union « n'est plus un droit "étranger", il est en quelque sorte "digéré" par les États membres et bénéficie des règles procédurales applicables [aux situations] comparables en droit interne »¹²⁴¹. L'application d'un traitement spécifique pour la norme européenne est permise s'il ne nuit pas à l'effectivité de la règle européenne ou s'il répond aux exigences spécifiques imposées par le droit en l'Union¹²⁴². En tout état de cause, l'origine extranationale de la règle à appliquer ne peut, à elle seule, fonder la différence de traitement.

268. Si le droit de l'Union n'est pas considéré comme du droit externe, le régime national normalement accordé aux normes internationales ne semble pas

Court deferred to national remedies and procedures just as an international court would do » (p. 383 – nous soulignons).

¹²³⁵ O. JACOT GUILLARMOD, « Autonomie procédurale des États (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 617-633.

¹²³⁶ Voir not. E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne* précité, pp. 13-14.

¹²³⁷ En ce sens, F. HERVOUËT, *op. cit.*, pp. 155-156. Selon l'auteur, l'immédiateté serait suffisante pour impliquer le principe d'équivalence puisqu'impliquant que la « norme formée dans un ordre juridique s'inscrit, du fait même de son existence, dans un autre ordre juridique et y trouve la même application que les normes qui ont trouvé naissance dans ce second ordre juridique d'accueil » (p. 156 – nous soulignons).

¹²³⁸ En ce sens, voir E. NEFRAMI, « L'État membre au service de l'Union européenne », *ADE* 2004, vol. 2, pp. 51-76, spéc. pp. 53-60.

¹²³⁹ Le principe de reconnaissance mutuelle est certainement le plus emblématique. Voir V. HATZOPOULOS, *Le principe d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, spéc. pp. 67 et suivantes et pp. 170 et suivantes. Sur la distinction entre le principe d'équivalence (étudié) et la reconnaissance mutuelle, cf. *infra*, pt. 311 et suivants.

¹²⁴⁰ F. BERROD, *op. cit.*, p. 799.

¹²⁴¹ *Ibid.*

¹²⁴² Cf. *supra*, pt. 271 et suivants.

*appropriée*¹²⁴³. En d'autres termes, la norme européenne ne peut pas recevoir le même traitement qu'une norme internationale¹²⁴⁴ de la part de l'État membre¹²⁴⁵. La controverse posée par le régime de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) française en est une illustration dans la mesure où le législateur organique a – dangereusement – assimilé le droit de l'Union aux autres normes conventionnelles¹²⁴⁶. Ce n'est qu'en admettant un régime distinct¹²⁴⁷ de ces autres normes que la Cour de justice a accepté un tel mécanisme¹²⁴⁸. Le principe d'équivalence n'a certes pas été évoqué dans cette affaire¹²⁴⁹. En accordant un traitement prioritaire au moyen constitutionnel par rapport à un moyen fondé sur le droit de l'Union¹²⁵⁰, la question de son respect pouvait pourtant se poser¹²⁵¹. À l'évidence, la distinction de traitement opérée au profit du droit de l'Union a suffi pour l'éviter.

2. L'application appropriée du régime national normalement prévu pour le droit interne

269. S'il n'est pas question d'appréhender le droit de l'Union comme un droit étranger, il ne s'agit pas de l'assimiler complètement à du droit national. Cette idée se heurte à des limites importantes.¹²⁵² Certaines résultent des particularités qui doivent être reconnues à la norme européenne dans la manière dont elle est traitée

¹²⁴³ Voir C. GREWE et H. RUIZ FABRI, « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 251-282 ; A. MINET, « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA* 2013, pp. 1199-1216.

¹²⁴⁴ Il est possible de constater malgré tout une identité de traitement entre la norme européenne et la norme internationale. Cependant, cette situation résulte d'une volonté d'alignement du traitement accordé à la norme internationale sur celui exigé pour la norme européenne (sur ces questions, cf. *infra*, pt. 998 et suivants). Par exemple, si les jurisprudences *Alitalia* et *Gardedien* ont été posées pour répondre à des attentes européennes, elles ont été volontairement étendues à l'ensemble des normes internationales (en ce sens, voir not. J. ROUX, « Quel statut pour le droit communautaire dans l'ordre juridique national ? », *ADE* 2007, vol. 7, pp. 141-161, spéc. pp. 154-158).

¹²⁴⁵ A. BLECKMANN (*op. cit.*) souligne, par exemple, que « les tribunaux allemands assimilent le droit, les organes et les actes communautaires au droit, aux organes et aux actes allemands afin d'assurer aux premiers, dans la sphère nationale, un traitement national plus favorable à l'efficacité du droit européen que si ces actes et ces organes étaient traités comme des actes et organes étrangers » (p. 129).

¹²⁴⁶ Article 23-2 de l'ordonnance n°58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. Voir D. SIMON, « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe* mai 2009, n°5, repère 5 ; B. GENEVOIS, « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2010, pp. 1-14, spéc. pp. 5-6.

¹²⁴⁷ Voir les réserves interprétatives opérées par les juges constitutionnel et administratif : Cons. Const., n°2010-605 DC, 12 mai 2010, *Jeux d'argent et de hasard en ligne*, csd. 4 ; CE, 14 mai 2010, *Rujovic*, Rec. p. 165.

¹²⁴⁸ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jt. C-188/10 et C-189/10, ECLI:EU:C:2010:363, pt. 57.

¹²⁴⁹ La Cour de justice se limita sur les aménagements nécessaires pour que le juge national puisse, à tout moment, saisir la Cour d'un renvoi préjudiciel (CJCE, *Melki et Abdeli*, aff. jt. C-188/10 et C-189/10 précité, pt. 51).

¹²⁵⁰ La similitude des deux textes a déjà été acceptée pour l'engagement de la responsabilité de l'État : CJUE, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08 précité, pt. 43-45.

¹²⁵¹ M. GAUTIER, « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *D.A.* octobre 2010, n°10, étude 19.

¹²⁵² En ce sens, voir J. ROUX, *op. cit.*, pp. 158 et suivantes ; C. BLUMANN, « Le droit matériel de l'Union européenne peut-il être nationalisé ? », *ADE* 2007, vol. 5, pp. 163-179, spéc. pp. 169.

par les autorités nationales¹²⁵³. Dès lors, il apparaît normal que la règle européenne jouisse de privilèges par rapport aux normes nationales similaires¹²⁵⁴. Le principe d'équivalence semble s'inscrire à contre-courant de cette logique, puisqu'il prône une équivalence de traitement entre la règle européenne et la règle nationale¹²⁵⁵. En un sens, il semble presque constituer un frein à l'intégration européenne.

270. Cependant, une telle affirmation doit être nuancée. Avant ses arrêts *Rewe* et *Comet*, la Cour de justice se limitait à demander aux autorités nationales l'application d'un régime national « *approprié* » pour la mise en œuvre nationale du droit de l'Union¹²⁵⁶. Cette exigence disparaît formellement avec les arrêts *Rewe* et *Comet*¹²⁵⁷. Elle nous semble malgré tout encore irriguer la logique du principe d'équivalence. En effet, loin de vouloir une identité de traitement, ce dernier se limite à demander une application *appropriée* du traitement national qui est normalement prévu pour du droit interne similaire¹²⁵⁸. En d'autres termes, ce n'est que si cela est *pertinent* et *justifié*, voire *cohérent*¹²⁵⁹, que l'État membre devra traiter de manière équivalente le droit de l'Union et le droit interne. Par cette réserve, l'assimilation induite par le principe d'équivalence est conciliée avec les exigences spécifiques de la règle européenne (a.). Elle ne peut donc conduire à une banalisation inconsidérée du droit de l'Union (b.).

a. Une logique conciliée avec les exigences spécifiques de la norme européenne

271. L'intégration européenne induite par le principe d'équivalence ne peut aboutir à une identité absolue entre une règle d'origine européenne et une autre d'origine interne¹²⁶⁰. Précisément parce que la norme est d'origine européenne et que

¹²⁵³ Voir E. DUBOUT et B. NABLI, *op. cit.*, spéc. pp. 80 et suivantes.

¹²⁵⁴ Voir not. R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Thèse dactylographiée, Univ. Rennes I, 1994 ; E. BERNARD, *op. cit.*, pp. 110 et suivantes.

¹²⁵⁵ La Cour de justice précise à de nombreuses occasions qu'il « *exige l'application indifférenciée des règles nationales aux procédures fondées sur le droit de l'Union et à celles fondées sur le droit national* » (pour exemple, CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745, pt. 38).

¹²⁵⁶ CJCE, *Lübeck*, aff. 34/67 précité : la Cour invitait le juge national à recourir, « *parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, [à] ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire* » (p. 370). Voir également CJCE, 3 avril 1968, *Hauptzollamt Paderborn*, aff. 28/67, *Rec.* p. 211, spéc. pp. 228-229.

¹²⁵⁷ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76 précités.

¹²⁵⁸ Pour un exemple en ce sens, voir not. M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 82-85.

¹²⁵⁹ En ce sens, J. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 224, s'appuyant sur les travaux de J. BRIDGE, « *Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States* », *ELR* 1984, pp. 28-42. Sur cette idée de cohérence, cf. *infra*, pt. 998 et suivants.

¹²⁶⁰ Avant même les arrêts fondamentaux que sont *Van Gend en Loos* et *Costa c. Enel*, voir F. BATAILLER, « *Le juge interne et le droit communautaire* », *AFDI*, 1963, vol. 9, pp. 735-778, spéc. pp. 739-741.

son application dépend de l'action des États membres, de nombreuses protections lui ont été reconnues. Ces dernières sont notamment la conséquence des principes de contentieux de première génération¹²⁶¹. Ensemble, elles constituent ce que R. KOVAR appelle « *l'écran communautaire* »¹²⁶². L'acte national qui encadre l'application ou qui met en œuvre le droit de l'Union est ainsi soumis, sur certains aspects, à un régime exorbitant ou à un « *statut particulier par rapport à l'ensemble du droit étatique* »¹²⁶³.

272. Ce régime juridique spécifique se manifeste essentiellement par une multitude d'immunités ou de privilèges, qui ne sont aucunement remis en cause par le principe d'équivalence. Par exemple, en vertu des principes de primauté et d'effet direct, la régularité d'une mesure nationale qui transpose ou applique directement un acte européen est couverte par celle de l'acte européen à appliquer. Ainsi, « *la validité du règlement communautaire détermine celle des mesures prises pour son exécution par les autorités étatiques et leur permettent de s'affranchir du respect des normes de droit interne qui leur sont normalement supérieures* »¹²⁶⁴. Cette position a notamment été affirmée par le Conseil d'État¹²⁶⁵ et le Conseil constitutionnel¹²⁶⁶ pour les actes nationaux qui appliquent le droit de l'Union. De la même manière, la mise en œuvre d'une règle européenne est exonérée de certaines contraintes ou exigences nationales. Tel est le cas lorsque le régime national *normalement* applicable est contraire au principe d'effectivité ou d'uniformité¹²⁶⁷. Par exemple, dans son arrêt *San Giorgio*, la Cour de justice précise que le respect du principe d'équivalence « *ne saurait être entendu comme justifiant des mesures législatives destinées à rendre pratiquement impossible tout remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire* »¹²⁶⁸. En outre, à l'opposé de la solution énoncée dans son arrêt *Kühne*, la Cour estime que, en matière d'aide d'État illégale, aucun délai national n'est susceptible d'être opposé pour empêcher sa restitution, fût-il pour

¹²⁶¹ En ce sens, J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 390 ; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 261-262 ; C. BLUMANN, *op. cit.*, p. 170.

¹²⁶² R. KOVAR, *op. cit.*, spéc. p. 342.

¹²⁶³ *Ibid.*

¹²⁶⁴ *Ibid.*, p. 345 (nous soulignons), à propos de l'arrêt CE, 22 décembre 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux e.a.*, Rec. p. 525.

¹²⁶⁵ Pour une affirmation explicite, voir CE, 18 janvier 1974, *Union des minotiers de la Champagne*, Rec. p. 39 : « *la légalité du décret attaqué [acte de mise en œuvre] est nécessairement subordonnée à la validité du règlement [européen] (...) dont il fait application* » (p. 41).

¹²⁶⁶ Pour exemple, voir Cons. Const., 2004-496 DC, *Confiance dans l'économie numérique*, csd. 7 ; Cons. Const., 2018-765 DC, 12 juin 2018, *Protection des données personnelles*, csd. 2-3.

¹²⁶⁷ En ce sens, CJCE, 7 mai 1993, *Jobannes Peter*, aff. C-290/91, Rec. p. I-2981, pt. 8.

¹²⁶⁸ CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, Rec. p. 3595, pt. 16. La Cour précise que « [le] fait qu'un régime de preuve reconnu incompatible avec les règles du droit communautaire soit étendu, par la loi, à une partie notable des impôts, droits et taxes nationaux ou même à leur ensemble ne serait donc pas une raison de refuser le remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire » (pt. 16).

protéger l'autorité de chose décidée¹²⁶⁹ ou jugée¹²⁷⁰ consacrée en droit interne. Enfin, il est parfois envisageable que le régime national *normalement* applicable s'avère trop complexe¹²⁷¹ ou peu adapté¹²⁷² pour l'exécution du droit de l'Union et nécessite, à ce titre, une adaptation de la part de l'État membre.

273. Le rôle du principe d'équivalence dans ce contexte peut s'apprécier de deux manières : devant la nécessité de reconnaître un régime spécifique au droit de l'Union, son intervention est ou bien éclipsée, ou bien conciliée. Il nous semble que la seconde optique est la plus pertinente. En effet, le principe d'équivalence n'est pas en contradiction avec la nécessité d'imposer, pour la mise en œuvre du droit de l'Union, un régime différent – et même *plus favorable* – de celui *normalement* prévu pour le droit interne. Une nouvelle fois, il existe deux façons de justifier cette affirmation.

274. La première repose sur la distinction entre le droit formel et le droit matériel¹²⁷³. Dans son aspect formel, l'exécution de la règle européenne suivrait la logique du principe d'équivalence, tandis qu'elle s'en écarterait dans son aspect matériel. Cette approche s'appuie sur les nombreuses affirmations, qu'elles soient doctrinales¹²⁷⁴ ou issues de jurisprudences européennes¹²⁷⁵ ou nationales¹²⁷⁶, selon lesquelles la mise en œuvre du droit de l'Union se fait dans les conditions de formes et de procédures prévues par le droit interne. Elle se vérifie également dans le

¹²⁶⁹ CJCE, 20 mars 1997, *Alcan*, aff. C-24/95, *Rec.* p. I-1591, pt. 34 et suivants.

¹²⁷⁰ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199, pt. 63.

¹²⁷¹ Pour exemple, voir S. STEINER, « How to Make the Action Suit the Case. Domestic Remedies for breach of EEC Law », *EL Rev.* 1987, n°12, pp. 102-122, spéc. p. 104, sur la difficulté d'appliquer le droit européen de la concurrence en droit anglais. L'auteur note notamment la difficile distinction à opérer entre le droit public et le droit privé (« *difficult line between public and private law* ») et l'absence de corps de règles nationales cohérentes (« *no single coherent body of domestic law* »).

¹²⁷² C'est essentiellement le cas pour ce qui est de l'organisation administrative interne. Compte tenu des spécificités inhérentes à l'application du droit de l'Union, celle-ci eût à s'adapter et se modifier pour être plus efficace. La doctrine consacre de nombreuses études à ce sujet ; voir not. J.-L. SAURON, « L'adaptation de l'administration d'État à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 951-963 ; C. DEBBASCH, « L'influence du processus d'intégration communautaire sur les administrations nationales », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 113-137, spéc. pp. 127 et suivantes.

¹²⁷³ Voir not. J. MISCHO, conclusions sur CJCE, 4 juillet 2000, *Haim*, aff. C-424/97, *Rec.* p. I-5123, qui parle d'une « *dichotomie* » entre « *le droit substantiel dont est titulaire le particulier, parce que le droit communautaire lui-même l'en investit, et les modalités selon lesquelles il pourra le faire valoir, qui sont définies par le droit national* » (pt. 22). Voir également E. BERNARD, *op. cit.*, p. 123 et suivantes.

¹²⁷⁴ B. DUBEY, *op. cit.*, p. 106 ; R. MEHDI, « Le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 887-936, spéc. pp. 892 et suivantes.

¹²⁷⁵ Voir not. CJCE, 11 février 1970, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.* p. 49, pt. 4 ; CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71, *Rec.* p. 307, pt. 10.

¹²⁷⁶ Voir not. B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, pp. 150 et suivantes.

traitement contentieux accordé à l'acte interne d'application du droit de l'Union¹²⁷⁷. Comme le souligne V. KAPSALI, à l'inverse des vices de légalité interne soumis à un régime spécifique, « *le contrôle des règles de compétence et de procédure ne se trouve pas affecté par le fait que l'acte contrôlé soit un acte de mise en œuvre du droit communautaire* »¹²⁷⁸ et doit dès lors se faire dans le respect du principe d'équivalence¹²⁷⁹. La décision *Arcelor*¹²⁸⁰ du Conseil d'État, comme d'autres jurisprudences administratives¹²⁸¹ ou du juge constitutionnel¹²⁸², en est une illustration.

275. Cette première explication nous paraît discutable, dès lors que la distinction entre le droit formel et le droit matériel n'est pas pertinente pour l'étude du principe d'équivalence¹²⁸³. À notre sens, ce dernier se concilie avec la nécessité d'accorder un traitement particulier au droit de l'Union pour une autre raison : il exige l'application du régime normalement prévu pour le droit interne similaire seulement lorsque cela est *approprié*. Cette idée n'apparaît que très implicitement dans la jurisprudence européenne. Elle semble, malgré tout, guider la logique du principe d'équivalence¹²⁸⁴. D'une part, tel que formulé par la Cour de justice, celui-ci ne prohibe pas les traitements plus favorables accordés au droit de l'Union et au détriment du droit interne¹²⁸⁵. D'autre part, des différences de traitement sont tolérées par le principe d'équivalence dans certaines circonstances. En premier lieu, le principe d'équivalence se limite à exiger l'application du régime qui est *normalement* applicable pour le droit interne *similaire*. La Cour de justice précise régulièrement que le principe d'équivalence « *ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions* [fondées sur le droit de

¹²⁷⁷ Voir R. MEHDI, *op. cit.*, pp. 352 et suivantes ; S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611, spéc. p. 593.

¹²⁷⁸ V. KAPSALI, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse. Étude comparée des droits français et grec*, Paris, LGDJ, 2015, p. 73.

¹²⁷⁹ En ce sens, E. BERNARD, *op. cit.*, p. 123.

¹²⁸⁰ CE, 8 février 2007, *Arcelor e.a.*, *Rec.* p. 55 : dans le cadre d'un contrôle de constitutionnalité d'un décret transposant une directive, le juge administratif ne perd pas sa compétence au détriment du juge de l'Union « *si le contrôle des règles de compétences et de procédure ne se trouve pas affecté* ».

¹²⁸¹ Outre les décisions *Union des minotiers de France* et *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux*, voir not. CE, 11 juillet 1988, *Conseil départemental de l'ordre des médecins des Alpes-Maritimes c. Boucq*, *Rec.* p. 291.

¹²⁸² Voir not. Cons. Const, n°2008-546 DC, 19 juin 2008, OGM, csd. 53 ; Cons. Const., 2018-765 DC, *Protection des données personnelles* précitée, csd. 3-4.

¹²⁸³ Cf. *infra*, pt. 442 et suivants.

¹²⁸⁴ L'expression de « *traitement normalement applicable* » n'est employée que par les avocats généraux ; voir pour exemple, S. ALBER, conclusions sur CJCE, *Huber*, aff. C-336/00 précité, pt. 87 ; M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841, pt. 56-57. Pour une approche malgré tout assez proche, voir CJCE, 15 décembre 1971, *Gervais Danone AG*, aff. 77/71, *Rec.* p. 1127, pt. 12.

¹²⁸⁵ Sur cette question, cf. *infra*, pt. 507 et suivants.

l'Union] »¹²⁸⁶. L'État membre doit appliquer le régime national existant *pertinent*¹²⁸⁷ pour la mise en œuvre de la norme européenne. En second lieu, le principe d'équivalence exige seulement que le traitement accordé pour l'application d'une norme européenne soit au moins équivalent à celui accordé pour une norme interne similaire. Par cette exigence, la Cour de justice admet qu'une différence de traitement, pourvu qu'elle reste minime ou d'une faible importance, puisse exister¹²⁸⁸. Pour l'ensemble de ces hypothèses, nous considérons que le principe d'équivalence tolère l'application d'un régime distinct de celui *normalement* prévu parce que celui-ci n'apparaît pas comme *approprié*.

b. Le refus d'une banalisation inconsidérée du droit de l'Union

276. L'assimilation induite par le principe d'équivalence peut être vue comme une forme de banalisation du droit de l'Union. Or celle-ci ne doit pas être conçue péjorativement¹²⁸⁹. Tant que ses spécificités primordiales sont préservées, la banalisation renforce aussi bien la légitimité que l'efficacité du droit de l'Union. Elle ne constitue *in fine* que l'aboutissement logique d'une instrumentalisation apaisée des ordres juridiques nationaux dans l'application des normes européennes¹²⁹⁰. Dans ces circonstances, il est normal d'appréhender la situation européenne par des qualifications ou des concepts nationaux pour déterminer quel traitement national lui imposer. En matière de répétition de l'indu, par exemple, la Cour de justice renvoie au juge national, selon les modalités fixées par le droit national, « *la détermination des modalités de remboursement applicables et la qualification, à cette fin, des rapports juridiques établis entre l'administration fiscale d'un État membre et des sociétés de cet État* »¹²⁹¹. L'application du droit de l'Union, par la répétition de l'indu, est ainsi appréhendée de la même manière que le serait une disposition nationale.

¹²⁸⁶ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 42. Voir également CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 36 ; CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, *Rec. p.* I-7141, pt. 20 ; CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité, pt. 27.

¹²⁸⁷ CJCE, *Alcan*, aff. C-24/95 précité, pt. 24. Voir récemment CJUE, 26 juin 2019, *Craeynest e.a.*, aff. C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533 : « *les juridictions nationales compétentes pour [appliquer le droit de l'Union] disposent, en vertu des règles pertinentes du droit belge, d'un pouvoir d'injonction à l'égard des autorités nationales. Il incombe, dès lors, à la juridiction de renvoi de faire usage, le cas échéant, de ce pouvoir dans les conditions prévues par le droit national* » (pt. 55 – nous soulignons).

¹²⁸⁸ Par exemple, voir CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec. p.* I-8115, pt. 96-97 ; CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88, pt. 46-47.

¹²⁸⁹ Pour une approche *contra* et beaucoup plus critique, voir J.-S. BERGE, « La part d'originalité du droit communautaire », in S. ROBIN-OLIVIER et D. FASQUELLE (dir.), *Les échanges entre droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 159-172, spéc. pp. 166-168

¹²⁹⁰ En ce sens, J.-C. BONICHOT, « Le droit communautaire et le droit administratif français », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 15-19.

277. Cette logique se manifeste notamment à propos de la désignation des autorités nationales compétentes pour mettre en œuvre le droit de l'Union européenne. Dans son arrêt *International Fruit Company*, la Cour de justice avait explicitement affirmé que « *la question de savoir de quelle façon l'exercice [de pouvoirs attribués par l'Union] et l'exécution [des obligations imposées par l'Union] peuvent être confiés par les États à des organes internes déterminés, relève uniquement du système constitutionnel de chaque État* »¹²⁹². Concernant la transposition d'une directive, elle précise que les États ont « *l'obligation (...) de choisir, dans le cadre de la liberté qui leur est laissée (...), les formes et moyens les plus appropriés en vue d'assurer l'effet utile des directives* »¹²⁹³. L'application du droit de l'Union est ainsi déterminée en fonction des critères retenus pour la répartition des compétences entre les différentes autorités nationales, que celle-ci soit verticale¹²⁹⁴ ou horizontale.

278. La répartition horizontale des compétences entre le Gouvernement et le Parlement français constitue un cas assez particulier. Il révèle une banalisation potentiellement excessive du droit de l'Union européenne. Or, si une telle banalisation peut être constatée, elle ne résulte pas du respect du principe d'équivalence. En effet, la position précédemment décrite de la Cour de justice se limite à une répartition matérielle des compétences. Pour le cas français, le Parlement sera compétent dès lors que la norme européenne à appliquer se rattache aux matières visées à l'article 34 de la Constitution¹²⁹⁵. L'assimilation ainsi opérée par le principe d'équivalence entre la norme européenne et la norme nationale se limite à un aspect matériel¹²⁹⁶, conformément aux critères constitutionnels. Aussi, le Parlement peut être un acteur de la mise en œuvre du droit de l'Union européenne au même titre que le Gouvernement¹²⁹⁷.

¹²⁹¹ CJCE, 22 octobre 1998, *IN.CO.GE '90 e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97, *Rec.* p. 6307, pt. 26. L'enjeu tenait dans la qualification de la nature fiscale ou civile des sommes indûment versées pour déterminer un délai procédural.

¹²⁹² CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company*, aff. 51/71, *Rec.* p. 1107, pt. 4

¹²⁹³ CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, *Rec.* p. 497, pt. 73. Pour une position similaire sur l'application d'un règlement, voir CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, *Rec.* p. 1503, pt. 29.

¹²⁹⁴ Voir not. CJCE, 25 mai 1982, *Commission c. Pays-Bas*, aff. 96/81, *Rec.* p. 1791, pt. 12 ; CJCE, 12 juin 1990, *Commission c. Allemagne*, aff. C-8/88, *Rec.* p. I-2321, 13.

¹²⁹⁵ Pour exemple, Cons. Const., 77-90 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances rect. 1977*, csd. 3-4.

¹²⁹⁶ En ce sens, J.-V. LOUIS (cité par J. TREMEAU, *La réserve de loi*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM/Economica, 1997, p. 69) considère que « *c'est la matière sur laquelle porte le complément ou l'ampleur des pouvoirs conférés à l'État qui est déterminante pour la répartition des tâches entre l'exécutif et le législatif* » (nous soulignons).

¹²⁹⁷ Voir not. L. DUBOIS, « France », in J. RIDEAU (dir.), *Les États membres de l'Union européenne, adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 215-237, spéc. p. 234-235.

279. Si cette approche est totalement conforme aux exigences européennes, et notamment au principe d'équivalence, elle a fait l'objet de discussions¹²⁹⁸. Pour certains auteurs, il semble plus *approprié* ou *normal* que le Gouvernement, plus que le Parlement, soit principalement en charge d'exécuter le droit de l'Union européenne. Cette position résulte d'un avis non publié du Conseil d'État en date de 1964¹²⁹⁹. Il y est affirmé : « *le Gouvernement lorsqu'il assure l'exécution des dispositions directement applicables des traités, ainsi que des règlements et décisions de la Communauté étant dans la même situation que lorsqu'il applique la loi interne, il en résulte que les mesures d'application desdits actes seront normalement prises par voie réglementaire* »¹³⁰⁰. L'assimilation ici opérée est d'ordre fonctionnel : il s'agit de considérer que l'exécution du droit de l'Union européenne est similaire à l'exécution d'une loi. Bien que limitée à la mise en œuvre des seuls règlements et décisions européens, la logique qui découle de cet avis du Conseil d'État peut se généraliser à l'ensemble du droit de l'Union, y compris aux directives¹³⁰¹. Dans son sillage, plusieurs auteurs ont réitéré cette idée¹³⁰². Pour H. LESGUILLONS, « [tout] se passe (...) comme si le règlement émanait du législateur national. Il appartient au pouvoir exécutif d'en poursuivre la mise en œuvre »¹³⁰³. Pour M. SOHIER et C. MEGRET, « *la procédure parlementaire paraît assez mal adaptée à cette fonction d'exécution* »¹³⁰⁴, au contraire de « *la procédure exécutive* »¹³⁰⁵. Dès lors, même lorsque le Gouvernement intervient dans une matière mentionnée à l'article 34 de la Constitution, le Conseil d'État admet malgré tout sa compétence en l'absence d'habilitation législative¹³⁰⁶. La seule condition – qui caractérise cette assimilation des

¹²⁹⁸ Voir J. TREMEAU, *op. cit.*, pp. 63-70.

¹²⁹⁹ L'avis en question est daté du 20 mai 1964 et cité par P.-H. TEITGEN, « L'application du droit communautaire par le législatif et l'exécutif français », in *La France et les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 777-809. Il a été régulièrement mentionné par d'autres auteurs (voir not. J. TREMEAU, *op. cit.*, pp. 66-67).

¹³⁰⁰ Citation tirée de P.-H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 793 (nous soulignons). Cette position se confirme par la suite en contentieux : voir not. CE, 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux* précité, dont la note de P. DELVOLVE, *D.* 1979, II, pp. 125-128, spéc. p. 127.

¹³⁰¹ La transposition des directives est étrangère à cette logique et répond donc à l'assimilation matérielle évoquée. Cependant, le Conseil d'État a pu reconnaître une place particulière au Gouvernement comme, par exemple, lorsqu'il s'agit de tirer les conséquences de l'incompatibilité (manifeste) d'une loi de transposition avec sa directive (CE, Sect., 3 décembre 1999, *Association ornithologique et mammologique de Saône-et-Loire e.a.*, *Rec.* p. 379). Voir E. BERNARD, *op. cit.*, p. 106. Pour un exemple plus récent, le Conseil d'État estime régulier le refus du pouvoir réglementaire d'appliquer une loi qui est considérée, par un avis de la Commission européenne, comme contraire au droit de l'Union (CE, 22 octobre 2014, *Société Métropole Télévision (M6)*, *Rec.* p. 312).

¹³⁰² Voir S. PIERRE-CAPS, « L'adaptation du Parlement français au système communautaire », *RFDC* 1991, n°6, pp. 233-273, spéc. pp. 249 et suivantes.

¹³⁰³ H. LESGUILLONS, *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, LGDJ, 1968, p. 186.

¹³⁰⁴ M. SOHIER et C. MEGRET, « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in *Droit communautaire et Droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 107-145, spéc. p. 120 et suivantes (nous soulignons).

¹³⁰⁵ *Ibid.*, pp. 126 et suivantes.

¹³⁰⁶ Position classique qui s'applique pour les mesures d'application d'une loi : il n'est pas besoin que celle-ci renvoie explicitement au pouvoir réglementaire (CE, 16 juin 1967, *Ligue nationale pour la liberté des vaccinations*, *Rec.* p. 259).

fonctions d'exécution – est que le Gouvernement se *borne*¹³⁰⁷ à édicter une « *simple mesure d'exécution* »¹³⁰⁸ du droit de l'Union.

280. Il existe des raisons qui justifient que le Gouvernement occupe un rôle privilégié dans l'application du droit de l'Union¹³⁰⁹. Cependant, elles conduisent à une assimilation assez excessive du droit de l'Union avec la loi nationale. Le Conseil constitutionnel ne s'y est jamais risqué¹³¹⁰ et le Conseil d'État a eu l'occasion d'en limiter les effets¹³¹¹. De nombreux auteurs demeurent également prudents¹³¹², voire réticents¹³¹³, à reconnaître une telle assimilation. Si elle apparaît « *commode* »¹³¹⁴, sinon séduisante, elle « *n'est cependant que très médiocrement balisée* »¹³¹⁵, voire justifiée. Les auteurs insistent notamment sur la confusion opérée entre l'organe et la fonction du pouvoir exécutif¹³¹⁶, qui nie de manière très contestable toute compétence au Parlement dans ce domaine¹³¹⁷.

281. Ces éléments ne concernent pas directement le principe d'équivalence, mais ils sont utiles pour comprendre la portée de l'assimilation qu'il induit. L'approche retenue dans l'avis de 1964 paraît de prime abord compatible avec le principe d'équivalence et sa logique d'assimilation. Elle nous semble toutefois l'extrapoler de manière excessive. Comme indiqué par R. KOVAR, « [cette] *solution était d'autant plus remarquable qu'elle n'était pas commandée par le droit communautaire* »¹³¹⁸. Pire encore, elle semble finalement dénaturer la fonction d'exécution *normalement*

¹³⁰⁷ CE, 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux e.a.* précité.

¹³⁰⁸ B. GENEVOIS, conclusions sur CE, 1978, *Syndicat viticole des Hautes Graves de Bordeaux e.a.* précité, RTDE 1977, pp. 717-730, spéc. p. 720. Cela implique que « [l']*intervention du législateur (...) n'était (...) pas nécessaire du fait même de l'existence préalable* [du règlement européen] » (p. 720).

¹³⁰⁹ Outre celles évoquées par M. SOHIER et C. MEGRET (*op. cit.*), voir L. DUBOIS, « France », in J. RIDEAU (dir.), *Les États membres de l'Union européenne, adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 215-237, spéc. pp. 234-235.

¹³¹⁰ Le Conseil constitutionnel semble se limiter à une simple assimilation matérielle : en ce sens, Cons. Const., 77-89 DC, 30 décembre 1977, *Loi de finances 1978* ; Cons. Const., 77-90 DC, *Loi de finances rect. 1977* précité. Voir également J. TREMEAU, *op. cit.*, p. 69.

¹³¹¹ Voir CE, Ass., 11 juillet 2001, *FNSEA e.a.*, Rec. p. 340 ; CE, 30 juillet 2003, *Association « Avenir de la langue française »*, Rec. p. 347.

¹³¹² P.-H. TEITGEN, *op. cit.*, pp. 795 et suivantes ; E. BERNARD, *op. cit.*, pp. 107 et suivantes.

¹³¹³ L. AZOULAI, « La loi et le règlement vus du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°19, janvier 2006, pp. 109-114.

¹³¹⁴ R. MEHDI, *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français* précité, p. 351.

¹³¹⁵ *Ibid.*

¹³¹⁶ Voir R. KOVAR, « L'effectivité interne du droit communautaire » précité, p. 225 ; C. DENIZEAU, *op. cit.*, pp. 253-254.

¹³¹⁷ P.-H. TEITGEN, *op. cit.*, pp. 795-796.

¹³¹⁸ R. KOVAR, « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'"écran communautaire" » précité, p. 343. Dans le même sens, P.-H. TEITGEN, *op. cit.*, p. 796.

assurée pour les lois¹³¹⁹. En effet, de manière assez paradoxale, l'assimilation prônée par l'avis de 1964 conduit à accorder une compétence plus étendue du Gouvernement pour l'exécution du droit de l'Union, qui s'éloigne par conséquent du régime national *normalement* prévu¹³²⁰. Dans cette perspective, elle ne peut être rattachée au principe d'équivalence. L'éventuelle nécessité que le Gouvernement puisse agir promptement pour assurer une application du droit de l'Union européenne, encore une fois, se comprend très bien. Cela étant, ou bien le régime national normalement prévu se suffit à lui-même, et cette assimilation perd de son intérêt, voire de son sens ; ou bien ce régime national est insuffisant et il devient nécessaire d'opérer des adaptations et d'accorder explicitement des dérogations au profit du Gouvernement¹³²¹, rendant par la même occasion inutile l'assimilation.

Section 2 : Une liaison impossible par l'intermédiaire d'autres concepts

282. La manière dont le principe d'équivalence rapproche les ordres juridiques peut sembler assez familière. Loin d'être totalement original, ce principe ne serait finalement que la manifestation ou la traduction plus particulière d'autres concepts, plus connus, qui poursuivent cette finalité. En interdisant des différences de traitement injustifiées défavorables pour le droit de l'Union par rapport au droit interne similaire, il serait apparenté au principe d'égalité ou au principe de non-discrimination. En outre, en prenant pour référentiel le droit national existant pour traiter des rapports de systèmes entre ordres juridiques, il s'inspirerait des principes de reconnaissance mutuelle et d'équivalence des protections. Pour ces deux ensembles, la proximité avec le principe d'équivalence est tentante, voire proclamée. Cependant, elle conduit à nuancer la spécificité et l'autonomie du principe d'équivalence. Celui-ci constitue un objet juridique *sui generis*, qui ne peut être une

¹³¹⁹ E. BERNARD, *op. cit.* : « contrairement à ce que pouvaient laisser penser l'avis et la jurisprudence du Conseil d'État, la répartition des compétences en matière d'élaboration des mesures nationales d'exécution du droit communautaire **ne diffère pas** substantiellement de celle qui prévaut pour l'adoption d'autres actes internes » (p. 109 – nous soulignons).

¹³²⁰ P.-H. TEITGEN, *op. cit.* : « Il faut en déduire que le gouvernement estime maintenant (...) qu'il dispose de plein droit pour assurer l'exécution d'un règlement communautaire du pouvoir d'édicter par voie réglementaire toutes les mesures nécessaires à son application et même celles qui relèvent **normalement** du domaine de la loi » (p. 795 – nous soulignons). Dans le même sens, R. MEHDI, *op. cit.*, pp. 351-352.

¹³²¹ En ce sens, et assumant qu'une adaptation est nécessaire, voir Y. PRATS, « Incidences des dispositions du traité instituant la Communauté Économique Européenne sur le droit administratif français », *RTDE* 1968, pp. 19-49, spéc. p. 33. Voir également B. NABLI, *op. cit.*, p. 372 et suivantes ; R. MEHDI, « L'autonomie d'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité, pp. 904-914 ; E. DUBOUT et B. NABLI, *op. cit.*, pp. 80 et suivantes.

déclinaison ou une manifestation particulière des concepts cités. À cet égard, il doit être distingué aussi bien des principes de non-discrimination et d'égalité de traitement (§1) que des principes de reconnaissance mutuelle et d'équivalence des protections (§2).

§1 : Une distinction délicate les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement

283. La proximité entretenue entre le principe d'équivalence et le principe général d'égalité est certainement la plus manifeste. Ce dernier constitue un principe fondamental au sein de tout système juridique¹³²². Dans une approche globale, il interdit que des situations semblables fassent l'objet d'un traitement différencié¹³²³. Ses expressions sont très nombreuses et varient selon les ordres juridiques et les autorités qui en font l'application¹³²⁴. Au sein de l'ordre juridique européen, il se présente essentiellement sous deux aspects¹³²⁵ : le principe de non-discrimination et le principe d'égalité de traitement. Dans ce contexte, le principe d'équivalence n'en constituerait qu'une formulation particulière pour l'Union européenne, appliquée aux États membres dans la mise en œuvre de normes européennes.

284. De nombreuses références confirment cette idée. La Cour de justice a clairement affirmé que « **le principe d'équivalence, qui exige que deux situations comparables (...) soient soumises aux mêmes modalités procédurales, n'est que l'expression du principe d'égalité de traitement** »¹³²⁶. Plus indirectement, elle emploie souvent

¹³²² Pour l'Union européenne, voir not. CJCE, 17 avril 1997, *EARL de Kerlast*, aff. C-15/95, *Rec.* p. I-1961, pt. 35.

¹³²³ O. JOUANJAN (v° « Égalité », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003) synthétise le principe ainsi : « ce qui est essentiellement semblable doit être traité de manière identique ; ce qui est essentiellement dissemblable doit être traité de manière différente » (p. 586). Sur les éventuelles distinctions à opérer entre égalité devant la loi, égalité en droit, etc., cf. *infra*, pt. 295-295.

¹³²⁴ Voir not. les contributions dans *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris, Dalloz, t. 14, 1965.

¹³²⁵ La question de leur distinction ou de leur confusion est sujette à débat. La Cour de justice adopte des affirmations divergentes (pour exemples, voir CJCE, 24 février 2005, *Grèce c. Commission*, aff. C-300/02, *Rec.* p. I-1341, pt. 57 et CJCE, 15 mars 2007, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, aff. C-35/05, *Rec.* p. I-2425, pt. 44). Sur ce débat, voir R. HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 246 et suivantes ; D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 515 et suivantes ; C. MAUBERNARD, « Le principe d'égalité de traitement : un principe cardinal du droit de l'Union européenne », *RMCUE* 2010, pp. 373-378.

¹³²⁶ CJCE, *Pasquini*, aff. C-34/02 précité, pt. 70 – nous soulignons. Pour un exemple en ce sens, voir CJCE, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79 précité. En l'occurrence, un ensemble de réglementations relatives aux modalités de perception de ressources financières de l'Union « doit être considéré dans le cadre du système général des dispositions financières du traité, lequel système (...) est dominé par le principe général d'égalité » (pt. 14 – nous soulignons). Or cet ensemble n'est pas encore en vigueur aux moments des faits litigieux soumis à la Cour et laisse en suspens la possibilité d'imposer une égalité de traitement des justiciables dans ce domaine (pt. 16). Pour y remédier, la Cour de justice applique alors le principe d'équivalence (pt. 18 et pt. 21). Ce dernier participe, dans cette situation, à concrétiser le principe d'égalité.

des vocables comme « *discriminatoire* »¹³²⁷ ou « *égalité* »¹³²⁸ dans ses décisions, trahissant une proximité avec le principe d'égalité. De plus, la Cour évoque une « *exigence de non-discrimination* »¹³²⁹ ou, clairement en lieu et place du principe d'équivalence, de « *principe de non-discrimination* »¹³³⁰. Quelques avocats généraux ont également considéré qu'il s'agissait d'une « *manifestation du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination* »¹³³¹. En toute logique, certains auteurs de doctrine envisagent le principe d'équivalence de la même manière¹³³². Par exemple, L. DUBOUIS y voit un « *principe de l'égalité de traitement entre droit conféré par la règle communautaire et droit conféré par la règle nationale* »¹³³³. Selon cette optique, comme souligné par K. LENAERTS, c'est « [le] *principe d'égalité [qui] détermine (...) la portée de l'obligation générale de loyauté communautaire qui incombe aux États membres* »¹³³⁴. Le principe d'équivalence ne serait alors qu'une traduction particulière du principe d'égalité pour *préciser* ou *concrétiser* la portée du principe de coopération loyale.

285. Ces éléments méritent toutefois d'être nuancés¹³³⁵. En dépit de sa proximité indéniable avec les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination, le principe d'équivalence s'en distingue fondamentalement (A.). Cette distinction s'impose également vis-à-vis de la discrimination en raison de la nationalité, quand bien même elle se révèle plus complexe à faire (B.).

¹³²⁷ Voir not. CJCE, *Ferwerda*, aff. 265/78 précité, pt. 12 ; CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79, *Rec. p.* 1237, pt. 20 ; CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec. p.* 1887, pt. 12 ; CJCE, *Johannes Peter*, aff. C-290/91 précité, pt. 12 ; CJCE, 13 mars 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06, *Rec. p.* I-1561, pt. 50.

¹³²⁸ CJCE, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99 précité, pt. 31.

¹³²⁹ CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 16. Voir également CJCE, *Fromme*, aff. 54/81 précité, pt. 7.

¹³³⁰ CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, aff. C-39/94, *Rec. p.* I-3547, pt. 75 ; CJCE, *Jensen et Korn*, aff. C-132/95 précité, pt. 51. Dans la même idée, CJCE, 26 octobre 2006, *Cosun*, aff. C-248/04, *Rec. p.* I-10211, pt. 61.

¹³³¹ En l'occurrence, J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 67. Voir également S. ALBERT, conclusions sur CJCE, *Huber*, aff. C-336/00 précité, pt. 87 et 90 ; E. SHARPSTON, conclusions sur CJUE, 19 décembre 2019, *Cargill Deutschland*, aff. C-360/18, E CLI:EU:C:2019:1124, pt. 58.

¹³³² Voir not. K. MORTELMANS, « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE* 1981, pp. 410-436, spéc. p. 431 ; R. KOVAR, « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, 1997, pp. 143-176, spéc. p. 168 ; R. ARNOLD, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 110-117, spéc. pp. 110-111 ; A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1997, p. 177 ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 269.

¹³³³ L. DUBOUIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1992, pp. 1-9, spéc. p. 5.

¹³³⁴ K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE* 1991, pp. 3-41, spéc. p. 24.

¹³³⁵ Voir N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité : « *L'égalité devant la loi est une règle de droit distincte du principe d'équivalence* » (pt. 49).

A. Des oppositions fondamentales avec le principe d'égalité

286. De prime abord, il existe une différence assez nette entre le principe d'équivalence et le principe général d'égalité : "équivalence" ne signifie pas "égalité". Aussi, même lorsque la Cour de justice semble exiger un traitement « *analogue* »¹³³⁶, elle n'interdit pas que celui-ci soit plus favorable pour le droit de l'Union¹³³⁷. Ce caractère « *asymétrique* »¹³³⁸ du principe d'équivalence ne se retrouve pas dans les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination consacrés par l'Union européenne. La méthode suivie est également légèrement différente. Pour le principe d'égalité, il s'agit surtout de « *rechercher si cette différence [de situations] justifie ou même impose des règles différentes* »¹³³⁹. À l'inverse, le principe d'équivalence se focalise surtout sur la recherche de la similitude des règles européennes avec les règles nationales. La prise en compte d'une justification dans la différence de traitement est exclue¹³⁴⁰.

287. Plus fondamentalement, la distinction entre les principes d'équivalence et d'égalité se manifeste à deux niveaux. D'une part, leur fonction respective diffère. L'exigence qui interdit les différences de traitement prévues par les deux principes constitue une fin en soi pour le principe d'égalité et un moyen pour garantir l'effet utile du droit de l'Union pour le principe d'équivalence (1.). D'autre part, il est impossible d'identifier un "bénéficiaire" du droit à l'égal traitement prévu par le principe d'équivalence, contrairement au principe d'égalité (2.).

1. L'exigence de l'égal traitement comme moyen et non comme fin en soi

288. Cette distinction des principes d'égalité et d'équivalence à partir de leur fonction a été envisagée par M. BLANQUET pour qui « *l'interdiction de discrimination [issue du principe d'équivalence] paraît n'être qu'un moyen et non une fin* »¹³⁴¹. Le principe d'équivalence remplit une fonction clairement identifiée, à savoir encadrer l'action autonome des États membres dans l'application du droit de l'Union pour en garantir

¹³³⁶ Pour exemples, CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 24 ; CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 53.

¹³³⁷ Pour exemple, voir CJUE, *Fuß*, aff. C-429/09 précité, pt. 66. Sur cette question, cf. *infra*, pt. 516 et suivants.

¹³³⁸ D. SIMON, v° « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Août 2008 (actualisé en septembre 2012), §26.

¹³³⁹ F. LUCHAIRE, « Un janus constitutionnel : l'égalité », *RDJ* 1986, pp. 1229-1274, spéc. p. 1242.

¹³⁴⁰ Sur cette problématique, cf. *infra*, pt. 674 et suivants. Pour exemple, voir CJUE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 55 et suivants ou M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 40-41.

¹³⁴¹ M. BLANQUET, *L'article 5 du Traité C.E.E.. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, 1994, p. 75. Dans le même ordre d'idée, B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 292.

l'effet utile. L'interdiction des différences de traitement qu'il impose n'est donc qu'un moyen particulier¹³⁴² pour atteindre cette fin. À l'inverse, le principe d'égalité constitue, *d'abord et avant tout*, une fin en soi. Comme l'a souligné O. JOUANJAN, le « *principe du principe* »¹³⁴³ d'égalité signifie : « *traiter de manière égale ce qui est essentiellement égal* »¹³⁴⁴. Il énonce une valeur¹³⁴⁵, un principe de justice¹³⁴⁶. L'ensemble des déclinaisons précédemment évoquées, dont les principes de l'égalité de traitement et de non-discrimination¹³⁴⁷, ne vise qu'à assurer sa concrétisation¹³⁴⁸. Telle est leur finalité première.

289. Une telle acception du principe d'égalité, tel que reconnu par l'ordre juridique européen, peut être contestée. Plusieurs auteurs y voient en réalité non pas une fin en soi, mais un véritable moyen¹³⁴⁹ pour le développement¹³⁵⁰ du droit de l'Union européenne ainsi que pour son application. En matière de libertés économiques, la Cour de justice a pu affirmer qu'il constitue une « *condition essentielle à l'établissement et au fonctionnement du marché commun* »¹³⁵¹. L'interdiction des discriminations en raison de la nationalité¹³⁵² ou du sexe¹³⁵³ visait à l'origine à renforcer les libertés de circulation. Difficile alors de ne pas y voir un véritable « *instrument* »¹³⁵⁴ au service d'une fin spécifique, distincte de celle d'assurer simplement un traitement similaire aux situations similaires. Cette vision se retrouve également à propos du principe d'égalité en droit français, qui peut se présenter

¹³⁴² Et qui fait l'originalité du principe d'équivalence.

¹³⁴³ O. JOUANJAN, « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum* 2012, vol. 4, pp. 157-171, spéc. p. 158

¹³⁴⁴ *Ibid.*

¹³⁴⁵ Pour l'Union européenne, voir not. J. RIDEAU, v° « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *JurisClasser Europe Traité*, fasc. 110, 5 janvier 2015, par. 89 et suivants.

¹³⁴⁶ En ce sens, C. PERELMAN, *Justice et raison*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 2e édition, 1972, p. 26.

¹³⁴⁷ Auxquels s'ajoutent les « *principes sectoriels d'égalité qui spécifient le champ d'application matériel (devant l'impôt, les services publics, les charges publiques, le suffrage etc.)* » (O. JOUANJAN, *op. cit.*, p. 158).

¹³⁴⁸ *Contra*, N. BELLOUBET-FRIET, « Le principe d'égalité », *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* 1998, n° spécial, 1998, pp. 152-164, pour qui « *l'équité s'opposerait à l'égalité qui ne relèverait pas de l'ordre des fins poursuivies par la société mais de celui des moyens* » (pp. 154-155).

¹³⁴⁹ Voir E. DUBOUT, *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 200-201.

¹³⁵⁰ Sur cet aspect (indéniable), voir not. R. HERNU, *op. cit.*, pp. 65 et suivantes.

¹³⁵¹ CJCE, 10 mai 1960, *Hauts Fourneaux de Givors e.a.*, aff. jt. 27/58 à 29/58, *Rec.* p. 503, spéc. p. 523.

¹³⁵² G. DE BÚRCA, « The Role of Equality in European Community Law », in *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 13-34, spéc. pp. 20-23.

¹³⁵³ S. BARBOU DES PLACES, « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89 : « *L'interdiction de la discrimination fondée sur le sexe en matière salariale, consacrée à l'article 141 CE, a été introduite dans le traité à la demande de la France souhaitant égaliser les conditions de concurrence en Europe (...). Ce n'est pas tant la volonté de réaliser l'égalité qui dominait, que la volonté de ne pas porter atteinte à la réalisation des objectifs économiques* » (p. 70 – nous soulignons). En ce sens, implicitement, voir CJCE, 25 mai 1971, *Defrenne*, aff. 80/70, *Rec.* p. 445, pt. 7-8.

¹³⁵⁴ S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp. 33 et suivantes. Voir également E. DUBOUT, *op. cit.*, pp. 200 et suivantes.

comme un « **vecteur** nécessaire à la mise en œuvre d'autres droits (...) »¹³⁵⁵. Plus généralement, H. KELSEN lui-même avait présenté le principe d'égalité devant la loi comme un principe « *immanent à tout ordre juridique* » qui renvoie à une exigence de « *régularité dans l'application du droit en général* »¹³⁵⁶. Dès lors, à l'instar du principe d'équivalence, l'exigence du principe d'égalité constituerait un moyen et non une fin.

290. La question de la fonction du principe d'égalité reste délicate à traiter. Un compromis repose sur le fait qu'il soit amené « *à remplir des fonctions multiples* »¹³⁵⁷, tout particulièrement dans l'ordre juridique européen¹³⁵⁸. Il nous semble cependant que sa fonction *primordiale*, sans être exclusive, est celle d'assurer un traitement égal pour des situations égales. L'exigence d'égalité de traitement constitue *d'abord et avant tout* une fin en soi, qui peut être *incidemment* un moyen au service d'une autre fin. Cette conception du principe d'égalité s'accommode assez bien à l'évolution de l'ordre juridique européen. Comme indiqué par A. ILIOPOULOU-PENOT, son « *substrat (...) était (...) plutôt économique et son caractère essentiellement instrumental* »¹³⁵⁹, mais tant la jurisprudence de la Cour de justice que les révisions successives des traités constitutifs ont confirmé le fait que « [l']égalité apparaît comme une norme *primordiale* qui traduit une **aspiration** majeure de la société européenne »¹³⁶⁰. L'arrêt *Schröder*¹³⁶¹ de la Cour de justice illustre explicitement cette logique à propos de l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins prévue par l'article 157 TFUE¹³⁶². La Cour estime que « *la finalité économique poursuivie (...) et consistant en l'élimination des distorsions de concurrence entre les entreprises établies dans différents États membres revêt un caractère **secondaire** par rapport à l'objectif social visé par la même disposition, lequel constitue l'expression d'un droit fondamental de la personne humaine* »¹³⁶³. Plus encore, les articles 20 et 21 de la Charte¹³⁶⁴, tout comme l'article 19 TFUE¹³⁶⁵, viennent également reconnaître,

¹³⁵⁵ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM/Economica, 1997, p. 301 (il insiste). En ce sens, pour le droit allemand, O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand* précité, pp. 194 et suivantes.

¹³⁵⁶ H. KELSEN, *Théorie pure du droit, Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. C. EISENMANN, rééd. Paris-Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 1999, p. 190.

¹³⁵⁷ F. MELIN-SOUCRAMANIEN, *op. cit.*, p. 300.

¹³⁵⁸ En ce sens, G. DE BURCA, *op. cit.*, pp. 23 et suivantes.

¹³⁵⁹ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 595-623, spéc. p. 597.

¹³⁶⁰ *Ibid.*, p. 599.

¹³⁶¹ CJCE, 10 février 2000, *Schröder*, aff. C-50/96, *Rec.* p. I-743, spéc. pt. 55-56.

¹³⁶² « *Chaque État membre assure l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins pour un même travail ou un travail de même valeur* ».

¹³⁶³ CJCE, *Schröder*, aff. C-50/96 précité, pt. 57.

¹³⁶⁴ Voir les commentaires de ces deux articles in *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* précité, par E. BRIBOSIA, I. RORIVE et J. HISLAIRE (pp. 469-488 pour l'article 20 et pp. 489-514 pour l'article 21) n'évoquent

à leur manière, le principe d'égalité comme une fin en soi. Chacun consacre une exigence d'égalité de traitement en tant qu'exigence *autonome*¹³⁶⁶, qui se suffit à elle-même, sans être au soutien d'une autre préoccupation. Dans cette perspective, la distinction entre le principe d'égalité et le principe d'équivalence se manifeste.

291. Cette différence fait sens lorsqu'il est question de limiter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États par une exigence d'égalité de traitement. Pour déterminer s'il s'agit du principe d'équivalence ou du principe d'égalité, il convient d'apprécier la fonction remplie par cette exigence : s'il s'agit d'une fin en soi, elle constitue une manifestation du principe d'égalité ; si elle vise à préserver l'effet utile du droit de l'Union, il s'agit du principe d'équivalence. L'avocat général M. SZPUNAR, dans ses conclusions sur l'arrêt *Santoro* de la Cour de justice, fut notamment confronté à une telle question. Dans le cadre d'une directive qui exige des États membres l'adoption de mesures préventives pour éviter les renouvellements abusifs de contrats de travail à durée déterminée, l'avocat général estime que « [on] pourrait se demander (...) si les doutes (...) sur l'équivalence des mesures prévues (...) ne se fondent pas, en substance, sur le principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination »¹³⁶⁷ plutôt que sur le principe d'équivalence. Sa réponse est négative : cette exigence renvoie à « **l'effectivité des mesures de sanction** »¹³⁶⁸, c'est-à-dire à l'effet utile de l'interdiction de renouvellement abusif de tels contrats ; « *la question de l'égalité au sens large du terme ne se pose pas* »¹³⁶⁹.

292. Dans d'autres hypothèses, en revanche, des exigences d'égalité de traitement limitent directement l'autonomie procédurale des États¹³⁷⁰, notamment en matière de preuve¹³⁷¹, uniquement pour concrétiser¹³⁷² et imposer le respect du

nullement cette question tant il semble évident que ces principes constituent une fin en soi et non un moyen au profit d'autres préoccupations.

¹³⁶⁵ Ex-article 13 CE : voir E. DUBOUT, *op. cit.*, pp. 221 et suivantes.

¹³⁶⁶ G. DE BURCA, *op. cit.*, p. 30. Voir également M. BELL, « The Principle of Equal Treatment : Widening and Deepening », in *The Evolution of EU Law* précité, pp. 611-639.

¹³⁶⁷ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 34.

¹³⁶⁸ *Ibid.*, pt. 36.

¹³⁶⁹ *Ibid.*

¹³⁷⁰ S. BARBOU DES PLACES, *op. cit.*, pp. 82-83.

¹³⁷¹ Pour exemple, voir l'article 4, §1, de la directive 97/80/CE du Conseil, 15 décembre 1997, *relative à la charge de la preuve dans les cas de discrimination fondée sur le sexe* (JOCE 1998, L 14, p. 6).

¹³⁷² Sur cette idée, voir not. CJCE, 22 novembre 2005, *Mangold*, aff. C-144/04, *Rec.* p. 9981, où la Cour estime implicitement qu'une directive concrétise (pt. 74) le « *principe général d'égalité de traitement, en particulier en fonction de l'âge* » (pt. 76). Plus explicitement, voir CJCE, 30 avril 1996, *P. c. S. et Cornwall County Council*, aff. C-13/94, *Rec.* p. I-2143, pt. 18-19 ; CJUE, *Kücükdeveci*, aff. C-555/07 précité, pt. 32.

principe d'égalité. Il arrive parfois que l'exigence issue du principe d'équivalence vienne au soutien de l'effet utile du principe d'égalité de traitement. Tel fut le cas dans un arrêt *Draehmpaehl*¹³⁷³ de la Cour de justice dans lequel elle estime que le régime allemand prévu pour l'application d'une directive sur le principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes¹³⁷⁴ méconnaît le principe d'équivalence¹³⁷⁵.

293. Une dernière idée permet d'appuyer cette distinction entre le principe d'égalité et le principe d'équivalence. En effet, si cette différence n'est pas admise et que ces deux principes sont liés entre eux, une contradiction profonde apparaîtrait. D'un côté, le principe d'égalité vise à assurer, à l'échelle européenne, le traitement similaire de situations similaires. D'un autre côté, paradoxalement, le respect du principe d'équivalence est susceptible d'aboutir à un traitement différent de situations pourtant similaires entre États membres. Comme le remarque L. COUTRON, « [en] fonction de l'État dans lequel ils intentent leur recours, les justiciables peuvent ainsi être victimes d'une discrimination ; discrimination d'autant moins acceptable qu'ils peuvent se trouver dans des situations strictement identiques »¹³⁷⁶. Selon le régime procédural national prévu qui doit s'appliquer en vertu du principe d'équivalence, un même justiciable pourra être traité de manière moins favorable qu'un autre justiciable qui bénéficie d'un autre régime national. Dès lors, le principe d'équivalence aurait des effets contradictoires avec le principe d'égalité. Ce paradoxe se résorbe¹³⁷⁷ si leur distinction est admise : l'égalité de traitement véhiculée par le principe d'équivalence ne constitue qu'un moyen au service d'une application *nationale* suffisamment effective du droit de l'Union, sans avoir pour ambition d'assurer une meilleure égalité entre les différents individus d'États membres. Il appartient ainsi à la Cour de justice ou au législateur européen, précisément au nom du principe d'égalité, de corriger ces éventuels problèmes¹³⁷⁸.

¹³⁷³ CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95, *Rec.* p. I-2195.

¹³⁷⁴ Directive 76/207/CE du Conseil, 9 février 1976, *relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail* (JOCE 1976, L 39, p. 40).

¹³⁷⁵ CJCE, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95 précité, pt. 29-30.

¹³⁷⁶ L. COUTRON, « La revanche de *Kühne* ? » précité, p. 88.

¹³⁷⁷ Du moins dans son aspect théorique ; l'aspect concret du problème demeure.

¹³⁷⁸ Pour un exemple en ce sens, voir CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité. La Cour impose le respect du principe d'équivalence (pt. 23), mais affirme ensuite que « [s'il] s'avérait par ailleurs que des disparités entre les législations nationales sont de nature à compromettre l'égalité de traitement entre les opérateurs économiques des différents États membres (...), il appartiendrait aux institutions communautaires compétentes d'arrêter les dispositions nécessaires pour remédier à de telles disparités » (pt. 24 – nous soulignons).

2. L'impossibilité d'identifier un "bénéficiaire" du droit au traitement équivalent

294. Les réflexions précédentes pourraient être résumées par l'idée selon laquelle le principe d'égalité, avec ses déclinaisons, constitue un "droit fondamental". Initiée par la Cour de justice dans certaines affaires¹³⁷⁹, celle-ci sera clairement actée avec l'adoption de la Charte des droits fondamentaux de l'Union. Le principe d'égalité s'adresse dès lors à des destinataires relativement bien identifiés, à savoir des personnes, physiques ou morales, publiques ou privées. Ces personnes se présentent comme les *bénéficiaires*¹³⁸⁰ de la garantie consacrée par le principe d'égalité. En revanche, ce serait une erreur de prétendre identifier des "bénéficiaires" du principe d'équivalence. Celui-ci n'est clairement pas un droit fondamental, voire un principe général du droit¹³⁸¹. La garantie qu'il offre n'a pas vocation à s'adresser à des personnes puisqu'elle bénéficie à la mise en œuvre nationale d'une *règle* européenne. Dès lors, si le principe d'équivalence se présentait bien comme une déclinaison du principe d'égalité, il se manifesterait comme une "égalité de traitement *du droit*".

295. Cette conception du principe d'égalité s'avère en réalité trop atypique pour être retenue¹³⁸². Traditionnellement¹³⁸³, seules deux visions sont retenues : l'égalité *devant* la loi et l'égalité *dans* la loi. La première renvoie à l'obligation *d'appliquer* de manière égale la loi aux situations similaires ; la seconde à l'interdiction pour la loi de *réglementer* des situations similaires de manière inégale¹³⁸⁴. Chacune d'elles peut se retrouver dans le principe d'équivalence, selon que l'exécution nationale du droit de l'Union est *administrative* – égalité *devant* la loi – ou *normative*¹³⁸⁵ – égalité *dans* la loi. Cette distinction n'a de conséquence que vis-à-vis des *destinataires* du principe

¹³⁷⁹ Voir not. CJCE, 15 juin 1978, *Defrenne*, aff. 149/77, *Rec.* p. 1365, pt. 26-27 à propos de l'interdiction de discrimination en raison du sexe.

¹³⁸⁰ Terme qui se distingue du "titulaire". Pour reprendre une position défendue par O. PFERSMANN (« Bénéficiaires ou titulaires des droits fondamentaux – Rapport Autrichien », *AIJC* 1991, vol. 7, pp. 189-210, spéc. pp. 189-190), le titulaire est la personne apte à revendiquer, notamment devant un juge, le respect du droit en cause ; le bénéficiaire ne fait simplement que tirer profit du respect de ce droit.

¹³⁸¹ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité. Encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? » précité, pp. 85-87.

¹³⁸² *Contra*, dans une approche toutefois très prudente, voir J. NORMAND, « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD Civ.* 1991, pp. 152-159, spéc. pp. 157-158. L'auteur parle de « l'égalité *du droit français et du droit étranger* » (p. 158 – nous soulignons).

¹³⁸³ Voir not. C. LEBEN, « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 295-353, spéc. pp. 299-304. Relativisant la pertinence d'une telle distinction, voir O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* 1992, n°16, pp. 131-139.

¹³⁸⁴ La présentation traditionnelle française de cette conception se limite en général à y voir une exigence de *généralité* dans la loi, ce qui repose une définition matérielle de la loi. Comme démontré par O. JOUANJAN (*op. cit.*), elle constitue plus une égalité proprement *universelle* entre les individus, qui « doit être assurée indépendamment de leur appartenance aux sous-ensembles que dessine le législateur » (p. 135).

¹³⁸⁵ Sur cette terminologie, cf. *supra*, pt. 102-103.

d'égalité, c'est-à-dire, ceux chargés d'en assurer le respect¹³⁸⁶. Dans les deux cas, les *bénéficiaires* restent toujours les personnes. L'égalité *devant* et *dans* le droit renvoie à un traitement égal accordé à une personne, soit par la norme en elle-même, soit dans son application. Au contraire, le principe d'équivalence renvoie à un traitement égal accordé à une *règle juridique* et non à une personne.

296. Cette idée s'illustre notamment dans l'interprétation retenue de l'article 8 de la directive 64/221¹³⁸⁷ par la Cour de justice dans ses arrêts *Pecastaing*¹³⁸⁸ et *Dzodzi*¹³⁸⁹. Elle considère en effet que cette disposition « *impose aux États membres l'obligation d'assurer aux personnes [concernées] une protection juridictionnelle qui ne soit pas moins favorable (...) que celle qu'ils accordent à leurs propres nationaux en cas de recours contre les actes de l'administration* »¹³⁹⁰. Cette interprétation fait en réalité référence au principe d'équivalence et non au principe d'égalité. Comme le souligne P. RODIERE, « *ce qui, ici, est sur un plan général en cause, c'est l'égalité **du** droit communautaire et **du** droit national* »¹³⁹¹. Pour cet auteur, « *[le] droit communautaire ne doit pas rencontrer d'obstacles à son accès à la justice, que le droit national ne rencontrerait pas* »¹³⁹². Il en conclut ainsi que « *le droit communautaire doit être traité à l'égal du [droit] national* »¹³⁹³. Cette analyse traduit fidèlement la logique du principe d'équivalence, mais elle s'avère pour le moins étonnante vis-à-vis du principe d'égalité. Très clairement, le *bénéficiaire* de la garantie offerte par le principe d'équivalence n'est pas un individu, mais un "droit"¹³⁹⁴. Ceci confirme les difficultés à rapprocher trop sensiblement le principe d'équivalence et le principe d'égalité.

¹³⁸⁶ C. LEBEN, *op. cit.* : pour l'égalité dans la loi, il « *concerne le ou les organes chargés d'élaborer les normes générales* » ; pour l'égalité devant la loi, il « *s'adresse aux organes qui sont chargés **d'appliquer** les normes générales, c'est-à-dire essentiellement les tribunaux et l'administration* » (p. 303 – il insiste).

¹³⁸⁷ Directive 64/221/CEE du Conseil, 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (JOCE 1964, 56, p. 850). L'article 8 évoqué dispose que « *L'intéressé doit pouvoir introduire contre la décision d'entrée, de refus de délivrance ou de refus de renouvellement du titre de séjour, ou contre la décision d'éloignement du territoire, les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs* ».

¹³⁸⁸ CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing c. Belgique*, aff. 98/79, Rec. p. 691.

¹³⁸⁹ CJCE, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89 précité.

¹³⁹⁰ *Ibid.*, pt. 60.

¹³⁹¹ P. RODIERE, « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTDE* 1991, pp. 565-586, spéc. p. 582 – nous soulignons.

¹³⁹² *Ibid.*

¹³⁹³ *Ibid.*

¹³⁹⁴ Dans une moindre mesure, l'avocat général S. ALBER (conclusions sur CJCE, *Huber*, aff. C-300/00 précité) exige, au nom du principe d'équivalence, « *qu'une affaire ayant un rapport avec le droit communautaire ne soit pas discriminée par rapport à des affaires similaires, mais purement nationales* » (pt. 90 – nous soulignons). Dans la même idée, G. LE CHATELIER (« Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 97-101) parle d'un « *principe d'égalité entre actions [en justice] engagées sur des moyens tirés de la méconnaissance du droit communautaire et celles qui le seraient sur le fondement de dispositions nationales* » (p. 98 – nous soulignons).

297. Il peut être rétorqué que, d'une manière générale, et notamment dans ses arrêts *Pecastaing* et *Dzodzi*, le principe d'équivalence est à destination d'individus, à l'instar du principe d'égalité. Or, comme cela a déjà été démontré¹³⁹⁵, le principe d'équivalence constitue d'abord un instrument au profit de l'effet utile du droit de l'Union ; ce n'est qu'accessoirement, lorsque l'action de personnes participe également à assurer cet effet utile¹³⁹⁶, qu'il leur bénéficiera. Si un rapprochement entre le principe d'équivalence et le principe d'égalité est envisageable, il ne l'est que dans ces situations, fréquentes mais non exclusives¹³⁹⁷. Ceci étant, il faut souligner ce n'est pas leur situation *personnelle* qui est protégée. Le critère discriminatoire prohibé par le principe d'équivalence tient uniquement à l'origine européenne de la disposition appliquée ou revendiquée par l'individu. En matière de répétition de l'indu, par exemple, le principe d'équivalence intervient pour « *comparer le régime juridique des créances dont la cause est de **droit national** et de créances fondées sur le **droit communautaire*** »¹³⁹⁸, et non le traitement accordé à la personne. Dès lors, ce n'est que lorsque l'exigence d'égalité de traitement bénéficie *exclusivement* à des individus qu'il est question du principe d'égalité et non du principe d'équivalence. Tel est le cas lorsque la Cour de justice affirme que « *si une règle de procédure (...) relève, en principe, de la compétence des États membres, il est de jurisprudence constante qu'elle ne peut opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement* »¹³⁹⁹.

B. Une différence subtile vis-à-vis du principe de non-discrimination en raison de la nationalité

298. Parmi les multiples formalisations possibles du principe d'égalité¹⁴⁰⁰, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité entretient une relation plus ambiguë avec le principe d'équivalence. L'article 18 TFUE, qui constitue sa principale

¹³⁹⁵ Cf. *supra*, pt. 185 et suivants, à propos de la relation entre le principe d'équivalence et le principe de protection juridictionnelle effective.

¹³⁹⁶ Cf. *supra*, pt. 193.

¹³⁹⁷ Voir not. Y. BOT, conclusions sur CJUE, *Bilali*, aff. C-720/17 précité : « *En ce qui concerne le principe d'équivalence, il implique que les personnes **faisant valoir** les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ne soient pas défavorisées par rapport à celles faisant valoir des droits de nature purement interne* » (pt. 92 – nous soulignons).

¹³⁹⁸ F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE* 1981, pp. 442-470, spéc. p. 459 (il insiste), à propos de l'arrêt CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité.

¹³⁹⁹ CJCE, 2 octobre 1997, *Saldanha et MTS Securities Corporation*, aff. C-122/96, *Rec.* p. I-5325, pt. 19. Voir également CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, aff. 186/87, *Rec.* p. 195, pt. 19.

¹⁴⁰⁰ En ce sens, CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95, *Rec.* p. I-285 : « [L'article 18 TFUE], qui constitue une expression spécifique du principe général d'égalité, interdit toute discrimination exercée en raison de la nationalité » (pt. 14).

formulation, dispose que, « [dans] *le domaine d'application des traités, et sans préjudice des dispositions particulières qu'ils prévoient, est interdite toute discrimination exercée en raison de la nationalité* ». Originellement, une telle interdiction se présente comme un moyen d'achèvement du marché commun¹⁴⁰¹ et de protection des libertés économiques. L'origine extranationale d'un travailleur¹⁴⁰², d'un service¹⁴⁰³ ou d'une personne morale¹⁴⁰⁴ ne peut pas, exclusivement et sans justification, constituer un critère discriminant acceptable dans l'ordre juridique de l'Union européenne. À partir du traité de Maastricht, l'interdiction de cette discrimination devient un « *attribut* »¹⁴⁰⁵ de la citoyenneté européenne¹⁴⁰⁶. Dès lors, à la différence du principe d'égalité, la non-discrimination en raison de la nationalité semble moins être une fin en soi qu'un moyen au service des libertés de circulation ou de la citoyenneté européenne. À ce titre, la Cour de justice précise régulièrement que cette non-discrimination « *n'a vocation à s'appliquer de manière autonome que dans des situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité ne prévoit pas de règle spécifique de non-discrimination* »¹⁴⁰⁷. Les éléments de distinction entre le principe d'équivalence et le principe d'égalité précédemment détaillés ne sont donc pas pertinents vis-à-vis de la non-discrimination en raison de la nationalité.

299. La différence s'opère difficilement en ce que les portées du principe d'équivalence et de la non-discrimination en raison de la nationalité sont souvent confondues. En d'autres termes, pour une même situation, l'un comme l'autre sont susceptibles de s'appliquer et de produire les mêmes effets. Cependant, cette confusion particulière ne doit pas aboutir à y voir un seul et même principe. Leur portée reste différente¹⁴⁰⁸. Dans la logique de l'adage "*specialia generalibus derogant*"¹⁴⁰⁹,

¹⁴⁰¹ Par une « *intégration négative* », qui désigne « *l'intégration par l'élimination des obstacles aux échanges et des discriminations* » (F. PICOD, « Article I-4. Libertés fondamentales et non-discrimination », in L. BURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE et F. PICOD, *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2007, t. 1, pp. 78-95, spéc. p. 79).

¹⁴⁰² L'article 45 TFUE, §2, relatif à la libre circulation des travailleurs dispose qu'elle « *implique l'abolition de toute discrimination, fondée sur la nationalité, entre les travailleurs des États membres, en ce qui concerne l'emploi, la rémunération et les autres conditions de travail* ».

¹⁴⁰³ Avec la libre prestation de services ; voir l'article 57 TFUE, alinéa 3.

¹⁴⁰⁴ Avec le droit d'établissement ; voir l'article 49 TFUE. En ce sens, pour exemple, CJUE, 26 avril 2018, *ANGED*, aff. jt. C-236/16 et C-237/16, ECLI:EU:C:2018:291 : « *la liberté d'établissement (...) interdit, pour ce qui concerne les sociétés, toute discrimination fondée sur le lieu du siège* » (pt. 16).

¹⁴⁰⁵ A. ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination. Éléments du statut de citoyen de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 59 et suivantes.

¹⁴⁰⁶ Voir not. CJCE, 12 mai 1998, *Martinez Sala*, aff. C-85/96, *Rec. p. I-2691*, pt. 62-64.

¹⁴⁰⁷ Voir not. CJCE, 30 mai 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 305/87, *Rec. p. 1461*, pt. 13 ; CJCE, 10 septembre 2009, *Commission c. Allemagne*, aff. C-269/07, *Rec. p. I-7811*, pt. 98.

¹⁴⁰⁸ O. DUBOS, *op. cit.*, pp. 269-270.

le principe d'équivalence fait office de règle générale tandis que la non-discrimination en raison de la nationalité n'est qu'une règle spéciale. Dès lors, le premier n'est qu'occasionnellement absorbé dans le second (1.). Le premier dispose d'un champ d'application plus important que le second, ce qui justifie leur distinction (2.).

1. Une absorption partielle du principe d'équivalence dans la non-discrimination en raison de la nationalité

300. La confusion entre le principe d'équivalence et la non-discrimination en raison de la nationalité se manifeste clairement lorsque la "situation européenne" et la "situation interne" sont identifiées à partir d'un critère de "nationalité"¹⁴¹⁰. Il s'agit de comparer le traitement accordé à un ressortissant national ("situation interne") par rapport à celui accordé à un ressortissant d'un autre État membre ("situation européenne"). Dans une telle hypothèse, où seule l'origine de l'individu justifie la différence de traitement, le principe d'équivalence serait, à l'évidence, méconnu. La libre circulation des personnes ou des services, voire les droits attachés à la libre circulation du citoyen européen, constituerait la norme européenne à appliquer et dont l'effet utile doit être protégé. Toutefois, dans la jurisprudence de la Cour de justice, le principe d'équivalence cède le pas devant la non-discrimination en raison de la nationalité : seule cette dernière intervient pour sanctionner la différence de traitement ainsi prévue.

301. Le contentieux des *cautio judicatum solvi* et de ses dérivés est certainement le plus représentatif de ce phénomène¹⁴¹¹. Il s'agit de contraintes financières ou procédurales spécifiquement imposées à un justiciable étranger à l'occasion d'un litige devant le juge national. Elles renvoient en général à l'obligation de consigner préalablement une somme d'argent¹⁴¹² (la *cautio judicatum solvi*), à la saisie à titre conservatoire de biens¹⁴¹³ ou au refus de conduire une procédure pénale dans

¹⁴⁰⁹ Sur cette idée, voir not. X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008 : « Norme générale et norme spéciale sont toutes les deux applicables à la même situation, cependant la norme spéciale est plus adaptée aux circonstances auxquelles elle doit s'appliquer » (p. 119).

¹⁴¹⁰ Ce critère s'interprète assez largement – cf. *infra*, pt. 305.

¹⁴¹¹ Voir not. M. DONNY, « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in E. DARDENNE, P. MAGNETTE et A. WEYEMBERGH (dir.), *Union européenne et nationalités*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 45-62, spéc. pp. 50-51.

¹⁴¹² Voir not. CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Hubbard c. Hamburger*, aff. C-20/92, *Rec. p. I-3777*, pt. 9 et suivants ; CJCE, *Data Delecta Aktiebolag*, aff. C-43/95 précité, pt. 15 ; CJCE, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95 précité, pt. 15.

¹⁴¹³ Voir not. CJCE, 10 février 1994, *Mund & Fester*, aff. C-398/92, *Rec. p. I-467*, pt. 14 et suivants.

la langue du prévenu¹⁴¹⁴. La Cour de justice sanctionne systématiquement de tels procédés, mais sa jurisprudence est équivoque quant au fondement juridique retenu. Il devient délicat de savoir si l'interdiction de la *cautio judicatum solvi* découle d'une application du principe d'équivalence ou du principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Certains auteurs analysent cette jurisprudence comme une application du principe d'équivalence¹⁴¹⁵. L'accent est alors mis sur le fait que le traitement procédural litigieux affecte l'effet utile d'une liberté de circulation¹⁴¹⁶, ce qui est sanctionné par le principe d'équivalence¹⁴¹⁷ ; et moins sur le fait qu'il repose sur un critère prohibé, à savoir la nationalité. Il nous semble cependant que cette jurisprudence manifeste seulement l'application de la non-discrimination en raison de la nationalité, puisque la Cour de justice se fonde explicitement sur les dispositions du traité qui la consacre.

302. L'arrêt *Data Delecta* l'illustre¹⁴¹⁸. Une entreprise anglaise est en conflit avec une entreprise suédoise et un procès s'ouvre devant le juge suédois. La législation nationale prévoit qu'une *cautio judicatum solvi* doit être consignée par toute partie à un litige exclusivement si elle ne possède pas la nationalité suédoise. La Cour de justice, saisie de la conformité d'une telle règle procédurale avec le droit de l'Union, s'appuie seulement sur l'article 6 du traité CE (actuel article 18 TFUE). Cependant, plusieurs affirmations laissent entendre que le principe d'équivalence s'applique. D'abord, un rappel de l'autonomie procédurale est mentionné¹⁴¹⁹. À sa suite, la Cour de justice indique que les États membres ne peuvent « *opérer une discrimination à l'égard de personnes auxquelles le droit communautaire confère le droit à l'égalité de traitement ni restreindre les libertés fondamentales garanties par le droit communautaire* »¹⁴²⁰.

¹⁴¹⁴ CJCE, *Bickel et Franz*, aff. C-274/96 précité, pt. 16 et suivants.

¹⁴¹⁵ Explicitement, voir S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2021, p. 735. Dans la même idée, C. HAGUENAU, *op. cit.*, p. 369 et suivantes.

¹⁴¹⁶ Dans cette idée, voir CJCE, 20 mars 1997, *Hayes c. Kronenberger*, aff. C-323/95, Rec. p. I-1711 : « Force est de constater qu'une règle de procédure nationale (...) est susceptible **d'affecter** l'activité économique des opérateurs d'autres États membres sur le marché de l'État en cause. Bien qu'elle ne soit pas destinée, en tant que telle, à régir une activité de nature commerciale, elle **a pour effet** de placer ces opérateurs, quant à l'accès aux juridictions de cet État, dans une **position moins avantageuse** que celle de ses ressortissants. En effet, lorsque le droit communautaire leur garantit la libre circulation des marchandises et des services sur le marché commun, la possibilité pour ces opérateurs de saisir les juridictions d'un État membre pour trancher les litiges auxquels leurs activités économiques peuvent donner lieu, **au même titre que les ressortissants** de cet État, constitue le corollaire de ces libertés » (pt. 16 – nous soulignons).

¹⁴¹⁷ Une telle situation caractérise un « conflit indirect » que le principe d'équivalence cherche à résoudre – cf. *supra*, pt. 152. En ce sens, A. LA PERGOLA, conclusions sur CJCE, *Data Delecta Aktiebolag*, aff. C-43/95 précité, pt. 15.

¹⁴¹⁸ CJCE, *Data Delecta Aktiebolag*, aff. C-43/95 précité.

¹⁴¹⁹ *Ibid.* : « il appartient, en l'absence d'une réglementation communautaire, à l'ordre juridique interne de chaque État membre de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la pleine sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire » (pt. 12).

¹⁴²⁰ *Ibid.*

Dans ce contexte, ce *dictum* peut se lire comme une formulation du principe d'équivalence. La Cour précise également que la *cautio judicatum solvi* en cause porte atteinte à l'effet utile des libertés de circulations des opérateurs d'autres États membres¹⁴²¹. De cette manière, elle désigne un traitement national (la *cautio judicatum solvi*) défavorable à une situation européenne. Le raisonnement qui suit révèle que, en réalité, le principe d'équivalence n'est pas en cause ici. La Cour de justice se repose explicitement sur l'article 6 du traité¹⁴²² et – surtout – reconnaît que la règle nationale litigieuse « *constitue une discrimination (...) fondée sur la nationalité* »¹⁴²³.

303. Cet arrêt atteste de la grande proximité des principes d'équivalence et de non-discrimination en raison de la nationalité. Plus précisément, vis-à-vis de *cautio judicatum solvi*, l'un et l'autre peuvent s'appliquer dans les mêmes conditions, en imposant la même interdiction. Le principe de non-discrimination en raison de la nationalité n'est privilégié en lieu et place du principe d'équivalence que parce qu'il constitue une règle *spéciale*, qui s'appuie sur un critère discriminant (la nationalité) plus précis.

304. Cette idée se manifeste à l'identique¹⁴²⁴ lorsque la nationalité (ou le lieu de résidence) conduit à l'application de régimes fiscaux différents. Une fois encore, la Cour de justice sanctionne toute réglementation nationale qui conditionne ou refuse l'octroi d'avantages fiscaux¹⁴²⁵, normalement prévus pour des contribuables nationaux, à des contribuables de nationalité étrangère. Par exemple, dans un arrêt *Schumacker*¹⁴²⁶, la Cour de justice critique, sur le fondement de la non-discrimination en raison de la nationalité¹⁴²⁷, le régime allemand qui ne permet pas la prise en compte de la situation personnelle et familiale du contribuable étranger, alors même qu'une telle prise en considération existe pour le contribuable national. Dans un arrêt *Metallgesellschaft*¹⁴²⁸, était en cause l'impossibilité pour une filiale dont la société-mère se trouve dans un autre État membre d'éviter le paiement anticipé de l'impôt sur les

¹⁴²¹ *Ibid.*, pt. 13-14.

¹⁴²² *Ibid.*, pt. 15-16.

¹⁴²³ *Ibid.*, pt. 17.

¹⁴²⁴ Sur une thématique particulière, mais qui reprend une optique similaire, voir CJCE, 13 février 1983, *Gravier*, aff. 293/83, *Rec. p.* 593 et CJCE, 3 mai 1994, *Commission c. Belgique*, aff. C-47/93, *Rec. p.* I-1593, à propos du régime des frais d'inscription universitaire.

¹⁴²⁵ Voir not. CJUE, 20 janvier 2011, *Commission c. Grèce*, aff. C-155/09, ECLI:EU:C:2011:22, à propos du refus d'exonération d'une taxe.

¹⁴²⁶ CJCE, 14 février 1994, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec. p.* I-225, spéc. pt. 20-21 et pt.

¹⁴²⁷ *Ibid.*, pt. 26 et suivants.

¹⁴²⁸ CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, *Rec. p.* I-1727, pt. 77 et suivants.

sociétés sur les dividendes versés – et ce alors qu'une telle exemption est normalement accordée lorsque la filiale et la société-mère ont toutes deux leur siège dans l'État membre. Dans toutes ces hypothèses, l'application du principe d'équivalence aurait été possible mais s'éclipse devant la non-discrimination en raison de la nationalité.

2. Une portée plus réduite de la non-discrimination en raison de la nationalité

305. L'éviction de l'application du principe d'équivalence par la non-discrimination en raison de la nationalité n'est que ponctuelle ou partielle, à l'occasion de certaines situations particulières. La portée du principe d'équivalence reste bien plus importante que celle de la non-discrimination en raison de la nationalité¹⁴²⁹. En effet, le premier ne se limite pas à prohiber des différences de traitement qui reposent sur un critère discriminant déterminé, si ce n'est la nature "européenne" d'une situation. Le principe d'équivalence dispose d'un champ d'application bien plus étendu que le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Certes, la Cour de justice a pu donner au concept de "nationalité" une signification assez large¹⁴³⁰. Par exemple, elle considère que les différences de traitement fondées sur le *lieu de résidence* des personnes physiques¹⁴³¹ ou le *lieu d'enregistrement* d'une personne morale¹⁴³² constituent des discriminations *indirectes*¹⁴³³ fondées sur la nationalité. Qui plus est, la non-discrimination en raison de la nationalité est appréhendée comme un principe « *subsidaire* »¹⁴³⁴, qui a vocation à s'appliquer aux « *situations régies par le droit communautaire pour lesquelles le traité (...) ne prévoit pas de règles spécifiques de non-discrimination* »¹⁴³⁵. Dès lors, elle dispose logiquement d'une portée large pour pouvoir remplir cette fonction.

306. Cependant, même par cette interprétation extensive de la "nationalité", le principe de non-discrimination échoue – logiquement – à sanctionner certains traitements discriminatoires ; ces derniers sont alors interdits au nom du principe d'équivalence. Tracer avec minutie la frontière entre les traitements discriminatoires

¹⁴²⁹ Pour une vision qui relativise la portée et la fonction de la non-discrimination en raison de la nationalité, voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité, p. 47.

¹⁴³⁰ Voir not. F. SCHOCKWEILER, « La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité C.E.E. », *Rivista di diritto europeo* 1991, pp. 3-24.

¹⁴³¹ Pour exemple, CJCE, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95 précité, pt. 17.

¹⁴³² Pour exemple, CJUE, 25 janvier 2011, *Neukirchinger*, aff. C-382/08, ECLI:EU:C:2011:27, pt. 33.

¹⁴³³ CJCE, 29 octobre 1980, *Boussac*, aff. 22/80, *Rec.* p. 3427, pt. 9.

¹⁴³⁴ A. LA PERGOLA, conclusions sur CJCE, *Data Delecta Aktiebolag*, aff. C-43/95 précité, pt. 12.

interdits au titre de la non-discrimination en raison de la nationalité ou du principe d'équivalence est particulièrement difficile. L'analyse comparée des arrêts *Metallgesellschaft*¹⁴³⁶ et *Accor*¹⁴³⁷ en atteste¹⁴³⁸. Dans les deux affaires, était en cause le régime fiscal national appliqué aux dividendes versés par une filiale à sa société-mère. Le problème est résolu sur le fondement du principe de non-discrimination dans le premier et du principe d'équivalence dans le second. Il est possible de comprendre ces positions de la Cour de justice par une lecture subtile de la conception qu'elle retient du critère discriminant à l'origine de la différence de traitement.

307. Dans l'arrêt *Metallgesellschaft*, il était question du régime fiscal appliqué à une filiale. Celui-ci variait selon que sa société-mère avait son siège social au Royaume-Uni ou dans un autre État membre. Dans la première hypothèse, la société pouvait bénéficier d'un avantage particulier dans le paiement de l'impôt sur les sociétés ; dans la seconde hypothèse, cet avantage lui était refusé. La Cour de justice se fonde à cet égard sur l'interdiction des discriminations issue de l'article 52 du traité CE (l'actuel article 49 TFUE). Si le critère de la nationalité n'est pas en cause, la Cour retient l'un de ses substituts, à savoir le lieu du siège social¹⁴³⁹. Dans l'arrêt *Accor*, il s'agissait d'un régime fiscal appliqué à une société-mère selon que les dividendes qu'elle percevait proviennent d'une filiale résidente ou non sur l'État français. Un avantage était, une nouvelle fois, accordé dans la première hypothèse et non dans la seconde¹⁴⁴⁰. Alors que les faits semblent très proches de ceux de l'arrêt

¹⁴³⁵ CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 305/87, pt. 13.

¹⁴³⁶ CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité.

¹⁴³⁷ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581.

¹⁴³⁸ Cette question se posait de manière plus complexe avant que le principe d'équivalence ne soit officiellement appelé ainsi en 1997. Avant cela et avant d'être explicitement reconnu comme une déclinaison du principe de coopération loyale, l'exigence de non-discrimination qu'il véhiculait pouvait aisément se confondre avec celle de la non-discrimination en raison de la nationalité. La question pouvait se poser à la lecture d'un arrêt *Express Dairy Foods* de la Cour de justice (aff. 130/79 précité). À son sujet, F. HUBEAU (*op. cit.*) proposait déjà de distinguer les deux exigences : « [au] premier abord, en l'absence d'indication de base textuelle (attendu 12), on pourrait penser que [la Cour] se réfère implicitement au principe de l'interdiction de discrimination. Toutefois, il ne peut en être ainsi. En effet, le champ d'application de l'interdiction de discrimination au sens de l'article 7 du traité CEE et des autres articles qui le mettent en œuvre, concerne le régime des **ressortissants** ou des produits originaires **des États membres entre eux**. En l'espèce, il s'agit de comparer le régime juridique des créances dont la cause est de **droit national** et de créances fondées sur le **droit communautaire**. Il nous semble que le seul fondement légal possible de la solution adoptée par la Cour serait l'article 5 du traité CEE, qui traduit le principe de [coopération loyale] » (p. 459 – il insiste). Voir également B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, pp. 296-300.

¹⁴³⁹ CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité : « il importe de relever (...) que leur siège (...) sert à déterminer, à l'instar de la nationalité des personnes physiques, leur rattachement à l'ordre juridique d'un État (...). Admettre que l'État membre d'établissement puisse librement appliquer un traitement différent en raison du seul fait que le siège d'une société est situé dans un autre État membre viderait donc l'article 52 du traité de son contenu » (pt. 42). « À cet égard, il convient de relever que la législation en cause au principal introduit, en ce qui concerne la faculté d'opter pour le régime de l'imposition de groupe, une différence de traitement entre filiales résidant au Royaume-Uni selon que leur société mère a ou non son siège au Royaume-Uni » (pt. 43).

¹⁴⁴⁰ CJUE, *Accor*, aff. C-310/09 précité, pt. 81.

Metallgesellschaft, la Cour de justice ne se fonde pas sur la non-discrimination en raison de la nationalité, y compris par l'intermédiaire du lieu de résidence de la filiale¹⁴⁴¹. En lieu et place, elle considère que le critère discriminatoire retenu par la réglementation française litigieuse repose sur l'« *origine étrangère* » (et l'« *origine nationale* »¹⁴⁴²) des dividendes perçus par la société-mère. Plus précisément, la Cour estime que le régime français revient « à accorder à ces dividendes un traitement plus favorable que celui dont bénéficient les dividendes provenant du premier État membre »¹⁴⁴³. Dès lors, à la différence de l'arrêt *Metallgesellschaft*, ce n'est pas tant le lieu de résidence de la société-filiale qui est en cause, mais bien l'*origine européenne* des dividendes perçus qui conduit à la différence de traitement. Dans cette perspective, la non-discrimination en raison de la nationalité, même largement interprétée, est insusceptible de s'appliquer, à l'inverse du principe d'équivalence.

308. Si cette distinction ne se pose concrètement que dans des hypothèses assez rares, comme dans les arrêts *Metallgesellschaft* et *Accor*, il demeure que le juge national confond fréquemment le principe d'équivalence et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité. Pour ce qui est du juge administratif français, au contraire de la Cour de justice, il est difficile d'affirmer clairement s'il applique, en toute connaissance de cause, l'un plutôt que l'autre. Le contentieux fiscal constitue, une nouvelle fois, un domaine révélateur. En effet, il arrive régulièrement¹⁴⁴⁴ que le juge se fonde sur le principe d'équivalence alors que, à l'évidence, il était plus pertinent de retenir exclusivement la non-discrimination en raison de la nationalité¹⁴⁴⁵. À l'inverse, dans un arrêt *Euro Park*¹⁴⁴⁶, le Conseil d'État évoque seulement une « *discrimination contraire au droit de l'Union* »¹⁴⁴⁷, alors qu'il est manifestement¹⁴⁴⁸ question du principe d'équivalence. Cette attitude du juge français

¹⁴⁴¹ La question se posait pour l'avocat général P. MENGOZZI, conclusions sur CJUE, *Accor*, aff. C-310/09 précité, pt. 118.

¹⁴⁴² *Ibid.*, pt. 44 et, plus particulièrement, pt. 88.

¹⁴⁴³ *Ibid.*, pt. 91.

¹⁴⁴⁴ Des contre-exemples existent : voir CE, 15 juin 2016, *Société Bourgeois*, req. n°381196, csd. 6 ; CE, 28 janvier 2019, *Société BNP Paribas*, req. n° 403356.

¹⁴⁴⁵ Voir not. CAA Versailles, 21 juin 2011, req. n°10VE00124 : « le principe d'équivalence ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à prévoir des modalités identiques de recours en justice pour les résidents et non-résidents (...) ». Dans le même sens, CAA Paris, 21 décembre 2012, *Société Viatel*, req. n°10PA03715 ; CE, 10 février 2016, *Groupe Bruxelles Lambert*, req. n°361179.

¹⁴⁴⁶ CE, 26 juin 2017, *Euro Park Service*, req. n°369311.

¹⁴⁴⁷ *Ibid.*, csd. 4.

¹⁴⁴⁸ Attestant de cette évidence, voir CJUE, 8 mars 2017, *Euro Park Service*, aff. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177 : saisie par le Conseil d'État, la Cour de justice évoque – à juste titre – le principe d'équivalence, en renvoyant au juge de renvoi de vérifier s'il est ou non respecté (pt. 39). Dans la même idée, voir O. FOUQUET, « Droit des fusions

s'explique, à notre sens, par une certaine difficulté – compréhensible¹⁴⁴⁹ – à appréhender le principe d'équivalence avec discernement. En d'autres termes, les confusions opérées par lui ne remettent pas en cause sa distinction, telle que présentée, avec la non-discrimination.

§2 : Distinction vis-à-vis de la reconnaissance mutuelle et de l'équivalence des protections

309. Le principe d'équivalence est proche d'autres notions dont la finalité est d'organiser les rapports entre systèmes juridiques. Ces concepts véhiculent, eux aussi, une exigence d'équivalence qui vise à régir l'application d'un droit externe dans un ordre juridique interne. Pour ce qui est du droit international public, le concept du « *traitement national* » est certainement le plus proche du principe d'équivalence. Il se définit comme le « *traitement devant être accordé par un État à une personne (...) ou une activité (...) et qui se mesure par rapport à celui accordé par cet État à ses nationaux ou aux activités similaires exercées par eux* »¹⁴⁵⁰. Nous n'estimons toutefois pas nécessaire de l'étudier en détail pour le distinguer du principe d'équivalence, dès lors que ce « *traitement national* » se manifeste – en partie¹⁴⁵¹ – dans l'Union européenne par la non-discrimination en raison de la nationalité¹⁴⁵². Pour des raisons similaires, nous n'étudierons pas la notion de droit international privé du « *pays d'origine* » compte tenu de sa proximité avec la reconnaissance mutuelle¹⁴⁵³.

310. *In fine*, les concepts qui se rapprochent du principe d'équivalence sont surtout la reconnaissance mutuelle et l'équivalence des protections. Chacun d'eux vise à régir le traitement accordé par un État membre à une situation européenne en prenant pour référentiel le traitement normalement accordé en droit national. Une nouvelle fois, en dépit de ressemblances indéniables, le principe d'équivalence est

transfrontalières européennes : le législateur français a mal interprété le droit dérivé et le droit primaire de l'Union », *RTD Com.* 2017, pp. 733-738.

¹⁴⁴⁹ Cf. *infra*, pt. 779 et suivants.

¹⁴⁵⁰ J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public* précité, p. 1096. Un tel concept fait cependant débat parmi la doctrine internationaliste quant à savoir s'il constitue un standard universel de protection minimum ou s'il doit nécessairement être stipulé dans le traité international pour s'appliquer – voir P. DAILLER *et al*, *Droit international public*, Paris, LGDJ, 8^e édition, 2009, pp. 745-746 et pp. 1207 et suivantes.

¹⁴⁵¹ En ce sens, A. BLECKMANN, « Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité C.E.E. », *RTDE* 1976, pp. 469-481, spéc. p. 470.

¹⁴⁵² Voir not. CJCE, 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, *Rec.* p. 631, spéc. pt. 24. Plus récemment, voir pour exemple CJUE, 6 décembre 2018, *Montag*, aff. C-480/17, ECLI:EU:C:2018:987, pt. 21 et suivants.

¹⁴⁵³ M. HO-DAC, *La loi du pays d'origine de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2012.

distinct tant de la reconnaissance mutuelle (A.) que de l'équivalence des protections (B.).

A. La reconnaissance mutuelle

311. Dans sa thèse, V. HATZOPOULOS livre une étude sur *le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle*¹⁴⁵⁴. Tel qu'entendu par V. HATZOPOULOS, il se définit ainsi : « *dans le cadre d'application des libertés reconnues par le traité, les États membres reconnaissent et donnent plein effet aux situations de droit et de fait établies dans les territoires d'autres États membres* »¹⁴⁵⁵. La conséquence immédiate d'une telle obligation est que l'État membre (État d'accueil) doit accorder, à défaut de justification particulière¹⁴⁵⁶, aux situations issues de l'autre État membre (État d'origine) un traitement équivalent à celui normalement prévu pour des situations similaires internes¹⁴⁵⁷. L'exemple de l'équivalence des diplômes¹⁴⁵⁸ l'illustre sans difficulté : la reconnaissance mutuelle commande que l'État d'accueil traite le diplôme de l'État d'origine de manière équivalente à un diplôme interne similaire. En règle générale, la reconnaissance mutuelle est requise sur le fondement de dispositions de droit dérivé¹⁴⁵⁹. Cependant, ce principe jouit d'une existence autonome¹⁴⁶⁰ dans la jurisprudence de la Cour de justice¹⁴⁶¹. Dans cette perspective,

¹⁴⁵⁴ V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services* précité.

¹⁴⁵⁵ *Ibid.*, p. 74.

¹⁴⁵⁶ Voir en ce sens CJCE, 2 décembre 1997, *Dafeki*, aff. C-336/94, *Rec. p.* I-6761 : la reconnaissance doit être admise à propos de documents d'état civil, « à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause » (pt. 19).

¹⁴⁵⁷ Il s'agit plus précisément de la notion d'équivalence véhiculée par la reconnaissance mutuelle. Elle implique de l'État d'accueil, vis-à-vis de l'État d'origine, d'« **accepter une situation juridique dont les effets sont *équivalents* ou au moins *comparables* afin d'éviter des obstacles à la libre circulation** » (M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », in M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO (dir.) *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 13-56, spéc. p. 24). Dans le même sens, A. MATTERA, « The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions », in *The Principle of Mutual Recognition in the European Integration Process*, New York, Palgrave MacMillan, 2005, pp. 1-24, spéc. pp. 18.

¹⁴⁵⁸ Voir Directive 93/16/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, visant à faciliter la libre circulation des médecins et la reconnaissance mutuelle de leurs diplômes, certificats et autres titres (JOCE 1993, L 165, p. 1), dont la logique a été consacrée à l'art. 53 TFUE et l'art. 165 TFUE. Voir actuellement la Directive 2005/36/CE du Parlement européen et du Conseil, 7 septembre 2005, *relative à la reconnaissance des qualifications professionnelles* (JOCE 2005, L 255, p. 22).

¹⁴⁵⁹ Outre les exemples cités, voir not. Directive 98/5/CE du Parlement européen et du Conseil, 16 février 1998, *visant à faciliter l'exercice permanent de la profession d'avocat dans un État membre autre que celui où la qualification a été acquise* (JOCE 1998, L 77, p. 36) ; Directive 2006/126/CE du Parlement et du Conseil, 20 décembre 2006, *relative au permis de conduire* (JOCE 2006, L 403, p. 18), article 2.

¹⁴⁶⁰ *Contra*, voir not. G. TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, 2011, pp. 85 et suivants : l'auteur nie l'existence d'un « principe général du droit européen », préférant parler d'une « méthode » et non d'une exigence juridique à proprement parlé.

¹⁴⁶¹ Voir CJCE, 20 février 1979, *Reve (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec. p.* 649 ; CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec. p.* 4097, pt. 13. Pour des exemples récents, voir CJUE, 21 septembre 2017, *Beshkov*, aff. C-171/16, ECLI:EU:C:2017:710, pt. 36 ; CJUE, 12 avril 2018, *Fédération des entreprises de beauté*, aff. C-13/17, ECLI:EU:C:2018:246, pt. 30 et suivants.

l'expression de "principe d'équivalence" fut envisagée par plusieurs auteurs pour désigner la reconnaissance mutuelle¹⁴⁶².

312. De prime abord, la différence avec le principe d'équivalence apparaît évidente : il s'agit de comparer deux situations qui relèvent de l'ordre juridique de deux États membres, celui de l'État d'origine avec celui de l'État d'accueil. À l'inverse, le principe d'équivalence cherche à comparer le traitement accordé à une situation européenne et une situation nationale. Dès lors, la différence reposerait sur la situation protégée : pour la reconnaissance mutuelle, il s'agit d'une situation qui fait intervenir un élément d'un État membre tiers (État d'accueil), comme un diplôme, une attestation administrative¹⁴⁶³ ou une décision de justice¹⁴⁶⁴ ; pour le principe d'équivalence, il s'agit d'une situation dans laquelle doit s'appliquer une règle du droit de l'Union européenne.

313. Cette différence est fondamentale mais pourrait être relativisée compte tenu des très nombreuses proximités entretenues entre le principe d'équivalence et la reconnaissance mutuelle, notamment quant à leur fonction respective (1.). Toutefois, les deux principes demeurent trop différents, notamment parce que la reconnaissance mutuelle nécessite d'importants prérequis pour être mise en œuvre (2.).

1. Une proximité fonctionnelle minimisant des divergences

314. Contrairement aux principes d'égalité et de non-discrimination, les principes d'équivalence et de reconnaissance mutuelle partagent une fonction proche. En premier lieu, ils constituent un palliatif de l'absence de réglementation européenne. Comme le souligne la Commission européenne dès 1985, la reconnaissance mutuelle permet justement « [d'éviter] *de devoir prévoir une nouvelle couche de règles communautaires se superposant aux règles nationales* »¹⁴⁶⁵. Elle intervient dès lors que le droit de l'Union reste silencieux sur la manière pour l'État d'accueil

¹⁴⁶² Voir A. MATTERA, *op. cit.*, p. 17 ; A. BERNEL, *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zürich, Verlag, 1995. Sur ce débat, voir C. JANSSENS, *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, University Press, 2013, pp. 31-38 pp. 40-41.

¹⁴⁶³ Pour exemple, voir Directive 1999/5/CE du Parlement européen et du Conseil, 9 mars 1999, *concernant les équipements hertziens et les équipements terminaux de télécommunications et la reconnaissance mutuelle de leur conformité* (JOCE 1999, L 91, p. 10) ; Directive 1999/37/CE du Conseil, 29 avril 1999, *relative aux documents d'immatriculation des véhicules* (JOCE 1999, L 138, p. 57) ; Directive 2001/83/CE du Parlement européen et du Conseil, 6 novembre 2001, *instituant un code communautaire relatif aux médicaments à usage humain* (JOCE 2001, L 311, p. 67).

¹⁴⁶⁴ Voir Décision-cadre 2002/584/JAI, 13 juin 2002, *relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres* (JOCE 2002, L 190, p. 1), spéc. art. 1^{er}, §1 et §2.

¹⁴⁶⁵ *L'achèvement du marché intérieur*, Livre blanc de la Commission à l'intention du Conseil européen, 1985, pt. 79, p. 22 – COM(85) 310 final.

d'appréhender la situation régie par l'État d'origine. L'arrêt *Cassis de Dijon*¹⁴⁶⁶ de la Cour de justice en témoigne. En l'espèce, l'enjeu était de s'assurer qu'une réglementation nationale sur la commercialisation d'alcools – et « *indistinctement applicable* »¹⁴⁶⁷ aux produits nationaux et étrangers – ne porte pas atteinte à l'effet utile de la liberté de circulation des marchandises. Or la Cour souligne qu'il n'existe pas¹⁴⁶⁸ de disposition européenne qui encadre directement cette matière. Malgré tout, elle considère qu'il s'agit d'une entrave aux échanges, comparativement à la réglementation similaire de l'État d'origine. Il apparaît logique que la reconnaissance mutuelle soit, comme le principe d'équivalence, envisagée comme une limite à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres¹⁴⁶⁹.

315. En deuxième lieu, le principe de reconnaissance mutuelle contribue à préserver l'effet utile du droit de l'Union lorsqu'une réglementation nationale est susceptible d'y porter atteinte. Les hypothèses dans lesquelles ce principe intervient sont ainsi extrêmement variées¹⁴⁷⁰. À titre principal, la reconnaissance mutuelle se manifeste dans le droit du marché unique, notamment au soutien des libertés de circulation des travailleurs¹⁴⁷¹, des services¹⁴⁷², des biens¹⁴⁷³ ou des capitaux¹⁴⁷⁴. Elle ne saurait cependant se réduire uniquement à ces matières : elle intervient également en matière de citoyenneté¹⁴⁷⁵, en matière pénale¹⁴⁷⁶ ou en droit processuel¹⁴⁷⁷. Compte tenu de ce champ d'application très étendu, la reconnaissance mutuelle irrigue l'ensemble du droit de l'Union et participe ainsi à en préserver l'effet utile. D'une certaine manière, elle contribue à concrétiser le principe de coopération loyale de

¹⁴⁶⁶ CJCE, *Rewe (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78 précité.

¹⁴⁶⁷ F. CAPOTORTI, conclusions sur CJCE, *Rewe (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78 précité, p. 670.

¹⁴⁶⁸ Aux moments des faits du moins (pt. 8).

¹⁴⁶⁹ M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, *op. cit.*, p. 19.

¹⁴⁷⁰ Voir not. C. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 14 et suivantes.

¹⁴⁷¹ Principalement par la reconnaissance mutuelle des diplômes : pour exemple, voir CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec. p. I-2357*.

¹⁴⁷² Pour exemple, voir CJCE, 11 mars 2004, *Commission c. France*, aff. C-2351, *Rec. p. I-2351*, pt. 56 et suivants.

¹⁴⁷³ Outre l'arrêt *Cassis de Dijon* précité, voir pour exemple CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec. p. I-2553*, pt. 19-20.

¹⁴⁷⁴ Voir not. CJCE, 7 février 2002, *Commission c. Italie*, aff. C-279/00, *Rec. p. I-1425*, pt. 37-39.

¹⁴⁷⁵ Pour exemple, CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, aff. C-353/06, *Rec. p. I-7639*. Plus généralement, voir C. MARZO, « Reconnaissance mutuelle et citoyenneté européenne », in *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne* précité, pp. 181-195.

¹⁴⁷⁶ Voir pour exemple CJUE, *Beshkov*, aff. C-171/16 précité. Plus généralement, voir L. KLIMEK, *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Cham, Springer, 2017.

¹⁴⁷⁷ Voir récemment CJUE, 26 avril 2018, *Donnellan*, aff. C-34/17, ECLI:EU:C:2018:282, pt. 45 et suivants et pt. 57 et suivants.

CJUE, 4 octobre 2018, *Società Immobiliare Al Bosco*, aff. C-379/17, ECLI:EU:C:2018:806.

l'article 4, §3, TUE¹⁴⁷⁸. Certes, elle y parvient d'une manière légèrement différente par rapport au principe d'équivalence. Ce dernier renforce la coopération entre l'Union européenne et les États membres, tandis que la reconnaissance mutuelle renforce surtout la coopération entre les États membres. En tout état de cause, l'un comme l'autre cherche à s'appuyer sur le droit interne d'un État membre pour renforcer l'application nationale d'une norme européenne¹⁴⁷⁹.

316. En dernier lieu, la reconnaissance mutuelle vise à favoriser l'intégration des ordres juridiques¹⁴⁸⁰, à l'instar du principe d'équivalence. Bien que limitée aux relations transnationales, la finalité reste la même. Ce qui provient de l'État d'origine ne doit pas être considéré comme un corps étranger et doit être assimilé avec le droit de l'État d'accueil¹⁴⁸¹. Un avocat général a pu considérer que le principe d'équivalence « *inspire* » la reconnaissance mutuelle consacrée dans un texte de droit dérivé¹⁴⁸². *In fine*, la seule spécificité de la reconnaissance mutuelle repose sur le rapprochement, non pas directement du droit de l'Union et du droit national, mais des droits nationaux des États membres entre eux, sans pour autant supplanter ou annihiler leurs spécificité et singularité¹⁴⁸³.

2. L'existence déterminante de prérequis pour l'application de la reconnaissance mutuelle

317. Les éléments précédemment évoqués ne mettent en lumière que des différences relativement mineures entre le principe d'équivalence et la reconnaissance mutuelle. Cependant, une opposition véritablement fondamentale peut être faite entre eux. Le principe d'équivalence présente l'avantage de ne nécessiter aucun préalable particulier pour pouvoir s'appliquer. L'inexistence d'un référentiel national,

¹⁴⁷⁸ M. FARTUNOVA, « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE* 2016, n°1, pp. 193-219. Dans la même idée, C. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 27-28.

¹⁴⁷⁹ En ce sens, V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services* précité : la reconnaissance mutuelle « constitue une modalité particulière de mise en œuvre décentralisée de la règle communautaire, qui tire elle-même son contenu normatif des règles du droit national » (p. 60).

¹⁴⁸⁰ *Ibid.*, pp. 59-60.

¹⁴⁸¹ En ce sens, L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux » précité, p. 11.

¹⁴⁸² Y. BOT, conclusions sur CJUE, *Besbkov*, aff. C-171/16 précité, pt. 65, à propos de la décision-cadre 2008/675/JAI du Conseil, 24 juillet 2008, relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale (JOCE 2008, L 220, p. 32).

¹⁴⁸³ Voir not. A. MATTERA, « Le principe de reconnaissance mutuelle : instrument de préservation des traditions et des diversités nationales, régionales et locales », *RMUE* 1998, n°2, pp. 5-17 ; V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *ADE* 2004, pp. 31-50, spéc. p. 35 ; E. BONIFAY, *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2017, pp. 72 et suivantes.

c'est-à-dire d'une situation similaire interne, ne le rend pas inapplicable, mais conduit simplement à le présumer comme respecté. À l'inverse, la reconnaissance mutuelle nécessite plusieurs prérequis.

318. Le premier d'entre eux, certainement le plus important, est l'existence d'une relative harmonisation dans la matière concernée¹⁴⁸⁴. Certes, le principe d'équivalence s'appuie sur le postulat implicite selon lequel les systèmes juridiques des États membres sont globalement aptes à assurer une application effective du droit de l'Union¹⁴⁸⁵. Cependant, la reconnaissance mutuelle ne peut pas se contenter de considérations aussi générales. Le nombre important de dispositions de droit dérivé organisant la reconnaissance mutuelle dans des domaines spécifiques répond précisément à cet impératif d'harmonisation préalable. V. HATZOPOULOS explique à ce titre que, lorsqu'un tel texte de droit dérivé régit la matière litigieuse, la Cour de justice accorde une « *grande importance* [à la reconnaissance mutuelle], *même si ce texte ne procède qu'à une harmonisation minimale* »¹⁴⁸⁶. Cependant, si « *toute législation secondaire fait défaut, la Cour suit une approche plus ambivalente* »¹⁴⁸⁷ et, en règle générale, « *exclut entièrement le jeu de la reconnaissance mutuelle* »¹⁴⁸⁸. Tout au plus, elle « *met les autorités nationales sous pression* » pour les inciter à prendre les mesures nécessaires pour assurer la reconnaissance mutuelle, notamment quand l'harmonisation existe dans les faits et indépendamment du droit de l'Union européenne¹⁴⁸⁹. Par exemple, dans son arrêt *Dafeki*, la Cour de justice souligne l'absence « [d'un] *système de reconnaissance mutuelle* [des décisions de modification d'état civil] »¹⁴⁹⁰ ou de tout autre disposition en ce sens. Dès lors, elle estime que les autorités nationales « *ne sont pas tenues (...) de respecter l'équivalence entre les rectifications ultérieures des certificats d'état civil effectuées par les autorités compétentes de leur propre État et celles émanant des autorités compétentes d'un autre État membre* »¹⁴⁹¹. Consciente des effets néfastes d'une telle solution sur la liberté de circulation des personnes et des risques de discrimination en découlant, la Cour exige seulement que les autorités nationales postulent que telles modifications sont

¹⁴⁸⁴ V. MICHEL, *op. cit.*, p. 41.

¹⁴⁸⁵ Cf. *supra*, pt. 104 et suivants.

¹⁴⁸⁶ V. HATZOPOULOS, « Des marchés publics à la délivrance des autorisations. *Spill-over all over ?* », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret* précité, t. 1, pp. 325-338, spéc. p. 332.

¹⁴⁸⁷ *Ibid.*

¹⁴⁸⁸ *Ibid.* Voir en ce sens, CJCE, 8 septembre 2009, *Liga Portuguesa de Futebol Profissional et Bwin International*, aff. C-42/07, Rec. p. I-7633.

¹⁴⁸⁹ En ce sens, CJUE, 18 novembre 2010, *Commission c. Pologne*, aff. C-458/08, ECLI:EU:C:2010:692.

¹⁴⁹⁰ CJCE, *Dafeki*, aff. C-336/94 précité, pt. 16.

¹⁴⁹¹ *Ibid.*, pt. 18.

véridiques, « à moins que leur exactitude ne soit sérieusement ébranlée par des indices concrets se rapportant au cas individuel en cause »¹⁴⁹².

319. Il pourrait sembler paradoxal de présenter la reconnaissance mutuelle, au contraire, comme un vecteur de l'harmonisation des droits des États membres¹⁴⁹³. En effet, par son intermédiaire, il importe peu que les États membres disposent de règles distinctes, dès lors que leurs effets sont, dans l'ensemble, globalement appréhendés de la même manière par ces derniers¹⁴⁹⁴. Néanmoins, il demeure qu'une harmonisation minimale doit exister au préalable. Admettre le contraire serait presque absurde : il faudrait alors considérer que, dans l'absolu, « ce qui est légalement permis dans un État membre ne saurait normalement être interdit dans un autre »¹⁴⁹⁵ et que « [tout] devrait être reconnu mutuellement dans le marché commun »¹⁴⁹⁶.

320. Il faut donc qu'une certaine équivalence préexiste dans les différents traitements accordés par les États membres à une même situation¹⁴⁹⁷. Pour que la reconnaissance mutuelle soit opérante, la Cour de justice et les juges nationaux admettent une *présomption d'équivalence*¹⁴⁹⁸. Il s'agit d'une fiction juridique visant à considérer « qu'une législation d'un État membre ou européenne satisfait de manière comparable, similaire, par ses effets, les exigences de son droit national ou européen »¹⁴⁹⁹. Si une telle présomption existe, alors l'exigence de traitement équivalent issue de la reconnaissance mutuelle peut être imposée. En fin de compte, "l'équivalence" constitue un constat de faits qui témoigne d'une relative harmonisation des droits nationaux pour permettre l'application de la reconnaissance mutuelle¹⁵⁰⁰. Ce principe

¹⁴⁹² *Ibid.*, pt. 19.

¹⁴⁹³ Voir not. V. CHRISTIANOS, « Le mécanisme d'harmonisation procédurale dans l'Union européenne », *RAE* 2007-2008, n°3, pp. 589-600.

¹⁴⁹⁴ En ce sens, voir not. A. MATTERA, « The Principle of Mutual Recognition and Respect for National, Regional and Local Identities and Traditions » précité, pp. 14-15.

¹⁴⁹⁵ D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 533-546, spéc. p. 538.

¹⁴⁹⁶ *Ibid.* En ce sens, voir CJCE, 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. jt. C-267/91 et C-268/91, *Rec. p.* I-6097 : la reconnaissance mutuelle n'a nullement vocation à jouer à propos de « l'application à des produits en provenance d'autres États membres de dispositions nationales qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente (...) pourvu **qu'elles affectent de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en provenance d'autres États membres** » (pt. 16 – nous soulignons).

¹⁴⁹⁷ En ce sens, C. JANSSENS, *op. cit.*, pp. 34-38.

¹⁴⁹⁸ M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, *op. cit.*, p. 26.

¹⁴⁹⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰⁰ En ce sens, voir G. TAUPIAC-NOUVEL, citée par M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, *op. cit.*, p. 24 : « L'équivalence serait un **complément**, consubstantiel du principe de reconnaissance mutuelle sans lequel il ne pourrait fonctionner » (nous soulignons). La doctrine insiste sur la confusion souvent opérée à ce sujet, justifiant le choix de l'expression de "reconnaissance mutuelle" plutôt que celle de "principe d'équivalence" précédemment envisagée (voir V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services* précité, pp. 62 et suivantes ; M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, *op. cit.*, pp. 24 et suivantes).

a pour fonction de sanctionner les États membres qui accorderaient des traitements en contradiction avec cette harmonisation.

321. Le second prérequis est l'existence d'une *confiance mutuelle* suffisante entre les États membres. L'harmonisation ou l'équivalence des législations entre les ordres juridiques ne suffit pas à rendre la reconnaissance mutuelle applicable. Il faut encore que l'État membre ait confiance dans l'action des autres États membres pour leur accorder le traitement national normalement prévu pour ce type de situation. Si cette exigence se retrouve discrètement en droit du marché intérieur¹⁵⁰¹, c'est surtout dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice qu'elle se manifeste¹⁵⁰². Le contentieux relatif au mandat d'arrêt européen¹⁵⁰³ constitue une illustration de cette idée¹⁵⁰⁴. Institué dans une décision-cadre 2002/584, sa logique repose explicitement sur la reconnaissance mutuelle : l'acte qualifié de "mandat d'arrêt européen", au sens de la décision-cadre, émis par l'État d'origine devra être automatiquement exécuté par l'État d'accueil selon les modalités prévues par son droit procédural pénal. Encore faut-il que l'État d'accueil ait confiance dans le bien-fondé de cet acte susceptible d'être qualifié de "mandat d'arrêt européen". Si cette confiance est généralement présumée de manière générale¹⁵⁰⁵, il arrive que des juridictions nationales la remettent en cause¹⁵⁰⁶. La Cour de justice apprécie alors si cette rupture de confiance est justifiée¹⁵⁰⁷.

¹⁵⁰¹ Voir not. CJCE, 11 mai 1989, *Wurmser e.a.*, aff. 25/88, *Rec.* p. 1105, pt. 18.

¹⁵⁰² G. TAUPIAC-NOUVEL, *op. cit.*, pp. 70-71.

¹⁵⁰³ Voir not. C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice », in *Europe(s), Droit(s) Européen(s). Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 223-240.

¹⁵⁰⁴ La première affirmation concrète de cette idée a été faite par la Cour de justice quant à l'application du principe de *ne bis in idem* en matière pénale. Elle estima ainsi que « [ce principe], qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une **confiance mutuelle** des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci **accepte l'application** du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente » (CJCE, 11 février 2003, *Gözütok et Brügge*, aff. jt. C-187/01 et C-385/01, *Rec.* p. I-1345, pt. 33 – nous soulignons).

¹⁵⁰⁵ En ce sens, voir not. H. LABAYLE, « La confiance mutuelle dans l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice », *Grenzüberschreitendes Recht. Festschrift für Kay Hailbronner*, Hambourg, C.F. Müller, 2013, pp. 153-168, spéc. pp. 164-168. Plus généralement, B. BERTRAND, « "La systématique des présomptions" », *RFDA* 2016, pp. 331-343.

¹⁵⁰⁶ Citées par C. HAGUENAU-MOIZARD (*op. cit.*, pp. 226-228), voir les décisions des cours suprêmes irlandaise (23 juillet 2010, *Rettinger*), britannique (20 juin 2012, *HH, PH et FK*) et de la Cour de cassation française (Crim., 12 mai 2010, n°10-82.746 ; Crim., 28 février 2012, n°12-80.744)

¹⁵⁰⁷ La jurisprudence de la Cour de justice sur cette question est assez éparse (voir C. HAGUENAU-MOIZARD, *op. cit.*, pp. 230 et suivantes). À propos du mandat d'arrêt européen, seuls les motifs expressément prévus par la décision-cadre 2002/584 sont admis pour qu'une autorité n'exécute pas le mandat d'arrêt (voir not. CJUE, 29 janvier 2013, *Radu*, aff. C-396/11, ECLI:EU:C:2013:39, pt. 34 et suivants). Mobiliser la Charte des droits fondamentaux (CJUE, *Radu*, aff. C-396/11 précité, pt. 39) ou même le droit constitutionnel de l'État membre (CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, pt. 61 et suivants) ne peut, en revanche, caractériser une rupture du lien de confiance. La Cour se montre toutefois beaucoup souple en matière d'asile : voir CJUE, 21 décembre 2011, *N.S. e.a.*, aff. jt. C-411/10 et C-493/10, ECLI:EU:C:2011:865, pt. 86.

322. Cette exigence de confiance mutuelle n'existe pas à proprement parler dans le cas du principe d'équivalence. Dans une moindre mesure, elle est postulée et n'a pas vocation à être remise en question¹⁵⁰⁸. S'il est acquis que le principe d'équivalence découle du principe de coopération loyale¹⁵⁰⁹, c'est qu'une confiance incontestable entre l'Union et l'État membre chargé d'appliquer la norme européenne existe. Les autorités européennes ont ainsi confiance dans l'État membre pour appliquer de manière effective les normes qu'elles édictent. Inversement, l'État membre a confiance dans le bien-fondé de la norme à appliquer.

B. L'équivalence des protections

323. Le concept de l'équivalence des protections est considéré comme une notion incontournable dans les rapports entre les systèmes juridiques¹⁵¹⁰. Pour ce qui est de l'Union européenne, il permet de réguler les relations entretenues avec les ordres juridiques nationaux¹⁵¹¹, mais également avec ceux de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁵¹² ou de l'Organisation des Nations unies¹⁵¹³. Même s'il ne figure pas explicitement dans les motivations des juges nationaux et européens, sa logique irrigue leur raisonnement¹⁵¹⁴. Appliquée au droit de l'Union européenne, l'équivalence des protections permet au juge national d'accorder une immunité aux actes nationaux de mise en œuvre du droit de l'Union vis-à-vis des droits fondamentaux constitutionnels, à la condition qu'il existe une protection

¹⁵⁰⁸ À l'heure actuelle du moins, rien ne permet de l'affirmer dans une optique positiviste.

¹⁵⁰⁹ Sur cette forte proximité entre "confiance mutuelle" et "coopération loyale", voir D. RUIZ-JARABO, conclusions sur CJCE, 11 décembre 2008, *Bourquain*, aff. C-297/07, *Rec.* p. I-9425, pt. 45. Dans la même idée, C. JANSSENS, *op. cit.* : « *There was no mention of the legal ground upon which this principle had been introduced in the EU legal order, but one provision that can surely qualify as a legal ground is the principle of sincere cooperation (...). Indeed, the concept of trust (...) is particularly important for a system such as the EU, which depends on the loyal cooperation of its Member States and their administrations for the formulation and implementation of common rules* » (pp. 28-29).

¹⁵¹⁰ Voir not. S. PLATON, « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 463-494 ; F.-X. MILLET, « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, pp. 307-317 ; F. MALHIÈRE, « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP* 2013, n°6, pp. 1523-1556 ; M. GUYOMAR, « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in *Traité des rapports entre ordres juridiques* précité, pp. 585-592 ; R. TINIÈRE, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux dans l'Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chn. 17 ; P. AURIEL, *L'équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

¹⁵¹¹ Pour se limiter aux références les plus importantes, voir les arrêts *Solange* de la Cour constitutionnelle allemande (29 mai 1974, *BVerfGE* 37, 271 ; 22 octobre 1986, *BVerfGE* 73, 339 ; 7 juin 2000, *BVerfGE* 102, 147), de la Cour constitutionnelle italienne (18 décembre 1973, *Frontini*, n°183 ; 8 juin 1984, *Granital*, n°170), du Conseil constitutionnel français (n°2004-496 DC, 10 juin 2004, *Confiance dans l'Économie numérique* ; n°2006-543 DC, 30 novembre 2006, *Secteur de l'Énergie*) et du Conseil d'État français (8 février 2007, *Arcelor e.a.* précité).

¹⁵¹² Cour EDH, gr. ch., 30 juin 2005, *Bosphorus c. Irlande*, req. n°45036/98, pt. 155 et suivants.

¹⁵¹³ CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi I*, aff. jt. C-402/05 P et C-415/05 P, *Rec.* p. I-6351, pt. 304 et suivants.

¹⁵¹⁴ S. PLATON, *op. cit.*, p. 468.

équivalente de ces mêmes droits par l'ordre juridique européen. La décision *French Date Network* du Conseil d'État en constitue une illustration récente¹⁵¹⁵.

324. Comme pour la reconnaissance mutuelle, ce concept d'équivalence des protections présente plusieurs différences avec le principe d'équivalence ici étudié. Contrairement aux autres notions étudiées, il nous semble que l'équivalence des protections et le principe d'équivalence ne sont pas comparables. Deux ensembles de raisons appuient cette affirmation. D'une part, l'équivalence des protections constitue une présomption et non une exigence (1.). D'autre part, elle est un outil utilisé exclusivement par les juges nationaux pour organiser leur relation avec l'Union européenne. En un sens, il ne s'agit pas d'un principe utilisé par la Cour de justice pour régir directement l'action des États membres (2.).

1. Une présomption plus qu'une exigence

325. Le principe d'équivalence que nous étudions constitue une exigence, issue du principe de coopération loyale, qui interdit aux États membres de prévoir un traitement moins favorable pour le droit de l'Union européenne. Le non-respect d'une telle interdiction est constitutif d'un manquement pour l'État membre. Dans une telle situation, le juge national doit notamment écarter le régime national considéré comme contraire au principe d'équivalence. Pour résumer, il s'agit d'une obligation juridique sanctionnée. À l'inverse, l'équivalence des protections ne constitue pas une exigence juridique. Elle désigne en réalité une *présomption* selon laquelle la protection, notamment en matière de droits fondamentaux¹⁵¹⁶, accordée par deux systèmes juridiques à une même situation s'avère équivalente. De ce point de vue, sa logique se rapproche plus de celle de la reconnaissance mutuelle¹⁵¹⁷, mais dans une perspective verticale¹⁵¹⁸, entre l'Union européenne et les États membres.

326. Cette présomption repose sur deux éléments¹⁵¹⁹. Le premier implique l'existence d'une équivalence substantielle des droits protégés dans les ordres

¹⁵¹⁵ CE, *French Data Network*, req. n°393099 précité. Voir également CE, 8 février 2007, *Arcelor e.a.* précité.

¹⁵¹⁶ Voir not. R. TINIERE, *op. cit.* Dans la même idée, X. MAGNON, « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in M. FATIN-ROUGE STEFANINI et G. SCOFFONI (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Aix-en-Provence, PUAM, 2013, pp. 61-69, spéc. p. 64.

¹⁵¹⁷ Voir not. M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, *op. cit.*, pp. 52-55.

¹⁵¹⁸ B. BERTRAND, *op. cit.*, pp. 334-335.

¹⁵¹⁹ M. GUYOMAR, *op. cit.*, p. 586. Voir également M. GUYOMAR, « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », conclusions sur CE, 8 février 2007, *Arcelor e.a.* précité, *RFDA* 2007, pp. 384-401, spéc. p. 395

juridiques nationaux et européen. Le second requiert une équivalence concrète du niveau de protection accordé à ces droits équivalents. Chacun de ces éléments est diversement pris en compte par les juges¹⁵²⁰. Le premier est notamment plus précisément abordé en France que dans les autres systèmes juridiques. Le Conseil constitutionnel¹⁵²¹, avec le concept de “principes inhérents à l'identité constitutionnelle de la France”¹⁵²², et le Conseil d'État¹⁵²³ recherchent une « *équivalence concrète (...) et non purement abstraite* »¹⁵²⁴ entre le droit fondamental reconnu par la Constitution et celui reconnu en droit de l'Union. Il s'agit de vérifier si le droit fondamental national est interprété et appréhendé substantiellement de manière équivalente. En réalité, il est globalement présumé que les droits européens et nationaux sont substantiellement équivalents. Le contrôle opéré par les juges français vise à vérifier cette présomption¹⁵²⁵. À l'inverse, les autres systèmes juridiques se focalisent davantage sur le degré de protection accordée au droit fondamental, c'est-à-dire le second élément. Cela renvoie aux différents mécanismes juridiques, notamment juridictionnels, qui permettent d'assurer une protection du droit fondamental en cause. La présomption d'équivalence existe mais est éprouvée¹⁵²⁶ au gré des affaires. La Cour de justice s'inscrit globalement dans cette démarche, comme le laissent entendre ses arrêts *Kadi I*¹⁵²⁷ ou *Schrems*¹⁵²⁸.

¹⁵²⁰ F. MALHIERE, *op. cit.*, pp. 1535 et suivantes.

¹⁵²¹ Cons. Const., n°2006-543 DC, *Secteur de l'Énergie* précité, csd. 6.

¹⁵²² Voir not. M. BLANQUET, « La protection de l'identité constitutionnelle de la France », in H. GAUDIN (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 73-91.

¹⁵²³ CE, 8 février 2007, *Arcelor e.a.* précité : « il appartient au juge administratif, saisi d'un moyen tiré de la méconnaissance d'une disposition ou d'un principe de valeur constitutionnelle, de rechercher s'il existe une règle ou un principe général du droit communautaire qui, **eu égard à sa nature et à sa portée**, tel qu'il est interprété en l'état actuel de la jurisprudence du juge communautaire, garantit par son application l'effectivité du respect de la disposition ou du principe constitutionnel invoqué » (nous soulignons).

¹⁵²⁴ F. MALHIERE, *op. cit.*, p. 1536.

¹⁵²⁵ La décision *French Data Network* du Conseil d'État (précitée) s'en démarque puisque le juge administratif réfute l'existence d'une équivalence des protections à partir du second élément. Il souligne que « les exigences constitutionnelles [relatives à la sauvegarde des intérêts fondamentaux de la Nation, de prévention des atteintes à l'ordre public et de recherche des auteurs d'infractions pénales et de lutte contre le terrorisme], qui s'appliquent à des domaines relevant exclusivement ou essentiellement de la compétence des États membres en vertu des traités constitutifs de l'Union, **ne sauraient être regardées comme bénéficiant, en droit de l'Union, d'une protection équivalente à celle que garantit la Constitution** » (pt. 10 – nous soulignons). La justification précise de cette position demeure toutefois assez introuvable, y compris dans les conclusions du rapporteur public A. LALLET (« Données personnelles : droit de l'Union européenne et Constitution », *RFDA* 2021, pp. 421-457). Ce dernier considère seulement que « structurellement, le droit de l'Union ne peut pas accorder à la sauvegarde de la sécurité nationale et à la recherche des auteurs d'infractions le même niveau que garantie la Constitution (...) » (p. 441). Sur ce point, voir not. E. DUBOUT, « Le Conseil d'État, gardien de la sécurité », *RDLF* 2021, chron. 18.

¹⁵²⁶ Voir Cour EDH, 6 décembre 2012, *Michaud c. France*, req. n°12323/11, pt. 112-116. Plus généralement, voir B. BERTRAND, *op. cit.*, pp. 336-338.

¹⁵²⁷ CJCE, *Kadi I*, aff. jt. C-402/05 P et C-415/05 P précité. La Cour vérifie si le système des Nations unies offre une protection équivalente au droit à une protection juridictionnelle effective. Elle considère que, s'il existe une procédure de réexamen, celle-ci « n'offre manifestement pas les garanties d'une protection juridictionnelle » (pt. 322) ; contrairement à la procédure du recours en annulation devant le juge européen.

¹⁵²⁸ CJUE, 6 octobre 2015, *Schrems*, aff. C-362/14, ECLI:EU:C:2015:650, pt. 73 et suivants.

327. En tout état de cause, l'équivalence des protections ne constitue pas une exigence proprement juridique qui vise à organiser les rapports de systèmes, comme l'est le principe d'équivalence. Si une équivalence des protections entre l'Union européenne et les États membres est identifiée, elle ne résulte que de considérations et d'impératifs a-juridiques¹⁵²⁹ – quand bien même elle aurait été consacrée à l'article 53, alinéas 3 et 4, de la Charte des droits fondamentaux¹⁵³⁰. Ces derniers sont souvent synthétisés autour de l'idée de « dialogue des juges »¹⁵³¹, qui veut que les juges européens et nationaux adaptent *volontairement*¹⁵³² leur interprétation et leur niveau de protection des droits fondamentaux, de manière à les rendre globalement équivalents entre eux. Cette dynamique de rapprochement ne fonctionne que compte tenu de l'efficacité du concept d'équivalence des protections. En effet, il constitue un instrument ingénieux¹⁵³³ pour concilier, dans les relations entre le droit de l'Union européenne et les Constitutions nationales, la *primauté* proclamée du premier avec la *suprématie* revendiquée des secondes¹⁵³⁴.

¹⁵²⁹ Les différentes décisions juridictionnelles qui mettent en œuvre l'équivalence des protections s'appuient sur des dispositions juridiques (voir S. PLATON, *op. cit.*, pp. 485 et suivantes). Toutefois, rien juridiquement n'oblige l'autorité juridictionnelle à privilégier une approche qui s'inscrit dans l'équivalence des protections plutôt qu'une autre. Il ne s'agit que d'une « *politique jurisprudentielle* » (X. MAGNON, *op. cit.*, p. 64). Ce n'est que le seul souci de ne pas s'isoler sans raison ou subir une forme de « *compétition* » (D. DE BECHILLON, « Cinq cours suprêmes ? Apologie (mesurée) du désordre », *Pouvoirs* 2011, n°137, pp. 33-45, spéc. p. 34) de la part des autres juges qui vise à la favoriser. C'est bien « *P'attitude des juridictions (...)* [qui] *conditionne largement le succès ou l'échec de l'équivalence des protections* » (F.-X. MILLET, *op. cit.*, p. 312 – nous soulignons).

¹⁵³⁰ Cet alinéa prévoit que « [dans] *la mesure où la présente Charte contient des droits correspondant à des droits garantis par la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, leur sens et leur portée sont les mêmes que ceux que leur confère ladite convention. Cette disposition ne fait pas obstacle à ce que le droit de l'Union accorde une protection plus étendue* » (alinéa 3) ; et que « [dans] *la mesure où la présente Charte contient des droits fondamentaux tels qu'ils résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres, ces droits doivent être interprétés en harmonie avec lesdites traditions* » (alinéa 4). Vis-à-vis de la Convention EDH, force est d'admettre que la Cour de justice opère cette conciliation sur le fondement de cette disposition (pour exemples, CJUE, 15 février 2016, N., aff. C-601/15 PPU, ECLI:EU:C:2016:84, pt. 77 ; CJUE, 4 mai 2016, *Philip Morris Brands e.a.*, aff. C-547/14, ECLI:EU:C:2016:325, pt. 147). Néanmoins, il arrive qu'elle s'en écarte volontairement (voir not. CJUE, N.S. *e.a.*, aff. jt. C-411/10 et C-493/10 précité où l'article 52 n'est même pas cité dans l'arrêt alors qu'il avait été en tout logique dans les conclusions de l'avocat général V. TRSTENJAK, pt. 143 et suivants). De même, vis-à-vis des États membres, sa position ne semble pas autant rigoureuse. En somme, il nous semble que cette disposition ne fait que transcrire l'équivalence des protections sans la dénaturer en faisant d'elle une exigence proprement juridique.

¹⁵³¹ Parmi une bibliographie très fournie, voir not. P. WACHSMANN, « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1121-1138 ; B. GENEVOIS, « Retour sur le dialogue des juges », *Traité des rapports entre ordres juridiques* précité, pp. 1809-1821. Sur le rapport entre l'équivalence des protections et le dialogue des juges, voir not. F. MALHIÈRE, *op. cit.*, pp. 1545 et suivantes.

¹⁵³² En ce sens, R. ABRAHAM, « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *Rec.* p. 288, *RFDA* 1998, pp. 1243-1253, spéc. pp. 1246-1247. Dans la même idée, C. ARNAUD, *op. cit.*, pp. 115 et suivantes.

¹⁵³³ Pour exemple, B. BONNET (*Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013) voit dans la décision *Arcelor* du Conseil d'État une « *une orfèvrerie jurisprudentielle* » (p. 88). L'avocat général M. POIARES MADURO estimait qu'elle avait réussi à « *concilier l'inconciliable* » (conclusions sur CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, *Rec.* p. 9895, pt. 15).

¹⁵³⁴ Sur cette idée, voir B. BONNET, *op. cit.*, pp. 73 et suivantes.

328. Le principe d'équivalence, s'il contribue aux rapports entre systèmes juridiques et s'il présente l'avantage d'être conciliant avec les ordres nationaux¹⁵³⁵, s'écarte clairement de cette optique. Certes, les conditions dans lesquelles il est appliqué conduisent à ce qu'il soit fréquemment *présumé* respecté¹⁵³⁶. Tel est le cas lorsqu'aucun référentiel n'a été identifié. Cependant, le principe d'équivalence demeure une exigence juridique qui s'impose aux États membres. Quand bien même la Cour de justice se limite à *présumer* de son respect, elle rappelle que le juge national est tenu de le vérifier concrètement¹⁵³⁷ et, le cas échéant, de sanctionner l'État membre.

2. Une technique issue des ordres juridiques nationaux et sous surveillance de l'Union européenne

329. Une autre différence fondamentale entre le principe d'équivalence et l'équivalence des protections tient à leurs fonctions respectives. En effet, l'équivalence des protections ne constitue pas un instrument utilisé par la Cour de justice pour agencer directement les rapports entre le droit de l'Union européenne et le droit national¹⁵³⁸. Dans cette perspective, il s'agit d'un outil qui permet aux juges nationaux¹⁵³⁹ et à la Cour européenne des droits de l'Homme¹⁵⁴⁰ d'éviter des conflits de compétence juridictionnelle. L'équivalence des protections permet ainsi à un juge de se déclarer incompétent ou de moduler son appréciation. Il ne s'agit que de

¹⁵³⁵ Cf. *infra*, pt. 532 et suivants.

¹⁵³⁶ M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonization and Differentiation* précité : « *It is possible that no appropriate national comparator can be located in respect of the relevant Community action. In such cases, the principle of equivalence is deemed to have been fulfilled* » (p. 25). Dans la même analyse, K. SOWERY, « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Társia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726, spéc. p. 1724.

¹⁵³⁷ Cf. *infra*, pt. 736.

¹⁵³⁸ Nous écartons les cas de « *violation par ricochet* » des droits fondamentaux dans lesquelles l'équivalence des protections est appliquée par la Cour de justice ; voir sur ce point P. AURIEL, *L'équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne* précité, pp. 219 et suivantes. La Cour de justice vérifie qu'un État membre, qui applique certains dispositifs européens (principalement le système *Dublin*), ne viole pas indirectement les droits fondamentaux d'individus. En substance, l'État membre qui souhaite ou doit renvoyer un individu vers un autre État membre doit s'assurer que cet État soit en mesure de ne pas violer ses droits fondamentaux. Cette vérification incombe aux juges nationaux à l'occasion du recours dirigé contre l'acte d'éloignement. Cependant, la Cour de justice intervient régulièrement pour vérifier si l'État vers lequel l'individu doit être envoyé assure une protection satisfaisante des droits fondamentaux. Pour exemple, voir CJUE, 16 février 2017, *C.K. e.a.*, aff. C-578/16 PPU, ECLI:EU:C:2017:127. Dans ce contexte, l'équivalence des protections est mise en œuvre par la Cour de justice mais surtout pour agencer les rapports *entre les ordres juridiques nationaux* ; et non les rapports entre le droit de l'Union et le droit national.

¹⁵³⁹ CE, 8 février 2007, *Arcelor e.a.* précité ; CE, 21 avril 2021, *French Data Network*, req. n°393099 (à paraître au *Recueil*), pt. 6 et suivants. Pour des exemples récents du Conseil constitutionnel, qui étend cette jurisprudence aux lois qui visent à « *adapter le droit interne* » pour assurer le respect d'un règlement, voir Cons. Const., n°2018-765 DC, 12 juin 2018, *Protection des données personnelles*, csd. 2-3 ; Cons. Const., n°2018-768 DC, 26 juillet 2018, *Protection du secret d'affaires*, csd. 2-3. E

¹⁵⁴⁰ Cour EDH, *Bosphorus c. Irlande*, req. n°45036/98 précité : « *Si l'on considère que l'organisation offre semblable protection équivalente, il y a lieu de présumer qu'un État respecte les exigences de la Convention lorsqu'il ne fait qu'exécuter des obligations juridiques résultant de son adhésion à l'organisation* » (pt. 156).

« *disposer en toutes circonstances d'un juge et d'un seul* »¹⁵⁴¹. La Cour de justice de l'Union européenne emploie plus occasionnellement cette technique. Dans ses arrêts *Kadi I*¹⁵⁴², *Kadi II*¹⁵⁴³ et *Schrems*¹⁵⁴⁴, par exemple, elle justifie sa compétence pour apprécier la légalité de certains actes en refusant de reconnaître une équivalence des protections avec le droit des Nations unies ou le droit des États-Unis. Cela étant, dans ces décisions, il s'agit d'agencer les rapports entre le droit de l'Union et le droit international public.

330. L'équivalence des protections, au contraire du principe d'équivalence, ne constitue pas un principe utilisé par la Cour de justice pour encadrer l'action des États membres. Il reste clairement un concept dégagé et utilisé uniquement par les juges nationaux – et la Cour européenne des droits de l'Homme – pour déterminer le traitement à accorder à la mise en œuvre du droit de l'Union. Tout au plus, la Cour de justice ne fait que *tolérer* ou *surveiller* la manière dont ces juges nationaux appréhendent l'équivalence des protections pour l'application du droit de l'Union. L'article 53 de la Charte des droits fondamentaux prévoit pourtant que celle-ci n'a pas vocation à limiter le degré de protection accordée par les Constitutions nationales – ou par la Convention européenne des droits de l'Homme. Une telle disposition peut se comprendre comme autorisant les juridictions nationales à utiliser l'équivalence des protections pour refuser d'appliquer la Charte au profit de leur propre catalogue de droits fondamentaux.

331. La jurisprudence de la Cour de justice semble pourtant démentir cette affirmation. Dans son arrêt *Melloni*¹⁵⁴⁵, la Cour est saisie par le Tribunal constitutionnel espagnol qui considère que le degré national de protection du droit à un procès équitable est supérieur à celui garanti par la Charte des droits fondamentaux. Le juge espagnol cherche à déterminer si l'article 53 de la Charte lui permet d'appliquer son standard national pour l'application d'une disposition européenne¹⁵⁴⁶. La réponse de la Cour est fermement négative : au nom des principes

¹⁵⁴¹ Commentaires officiels sous Cons. Const., n°2004-498 DC, 29 juillet 2004, *Bioéthique*, publié aux C.C.C., 2004, n°17, pp. 17-19, spéc. p. 19.

¹⁵⁴² CJCE, *Kadi I*, aff. jt. C-402/05 P et C-415/05 P précité.

¹⁵⁴³ CJUE, 28 juillet 2013, *Kadi II*, aff. jt. C- 584/10 P, C- 593/10 P et C- 595/10 P, ECLI:EU:C:2013:518.

¹⁵⁴⁴ CJUE, *Schrems*, aff. C-362/14 précité.

¹⁵⁴⁵ CJUE, *Melloni*, aff. C-399/11 précité.

¹⁵⁴⁶ En l'occurrence, la décision-cadre 2002/584/JAI précitée sur le mandat d'arrêt européen.

de primauté¹⁵⁴⁷ et d'uniformité¹⁵⁴⁸ du droit de l'Union, il est exclu qu'un niveau de protection *différent* de celui retenu par la Charte des droits fondamentaux puisse s'appliquer dans la mise en œuvre nationale d'une disposition européenne. La portée de l'article 53 de la Charte vis-à-vis des droits fondamentaux nationaux apparaît ainsi très limitée¹⁵⁴⁹. Si d'autres exemples antérieurs laissent entendre que cette sévérité est à relativiser¹⁵⁵⁰, la Cour de justice confirme une approche très classique selon laquelle, au nom du principe de primauté, seul le droit de l'Union peut limiter l'application du droit de l'Union¹⁵⁵¹ : si des droits fondamentaux sont en cause, seuls consacrés et protégés dans la Charte sont concernés.

332. L'affaire *Taricco* permet de nuancer cette approche¹⁵⁵². Dans un premier arrêt¹⁵⁵³, la Cour de justice estime qu'un régime de prescription pénale italien méconnaît le droit de l'Union et exigea du juge national de le laisser inappliqué. En réaction, la Cour constitutionnelle italienne considère qu'une telle exigence aboutirait à méconnaître le principe de légalité des délits et des peines, tel que protégé en droit italien. Saisie d'un renvoi préjudiciel, la Cour de justice, dans un second arrêt¹⁵⁵⁴, adapte sa conception du principe de légalité des délits et des peines protégé à l'article 49 de la Charte des droits fondamentaux pour lui donner une portée équivalente à celui reconnu en droit italien¹⁵⁵⁵. Cet exemple manifeste une volonté de compromis. D'un côté, seul le droit de l'Union (l'article 49 de la Charte) est utilisé pour faire échec à l'application de l'arrêt *Taricco*. D'un autre côté, ce droit de l'Union est

¹⁵⁴⁷ CJUE, *Melloni*, aff. C-399/11 précité, pt. 58-60.

¹⁵⁴⁸ *Ibid.*, pt. 63. Voir plus précisément Y. BOT, conclusions sur CJUE, *Melloni*, aff. C-399/11 précité, pt. 101 et suivants.

¹⁵⁴⁹ F. PICOD, « La Cour de justice de l'Union européenne et les rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne et des États membres », précité, p. 1007.

¹⁵⁵⁰ En ce sens, N. CARIAT, « Chapitre 53. Niveau de protection », in *La Charte des droits fondamentaux* précité, pp. 1143-1160, spéc. pp. 1154-1155, à propos des arrêts CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, aff. C-36/02, *Rec. p.* I-9609, pt. 37 ; CJCE, 14 février 2008, *Dynamic Medien*, aff. C-244/06, *Rec. p.* I-505, pt. 41 ; CJCE, 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, aff. C-208/09, *Rec. p.* I-13693, pt. 86.

¹⁵⁵¹ F. PICOD, *op. cit.* : « Après s'être engagée très clairement dans la voie de la protection des droits fondamentaux, la Cour de justice a rappelé avec force que la question relative à une atteinte à de tels droits par un acte d'une institution de l'UE ne pouvait être appréciée "autrement que dans le cadre du droit communautaire lui-même" (...) » (p. 1006), à propos de l'arrêt CJCE, 13 décembre 1979, *Hauer*, aff. 44/79, *Rec. p.* 3727, pt. 14.

¹⁵⁵² En ce sens, H. LABAYLE, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga *Taricco* devant la Cour de justice », *RFD-A* 2018, pp. 521-529.

¹⁵⁵³ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555.

¹⁵⁵⁴ CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

¹⁵⁵⁵ La question tenait en réalité à savoir si ce principe de légalité des délits et des peines de l'article 49 de la Charte pouvait être opposé à un régime prescriptif en matière pénale. Dans l'arrêt *Taricco*, la Cour répond implicitement par la négative, en s'appuyant sur des références concordantes de la Cour EDH (pt. 56-57), dès lors que la prescription pénale ne relève – traditionnellement – du droit pénal *matériel*. L'ordre juridique italien n'a pas cette conception et a cherché à la revendiquer devant la Cour de justice à l'occasion de l'affaire *M.A.S. et M.B.*. Se gardant d'être trop expansive sur cette question, la Cour se limite à affirmer que « les exigences (...) inhérentes au principe de légalité de délits et des peines [de l'article 49 de la Charte] s'appliquent, dans l'ordre juridique italien, également au régime de prescription relatif aux infractions pénales (...) » (pt. 58 – nous soulignons).

clairement interprété de manière à le rendre équivalent à celui existant en droit italien. En somme, si l'équivalence des protections ne constitue pas une justification admise par la Cour de justice pour empêcher l'application nationale du droit de l'Union, elle n'est pas ignorée pour autant par elle. En tout état de cause, il ne s'agit clairement pas d'un concept employé par la Cour pour encadrer la mise en œuvre nationale du droit de l'Union, comme l'est le principe d'équivalence.

Conclusion du Chapitre 2

333. Le principe d'équivalence remplit une fonction originale par le rapprochement entre les ordres juridiques européen et nationaux qu'il provoque. De cette manière, plutôt que d'imposer unilatéralement des exigences déterminées aux États membres, la Cour de justice cherche à établir ou renforcer les liens entre les ordres juridiques européen et nationaux. Pour y parvenir, le principe d'équivalence requiert la mise en parallèle de la "situation européenne" avec la "situation interne" similaire. En d'autres termes, il faut accepter l'idée que l'application du droit de l'Union soit considérée comme assimilable à une application du droit interne. Ce n'est qu'à cette condition que la comparaison entre le traitement national appliqué au premier et celui appliqué au second peut se faire. L'enjeu repose alors dans la définition relativement large des concepts de "situation européenne" et de "situation interne" – ce qui n'est pas sans poser des difficultés quant à la cohérence de ces concepts face à d'autres notions fondamentales du droit de l'Union, telles que l'effet direct, l'applicabilité directe, la "situation purement interne", le champ d'application général du droit de l'Union ou celui des droits fondamentaux consacrés dans la Charte. En opérant de la sorte, le principe d'équivalence participe – incidemment – à renforcer l'intégration du droit de l'Union. Le rapprochement qu'il favorise tend à retenir une vision plus unifiée des ordres juridiques internes et européen, à l'instar d'une Fédération. L'origine européenne du droit de l'Union est ainsi un critère discriminatoire totalement prohibé pour justifier une différence de traitement. L'assimilation suggérée par le principe d'équivalence reste toutefois formelle et ne doit pas être surinterprétée. Elle n'implique pas que le droit de l'Union et le droit national aient vocation à recevoir un traitement national totalement identique.

334. Cette logique de rapprochement pourrait être faire écho à celle suivie par d'autres principes. Le principe d'égalité de traitement et de non-discrimination est clairement l'un d'eux. Des ressemblances entre eux existent indéniablement. Toutefois, leurs fonctions diffèrent radicalement. Le principe d'équivalence constitue une garantie au service de l'effet utile du droit de l'Union ; à l'inverse, les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination visent, d'abord et avant tout, à protéger des personnes. La discrimination en raison de la nationalité s'en démarque dans la mesure où elle intervient souvent en lieu et place du principe d'équivalence

pour sanctionner des traitements discriminatoires dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Cependant, son champ d'application, limité aux discriminations fondées sur la "nationalité", est plus restreint que celui du principe d'équivalence, dont la vocation est plus générale. Enfin, la distinction de ce dernier avec les principes de reconnaissance mutuelle et d'équivalence des protections doit également être affirmée. Ces deux concepts ne constituent pas des exigences juridiques imposées aux États membres à l'instar du principe d'équivalence. La reconnaissance mutuelle nécessite des prérequis indispensables pour intervenir, comme une harmonisation relative des ordres juridiques et une confiance mutuelle entre les États. L'équivalence des protections se révèle être un concept a-juridique à la disposition des juges nationaux pour organiser les rapports entretenus entre la Constitution et le droit de l'Union.

Conclusion du Titre 1

335. La singularité de la fonction du principe d'équivalence révèle son utilité pour le fonctionnement de l'ordre juridique de l'Union européenne. D'autres exigences, pourtant assez similaires, n'ont pas vocation à jouer un tel rôle. Dans ce contexte, l'existence et la persistance du principe d'équivalence dans la jurisprudence de la Cour de justice se justifient pleinement. Sans lui, sans son application, certaines garanties ou certains bénéfices au profit du droit de l'Union ne pourraient être imposés. Le principal d'entre eux renvoie à la préservation de l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre particulier de l'administration indirecte. Les conditions dans lesquelles les États membres sont chargés de mettre en œuvre le droit de l'Union impliquent l'existence de garde-fous. Le principe d'équivalence est l'un d'eux. Il concrétise l'instrumentalisation des ordres juridiques nationaux pour que ceux-ci offrent l'ensemble des éléments nécessaires à une application effective du droit de l'Union. Son effet utile se voit ainsi préservé : les dangers inhérents à l'absence de règles européennes sur les modalités de mise en œuvre du droit de l'Union sont atténués par l'application du principe d'équivalence. En l'appliquant dans un tel contexte, la Cour de justice obtient la garantie que la règle européenne sera mise en œuvre au moins dans les mêmes conditions qu'une règle interne similaire.

336. L'autre bénéfice apporté par le principe d'équivalence découle du rapprochement entre les ordres juridiques européen et nationaux qu'il implique. Son respect exige d'admettre que la nature européenne de la situation en cause – c'est-à-dire de la règle à appliquer – ne doit pas avoir de conséquences néfastes sur son traitement juridique. Les pratiques protectionnistes ou discriminatoires frappant l'application d'une règle en raison de son origine européenne sont interdites par le principe d'équivalence. De cette manière, les freins à l'intégration européenne se voient en partie écartés. Certes, d'autres exigences analogues participent à cette fonction mais souvent dans des conditions plus restrictives – contrairement au principe d'équivalence. Cet ensemble de considérations révèle que le principe d'équivalence remplit une fonction spécifique, singulière, qui ne pourrait pas être assurée par d'autres exigences. De ce point de vue, son utilité pour l'ordre juridique de l'Union ne fait aucun doute, du moins en théorie. En effet, il reste encore à

déterminer si le principe d'équivalence impose une exigence adaptée à l'accomplissement de cette fonction.

TITRE 2 : UNE EXIGENCE ADAPTEE

337. L'affirmation selon laquelle le principe d'équivalence est utile à l'Union européenne n'apparaît convaincante que si celui-ci s'avère être en mesure de remplir efficacement sa fonction. À défaut, ce principe n'accorderait que des avantages et garanties théoriques à l'Union européenne. Son utilité serait ainsi très discutable. Pour s'en assurer, l'étude de l'exigence requise par le principe d'équivalence s'impose. Plus précisément, la question est de savoir si l'obligation pour un État membre d'accorder à une situation européenne un traitement au moins équivalent à celui qu'il accorde à une situation interne similaire permet au principe d'équivalence de remplir ses fonctions. Avant de répondre, une précision doit être faite. Pour ce qui nous intéresse dans les paragraphes qui vont suivre, l'exigence du principe d'équivalence sera étudiée *en tant que telle*. Il s'agit d'abord de voir, indépendamment de la manière dont elle est appliquée et dont son respect est vérifié, si elle est adaptée à la fonction du principe d'équivalence. En effet, si le principe d'équivalence présente des failles, elles se rapportent surtout aux conditions dans lesquelles il est appliqué¹⁵⁵⁶. En revanche, pour ce qui est de l'exigence *per se*, celle-ci se révèle globalement adaptée. Tel que formulé dans la jurisprudence, le principe d'équivalence impose une contrainte sur les États membres qui lui permet de remplir sa fonction. D'une part, l'exigence d'équivalence s'applique à l'ensemble du droit national : tout élément relevant de l'ordre juridique national susceptible de profiter ou de désavantager la mise en œuvre du droit de l'Union devra respecter le principe d'équivalence (**Chapitre 1**). D'autre part, elle se traduit par une contrainte opportunément assez faible sur les États membres, qui se limite à une immixtion pondérée dans l'organisation des ordres juridiques nationaux (**Chapitre 2**).

¹⁵⁵⁶ Cf. *infra*, pt. 586 et suivants.

Chapitre 1 : Une exigence applicable à l'ensemble du droit national

338. Le principe d'équivalence présente l'avantage de bénéficier d'un champ d'application particulièrement étendu. Sa seule limite tient uniquement dans le constat préalable d'une absence de réglementation européenne sur la manière d'appliquer le droit de l'Union. Dans ce cas, le principe d'équivalence a vocation à régir *toute disposition nationale* qui *participe*, directement ou indirectement, à sa mise en œuvre. Cet ensemble de dispositions nationales forme le "traitement national" accordé à la situation européenne. Cette vision extensive du traitement national se justifie de prime abord. La logique d'administration indirecte précédemment étudiée requiert une mise à disposition de l'ensemble de l'ordre juridique national pour la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁵⁵⁷. De plus, la Cour de justice n'a également jamais délimité avec précision un champ d'application du principe d'équivalence. Dès lors, en théorie, rien ne s'oppose à ce que ce principe soit opposé aussi bien à des dispositions nationales contentieuses, d'ordre procédural ou matériel, voire à des pratiques ou comportements d'une administration nationale. Quelques affirmations de la Cour de justice le laissent entendre. Néanmoins, une étude globale de la jurisprudence européenne conduit à douter. En effet, dans une majorité d'affaires, seules des dispositions procédurales et/ou contentieuses sont soumises au principe d'équivalence. Ce n'est qu'à de très rares occasions et de manière relativement discrète que le principe est appliqué à d'autres types de dispositions. En d'autres termes, le principe d'équivalence disposerait d'un champ d'application concrètement limité aux seules dispositions nationales d'ordre procédural contentieux.

339. Il convient de dissiper définitivement cette relative incertitude. Nous estimons que, en dépit d'une telle jurisprudence de la Cour de justice, le principe d'équivalence dispose concrètement d'un champ d'application étendu. Cette vision est en cohérence avec la finalité du principe d'équivalence d'encadrer l'action des États membres pour la mise en œuvre du droit de l'Union. Pour remplir efficacement cette fonction, celui-ci doit pleinement s'appliquer à toute disposition qui y *contribue* directement – et même indirectement. Cette seule qualité, difficile à caractériser dans l'abstrait, suffit pour permettre l'application du principe d'équivalence. Toute autre caractéristique est donc exclue. Peu importe que la mesure nationale soit favorable ou

défavorable aux personnes privées. Peu importe surtout que cette mesure soit d'ordre procédural ou matériel.

340. Pour éprouver cette idée, une étude étendue de la jurisprudence de la Cour de justice faisant application du principe d'équivalence est nécessaire. Généralement, ce principe est susceptible de s'appliquer dès lors qu'il existe un « doute »¹⁵⁵⁸ sur son respect. Le plus souvent, ce doute est exprimé par le juge national lorsqu'il saisit la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel. Toutefois, cette vision ne permet pas de rendre compte de l'ensemble des dispositions nationales susceptibles d'être soumises au principe d'équivalence. Nous estimons nécessaire de retenir une lecture très souple des arrêts de la Cour de justice. À ce titre, il n'est pas nécessaire que le respect du principe d'équivalence soit effectivement vérifié ou encore que la Cour en constate la méconnaissance. Même s'il n'est pas formellement appliqué, la seule mention qu'une disposition nationale est tenue au respect du principe d'équivalence nous suffit pour considérer ce dernier comme applicable¹⁵⁵⁹. Avec cette lecture de la jurisprudence, deux constats s'imposent. D'une part, dans une majorité d'arrêts, le principe d'équivalence s'applique de manière privilégiée à des dispositions d'ordre procédural (**Section 1**). D'autre part, quoique plus occasionnellement, il s'applique avec certitude à des dispositions manifestement non procédurales (**Section 2**).

Section 1 : Une application privilégiée à des dispositions d'ordre procédural

341. Le principe d'équivalence s'applique pour l'essentiel à des dispositions nationales procédurales. Un tel constat est évident à bien des égards. Le principe d'équivalence constitue une condition à l'autonomie *institutionnelle* et *procédurale* des États membres¹⁵⁶⁰. Ces qualificatifs, retenus tant par la doctrine que par la Cour de justice¹⁵⁶¹, ont un sens. L'application nationale du droit de l'Union est opérée à titre

¹⁵⁵⁷ Cf. *supra*, pt. 99 et suivants.

¹⁵⁵⁸ La référence à ce « doute » est de plus en plus présente dans la jurisprudence : voir CJUE, 7 novembre 2019, *Flansch e.a.*, aff. C-280/18, ECLI:EU:C:2019:928, pt. 28 ; CJUE, 12 décembre 2019, *Aktiva Finants*, aff. C-433/16, ECLI:EU:C:2019:1074, pt. 31.

¹⁵⁵⁹ *Contra*, CJUE, 22 mai 2014, *Érsekesanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352 : alors même qu'elle étudie le respect du principe d'équivalence, la Cour de justice conclut que celui-ci « n'est pas applicable dans une situation telle que celle en cause au principal » (pt. 65). La formule nous paraît maladroite : le principe d'équivalence s'applique ou est bien susceptible de s'appliquer dans une telle situation. La Cour ne fait que reconnaître qu'il n'est pas méconnu.

¹⁵⁶⁰ Sur cette idée, cf. *supra*, pt. 182 et suivants.

¹⁵⁶¹ Cf. *supra*, pt. 130.

principal par l'intermédiaire de dispositions d'ordre *institutionnel* et *procédural*. Le droit de l'Union est généralement silencieux sur les modalités procédurales de sa mise en œuvre et, en l'absence de telles précisions, le renvoi au droit national est nécessaire. Il revient donc aux États membres de prévoir de telles modalités. En ce sens, la Cour de justice affirme très tôt que la mise en œuvre du droit de l'Union s'opère « *dans le respect des formes et des procédures du droit national* »¹⁵⁶². Le principe d'équivalence a ainsi vocation à encadrer ces *formes* et *procédures* nationales pour s'assurer qu'elles permettent une application effective du droit de l'Union. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice confirme cette vision. Le principe d'équivalence s'applique – ou est susceptible de s'appliquer – généralement dans un contexte dans lequel une disposition procédurale nationale impose une contrainte. Les délais de forclusion ou de prescription en sont des exemples topiques. La moindre différence entre eux, selon qu'il est question de l'application du droit de l'Union ou du droit interne, conduit à douter du respect du principe d'équivalence.

342. Les modalités procédurales *contentieuses* occupent une place assez importante dans la jurisprudence européenne relative au principe d'équivalence. De telles modalités touchent directement à l'activité du juge national et notamment à sa fonction de juge de droit commun du droit de l'Union. Dès lors, grâce au renvoi préjudiciel, la Cour de justice est fréquemment amenée à se prononcer sur l'application du principe d'équivalence vis-à-vis de dispositions nationales *contentieuses* (§1). Cette importance quantitative de la jurisprudence européenne ne doit cependant pas tromper. Le principe d'équivalence ne se limite clairement pas aux seules modalités procédurales contentieuses, mais encadre également des modalités procédurales non contentieuses (§2).

§1 : Une place particulière vis-à-vis du droit du contentieux

343. Par l'expression générique de “droit du contentieux”, nous renvoyons à l'ensemble des dispositions juridiques qui permettent l'exercice d'un recours juridictionnel. Nous y incluons notamment les règles de compétence juridictionnelle, d'organisation et de fonctionnement de la juridiction, les règles déterminant les modalités de recevabilité du recours, de déroulement de l'instance et de l'instruction, ainsi que de l'étendue des prérogatives du juge et les règles relatives au régime juridique

¹⁵⁶² CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, aff. 39/70, *Rec.* p. 49, pt. 4.

de la décision juridictionnelle. En somme, le droit du contentieux regroupe l'ensemble des réglementations qui formalisent et permettent l'action du juge¹⁵⁶³.

344. En raison de cet objet très précis, le droit du contentieux fait l'objet d'un traitement particulier¹⁵⁶⁴. Plus que toute autre disposition nationale, il est soumis à de très nombreuses contraintes et obligations, dégagées tant par la Cour de justice que par de multiples textes européens¹⁵⁶⁵. Ce constat découle de l'importance toute particulière qu'accorde l'ordre juridique de l'Union au juge national. En raison de son statut de « juge de droit commun du droit de l'Union », sa place est mise en valeur par la Cour de justice¹⁵⁶⁶ et la doctrine¹⁵⁶⁷. Il est tenu d'assurer la *sauvegarde*, pour ne pas dire l'application, des droits issus de l'Union européenne au sein de l'ordre juridique national. En vertu de l'autorité attachée à ses décisions¹⁵⁶⁸ et de la relation qu'il entretient avec la Cour de justice par le renvoi préjudiciel, il fait figure d'« *ultime garant de l'exercice de la fonction d'exécution du droit communautaire* »¹⁵⁶⁹. Cette fonction primordiale justifie que le juge national soit investi d'une « *plénitude de compétence* »¹⁵⁷⁰, selon la formule d'A. BARAV. En d'autres termes, il doit disposer des moyens nécessaires à assurer une application

¹⁵⁶³ On pense à la formule de MONTESQUIEU selon laquelle « [les] formalités de la justice sont nécessaires à la liberté » (in *De l'Esprit des Lois*, L. XXIX, chap. 1^{er}, cité par M. STORME, « Rapport général introductif », in *Rapprochement du Droit Judiciaire de l'Union européenne*, Dordrecht, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, p. 4). Plus généralement, voir C. CHAINAIS, F. FERRAND, L. MAYER et S. GUINCHARD, *Procédure civile*, Paris, Dalloz, 35^e édition, 2020, pp. 5 et suivantes.

¹⁵⁶⁴ Pour paraphraser l'avocat général A. LA PERGOLA (conclusions sur CJCE, 20 mars 1997, *Hayes c. Krononberger*, aff. C-323/95, *Rec. p.* I-1711), lorsqu'un particulier saisit le juge national pour « faire droit à ses prétentions découlant de la mise en œuvre d'un droit que lui confère le traité (...), les règles de procédure des États membres, qui régissent l'exercice de telles actions, se situent dans la sphère communautaire, précisément parce qu'elles deviennent un instrument en vue de la réalisation des objectifs fixés par le traité » (pt. 8). Voir également R. KOVAR, « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 143-176, spéc. pp. 160-170 ; J.-G. HUGLO, v° « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 490, 13 septembre 2012 ; J. SIRINELLI, « La mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans le contentieux administratif », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 1007-1033.

¹⁵⁶⁵ Cet ensemble de textes forme *l'espace judiciaire européen*. Voir not. M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013. Plus généralement sur cette question, cf. *infra*, pt. 931 et suivantes.

¹⁵⁶⁶ Les références au rôle du juge sont nombreuses et importantes dès l'arrêt *Van Gend en Loos* de la Cour de justice (aff. 26/62, *Rec. p.* 1). Nombreux sont les arrêts dans lesquels elle considère que « les juridictions nationales doivent sauvegarder [les droits conférés par l'Union aux individus] ». Voir pour exemple CJCE, 3 avril 1968, *Molkerei Zentrale*, aff. 28/67, *Rec. p.* 211, spéc. p. 227 ; CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec. p.* 661, spéc. p. 675.

¹⁵⁶⁷ Voir not. A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983 ; P. OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE* 1992, pp. 348-374 ; C. BONTINCK, « La protection du justiciable grâce à l'application par le juge national du droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire* précité, pp. 177-183 ; F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170 ; C. HAGUENAU, *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 12 et suivantes ; O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, spéc. pp. 247 et suivantes ; M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire, du marché intérieur à la coopération civile* précité.

¹⁵⁶⁸ En ce sens, voir L. COUTRON, « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161-190 ; A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, spéc. pp. 79-80.

¹⁵⁶⁹ B. NABLI, *L'exercice des fonctions d'État membre dans la Communauté européenne*, Paris, Dalloz, 2007, p. 442.

¹⁵⁷⁰ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20.

effective du droit de l'Union et/ou¹⁵⁷¹ une protection juridictionnelle effective. En conséquence, le droit du contentieux doit lui offrir de tels moyens – ou, à tout le moins, ne pas l'en priver¹⁵⁷².

345. Compte tenu de cet ensemble d'exigences imposées au droit du contentieux, la place occupée par le principe d'équivalence mérite d'être étudiée¹⁵⁷³. D'une certaine manière, il serait tentant de minimiser son rôle à côté d'autres garanties fondamentales comme le droit à une protection provisoire¹⁵⁷⁴, la faculté pour le juge d'avoir accès aux motifs ayant conduit à l'adoption de l'acte litigieux¹⁵⁷⁵ ou de pouvoir indemniser intégralement un préjudice résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union¹⁵⁷⁶. Pour le dire autrement, l'application du principe d'équivalence serait en réalité limitée eu égard à cette "concurrence" exercée par ces exigences spécifiques. Cette vision est cependant trop schématique. En effet, le droit du contentieux reste un domaine largement ouvert à l'application du principe d'équivalence (A.). Plus encore, cette matière contentieuse se présente comme un domaine assez fertile pour son application, donnant lieu à des illustrations nombreuses et variées (B.).

A. Un domaine ouvert à l'application du principe d'équivalence

346. Parmi l'ensemble des exigences imposées au droit du contentieux, la place du principe d'équivalence mérite d'être précisée. Dès ses arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁵⁷⁷, la Cour de justice affirme fréquemment que le principe d'équivalence implique que « *les modalités procédurales des recours destinés à [l'application du droit de l'Union] ne doivent pas être moins*

¹⁵⁷¹ Voir not. N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, pp. 70 et suivantes.

¹⁵⁷² Ce qui implique que le droit national du contentieux soit régulièrement contraint de s'adapter dans cette perspective : voir not. F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 297-310, spéc. pp. 309-310 ; G. Le CHATELIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 97-101 ; D. SIMON, « Impact croissant du droit communautaire sur le contentieux administratif : quelques illustrations emblématiques... », *Europe* 2005, n°5, alerte 42 ; H. CHAVRIER, v° « Droit de l'Union et des Communautés européennes et contentieux administratif », *Répertoire du contentieux administratif*, Dalloz, mars 2005 (actualisé en octobre 2014). Dans la même idée, voir J.-G. HUGLO, « L'application du droit communautaire par le juge national », *Gaz. Pal.*, 1997, 10 juin 1997, pp. 844-849, qui souligne « *combien le droit communautaire (...) transforme la fonction du juge national* » (p. 846).

¹⁵⁷³ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 326 ; du même auteur, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181.

¹⁵⁷⁴ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433, pt. 21.

¹⁵⁷⁵ CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec. p.* 4097, pt. 15 ; CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec. p.* I-2357, pt. 22.

¹⁵⁷⁶ CJCE, 2 août 1993, *Marshall II*, aff. C-271/91, *Rec. p.* I-4367, pt. 26.

¹⁵⁷⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, *Rec. p.* 2043 ; CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *Rec. p.* 1989.

favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne »¹⁵⁷⁸. Cette position se comprend à la lecture du célèbre *dictum* de l'arrêt *Croisières au beurre* de la Cour de justice selon lequel l'ordre juridique européen « n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celle établies par le droit national »¹⁵⁷⁹. L'article 19 TUE prévoit, dans la même idée, que ce sont les « États membres [qui] établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans tous les domaines couverts par le droit de l'Union ». Dans ce contexte, le principe d'équivalence a vocation à jouer un rôle clef pour régir les règles contentieuses, instituées par les États membres, qui encadrent ces voies de droit.

347. Cependant, à l'occasion d'arrêts particulièrement importants, tels que *Simmenthal*¹⁵⁸⁰, *Johnston*¹⁵⁸¹, *Factortame*¹⁵⁸², *Francovich*¹⁵⁸³ ou *Borelli*¹⁵⁸⁴, la Cour de justice laisse entendre que le cadre traditionnel de l'autonomie institutionnelle et procédurale n'est pas – ou n'est plus – pertinent pour encadrer le droit du contentieux¹⁵⁸⁵. Par cette jurisprudence, que ce soit au nom de l'effet utile du droit de l'Union ou de la protection juridictionnelle effective, la Cour de justice s'est directement immiscée¹⁵⁸⁶ dans l'organisation des voies de droit nationales¹⁵⁸⁷. Elle édicte un ensemble d'exigences ou de règles régissant le droit national du contentieux. Dans ce contexte, le principe

¹⁵⁷⁸ Voir pour exemple CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700, pt. 30 – nous soulignons.

¹⁵⁷⁹ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe c. Hauptzollamt Kiel (Croisière au beurre)*, aff. 158/80, *Rec. p.* 1805, pt. 44. Ce *dictum* est repris occasionnellement par la Cour de justice : CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-2271, pt. 40 ; CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 51. Dans la même idée, la Cour de justice avait affirmé qu'il ne lui appartient pas « d'édicter les règles générales de fond et de modalités procédurales » relatives à une voie de droit destinée à assurer l'application du droit de l'Union (CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec. p.* 1887, pt. 12).

¹⁵⁸⁰ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. p.* 629.

¹⁵⁸¹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec. p.* 1651.

¹⁵⁸² CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433.

¹⁵⁸³ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec. p.* I-5357.

¹⁵⁸⁴ CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, *Rec. p.* I-6313.

¹⁵⁸⁵ Voir not. A. ARNULL, « Remedies Before National Courts », in R. SCHÜTZE et T. TRIDIMAS (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 1011-1039, spéc. pp. 1023-1026.

¹⁵⁸⁶ Voir l'ouvrage dirigé par C. KILPATRICK, T. NOVITZ et P. SKIDMORE (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, et notamment les contributions de C. KILPATRICK, « The Future of Remedies in Europe », pp. 1-31, spéc. pp. 4-7 et de C. HARLOW, « A Common European Law of Remedies ? », pp. 69-83, spéc. pp. 72 et suivantes. Voir également M. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? », *CMLR* 1995, n°32, pp. 679-702.

¹⁵⁸⁷ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité : par cette jurisprudence, « [il] y a bien une négation de l'autonomie procédurale. C'est non seulement par le biais du droit à un recours juridictionnel effectif mais également en élaborant une théorie des "remèdes" devant les juridictions nationales que la Cour (...) peut exercer directement son influence sur les droits processuels des États membres ». Voir également H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA* 1992, p. 619-642 ; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law : the Judgement of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of EC Treaty », *YEL*, n°13, 1993, pp. 19-37 ; A. TASH, « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts : Toward a European Standard », *Colum. Jour. Trans. Law*, n°31, 1993, pp. 377-401 ; S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd,

d'équivalence, en tant que condition à l'autonomie procédurale, n'aurait qu'un rôle marginal pour encadrer le droit du contentieux. Dans une moindre mesure, ce domaine constitue une *zone grise* dans laquelle il devient délicat de déterminer ce qui relève en propre des États membres ou de l'Union européenne¹⁵⁸⁸. Quoi qu'il en soit, la jurisprudence de la Cour de justice manque à plusieurs égards de constance¹⁵⁸⁹ : dans certains arrêts, le droit du contentieux est encadré dans le cadre classique de l'autonomie procédurale des États et soumis au principe d'équivalence ; dans d'autres, au contraire, il est soumis à des exigences spécifiques.

348. Dans ce contexte, la place du principe d'équivalence n'est pas claire. Tout l'enjeu sera de dissiper ces incertitudes pour démontrer que cette place n'est pas superficielle, illusoire ou dérisoire. Pour y parvenir, il nous faut préciser la signification à retenir du concept de "voie de droit" (1.). En effet, ce dernier permet de retenir une lecture intéressante de la jurisprudence de la Cour de justice, notamment sur le principe d'équivalence. De cette manière, nous observons que l'application du principe d'équivalence pour régir le droit du contentieux varie selon que les dispositions nationales en cause concernent l'existence d'une voie de droit ou ne sont que des modalités procédurales entourant une voie de droit (2.).

1. Le problème de la polysémie du concept de "voie de droit"

349. La question de l'existence d'une voie de droit, pour permettre l'application nationale du droit de l'Union européenne, est complexe à traiter¹⁵⁹⁰, notamment pour l'étude du principe d'équivalence¹⁵⁹¹. Nous l'avons vu, la jurisprudence européenne semble retenir des positions contradictoires¹⁵⁹² : d'un côté, elle rappelle que seuls les États membres sont chargés d'instituer des voies de droit ; de l'autre, elle impose des

1997, pp. 3-13 ; J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, pp. 263 et suivantes.

¹⁵⁸⁸ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706 : « By this grey area I refer to the national legal environment in which Community law provisions are embedded and, subsequently, applied and enforced. This environment consists of procedures, remedies, sanctions, rights of action » (p. 681).

¹⁵⁸⁹ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005, pp. 141-142. Préférant parler de « perplexité », voir P. OLIVER, *op. cit.*, p. 351. Dans la même idée, voir M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323, spéc. pp. 319 et suivantes.

¹⁵⁹⁰ Voir J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, pp. 369-374.

¹⁵⁹¹ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité : pour l'intervention du principe d'équivalence, « une même définition de la notion de recours similaire peut produire des effets diamétralement opposés selon le contexte procédural dans lequel elle s'inscrit. Si le champ de la comparaison est extensif, l'encadrement ne sera efficace que dans un nombre relativement faible de types d'action en justice (...) » (p. 163).

¹⁵⁹² Plus généralement sur cette contradiction, cf. *infra*, pt. 965 et suivants.

exigences qui conduisent presque à instituer *de facto* de nouvelles voies de droit¹⁵⁹³. Le juge national peut s'émanciper du droit processuel national si celui-ci ne permet pas d'exercer certaines prérogatives reconnues par la Cour de justice. Plus encore, il peut directement se fonder sur le droit de l'Union – et non plus sur son droit national – pour les exercer¹⁵⁹⁴.

350. Il pourrait être rétorqué qu'il n'existe en réalité aucune contradiction. Lorsque la Cour de justice impose directement de telles exigences, elle ne fait qu'entraîner des adaptations du droit du contentieux, sans jamais *créer* de nouvelles voies de droit. Certes, comme le relève S. PRECHAL, l'adaptation des dispositions contentieuses prend parfois une telle ampleur qu'elle conduit en réalité à la création d'une nouvelle voie de droit par l'Union européenne¹⁵⁹⁵. Ce saut qualitatif reste toutefois assez délicat à opérer concrètement¹⁵⁹⁶.

351. Cette présentation demeure largement discutée¹⁵⁹⁷. Le concept de “voie de droit” est en effet susceptible de recevoir des acceptions très différentes¹⁵⁹⁸. *Lato sensu*, il renvoie uniquement à la possibilité pour un justiciable d'avoir accès à la juridiction pour revendiquer une ou plusieurs prétentions plus ou moins déterminées. La voie de droit

¹⁵⁹³ Pour ne mentionner que des exemples connus, le juge national doit pouvoir, *de sa propre autorité et immédiatement*, écarter l'application de toute disposition incompatible avec le droit de l'Union (CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77 précité, pt. 21), adopter des mesures provisoires (CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité, pt. 21) ou encore engager la responsabilité de l'État pour avoir méconnu le droit de l'Union (CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 33-35).

¹⁵⁹⁴ A. BARAV, *op. cit.* : à propos de la jurisprudence *Factortame*, l'auteur souligne que « le droit communautaire *institue* le juge interne en juge de référé lui permettant d'assurer ainsi une protection provisoire des droits que les particuliers prétendent tirer des normes communautaires (...) alors même qu'en vertu du droit national l'exercice d'une telle compétence est formellement exclu » (p. 15 – nous soulignons).

¹⁵⁹⁵ S. PRECHAL, *Directives in EC Law* précité : « *The relevant national rules may contain certain lacunas and weakness which may preclude the national court from accomplishing the task assigned to it (...). If this is the case, an adaptation of the existing national rules (...) will be indispensable. Moreover, it has been argued that in certain circumstances the ultimate consequence could be the creation of a new remedy* » (p. 146 – nous soulignons).

¹⁵⁹⁶ En ce sens, J.-C. BONICHOT, « Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDJ* 2008, n°3, pp. 745-753. Sur la question de savoir si le juge national se fonde *directement* sur le droit de l'Union, voir B. BONNET, « Les droits européens, facteurs de bouleversement de la hiérarchie des normes, facteurs de bouleversement de l'État : autour des articles 54, 55 et 88-1 de la Constitution », in H. GAUDIN (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 93-104, spéc. pp. 97-99.

¹⁵⁹⁷ Pour un exposé en doctrine francophone, on se rapportera essentiellement à la thèse d'O. DUBOS (*Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 285 et suivantes).

¹⁵⁹⁸ La définition même de la “voie de droit” en français est tout autant difficile à déterminer. Les ouvrages de droit du contentieux peinent à la définir en tant que telle et préfèrent l'associer au droit au juge (pour exemple, S. GUINCHARD *et al.*, *Droit processuel*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2021, pp. 579 et suivantes). Il faut souligner que si les contentieux administratifs et européens se focalisent sur le concept de “recours”, le droit processuel privé s'articule autour du concept d’“action” (voir L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 3^e édition, 2020, pp. 307 et suivantes). Dans les deux cas, la voie de droit renvoie à la possibilité pour un justiciable de faire valoir devant un juge une « *prétention* » (*ibid.*). Selon C. BROUELLE (*Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, 9^e édition, 2021), « [le] *droit d'action* suppose l'existence de juridictions et de voies de droit adéquates (...). Celles-ci ne constituent toutefois que l'environnement juridique nécessaire à la mise en œuvre de ce droit » (p. 83). Ceci étant, certaines d'entre elles ne sont admises qu'à titre incident (comme des demandes « *reconventionnelles, additionnelles ou en interventions* » – L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, p. 313), c'est-à-dire lorsque le justiciable a déjà pu avoir accès au juge. La voie de droit ne renvoie pas spécifiquement à une seule prétention, mais est susceptible d'en regrouper plusieurs (une principale, qui permet d'avoir accès au juge, et d'autres accessoires ou incidentes). « *Les voies de recours*

englobe ainsi les différentes prérogatives du juge qui lui permettent de répondre à ces prétentions. Dans cette optique, les États membres ont l'obligation de permettre aux individus de saisir une juridiction pour qu'ils puissent revendiquer l'application effective du droit de l'Union, sans qu'une voie de recours *spécifiquement* dédiée soit nécessaire. Les voies de droit existantes en droit national sont supposées suffire. Elles doivent simplement prévoir, si nécessaire, de nouvelles prérogatives au juge national pour lui permettre d'appliquer effectivement le droit de l'Union. Pour reprendre l'exemple de l'arrêt *Factortame*, lorsque la Cour de justice reconnaît la possibilité pour le juge national de prendre des mesures provisoires, elle ne crée en rien une voie de droit. Elle ne fait qu'affirmer que, pour assurer la « *pleine efficacité du droit communautaire* », les États membres doivent permettre à leur juge, dans le cadre des recours existants, d'adopter de telles mesures¹⁵⁹⁹. Si tel n'est pas le cas, le juge national peut exercer une telle prérogative de sa propre initiative, sur le fondement du droit de l'Union. La Cour de justice ne crée donc pas *ipso facto*¹⁶⁰⁰ une nouvelle "voie de recours". Plus généralement, les exigences dégagées par la Cour de justice ne visent qu'à assurer le caractère *effectif* de la protection offerte par les voies de recours existantes. Ce n'est que dans les hypothèses exceptionnelles dans lesquelles aucun recours national ne permet à l'individu de revendiquer l'application effective du droit de l'Union que la Cour de justice fait véritablement œuvre créatrice. De ce point de vue, sa jurisprudence n'est pas fondamentalement différente de celle de la Cour européenne des droits de l'Homme qui impose des exigences d'ordre procédural pour renforcer l'effectivité de la protection des droits fondamentaux¹⁶⁰¹, et notamment du droit au recours effectif¹⁶⁰².

désignent ce qui peut être demandé au juge de reconnaître ou de faire » (C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 57), sans se limiter à une prétention particulière. En cela, la "voie de droit" à la française se distingue du concept anglais de "remedy".

¹⁵⁹⁹ Voir J.-M. FEVRIER, « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA* 1995, pp. 867-874.

¹⁶⁰⁰ Certes, pour ce qui est de la France, cette jurisprudence a certainement conduit le législateur à l'adoption de la loi n°2000-594 du 30 juin 2000 relative au référé devant les juridictions administratives (*JORF* n°151, 1^{er} juillet 2000, p. 9948) qui institue des voies de droit, telles que le référé-suspension (art. L. 521-1 du code de justice administrative), spécialement prévue pour assurer la protection provisoire des particuliers. Cependant, la loi n°95-125 du 8 février 1995 relative à l'organisation des juridictions et à la procédure civile, pénale et administrative (*JORF* n°34, 9 février 1995, p. 2175) institue un pouvoir d'injonction au profit du juge administratif pour mieux appréhender la jurisprudence *Factortame*, sans conduire à l'édition d'une nouvelle voie de droit (voir not. J.-C. BONICHOT, « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », à propos de CJCE, *Factortame*, aff. C-231/89 précité, *RFDA* 1990, p. 912-920 ; F. MODERNE, « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, pp. 43-57).

¹⁶⁰¹ Voir not. N. LE BONNIEC, *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, spéc. pp. 75 et suivantes.

¹⁶⁰² Voir not. J.-F. RENUCCI, « Le droit au juge dans la Convention européenne des droits de l'Homme », in *Le droit au juge dans l'Union européenne* précité, pp. 131-140, spéc. pp. 137 et suivantes.

352. Cette vision est, en revanche, plus discutable si la “voie de droit” est considérée *stricto sensu*, comme permettant l’application d’un droit subjectif. Le concept anglais de *remedy*¹⁶⁰³ est même plus précis. Il est intimement lié au concept de *right* selon l’adage « *ubi ius ibi remedium* ». En droit anglais¹⁶⁰⁴, le *remedy* n’existe que pour assurer l’application (*enforcement*) d’un *right* déterminé. Deux particularités majeures sont à noter. La première tient au champ d’application du *remedy*. En effet, ainsi défini, il ne saurait être limité au prétoire d’une juridiction : il se définit par l’ensemble des dispositions matérielles ou procédurales, y compris non contentieuses, qui permettent l’application du *right* correspondant¹⁶⁰⁵ – nous y reviendrons. La seconde tient au fait que le *remedy* est lié à une seule et unique prétention (*claim*), à savoir revendiquer l’application d’un *right* déterminé. Dès lors, la consécration d’un *right* implique en conséquence celle d’un *remedy* – à défaut, le *right* ne serait nullement effectif et restait inappliqué. L’interprétation de l’arrêt *Factortame* prend alors un sens tout à fait différent. En reconnaissant la faculté pour le juge de prendre des mesures provisoires, la Cour de justice identifie un *right* : le droit de demander au juge de prendre des mesures provisoires. Par conséquent, pour que ce *right* soit effectivement appliqué, un *remedy* devra nécessairement être reconnu dans l’ordre juridique interne – et ce alors qu’il n’existait pas avant. Ainsi, au moment même où le juge national constate l’existence du *right*, il reconnaît automatiquement celle du *remedy*. Ici, l’arrêt de la Cour de justice aboutit à “créer” de toute pièce une “voie de recours” spécialement dédiée à l’application d’un *right* issu de l’Union européenne¹⁶⁰⁶. Plus généralement, chacune des exigences dégagées pour garantir la “plénitude de

¹⁶⁰³ La définition d’un tel concept est une nouvelle fois sujette à débat : voir not. N. POLTORAK, *op. cit.*, pp. 9 et suivantes. Le concept se distingue également de celui de « remède » entendu en droit du procès, qui désigne les modalités pour « prévenir ou réparer (...) les conséquences d’un dysfonctionnement » (L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, p. 529).

¹⁶⁰⁴ Voir J. CAVALLINI, *op. cit.* : « [La voie de droit] est (...) un pouvoir légal conféré au justiciable et qui est indépendant du droit matériel qu’il entend faire sanctionner ; il peut exister un droit sans action (...) ou une action sans droit lorsque le juge a déclaré la demande recevable mais non fondée en droit, l’existence effective d’un droit n’est pas en effet une condition de recevabilité de la demande en justice » (p. 369). C. HARLOW (*op. cit.*), bien qu’appartenant à la doctrine anglophone, minimise cette différence. À ses yeux, la Cour de justice semble considérer que le *remedy* est également susceptible d’inclure l’accès à la juridiction (spéc. pp. 73-74). Voir plus généralement, P. BIRKS, « Rights, Wrongs and Remedies », *Oxford Journal Of Legal Studies* 2000, vol. 20, pp. 1-37.

¹⁶⁰⁵ N. POLTORAK, *op. cit.* : « remedies will be defined as all substantive, procedural or technical principles and provisions which are to ensure protection of rights derived from EU law » (p. 10).

¹⁶⁰⁶ Cette optique explique le risque d’une discrimination à rebours causé par cette jurisprudence. De cette manière, la Cour de justice place les juges nationaux dans une situation où ils doivent reconnaître un *remedy* exclusivement lorsqu’est en jeu une situation européenne. Or, pour une situation interne similaire, et pour laquelle le droit national ne reconnaît aucun *right* particulier, aucun *remedy* n’existe. Pour ce qui concerne l’arrêt *Factortame*, voir l’arrêt de la Chambre des Lords, 27 juillet 1993, *M. v. Home Office*, [1993] 3 WLR 433 (cité par W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Toward a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies » précité, p. 701) : « Since the decision in *Factortame* (...) [an] unhappy situation now exists that while a citizen is entitled to obtain injunctive relief (including interim relief) against the Crown or an officer of the Crown to protect his interests under Community law he cannot do so in respect of his other interests which may be just as important ».

compétence» du juge national constitue autant de *rights* qui conduisent à la création de *remedies*¹⁶⁰⁷.

353. Même lorsque la voie de droit est appréhendée *stricto sensu*, le droit du contentieux reste globalement maîtrisé par les États membres. La doctrine anglophone, qui y voit la création de nouvelles voies de droit¹⁶⁰⁸, reconnaît que les modalités procédurales qui les encadrent relèvent de l'autonomie des États membres. Dans une majorité des cas, ces *remedies* sont intégrés ou assimilés au système des voies de droit nationales existantes¹⁶⁰⁹. Qui plus est, pour paraphraser W. VAN GERVEN, en l'absence de réglementations européennes, il revient aux États membres de déterminer les "*remedial rules*", c'est-à-dire les règles qui définissent la voie de droit. Ces règles renvoient essentiellement aux conditions dans lesquelles le *remedy* est ouvert comme, par exemple, les *conditions* d'octroi des mesures provisoires ou celles pour engager de la responsabilité de la puissance publique. Puisque ces règles sont fixées par les États membres, elles doivent permettre une protection juridictionnelle effective¹⁶¹⁰ et sont susceptibles d'être soumises au principe d'équivalence. De plus, selon cet auteur, il appartient aux États membres de fixer les « *procedures* » qui permettent aux individus de former les *remedies* devant les juridictions nationales¹⁶¹¹ – ce qu'il appelle "*procedural rules*". Ces règles renvoient généralement au droit processuel *stricto sensu*, comme les conditions de recevabilité ou les modalités de preuve. Cette distinction entre les *remedial rules* et les *procedural rules* se justifie en ce que les premières sont plus strictement encadrées que les secondes par la Cour de justice¹⁶¹². Il demeure qu'elles sont toutes deux déterminées par le droit national du contentieux en suivant la logique traditionnelle de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États et donc soumises au principe d'équivalence.

¹⁶⁰⁷ Voir not. J. TEMPLE LANG, « The duties of national courts under Community constitutional law », *ELR* 1997, n°22/1, pp. 3-18, spéc. pp. 6-7.

¹⁶⁰⁸ Voir M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, qui parle de « *autonomous Union actions* » (p. 426).

¹⁶⁰⁹ J. TEMPLE LANG, *op. cit.*, p. 6. Voir également C. KILPATRICK, « The Future of Remedies in Europe » précité, pp. 4-5.

¹⁶¹⁰ W. VAN GERVEN, « Of rights, Remedies and Procedures », *CMLR* 2000, n°37, pp. 501-536 : « *The form and the extent of the remedy are, in absence of Community rules, a matter for the Member States, provided that the remedy made available under national law provides adequate (...) judicial protection* » (p. 503 – il insiste).

¹⁶¹¹ *Ibid.* : « *It is also a matter for the Member States, in the absence of Community rules, to provide procedures which allow individuals to invoke the remedies before a court of law (...)* » (p. 504 – il insiste).

¹⁶¹² Selon W. VAN GERVEN (*op. cit.*), les premières sont principalement limitées par le droit à une protection juridictionnelle effective : elles doivent donc garantir une protection proprement *appropriée* ; à l'inverse, les secondes peuvent se contenter d'un seuil minimum d'effectivité (p. 103). L'encadrement du *remedy* est logiquement plus important puisque destiné à donner effet au *right* : il faut pouvoir s'assurer que le premier ne dénature pas, dans les faits, le second – en ce sens, T. EILMANSBERGER, *op. cit.*, pp. 1236-1237.

2. Une application variable selon l'objet du droit du contentieux en cause

354. La polysémie du concept de “voie de droit” est une réalité. Nous n'avons pas la prétention ou l'ambition de considérer une approche globalement plus pertinente que l'autre. Toutefois, pour ce qui est de l'étude du principe d'équivalence, la vision anglaise de ce concept mérite d'être retenue¹⁶¹³. Les dispositions nationales relevant du droit du contentieux peuvent alors se rattacher à deux grands ensembles. Le premier est relatif au *remedy*, c'est-à-dire à l'existence de la voie de droit. Le second englobe les *remedial rules* et les *procedural rules* – ou, autrement dit, les règles qui encadrent la voie de droit. La place occupée par le principe d'équivalence pour encadrer le droit du contentieux n'est pas la même pour ces deux ensembles. Concernant les dispositions contentieuses relatives à l'existence de la voie de droit, elle est minimale : le principe ne s'applique que de manière restreinte (a.). En revanche, pour les autres dispositions, sa place est bien plus conséquente (b.).

a. Une application restreinte quant à l'existence de la voie de droit

355. Les règles relatives à l'existence d'une voie de droit correspondent concrètement à celles qui ouvrent ou refusent d'ouvrir un *remedy* pour appliquer le droit de l'Union européenne. En d'autres termes, le droit du contentieux permet-il qu'un juge soit en mesure de répondre à la prétention formulée par le justiciable ? Il est évident que, lorsque l'existence de la voie de droit est exigée par la Cour de justice¹⁶¹⁴, l'application du principe d'équivalence est éclipsée. Dans ces circonstances, la Cour requiert qu'une voie de droit particulière soit ouverte pour l'application du droit de l'Union. Cette exigence opère indépendamment de la question de savoir si le droit interne reconnaît une telle voie de droit nationale¹⁶¹⁵. Les exemples sont largement connus et ont déjà été évoqués, avec les arrêts *Simmenthal*¹⁶¹⁶, *Factortame*¹⁶¹⁷, *Heylen*¹⁶¹⁸, *Francovich* et *Brasserie du pêcheur*¹⁶¹⁹.

¹⁶¹³ Pour une autre distinction dans une optique plus globale, voir F. PICOD, *op. cit.* : l'auteur distingue selon le droit de « soumettre au juge toute violation du droit communautaire », ce qui comprend notamment la nécessité d'accéder à un juge, et la « protection efficace des droits tirés du droit communautaire » par la juridiction. Dans la même lignée, O. DUBOS (*op. cit.*, pp. 313 et suivantes) distingue entre les exigences liées à « l'effectivité du recours », qui se rattachent au droit fondamental au recours juridictionnel effectif, et à « l'efficacité du recours » qui sont spécifiques au statut de juge de droit commun du droit de l'Union.

¹⁶¹⁴ Voir not. F. G. JACOBS, « Remedies in national courts for the enforcement of Community rights », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 969-983 ; J. TEMPE LANG, *op. cit.*, pp. 6-7.

¹⁶¹⁵ Pour un exemple en ce sens, voir CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, *Rec. p.* I-1727. La question portait sur la possibilité de verser des intérêts couvrant le coût d'une immobilisation de sommes indûment versées. Pour la Cour, le juge national doit pouvoir en être capable même si le droit interne ne le permet pas (pt. 87 et pt. 91), aussi bien lorsque cette prétention est la cause principale d'un recours en restitution (pt. 88-89) ou est invoquée à l'occasion d'un recours en réparation (pt. 94-95).

¹⁶¹⁶ CJCE, *Simmenthal*, aff. 106/77 précité. Voir également CJCE, 22 octobre 1998, *IN.CO.GE.'90 e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97, *Rec. p.* I-6307 : « le juge national est (...) tenu d'écarter l'application de [la] norme [nationale contraire au droit de l'Union], étant entendu que cette obligation ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer,

Dans ces différents cas, le principe d'équivalence ne s'applique pas puisque l'existence de la voie de droit s'apprécie sans prendre en compte ce que le droit national prévoit¹⁶²⁰.

356. Cette jurisprudence relative à l'existence d'une voie de droit ne doit pas être extrapolée. Si les exemples précédents attestent d'une immixtion assez importante de la Cour de justice, elle reste toujours justifiée au nom de l'effet utile du droit de l'Union et/ou de la protection juridictionnelle effective. En cela, ces arrêts doivent rester « exceptionnels »¹⁶²¹. Pour le reste, y compris pour l'existence d'une voie de droit, la Cour de justice continue d'opérer le renvoi au droit national du contentieux. Dans ces cas, le principe d'équivalence s'applique. Les arrêts *Peterbroeck*¹⁶²² et *Van Schijndel*¹⁶²³ sont des exemples topiques – bien que discutés¹⁶²⁴. La Cour de justice était amenée à se prononcer sur la nécessité d'un *remedy* particulier : la possibilité (ou l'obligation) pour le juge national de soulever d'office la méconnaissance du droit de l'Union. Dans ses conclusions, l'avocat général JACOBS considère qu'il n'est pas opportun pour la Cour de justice de dégager un tel *remedy*. Contrairement aux autres arrêts, tels que *Simmenthal* ou *Factortame*, ni la sauvegarde de l'effet utile du droit de l'Union, ni la protection juridictionnelle effective ne justifie « *qu'en tout état de cause il [soit] permis à la juridiction nationale, en vertu du droit communautaire, de soulever d'office des moyens que les particuliers ont omis de soulever* »¹⁶²⁵. Dès lors, il considère que « *la conclusion devrait être qu'une juridiction nationale ne doit appliquer d'office une disposition communautaire que dans les situations de droit communautaire où elle serait tenue d'appliquer d'office une disposition correspondante de son droit interne* »¹⁶²⁶ – faisant ainsi référence au principe d'équivalence. La Cour de justice valide cette position dans les arrêts cités. L'existence d'un *remedy* déterminé à l'échelle

parmi les divers procédés [ou remedies] de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit communautaire » (pt. 21). Voir également CJCE, 19 novembre 2009, *Filipiak*, aff. C-314/08, Rec. p. I-11049, pt. 83.

¹⁶¹⁷ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité.

¹⁶¹⁸ CJCE, *Heylens*, aff. 222/86 précité. Dans la même optique, s'y rapportent les arrêts *Johnston* (aff. 222/84 précité) et *Marshall II* (aff. C-271/91 précité). Voir également CJCE, 22 mai 2003, *Connect Austria*, aff. C-462/99, Rec. p. I-5197, pt. 41.

¹⁶¹⁹ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité ; CJCE, 5 mai 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029. Dans la même optique, la Cour a estimé que le juge devait pouvoir ordonner la restitution de sommes indument versées (CJCE, 26 juin 1979, *Pigs & Bacon Commission*, aff. 177/78, Rec. p. 2161, pt. 25 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, Rec. p. 3595, pt. 12).

¹⁶²⁰ Cf. *infra*, pt. 948 et suivants.

¹⁶²¹ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4705, pt. 30. Selon J. TEMPLE LANG (*op. cit.*), cela n'est justifié que si « *there are no similar national laws, or that the remedies for breach of the relevant rules of national law are clearly ineffective and inadequate* » (p. 6).

¹⁶²² CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, Rec. p. I-4599.

¹⁶²³ CJCE, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 précité.

¹⁶²⁴ O. DUBOS, *op. cit.*, pp. 329-339. Voir également M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, pp. 227 et suivantes.

¹⁶²⁵ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 précité, pt. 43 (nous soulignons).

européenne et qui permet ou oblige un juge à soulever d'office la méconnaissance du droit de l'Union n'est pas indispensable. Dès lors, le principe d'équivalence s'applique avec intérêt : si une telle obligation ou possibilité est reconnue en droit interne, elle doit pouvoir bénéficier à l'application du droit de l'Union¹⁶²⁷.

357. Le principe d'équivalence occupe une place limitée mais réelle pour régir ces dispositions. Dès lors que la voie de droit n'est pas spécialement exigée par la Cour de justice, il revient aux États membres de mettre à disposition les voies de droit nationales existantes. Le principe d'équivalence permet de s'assurer que ces voies de droit ne soient pas fermées, sans raison, pour la mise en œuvre du droit de l'Union. L'arrêt *Van Schijndel* précité en est un exemple. Une autre illustration¹⁶²⁸ récente se trouve dans l'arrêt *Călin*¹⁶²⁹. La question était de savoir si un recours en révision d'une décision juridictionnelle, bénéficiant de l'autorité de la chose jugée, pouvait être ouvert pour l'application du droit de l'Union. À plusieurs reprises, la Cour s'est refusée à dégager un tel *remedy* à l'échelle européenne¹⁶³⁰. Elle réitère cette position dans l'arrêt *Călin* : « *le droit de l'Union n'exige pas (...) [qu'un] organe juridictionnel national doive, par principe, revenir sur sa décision revêtue de l'autorité de la chose jugée* »¹⁶³¹. Or, en l'espèce, le droit interne ouvre un tel recours en révision pour tirer les effets d'une décision de la cour constitutionnelle nationale¹⁶³². Ce recours n'a toutefois pas été admis pour appliquer un arrêt de la Cour de justice de l'Union. La Cour rappelle alors que « *si les règles de procédure internes applicables comportent la possibilité, sous certaines conditions, pour le juge national de revenir sur une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée pour rendre la situation compatible avec le droit national, cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, prévaloir, si ces conditions sont*

¹⁶²⁶ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 38.

¹⁶²⁷ CJCE, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 13-15. L'arrêt *Peterbroeck* se focalise, lui, sur le principe d'effectivité mais sans remettre en cause l'intervention du principe d'équivalence.

¹⁶²⁸ Voir également pour d'autres exemples : CJCE, 11 juillet 1996, *SFEI e.a.*, aff. C-39/94, *Rec. p.* I-3547, quant à l'engagement de la responsabilité de l'entreprise qui a accepté, en connaissance de cause, une aide d'État illégale (pt. 75) ; CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, quant à l'existence d'un double degré de juridiction (pt. 38). Dans la même logique, voir CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité : la Cour considère que « *le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas, en tant que tel, l'existence d'un recours autonome tendant, à titre principal, à contester la conformité de dispositions nationales avec des normes communautaires* » (pt. 47), sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité. Le principe d'équivalence est pour sa part respecté à la condition qu'aucun recours similaire fondé exclusivement sur une norme interne n'existe en droit national (pt. 48-52).

¹⁶²⁹ CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700.

¹⁶³⁰ Voir CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt. 55-56 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Társia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, pt. 29-30 ; CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, pt. 54 et suivants.

¹⁶³¹ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 28.

¹⁶³² Pour une position analogue vis-à-vis d'un recours national en révision visant à tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour EDH, voir CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité.

réunies, afin que soit restaurée la conformité de la situation en cause avec le droit de l'Union »¹⁶³³. Le principe d'équivalence s'applique – certes, discrètement – pour vérifier¹⁶³⁴ si cette fermeture est ou non acceptable¹⁶³⁵. Les règles contentieuses relatives à l'existence d'un recours en révision pour appliquer le droit de l'Union sont donc bien assujetties au respect du principe d'équivalence.

b. Une application importante aux modalités procédurales encadrant la voie de droit

358. Les propos précédents ont montré que le principe d'équivalence ne saurait s'appliquer dès lors que la voie de droit a été instituée par l'Union européenne, et notamment par la jurisprudence de la Cour de justice. Cette affirmation mérite en réalité d'être nuancée. En effet, même dans de telles circonstances, le principe d'équivalence est susceptible de s'appliquer pour régir les règles nationales contentieuses qui encadrent cette voie de droit. Selon l'approche anglaise du concept de voie de droit, ces règles sont de deux sortes¹⁶³⁶. Les premières, appelées *remedial rules*, concernent les conditions essentielles d'exercice du recours. Elles renvoient, par exemple, aux règles relatives aux conditions d'engagement de la responsabilité qui imposent le caractère fautif ou non du fait générateur, les qualités attendues du préjudice et la nature du lien de causalité. Les secondes, dites *procedural rules*, ne font qu'encadrer la procédure suivie par le juge national pour statuer sur le recours. Ces règles renvoient surtout au régime de recevabilité du recours ou au déroulé de l'instance. Ces deux ensembles de règles contentieuses sont nécessaires pour donner corps à la voie de droit. Il reste qu'elles sont l'une comme l'autre soumises au principe d'équivalence, même lorsque la voie de droit est imposée par l'Union européenne.

359. Le cas des *remedial rules* pourrait, de prime abord, interpellier. Par exemple, dans ses arrêts *Franovich* et *Brasserie du pêcheur*, la Cour de justice identifie un *remedy* tenant à la responsabilité de l'État membre méconnaissant le droit de l'Union. Dans le

¹⁶³³ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 29.

¹⁶³⁴ Encore faut-il que le recours en révision fondé sur le droit interne puisse être considéré comme comparable au recours fondé sur le droit de l'Union. Or la Cour de justice considère très souvent qu'une comparabilité n'est pas établie : voir pour exemple CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 48.

¹⁶³⁵ Plus clairement, voir CJUE, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13 précité : « *Si, ce qu'il revient à la juridiction de renvoi de vérifier, [la situation européenne en cause] relève des conditions d'application [de la] modalité procédurale [permettant de réviser une décision juridictionnelle définitive], il appartient à cette juridiction, en égard au principe d'équivalence, de faire usage de ladite modalité (...)* » (pt. 56). Position réaffirmée dans CJUE, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17 précité, pt. 60.

¹⁶³⁶ Si tant est qu'une telle distinction existe véritablement : voir M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *what exactly counts as a "remedial" or "procedural issue which properly falls within, the purview of the Rewe/Comet framework, to be resolved through the*

même temps, elle fixe certaines *remedial rules* en affirmant qu'« *un droit à réparation est reconnu par le droit communautaire dès lors que trois conditions sont réunies (...) »*¹⁶³⁷, à savoir que « *que la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées »*¹⁶³⁸. Difficile alors d'envisager une application du principe d'équivalence : pour un recours en responsabilité fondé sur le droit de l'Union, les règles contentieuses nationales ne peuvent s'écarter de ces conditions. En réalité, la Cour de justice affirme opportunément une nuance. Le principe d'équivalence reste susceptible de s'appliquer si, pour des recours similaires fondés sur le droit interne, la responsabilité de l'État peut être engagée « *dans des conditions moins restrictives »*¹⁶³⁹. Autrement dit, si des *remedial rules* plus favorables et applicables à des *remedies* similaires internes existent, elles doivent pouvoir s'appliquer pour le *remedy* fondé sur le droit de l'Union. Le principe d'équivalence est appliqué pour le garantir¹⁶⁴⁰.

360. Dans d'autres domaines que celui de la responsabilité¹⁶⁴¹, la jurisprudence de la Cour de justice s'abstient d'énoncer des *remedial rules*. Aussi, si la Cour de justice exige des États membres qu'ils instituent une voie de droit particulière, elle les laisse libres de fixer les conditions dans lesquelles cette voie de droit est engagée. L'exemple des mesures provisoires en atteste. Dans son arrêt *Factortame*, la Cour de justice reconnaît l'existence de cette voie de droit mais sans prévoir les conditions qui justifient ou non l'octroi de ces mesures provisoires. À l'exception des hypothèses très spécifiques¹⁶⁴² présentes dans les arrêts *Zuckerfabrik*¹⁶⁴³ et *Atlanta*¹⁶⁴⁴, elle énonce que « *l'octroi de mesures provisoires pour suspendre l'application de dispositions nationales jusqu'à ce que la juridiction compétente se soit prononcée sur la conformité de celles-ci avec le droit communautaire est régi par les critères fixés par le droit national applicable devant cette juridiction »*¹⁶⁴⁵. Dans ces conditions, le principe d'équivalence s'applique pour vérifier si ces conditions retenues par le droit

presumption of national autonomy and the principles of equivalence and effectiveness ? » (pt. 433). Voir également C. HARLOW (C.), « *A Common European Law of Remedies ? »* précité, pp. 73 et suivantes.

¹⁶³⁷ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 51.

¹⁶³⁸ *Ibid.*

¹⁶³⁹ *Ibid.*, pt. 66.

¹⁶⁴⁰ *Ibid.*, pt. 67.

¹⁶⁴¹ M. DOUGAN, *op. cit.*, pp. 433-435.

¹⁶⁴² Dans ces deux arrêts, il est question que le juge national puisse suspendre provisoirement l'application d'une norme européenne potentiellement contraire à d'autres dispositions européennes supérieures. Afin de ne pas remettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, il est cohérent que la Cour de justice encadre très précisément les conditions dans lesquelles cette suspension est accordée.

¹⁶⁴³ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89, *Rec. p.* I-415, pt. 22 et suivants.

¹⁶⁴⁴ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta*, aff. C-465/93, *Rec. p.* I-3761, pt. 31 et suivants.

¹⁶⁴⁵ CJCE, *Unibel*, aff. C-432/05 précité, pt. 81.

national – c'est-à-dire, les *remedial rules* – sont équivalentes à celles prévues pour des voies de droit similaires¹⁶⁴⁶. En conclusion, même lorsque la voie de droit est exigée par l'Union européenne, le principe d'équivalence peut régir les règles nationales relevant de la catégorie des *remedial rules*.

361. Pour ce qui est des *procedural rules*, les explications sont beaucoup plus simples à apporter. Sur ces aspects du contentieux national, la Cour de justice identifie rarement une exigence spécifique. Des exceptions existent évidemment. Dans l'arrêt *Borelli*, par exemple, elle considère que, pour un acte national d'application du droit de l'Union, « [les] *juridictions nationales* [doivent] *statuer (...) dans les mêmes conditions de contrôle que celles réservées à tout acte définitif qui, pris par la même autorité nationale, est susceptible de faire grief à des tiers, et, par conséquent, de considérer comme recevable le recours introduit à cette fin, même si les règles de procédure internes ne le prévoient pas en pareil cas* »¹⁶⁴⁷. Ici, les règles de recevabilité du recours national sont directement régies par la Cour. Néanmoins, la logique du principe d'équivalence reste implicitement présente, avec la mention « *dans les mêmes conditions de contrôle...* ».

362. En dehors de cette hypothèse assez isolée, la Cour de justice intervient peu de manière aussi directe pour régir des *procedural rules*. En ce sens, dans son arrêt *Fantask*¹⁶⁴⁸, la Cour de justice reconsidéra une solution dégagée dans un arrêt *Emmott*¹⁶⁴⁹. Dans ce dernier, elle avait dégagé l'exigence selon laquelle, « *jusqu'au moment de la transposition correcte [d'une] directive, l'État membre défaillant ne peut pas exciper de la tardiveté d'une action judiciaire introduite à son encontre [pour revendiquer l'application de ladite directive]* » et qu'en conséquence « *un délai de recours de droit national ne peut commencer à courir qu'à partir de ce moment* »¹⁶⁵⁰. Consciente notamment de l'importance de l'immixtion dans le droit national¹⁶⁵¹, la Cour a fortement cantonné cette exigence dans l'arrêt *Fantask*¹⁶⁵². Elle y rappelle que le point de départ des délais contentieux reste fixé par les

¹⁶⁴⁶ *Ibid.*, pt. 82.

¹⁶⁴⁷ CJCE, *Borelli*, aff. C-97/91 précité, pt. 13 (nous soulignons).

¹⁶⁴⁸ CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec.* p. I-6783.

¹⁶⁴⁹ CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott*, aff. C-208/90, *Rec.* p. I-4269.

¹⁶⁵⁰ *Ibid.*, pt. 23.

¹⁶⁵¹ Voir not. F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 57 et suivants. Le véritable problème, aux yeux de l'avocat général, tenait dans « *une interprétation extensive* » de la solution issue de l'arrêt *Emmott* (pt. 56).

¹⁶⁵² La Cour se refuse à opérer un revirement : elle considère que « *la solution dégagée dans l'arrêt Emmott était justifiée par les circonstances propres à cette affaire, dans laquelle la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir [les droits issus] d'une directive* » (pt. 51). L'argument reste très discutable puisqu'une telle situation est sanctionnée au regard du principe d'effectivité, sans qu'il soit nécessaire ou opportun de dégager une telle exigence.

États membres, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, comme elle l'avait affirmé dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁶⁵³.

363. Pour ces *procedural rules*, l'application du principe d'équivalence n'est pas concurrencée par ces exigences spécifiques dégagées par la Cour de justice. Ce constat vaut y compris si la voie de droit a été, en elle-même, imposée par le droit de l'Union. L'arrêt *Pecastaing*¹⁶⁵⁴ en est un exemple. Dans cette affaire, une directive européenne prévoit qu'un « *intéressé doit pouvoir introduire contre la décision d'entrée, de refus de délivrance ou de refus de renouvellement du titre de séjour ou contre la décision d'éloignement, les recours ouverts aux nationaux contre les actes administratifs* »¹⁶⁵⁵. La Cour de justice considère que les recours fondés sur la directive doivent respecter le principe d'équivalence en ce qui concerne les conditions de « *formes ou de procédures* »¹⁶⁵⁶. Elle note aussi que la détermination de la juridiction compétente doit également respecter ce principe¹⁶⁵⁷. Cependant, afin de préserver l'effet utile d'une telle disposition, elle considère qu'un « [tel] *recours doit donc être ouvert (...) contre toute décision susceptible de donner lieu à éloignement, avant qu'elle soit exécutée* »¹⁶⁵⁸. Malgré tout, elle se refuse à interpréter la directive comme exigeant que le recours en cause soit *suspensif*¹⁶⁵⁹. Si un recours national existant permet de suspendre les effets d'une décision administrative, la Cour de justice requiert, au nom du principe d'équivalence, qu'il soit ouvert lorsqu'il s'agit de décisions visées par la directive¹⁶⁶⁰.

364. Ces différents éléments montrent que le principe d'équivalence conserve une place stable pour encadrer le droit du contentieux. Contrairement aux apparences, son application n'est pas significativement occultée par d'autres exigences plus précises et régissant plus directement le droit national. Il ne s'agit pas de nier ou minimiser la réduction progressive de l'autonomie procédurale des États membres et, en

¹⁶⁵³ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

¹⁶⁵⁴ CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691.

¹⁶⁵⁵ Article 8 de la Directive 64/221/CEE du Conseil, 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*JOCE*, 56, 4 avril 1964, pp. 850–857).

¹⁶⁵⁶ CJCE, *Pecastaing*, aff. 98/79 précité : « Un État membre ne saurait (...) subordonner l'admission d'un recours, par les personnes visées par la directive, à des exigences de formes ou de procédure particulières, moins favorable que celles qui s'appliquent aux recours introduits par les nationaux contre les actes de l'administration » (pt. 10).

¹⁶⁵⁷ *Ibid.* : « si, dans un État membre, des recours contre les actes administratifs peuvent être portés devant les juridictions ordinaires, les personnes relevant du champ d'application de la directive (...) doivent être traitées de la même manière que les nationaux en ce qui concerne les possibilités de recours ouvertes devant ces juridictions contre les actes de l'administration » (pt. 11).

¹⁶⁵⁸ *Ibid.*, pt. 10 (nous soulignons).

¹⁶⁵⁹ *Ibid.*, pt. 12. La jurisprudence était, pour rappel, antérieure à l'arrêt *Factortame* qui permet au juge de suspendre provisoirement une telle décision.

¹⁶⁶⁰ *Ibid.* : « si, dans un État membre, le juge administratif n'était pas investi du pouvoir de suspendre une décision administrative, mais qu'un tel pouvoir serait reconnu aux juridictions ordinaires, cet État serait dans l'obligation de permettre aux personnes relevant du champ d'application de la directive d'introduire une demande de suspension auprès de ces juridictions dans les mêmes conditions que les nationaux » (pt. 11).

conséquence, du champ d'intervention du principe d'équivalence¹⁶⁶¹. Nous détaillerons ce point ultérieurement¹⁶⁶². Nous insistons sur la nécessité de ne pas exagérer ce phénomène. Il serait excessif de considérer que le droit du contentieux national, qu'il concerne l'existence des voies de droit, leurs conditions d'exercice ou les règles de procédures, échappe au respect du principe d'équivalence. Son application s'opère certes à des degrés divers mais elle concerne bien l'ensemble de la matière.

B. Un domaine favorable à l'application du principe d'équivalence

365. Un recensement des arrêts de la Cour de justice relatifs au principe d'équivalence atteste d'une grande majorité d'affaires portant sur du contentieux national. Deux séries de raisons l'expliquent. La première renvoie à la relation particulière qu'entretient la Cour de justice, notamment par le mécanisme du renvoi préjudiciel, avec le juge national plus qu'avec toute autre autorité nationale susceptible d'appliquer le droit de l'Union. Cette relation prend une dimension plus importante pour le principe d'équivalence¹⁶⁶³. En effet, la Cour de justice rappelle que la juridiction nationale « *est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des recours dans le domaine du droit interne* »¹⁶⁶⁴. Elle précise que, « *en vue de l'appréciation à laquelle la juridiction nationale devra procéder, la Cour peut lui fournir certains éléments tenant à l'interprétation du droit communautaire* »¹⁶⁶⁵. En d'autres termes, le juge national est présenté comme l'organe compétent pour appliquer concrètement le principe d'équivalence, et surtout en sanctionner la violation¹⁶⁶⁶. Il est compréhensible que le juge national se préoccupe plus spontanément de la soumission des dispositions contentieuses au principe d'équivalence, puisqu'elles règlementent directement son action. Il est tout aussi logique qu'il saisisse fréquemment la Cour de justice de renvois préjudiciels à ce sujet.

366. La seconde série de raisons mérite d'être plus détaillée. Le droit du contentieux constitue un terrain fertile à l'application du principe d'équivalence¹⁶⁶⁷. D'une part, des doutes se formalisent assez facilement. Le droit du contentieux présente

¹⁶⁶¹ Pour exemple, M. AUDIT, « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification d'un espace judiciaire européen », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 253-263 ; V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309.

¹⁶⁶² Cf. *infra*, pt. 931 et suivants.

¹⁶⁶³ Cf. *infra*, pt. 738 et suivants.

¹⁶⁶⁴ CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec.* p. I-9687, pt. 31.

¹⁶⁶⁵ CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, *Rec.* p. 3201, pt. 50.

¹⁶⁶⁶ Pour exemple, CJUE, ord., 17 juillet 2014, *Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 37-38.

¹⁶⁶⁷ Nous excluons de cette étude les affaires qui portent sur le principe de non-discrimination à raison de la nationalité, bien qu'elles concernent des dispositions contentieuses comme les *cantio judicatum solvi* – cf. *supra*, pt. 301.

de très nombreuses modalités aisément saisissables et susceptibles de révéler une contrariété au principe d'équivalence (1.). D'autre part, la distinction et la comparabilité des situations européenne et interne s'opèrent assez facilement à partir des règles invoquées par les requérants. La situation interne similaire s'identifie sans difficulté si la norme violée ou invoquée avait été nationale (2.).

1. Des modalités litigieuses facilement identifiables

367. De nombreuses modalités organisent le déroulé d'un recours contentieux. Chacune est assujettie au respect du principe d'équivalence. Même si elles sont présentes dans tout type de procès, ces exigences varient selon les recours. La moindre différence entre elles amène fréquemment à douter du respect du principe d'équivalence. Certes, la Cour de justice retient une approche très souple du principe d'équivalence¹⁶⁶⁸. Pour qu'il soit méconnu, une telle différence doit concerner des recours *comparables* renvoyant à une situation européenne et une situation interne. Elle doit également être d'une importance telle qu'elle rende *moins favorable* l'ensemble du traitement accordé¹⁶⁶⁹ à la situation européenne par rapport à la situation interne similaire. Il demeure toutefois que la Cour de justice intervient très régulièrement pour vérifier si le principe d'équivalence est ou non respecté pour l'ensemble de ces modalités procédurales¹⁶⁷⁰. L'analyse globale de la jurisprudence démontre qu'aucune n'est susceptible d'échapper au respect du principe d'équivalence, qu'elle se rapporte, selon une distinction connue en droit processuel¹⁶⁷¹, à l'action (a.) ou à l'instance (b.).

a. Modalités relatives à l'action

368. Ces modalités portent sur les conditions de recevabilité du recours porté devant le juge national. Le principe d'équivalence s'applique aussi bien à propos des questions de compétence de la juridiction saisie du recours (i.) que du régime encadrant la requête ou la demande (ii).

¹⁶⁶⁸ Sur cette appréciation, cf. *infra*, pt. 788 et suivants.

¹⁶⁶⁹ Pour exemple, CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec. p.* I-7835 : « chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale est moins favorable que celles concernant des recours similaires de nature interne doit être analysé par la juridiction nationale en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales » (pt. 44).

¹⁶⁷⁰ Pour un exposé en ce sens, voir P. OLIVER, *op. cit.*, pp. 354-366.

¹⁶⁷¹ L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, pp. 302 et suivantes ; distinction reprise pour le droit du contentieux administratif par C. BROYELLE, *op. cit.*, pp. 16-17.

i. Règles de compétence juridictionnelle

369. À ses origines, la jurisprudence européenne apparaissait indifférente à ce sujet. La répartition des compétences entre les différentes juridictions nationales, pour déterminer qui saisir de l'action visant à l'application du droit de l'Union, relevait de la compétence discrétionnaire des États membres. L'arrêt *Salgoil* de la Cour de justice l'affirme explicitement, en ce qu'« *il appartient à l'ordre juridique national de déterminer la juridiction compétente pour assurer cette protection et, à cet effet, de décider comment la position individuelle ainsi protégée doit être qualifiée* »¹⁶⁷². En l'occurrence, la question était de savoir si l'action nationale portait sur la sauvegarde de "droits subjectifs" ou d'"intérêts légitimes" – qui sont les critères internes départageant en l'espèce la compétence du juge administratif et celle du juge judiciaire. La Cour considère qu'une telle qualification, pourvu qu'elle n'affecte en rien la substance du droit de l'Union à appliquer, est librement déterminée par l'ordre juridique national, au titre de l'autonomie institutionnelle¹⁶⁷³ de l'État membre. Plus récemment, elle réaffirme très explicitement une telle position : les principes d'équivalence et d'effectivité « *valent (...) en ce qui concerne la désignation des juridictions compétentes pour connaître des actions fondées sur [le droit de l'Union]* »¹⁶⁷⁴.

370. L'application du principe d'équivalence à ces règles peut interroger. En effet, la répartition des compétences entre les différentes juridictions nationales ne paraît pas *en elle-même* affecter ou nuire à l'effet utile du droit de l'Union. Il semble difficile d'imaginer en quoi le fait de reconnaître une juridiction compétente plutôt qu'une autre aboutirait à un traitement *moins favorable* de la situation européenne par rapport à une situation interne. D'ordinaire, la Cour de justice se limite dans ses arrêts à simplement rappeler la nécessité de respecter le principe d'équivalence, sans envisager une éventuelle contrariété¹⁶⁷⁵. Les affaires portant sur cette question sont peu fréquentes mais existent. Dans un arrêt *Manfredi*, la Cour de justice est saisie d'une question légitime : une réglementation nationale prévoyait que les recours « *en indemnité* » portant sur le droit

¹⁶⁷² CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité, p. 676.

¹⁶⁷³ La Cour rappelle régulièrement qu'« *il appartient (...) à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes [pour les] recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire* » (exemple : CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, Rec. p. I-7141, pt. 18). Voir not. S. PLATON, « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 461-490, spéc. p. 469.

¹⁶⁷⁴ CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. 268/06, Rec. p. I-2483, pt. 47. Voir également CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 44 ; CJUE, 18 mars 2010, *Alasini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à C-320/08, ECLI:EU:C:2010:146, pt. 49 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Martínez Andrés*, aff. jt. C-184/15 et C-197/15, pt. 59 ; CJUE, 3 avril 2019, *Aqua Med*, aff. C-266/18, ECLI:EU:C:2019:282, pt. 49.

européen et national de la concurrence relèvent d'« *une juridiction autre que celle ordinairement compétente pour les recours en indemnité de même valeur, entraînant de cette manière une augmentation sensible des coûts et des délais de jugement* »¹⁶⁷⁶. Cette différence permet de douter légitimement du respect du principe d'équivalence¹⁶⁷⁷.

371. Deux arrêts méritent cependant d'être développés en ce qu'ils fournissent des exemples dans lesquels la Cour de justice s'attarde sur la conformité des règles de compétence juridictionnelle avec le principe d'équivalence. Le premier est l'arrêt *Agrokonsulting-04*¹⁶⁷⁸. Dans cette affaire, il était question de la compétence territoriale entre deux juridictions administratives de première instance, l'une située à Bourgas et l'autre à Sofia en Bulgarie. Les requérants, qui résident à Bourgas, contestent une décision administrative leur refusant une aide agricole devant le juge administratif de cette même ville – comme cela est normalement prévu en droit interne. Cependant, le juge de renvoi – en l'occurrence, le tribunal de Sofia – souligne l'existence d'une « *pratique administrative* »¹⁶⁷⁹ nationale qui prévoit que les contentieux liés à la politique agricole commune relèvent de la compétence exclusive du tribunal administratif de Sofia. Aussi, les recours portant sur le droit de l'Union relèveraient automatiquement de la compétence du juge de Sofia alors que tel n'est pas le cas pour des recours similaires de droit interne. La juridiction de renvoi y voit un véritable traitement *moins favorable* à deux titres. D'une part, pour ce qui la concerne, elle estime que « *la procédure (...) est compliquée par l'éloignement des parcelles agricoles concernées par la décision [de refus]* », rendant difficile « *la collecte de preuves, la rédaction d'expertises et les visites de terrains* »¹⁶⁸⁰ – 250 km séparent Sofia et Bourgas. D'autre part, pour ce qui concerne les requérants, elle déplore les contraintes de temps et pécuniaires qui pèsent sur eux du fait de cet éloignement du juge compétent. Un doute légitime plane alors sur la compatibilité d'une telle réglementation nationale avec le principe d'équivalence¹⁶⁸¹.

¹⁶⁷⁵ Pour exemple, CJCE, *IN.CO.GE. '90 e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97 précité, à propos de la compétence du juge civil ou du juge fiscal.

¹⁶⁷⁶ CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec.* p. I-6619, pt. 65.

¹⁶⁷⁷ Malgré tout, la Cour n'y répond que très succinctement par un rappel évasif des principes d'équivalence et d'effectivité, sans aucune précision à leur sujet (*Ibid.*, pt. 71-72). Dans ses conclusions, l'avocat général L. A. GEELHOED étudie pourtant le respect d'une telle réglementation au regard du principe d'équivalence (pt. 49-50). Pour une approche plus développée, mais portant exclusivement sur le principe d'effectivité, voir CJCE, *Impact*, aff. 268/06 précité, pt. 50 et suivants – et ce alors même que l'avocat général J. KOKOTT avait, dans ses conclusions, soulevé une potentielle méconnaissance du principe d'équivalence (pt. 72-79).

¹⁶⁷⁸ CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432.

¹⁶⁷⁹ *Ibid.*, pt. 30.

¹⁶⁸⁰ *Ibid.*, pt. 31.

¹⁶⁸¹ Le juge de renvoi proposait deux référentiels possibles pour montrer que le principe d'équivalence était méconnu. Le premier se rapportait à des recours internes visant à contester des « *actes relatifs à la restitution des droits*

372. L'arrêt *Baczó et Vizsnyiczai*¹⁶⁸² présente une problématique assez similaire. Le droit hongrois attribue à la juridiction départementale la compétence exclusive pour constater l'invalidité de clauses reconnues comme abusives, en droit de la consommation de l'Union européenne. Or, pour constater l'invalidité de ces mêmes clauses mais pour d'autres motifs, la juridiction locale de droit commun est normalement compétente. Appuyé en ce sens par la Commission européenne¹⁶⁸³, le juge de renvoi estime qu'une réglementation « entraîne des frais de procédure plus élevés »¹⁶⁸⁴ pour les consommateurs et est « susceptible de compromettre la réalisation des objectifs poursuivis par [le droit de l'Union] »¹⁶⁸⁵. Une fois encore, un doute¹⁶⁸⁶ quant au respect du principe d'équivalence peut résulter de règles nationales relatives à la répartition entre les juges nationaux.

ii. Règles de recevabilité

373. Le droit d'action est encadré par plusieurs modalités : délai, intérêt et qualité à agir, forme de la saisine de la juridiction, etc. Le non-respect de celles-ci conduit à l'irrecevabilité de l'action, sans même que le juge ait été amené à en apprécier le bien-fondé. De telles règles sont logiquement encadrées par la jurisprudence de la Cour de justice par l'application du principe d'équivalence. Son objectif est de s'assurer que ces règles, bien que nécessaires pour limiter l'accès au prétoire et susceptibles d'empêcher la mise en œuvre de dispositions européennes, ne soient pas trop contraignantes au regard de l'effet utile du droit de l'Union. L'application du principe d'équivalence dans ce contexte présente un intérêt certain, notamment par sa complémentarité avec le principe d'effectivité.

de propriété ou de l'usage sur des terres agricoles, à l'indemnisation des propriétaires ainsi qu'aux activités d'entretien de la carte des terres agricoles sur lesquelles la propriété a été restituée » (pt. 41). La Cour refuse de le considérer comme similaire avec le recours litigieux, qui porte sur l'aide aux activités agricoles (pt. 42). Le second se rapportait à des recours visant des aides agricoles exclusivement prévues par la réglementation nationale, comme l'autorise le droit de l'Union (pt. 44-45). Or le gouvernement bulgare affirme que de tels recours relèvent également de la compétence exclusive du juge de Sofia (pt. 46) : il n'existerait donc aucune différence dans la juridiction compétente selon que l'aide agricole est accordée au titre du droit de l'Union ou du droit interne. La Cour conclut que « [si] cette affirmation devait s'avérer exacte, au terme des vérifications qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer sur ce point, il ne saurait être conclu à une méconnaissance du principe d'équivalence (...) » (pt. 47).

¹⁶⁸² CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88.

¹⁶⁸³ *Ibid.*, pt. 43.

¹⁶⁸⁴ Outre cet exemple, à propos d'une réglementation nationale qui exempte de frais de justice, voir CJUE, 30 juin 2016, *Toma*, aff. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499, pt.57.

¹⁶⁸⁵ CJUE, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13 précité, pt. 29.

¹⁶⁸⁶ Contrairement à l'arrêt *Agrokonsulting-04*, la Cour de justice admet que les deux recours en cause – celui fondé sur le droit de l'Union et celui fondé sur le droit interne – sont bien comparables. Cependant, elle considère que reconnaître les juridictions départementales compétentes, par dérogation au régime normalement prévu pour le droit interne, « ne constitue pas nécessairement une modalité procédurale pouvant être qualifiée de "défavorable" » (*Ibid.*, pt. 46). Cette argumentation laisse dubitatif mais elle illustre bien le rôle du principe d'équivalence en ce qui concerne la répartition des compétences entre les juridictions nationales.

374. La jurisprudence relative aux délais contentieux est édifiante¹⁶⁸⁷. Très régulièrement, la Cour de justice reconnaît « *la compatibilité avec le droit communautaire des règles nationales prévoyant des délais de recours raisonnables à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique (...), même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée* »¹⁶⁸⁸. Ces délais constituent exceptionnellement une atteinte à l'effet utile du droit de l'Union, notamment lorsqu'ils sont jugés trop courts. Néanmoins, même s'ils sont jugés raisonnables, ils peuvent être attentatoires à cet effet utile en méconnaissant le principe d'équivalence. L'arrêt *Palmisani*¹⁶⁸⁹ l'illustre très explicitement. La Cour de justice étudie un délai national de forclusion appliqué spécialement aux recours en réparation des préjudices subis en raison de la non-transposition d'une directive par l'État italien. Un tel délai n'étant pas directement encadré par les jurisprudences *Francovich* et *Brasserie du pêcheur*, seul le respect des principes d'équivalence et d'effectivité s'impose. La Cour de justice constate dans un premier temps que le principe d'effectivité n'est pas méconnu par « *la fixation de délais de recours raisonnables à peine de forclusion* »¹⁶⁹⁰. En l'occurrence, « *un délai d'un an, commençant à courir à compter de l'entrée en vigueur de l'acte de transposition de la directive dans l'ordre juridique interne (...)* »¹⁶⁹¹, apparaît conforme au principe d'effectivité. Dans un second temps, la Cour vérifie si celui-ci respecte le principe d'équivalence. En effet, sa durée d'une année apparaît sensiblement plus courte que celle prévue pour des recours visiblement similaires comme le « *recours en indemnité de droit commun* »¹⁶⁹² – dont le délai est de 5 ans¹⁶⁹³. Néanmoins, la Cour de justice estime que les référentiels envisagés ne sont pas pertinents¹⁶⁹⁴ et considère le principe d'équivalence respecté.

375. L'intérêt de l'application du principe d'équivalence aux délais est relativement évident. La facilité qu'ont les plaideurs et les juges nationaux à douter de

¹⁶⁸⁷ Outre les exemples cités *infra*, voir CJUE, 20 décembre 2017, *Caterpillar Financial Services*, aff. C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996, pt. 37-40.

¹⁶⁸⁸ Voir not. CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 48-49 ; CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 19.

¹⁶⁸⁹ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

¹⁶⁹⁰ *Ibid.*, pt. 28.

¹⁶⁹¹ *Ibid.*, pt. 29. La citation complète est : « *un délai d'un an, commençant à courir à compter de l'entrée en vigueur de l'acte de transposition de la directive dans l'ordre juridique interne, lequel non seulement met les bénéficiaires en mesure de connaître la plénitude de leurs droits, mais précise également les conditions d'indemnisation du dommage subi du fait de la transposition tardive, ne saurait être considéré comme rendant particulièrement difficile ni, à plus forte raison, comme rendant en pratique impossible l'introduction de la demande de réparation* ».

¹⁶⁹² *Ibid.*, pt. 32.

¹⁶⁹³ Voir G. COMAS, conclusions sur CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 36.

¹⁶⁹⁴ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité : « *Dans l'hypothèse où il s'avérerait que le régime italien de droit commun de la responsabilité extracontractuelle ne peut servir de base à une action contre les pouvoirs publics pour un comportement illégal qui leur serait imputable dans le cadre de l'exercice de la puissance publique et où la juridiction de renvoi ne pourrait procéder à aucune autre comparaison pertinente entre la condition de délai litigieuse et les conditions relatives à des réclamations semblables de nature interne, il y aurait lieu de conclure, compte tenu de ce qui précède, que le droit communautaire ne s'oppose pas à ce qu'un État membre impose,*

son respect explique également la récurrence des contrôles de la Cour de justice. Cette dernière vérifie à cette occasion que ces délais ne restreignent pas injustement la possibilité pour qu'un juge applique une règle européenne. Cependant, n'importe quelle différence de délais ne méconnaît pas forcément le principe d'équivalence, et la Cour de justice le rappelle à maintes occasions. À la suite de l'arrêt *Palmisani*¹⁶⁹⁵, plusieurs requérants tentèrent, par le principe d'équivalence, d'écarter tout délai contentieux plus court qu'un délai de droit commun. En réaction, la Cour de justice apporte plusieurs précisions visant à éviter une invocation abusive du principe d'équivalence¹⁶⁹⁶. Dans son arrêt *Edis*¹⁶⁹⁷, à propos de recours en répétition de l'indu, elle précise que le principe d'équivalence « ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions »¹⁶⁹⁸. Ce principe ne peut être compris comme « obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions en restitution de taxes ou redevances perçues en violation du droit communautaire son régime de répétition interne le plus favorable »¹⁶⁹⁹. La Cour rappelle ainsi que le principe d'équivalence n'est méconnu que dans l'hypothèse où le délai particulier – et plus court que le délai de droit commun – s'applique *exclusivement* pour des recours fondés sur le droit de l'Union. S'il s'applique *indifféremment*¹⁷⁰⁰ aux recours fondés sur le droit interne ou sur le droit de l'Union, le principe d'équivalence n'interdit pas qu'il soit moins favorable qu'un délai de droit commun.

376. Cette jurisprudence ne doit pas être mal comprise. Elle n'a fait que limiter la portée du principe d'équivalence sans en affecter son champ d'application. Le principe d'équivalence reste très régulièrement invoqué pour contrôler les délais contentieux nationaux. La Cour de justice s'est prononcée sur la durée de délais de forclusion¹⁷⁰¹ ou

pour l'introduction de tout recours tendant à la réparation du dommage subi du fait de la transposition tardive de la directive, un délai de forclusion d'un an, à compter de la transposition dans son ordre juridique interne » (pt. 39).

¹⁶⁹⁵ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

¹⁶⁹⁶ Outre l'arrêt *Edis* évoqué, voir CJCE, *IN.CO.GE.'90 e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97 précité, pt. 27 ; CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 21 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec. p.* I-579, pt. 24 et pt. 28 ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, *Rec. p.* I-10465, pt. 30. Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 502 et suivants.

¹⁶⁹⁷ Rendu en même temps, voir CJCE, 15 septembre 1998, *Spac*, aff. C-260/96, *Rec. p.* I-4997.

¹⁶⁹⁸ CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec. p.* I-4951, pt. 37.

¹⁶⁹⁹ *Ibid.*, pt. 36.

¹⁷⁰⁰ *Ibid.* Sur cette notion, cf. *infra*, pt. 687 et suivants.

¹⁷⁰¹ Pour exemples, voir CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 55-59 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec. p.* I-7003, pt. 28 et suivants ; CJUE, 22 février 2018, *INEOS*, aff. C-572/16, *ECLI:EU:C:2018:100*, pt. 42-43 ; CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, *ECLI:EU:C:2020:825* pt. 30 et suivants.

de prescription¹⁷⁰² et sur leurs modalités de computation¹⁷⁰³ et d'interruption¹⁷⁰⁴. Au-delà, le principe d'équivalence a été appliqué à d'autres conditions de recevabilité comme l'exigence d'un timbre¹⁷⁰⁵, d'une formalité préalable à la saisine du juge¹⁷⁰⁶, de certaines précisions requises dans la requête de saisine¹⁷⁰⁷ ou la possibilité de régulariser la requête¹⁷⁰⁸.

b. Modalités relatives à l'instance

377. L'expression d'« instance » désigne le déroulement du procès devant le juge¹⁷⁰⁹. Elle débute lorsque celui-ci a été régulièrement saisi et est en mesure d'apprécier le bien-fondé de la prétention qui lui est soumise. Elle s'achève normalement par le rendu de la décision juridictionnelle finale. Les différentes modalités qui régissent l'instance sont toutes concernées par le principe d'équivalence. Toutefois, force est d'admettre que, à la différence des modalités liées à l'action, l'application du principe d'équivalence est plus rare. En effet, généralement, les modalités relatives à l'instance sont globalement uniformisées pour l'ensemble des recours nationaux. Il est souvent difficile d'identifier des différences significatives ou manifestes entre les voies de droit fondées sur le droit de l'Union et sur le droit interne.

378. Le régime de la preuve devant le juge national l'illustre. Il ne fait aucun doute qu'un tel régime doit respecter le principe d'équivalence¹⁷¹⁰. Cependant, son application est très souvent occultée¹⁷¹¹ au profit du principe d'effectivité¹⁷¹² ou de protection juridictionnelle effective¹⁷¹³. Dans la majorité des hypothèses, les règles de preuve sont identiques d'un contentieux à un autre, qu'il soit fondé sur le droit de

¹⁷⁰² Pour exemples, voir CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec.* p. I-3189, pt. 19 et suivants ; CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, pt. 36 et suivants.

¹⁷⁰³ Voir CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et 96/10, *Rec.* p. I-7819, pt. 33 et suivants ; CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, pt. 82.

¹⁷⁰⁴ CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec.* p. I-2119, pt. 27 et suivants ; implicitement, CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, pt. 43 et suivants.

¹⁷⁰⁵ CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 66-68.

¹⁷⁰⁶ Voir CJUE, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à C-320/08 précité, pt. 46 et suivants, à propos « d'une procédure de tentative de conciliation obligatoire [qui] constitue une condition de recevabilité des recours juridictionnels » (pt. 46). Voir également, CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec.* p. I-12167, pt. 73.

¹⁷⁰⁷ CJUE, 31 mai 2018, *Sziber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367, pt. 37 et suivants.

¹⁷⁰⁸ CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 86.

¹⁷⁰⁹ Nous employons la définition de L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.* : « introduite par l'exercice d'une action en justice (ou d'un recours), elle ne naît qu'avec la saisine d'un juge et s'éteint, en principe, avec le jugement de celui-ci (...) » (p. 368).

¹⁷¹⁰ Voir not. CJCE, 27 février 1980, *Just*, aff. 68/79, *Rec.* p. 501, pt. 27 ; CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec.* p. I-3735, pt. 64 ; CJUE, 14 novembre 2019, *Vaselife International et Chrysal International*, aff. C-445/18, ECLI:EU:C:2019:968, pt. 61-62. Nous excluons l'étude des affaires relatives à la reconnaissance de l'équivalence des preuves (pour exemple : CJCE, 28 juin 2007, *Bonn Fleisch*, aff. C-1/06, *Rec.* p. I-5609) qui se rapportent au principe de reconnaissance mutuelle plutôt qu'au principe d'équivalence.

¹⁷¹¹ Voir M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 78-85.

¹⁷¹² Pour exemple, voir CJUE, 21 juin 2017, *W. e.a.*, aff. 621/15, ECLI:EU:C:2017:484, pt. 25 et suivants.

¹⁷¹³ CJCE, *Johnston*, aff. 222/84 précité, pt. 20.

l'Union ou non. En général, la Cour de justice rappelle que le principe d'équivalence implique que « *tous les moyens de preuve que les droits procéduraux des États membres admettent dans des procédures similaires [internes] sont, en principe, recevables [dans le cadre d'un recours fondé sur le droit de l'Union]* »¹⁷¹⁴. Outre le régime de la preuve, ce constat peut être fait à propos de règles relatives aux dépens¹⁷¹⁵, aux modalités de tierces interventions¹⁷¹⁶ ou à l'exécution forcée des décisions de justice¹⁷¹⁷.

379. Cependant, le principe d'équivalence est bel et bien opposé à de telles modalités procédurales, même si son application sera souvent purement formelle. En outre, certaines d'entre elles nécessitent un contrôle approfondi du principe d'équivalence. Elles se rapportent aux prérogatives dont dispose le juge tout au long de l'instance ou celles relatives au contenu de la décision juridictionnelle rendue. Les exemples sont nombreux sur cette question tant les modalités qui s'y rapportent sont diverses. Les modalités d'octroi de mesures provisoires¹⁷¹⁸, lorsqu'elles sont déterminées par les États membres¹⁷¹⁹, en sont une illustration. La faculté du juge d'édicter des injonctions vis-à-vis d'autorités administratives¹⁷²⁰ en est une autre. Un autre exemple se trouve dans un arrêt *Faber* : la Cour de justice affirme que « [de] *la même façon que, dans le cadre des modalités procédurales de son ordre juridique interne, il est appelé, aux fins d'identifier la règle de droit national applicable, à procéder à la qualification des éléments de droit et de fait qui lui ont été soumis par les parties, le cas échéant en invitant ces dernières à apporter toute précision utile, le juge national est tenu, en vertu du principe d'équivalence, de procéder à la même opération aux fins de déterminer si une norme du droit de l'Union est applicable* »¹⁷²¹. D'autres seront étudiées ultérieurement, comme le régime applicable aux moyens contentieux fondés sur le droit de l'Union¹⁷²².

380. Parmi l'ensemble de ces prérogatives, certaines sont davantage contrôlées. Il s'agit notamment des modalités qui encadrent l'indemnisation octroyable par le

¹⁷¹⁴ CJCE, 23 mars 2000, *Met-Trans et Saggpol*, aff. jt. C-310/98 et C-406/98, *Rec. p. I-1797*, pt. 29. La Cour y affirme qu'« *il incombe aux autorités nationales de déterminer, selon les principes de leur droit national applicables en matière de preuve, si, dans le cas concret qui leur est soumis et au vu de l'ensemble des circonstances, la preuve du lieu où l'infraction ou l'irrégularité a été commise a été rapportée à leur satisfaction, par exemple si un témoignage doit ou non être admis et se voir reconnaître une force probante. En particulier, il leur revient d'apprécier la fiabilité d'un témoin qui a participé au transport entaché de l'irrégularité en cause* » (pt. 30).

¹⁷¹⁵ CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec. p. 9687*, pt. 30.

¹⁷¹⁶ CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité, pt. 37-40.

¹⁷¹⁷ CJUE, 26 juin 2019, *Kubar*, C-407/18, EU:C:2019:537, pt. 46-47.

¹⁷¹⁸ CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 81-82 ; CJUE, 14 mars 2013, *Aziç*, aff. C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164, pt. 50-52.

¹⁷¹⁹ Ce qui exclut les hypothèses concernées par les arrêts *Zuckerfabrik* (aff. C-143/88) et *Atlanta* (aff. C-465/93) précités.

¹⁷²⁰ CJUE, 26 juin 2019, *Craeynest e.a.*, aff. C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533, pt. 54-55.

¹⁷²¹ CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, pt. 39.

¹⁷²² Cf. *infra*, pt. 382 et suivants.

juge¹⁷²³. En général, la Cour de justice juge suffisant que le juge puisse indemniser *intégralement* le préjudice subi, éventuellement avec l'octroi d'intérêts¹⁷²⁴. L'application du principe d'équivalence présente un intérêt lorsque le juge national a la possibilité d'aller au-delà¹⁷²⁵. En ce qui concerne la répétition de l'indu, la Cour de justice considère qu'« *il appartient (...) aux autorités nationales (...) de régler toutes questions accessoires ayant trait à cette restitution, comme le versement d'intérêts, en appliquant leurs règles internes concernant le taux d'intérêt et la date à partir de laquelle les intérêts doivent être calculés* »¹⁷²⁶. Les critères de calcul de ces intérêts doivent également respecter le principe d'équivalence¹⁷²⁷. Cette logique se manifeste de la même manière pour les recours en indemnisation¹⁷²⁸. Dans son arrêt *Manfredi* déjà abordé, la Cour considère que si le juge peut accorder « *des dommages-intérêts particuliers, tels que des dommages-intérêts exemplaires ou punitifs* »¹⁷²⁹, il doit faire de même vis-à-vis de recours fondés sur le droit de l'Union.

2. Une distinction et une comparabilité simplifiées des situations européenne et interne

381. Le droit du contentieux constitue un domaine propice à l'application du principe d'équivalence en ce qu'il permet facilement de distinguer et de comparer les traitements accordés à une situation européenne et à une situation interne. Contrairement à d'autres domaines¹⁷³⁰, la distinction et la comparabilité des situations s'opèrent facilement à partir de la *nature* de la norme invoquée devant le juge. La

¹⁷²³ Un exemple assez atypique résulte de l'arrêt CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08, Rec. p. I-4165. La Cour souligne que « [s]'agissant du principe d'équivalence, (...) conformément au droit interne régissant en général l'indemnisation des préjudices causés par des actes illégaux de l'État ou des personnes morales de droit public, le juge compétent en matière d'octroi de dommages-intérêts est également compétent pour contrôler, de manière incidente, la légalité de l'acte administratif faisant grief, ce qui peut conduire, au départ d'une action introduite à titre individuel par un particulier, à l'octroi d'une indemnisation si les conditions de fond prévues à cet effet sont remplies » (pt. 75). Ce principe est donc méconnu « en matière de marchés publics, domaine couvert par le droit de l'Union, [où] ces deux types de compétences, à savoir, d'une part, la compétence d'annuler ou de constater la nullité d'un acte administratif et, d'autre part, la compétence d'accorder réparation du préjudice subi, relèvent, dans le cadre juridique national en cause dans l'affaire au principal, de deux juridictions différentes » (pt. 76).

¹⁷²⁴ CJCE, *Marshall II*, aff. C-271/91 précité, pt. 31 ; CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité, pt. 87 et suivants ; CJCE, *Nadine Paquay*, aff. C-460/06 précité, pt. 46.

¹⁷²⁵ En d'autres termes, si le juge est compétent pour accorder des intérêts compensatoires dans certains recours internes, il doit pouvoir le faire dans le cadre d'un recours fondé sur le droit de l'Union – toujours à la condition que les recours soient comparables entre eux. Voir CJCE, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96, C-280/96 et C-281/96 précité : le principe d'équivalence « ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre prévoie, en matière d'intérêts, des modalités de calcul moins favorables pour la restitution d'impositions indûment perçues que pour la répétition de l'indu entre particuliers, pourvu que les modalités en cause s'appliquent **indifféremment** aux actions fondées sur le droit interne et à celles fondées sur le droit communautaire » (pt. 30 – nous soulignons). Constant une potentielle violation du principe d'équivalence sur ce sujet, voir CJCE, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99 précité, pt. 78.

¹⁷²⁶ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 17 ; CJCE, 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96, C-280/96 et C-281/96, Rec. p. I-5025, pt. 28 ; CJCE, 10 septembre 2002, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99, Rec. p. I-6761, pt. 76.

¹⁷²⁷ En ce sens, voir CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean et Ciup* (2 arrêts), aff. C-200/14 et C-288/14, ECLI:EU:C:2016:494 et ECLI:EU:C:2016:495, pt. 45 et suivants et pt. 32 et suivants.

¹⁷²⁸ En ce sens, voir CJCE, 591/10, pt. 34.

¹⁷²⁹ CJCE, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04 précité, pt. 93. Voir également pt. 99.

¹⁷³⁰ Cf. *infra*, pt. 788 et suivants.

situation européenne se caractérise dès lors que la règle qui *fonde*¹⁷³¹ le recours ou que le justiciable *fait valoir*¹⁷³² est issue du droit de l'Union européenne. Le référentiel pertinent désigne alors le recours dans lequel la norme invoquée relève du droit interne. Nous verrons que cette manière d'appréhender la comparabilité des recours est assez schématique. Malgré tout, selon cette présentation, le doute quant au respect du principe d'équivalence se formalise assez facilement en fonction la nature de la norme invoquée (a.) ou violée (b.).

a. La nature de la norme invoquée : le cas des moyens contentieux

382. Le principe de l'applicabilité directe du droit de l'Union prévoit que toute norme européenne suffisamment claire, précise et inconditionnelle doit s'appliquer devant une juridiction nationale¹⁷³³. Les modalités selon lesquelles cette application est possible relèvent toutefois de la compétence des États membres, dans le cadre de leur autonomie procédurale. À cet égard, le traitement accordé à un moyen contentieux qui repose sur une norme européenne doit respecter les principes d'équivalence et d'effectivité. Pour sa part, le principe d'équivalence exige que ce traitement soit au moins équivalent à celui appliqué au moyen qui repose sur une norme similaire de nature interne. Le régime relatif à la recevabilité du moyen contentieux doit, par exemple, s'y conformer¹⁷³⁴.

383. Sur ce sujet, la Cour de justice a développé une importante jurisprudence sur la faculté – ou l'obligation – pour le juge national de soulever d'office un moyen fondé sur une règle européenne. À l'exception notable de l'article 6 de la directive 93/13¹⁷³⁵, aucune exigence en ce sens n'est requise¹⁷³⁶. Dans son arrêt *Verholen*¹⁷³⁷, alors même qu'elle y avait été sollicitée par son avocat général¹⁷³⁸, la Cour se refuse à dégager une telle exigence. Elle confirme explicitement cette position dans les arrêts *Peterbroeck*¹⁷³⁹

¹⁷³¹ Pour exemple, CJUE, *Belastingdienst*, aff. C-175/17 précité : le principe d'équivalence « requiert un traitement égal des recours **fondés** sur une violation du droit national et de ceux, similaires, **fondés** sur une violation du droit de l'Union (...) » (pt. 41 – nous soulignons).

¹⁷³² Pour exemple, CJUE, 14 février 2019, *Nestrade*, aff. C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115 : le principe d'équivalence implique que « les personnes **faisant valoir** les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ne doivent pas être défavorisées par rapport à celles faisant valoir des droits de nature purement interne » (pt. 37 – nous soulignons).

¹⁷³³ Cf. *supra*, pt. 215 et suivants.

¹⁷³⁴ Voir CJUE, 15 mars 2017, *Aquino*, aff. C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209, pt. 41 et suivants.

¹⁷³⁵ Directive 93/13/CEE du Conseil, 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE*, L 95, 21 avril 1993, p. 29) – sur cette disposition, cf. *infra*, pt. 388.

¹⁷³⁶ Voir Y. HOUYET, « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *JDE* 2010, n°167, pp. 69-76.

¹⁷³⁷ CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen e.a.*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec.* p. I-3757, pt. 11-16.

¹⁷³⁸ M. DARMON, conclusions sur CJCE, *Verholen e.a.*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90 précité, pt. 19-21.

¹⁷³⁹ CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 précité.

et *Van Schijndel*¹⁷⁴⁰. Dans ce second arrêt, elle affirme que, si et seulement si, « en vertu du droit national, les juridictions doivent [ou peuvent] soulever d'office les moyens tirés d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle obligation s'impose également, s'agissant des règles communautaires contraignantes »¹⁷⁴¹. Le principe d'équivalence, implicitement mentionné dans cette affirmation, prend alors une importance significative. La Cour de justice se refuse à imposer directement au juge national l'obligation de soulever d'office un moyen fondé sur le droit de l'Union. En appliquant le principe d'équivalence, elle bénéficie d'une alternative efficace pour garantir, malgré tout, l'effet utile du droit de l'Union.

384. Cette application du principe d'équivalence s'opère essentiellement selon deux situations¹⁷⁴² : la possibilité pour le justiciable de soulever à tout instant du procès un moyen nouveau et la qualité « d'ordre public » du moyen invoqué. Les deux cas suivent une logique identique. Pour plus de clarté dans le propos, nous nous focaliserons uniquement sur la question des moyens d'ordre public. Ces derniers, qui se retrouvent globalement dans tous les systèmes juridictionnels nationaux¹⁷⁴³, constituent l'archétype des moyens que le juge peut – ou doit – soulever d'office. Logiquement, la Cour de justice vérifie régulièrement si, au nom du principe d'équivalence, un moyen fondé sur le droit de l'Union est assimilable à un moyen national d'ordre public¹⁷⁴⁴. Si tel est le cas, le principe d'équivalence exige que le juge national lui accorde un traitement équivalent. Concrètement, il doit – ou doit pouvoir – le soulever d'office. Si tel n'est pas le cas, le juge peut régulièrement s'en abstenir sans porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. Tout l'enjeu est de déterminer si le droit de l'Union invoqué s'assimile à une règle considérée dans l'ordre juridique interne comme « d'ordre public ».

¹⁷⁴⁰ CJCE, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 précité. Voir également CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, aff. C-72/95, Rec. p. I-5403, pt. 57-58. Sur cette jurisprudence, voir not. G. CANIVET et J.-G. HUGLO, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1995, n°4, chron. 4 ; S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706 ; E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, 1999, pp. 131 et suivantes.

¹⁷⁴¹ CJCE, *Van Schijndel*, aff. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 13. La Cour précise qu'« [il] en est de même si le droit national confère au juge la **faculté** d'appliquer d'office la règle de droit contraignante » (pt. 14 – nous soulignons). Sur cette différence entre obligation et faculté, cf. *infra*, pt. 523 et suivants.

¹⁷⁴² Voir not. F. CLAUSEN, « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADE* 2012, pp. 215-242 ; du même auteur, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 35 et suivantes.

¹⁷⁴³ Voir not. L. CADDIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, pp. 726 et suivantes.

¹⁷⁴⁴ Voir not. F. BENOIT-ROHMER, « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA* 1996, n°129, pp. 23-32, spéc. pp. 28-29.

385. Cette assimilation se révèle cependant complexe¹⁷⁴⁵. La jurisprudence européenne à ce sujet se révèle plutôt obscure. En effet, dans un arrêt *Eco Swiss*, la Cour de justice semble retenir une conception originale du principe d'équivalence. Elle affirme qu'une « *disposition fondamentale indispensable pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté (...)* »¹⁷⁴⁶ doit être assimilée à une règle d'ordre public dans l'ordre juridique national¹⁷⁴⁷. En outre, dans certains arrêts ultérieurs, la mention explicite du principe d'équivalence n'est pas présente pour traiter cette question¹⁷⁴⁸. Si des arrêts y font finalement explicitement référence¹⁷⁴⁹, la méthode suivie par la Cour de justice apparaît très originale¹⁷⁵⁰. En un mot, la norme européenne est considérée comme “d'ordre public” dès lors qu'elle occupe une *place* dans l'ordre juridique de l'Union comparable ou équivalente à celle occupée par une norme similaire dans l'ordre juridique interne.

386. Ainsi présentée, la distinction des situations européenne et interne s'opère non pas en fonction de la “nature” de la norme invoquée mais en fonction de son “rang”. Pour le dire autrement, la norme européenne devra être traitée comme une règle “d'ordre public” si elle occupe une *place équivalente*¹⁷⁵¹ dans l'ordre juridique de l'Union. Schématiquement, toute règle européenne considérée comme *fondamentale*¹⁷⁵² ou d'une particulière *importance*¹⁷⁵³ pour la Cour de justice peut être reconnue comme « *une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public* »¹⁷⁵⁴. Une telle approche paraît très discutable¹⁷⁵⁵ et peu cohérente. En effet, l'assimilation en fonction du “rang” occupé dans l'ordre juridique de l'Union s'éloigne de la logique qui guide traditionnellement l'application du principe d'équivalence. La comparabilité des situations s'opère toujours *uniquement* au sein de l'ordre juridique national. Il ne s'agit jamais de comparer la manière dont la situation européenne est

¹⁷⁴⁵ B. LE BAUT-FERRARESE, note sous CJCE, *Verbolten e.a.*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90 précité, in M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, Paris, PUF, 3^e édition, 2016, pp. 196-206, spéc. p. 200.

¹⁷⁴⁶ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-127/97, *Rec. p.* I-3055, pt. 36 – nous soulignons.

¹⁷⁴⁷ La Cour précise : « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance de l'interdiction édictée à l'article 81, paragraphe 1, CE* » (pt. 37).

¹⁷⁴⁸ Voir CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec. p.* I-10421.

¹⁷⁴⁹ CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, aff. jt. C-222/05 à C-225/05, *Rec. p.* I-4233 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec. p.* I-9579, pt. 49.

¹⁷⁵⁰ Voir Y. HOUYET, « L'équivalence entre les normes de droit de l'Union européenne et les règles nationales d'ordre public », *JDE* 2017, pp. 391-394.

¹⁷⁵¹ CJCE, *van der Weerd e.a.*, aff. jt. C-222/05 à C-225/05 précité, pt. 30.

¹⁷⁵² CJCE, *Eco Swiss*, aff. C-127/97 précité, pt. 36.

¹⁷⁵³ CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 52 ; CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, aff. C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, pt. 44.

¹⁷⁵⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵⁵ La jurisprudence initiée avec l'arrêt *Eco Swiss* a été discutée par la doctrine au-delà du principe d'équivalence : voir S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law – From *Van Schijndel* to *Eco*

appréhendée par l'ordre juridique de l'Union par rapport à celle dont la situation interne l'est dans l'ordre juridique interne¹⁷⁵⁶. L'importance qu'accorde éventuellement le droit de l'Union à une situation européenne déterminée n'a aucune incidence sur l'application du principe d'équivalence¹⁷⁵⁷.

387. Avec son arrêt *Benallal*¹⁷⁵⁸, la Cour de justice renoue judicieusement avec une approche plus cohérente du principe d'équivalence¹⁷⁵⁹. La question était de savoir si le “droit d’être entendu” consacré par l'ordre juridique de l'Union pouvait être assimilable à un moyen d'ordre public en droit belge du contentieux. Tandis que l'avocat général optait pour une comparabilité en fonction du “rang”¹⁷⁶⁰ qu'occupe un tel droit fondamental dans l'ordre juridique de l'Union, la Cour de justice raisonne selon que ce droit est ou non *de même nature*¹⁷⁶¹ qu'un moyen d'ordre public en droit belge. Pour le vérifier, le juge national devra déterminer si la norme contenue dans la disposition européenne aurait été qualifiée de règle d'ordre public si elle était contenue dans une disposition interne. Dans cette hypothèse, il importe peu que la règle européenne occupe, dans l'ordre juridique de l'Union, une place importante ou fondamentale¹⁷⁶².

388. Cette solution nous semble plus judicieuse puisqu'elle repose sur une approche plus pertinente en comparaison de l'application traditionnelle du principe d'équivalence. Certes, dans un arrêt postérieur *Karel de Grote*¹⁷⁶³, la Cour de justice semble

Swiss and Beyond », *Eur. Rev. Private L.* 2004, n°12, pp. 589-611, spéc. pp. 605 et suivantes ; F. CLAUSEN, « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national » précité, pp. 229-234.

¹⁷⁵⁶ Sauf à admettre une équivalence “verticale” entre les traitements ; sur ce thème, cf. *infra*, pt. 975 et suivants.

¹⁷⁵⁷ Voir F. CLAUSEN, *op. cit.* : « ce n'est pas la nature intrinsèque, fût-elle fondamentale, de la disposition européenne en cause qui conduit à une obligation, pour le juge national, de relever d'office sa violation, mais une comparaison avec les dispositions nationales bénéficiant, en vertu du droit interne, d'un régime particulier » (p. 221).

¹⁷⁵⁸ CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175.

¹⁷⁵⁹ Non sans une certaine maladresse ; voir à ce titre L. COUTRON, « Compatibilité avec le droit de l'Union de l'interdiction de présenter des moyens nouveaux en cassation : la réponse en clair-obscur de la Cour de justice », *RTDE* 2017, pp. 383-385 ; S. CAZET, « Relevé d'office », note sous CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité, *Europe* n°5, 2016, comm. 153.

¹⁷⁶⁰ P. MENGOSZI, conclusions sur CJUE, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 35 et suivants.

¹⁷⁶¹ CJUE, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 30-32.

¹⁷⁶² C'est sur cet aspect que la Cour de justice adopte une position plus maladroite. En effet, en droit belge, « les règles d'ordre public sont celles qui revêtent une importance fondamentale dans l'ordre juridique belge » (*ibid.*, pt. 32). Le juge belge devait donc déterminer si le droit d'être entendu (reconnu par le droit de l'Union) est susceptible d'occuper une telle place dans l'ordre juridique belge. La Cour incite, de manière assez discutable, le juge national à répondre par l'affirmative en soulignant qu'un tel droit « constitue un principe **fondamental** de droit de l'Union » (pt. 33). Cette précision nous semble constituer une forme de résurgence de la prise en compte du “rang” de la règle européenne. Toutefois, contrairement aux jurisprudences précédentes, une telle précision reste contextuelle – puisque la “fondamentalité” de la norme est le critère retenu en droit belge – et surtout ne lie pas automatiquement le juge national, qui apprécie très librement si cette circonstance est bien pertinente.

¹⁷⁶³ CJUE, 17 mai 2018, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, aff. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, pt. 34-36 ; position confirmée dans CJUE, 11 mars 2020, *Lintner*, aff. C-511/17, ECLI:EU:C:2020:188, pt. 26.

revenir¹⁷⁶⁴ à une appréciation en fonction du “rang”, mais uniquement pour garder une approche cohérente sur le statut particulier de l'article 6 de la directive 93/13. En effet, c'est essentiellement vis-à-vis de cette disposition très particulière, qui implique l'inopposabilité de clauses abusives dans les contrats couverts par le droit de la consommation, que la Cour de justice a développé sa jurisprudence antérieure à l'arrêt *Benallal*¹⁷⁶⁵. Or cette disposition fait l'objet d'un traitement très original. Dès son arrêt *Océano Grupo*¹⁷⁶⁶, la Cour impose au juge national de soulever d'office le caractère abusif d'une clause, indépendamment de ce que permet le droit national¹⁷⁶⁷. Le principe d'équivalence n'a pas vocation à s'appliquer dans une telle hypothèse¹⁷⁶⁸. Cependant, la Cour précise que cette obligation doit être conciliée avec le respect de l'autorité de chose jugée¹⁷⁶⁹. Très fréquemment, le juge national est dans l'impossibilité de soulever l'inopposabilité de la clause abusive parce qu'elle a été appliquée par une sentence arbitrale qui jouit d'une telle autorité. Dans cette situation très spécifique – mais assez récurrente –, le principe d'équivalence s'applique. Par exemple, dans l'arrêt *Mostaza Claro*, la Cour de justice énonce que « *dans la mesure où une juridiction nationale doit, selon ses règles de procédure internes, faire droit à une demande en annulation d'une sentence arbitrale fondée sur la méconnaissance des règles nationales d'ordre public, elle doit également faire droit à une telle demande fondée sur la méconnaissance des règles communautaires de ce type* »¹⁷⁷⁰. À nos yeux, l'ensemble de la jurisprudence relative au principe d'équivalence et qui s'appuie sur le “rang” de la norme européenne ne fait que répondre à cette hypothèse très particulière. L'application du principe d'équivalence – jusqu'à l'arrêt *Benallal* – était donc instrumentalisée pour

¹⁷⁶⁴ La Cour avait pourtant confirmé la position de l'arrêt *Benallal* : CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/15, ECLI:EU:C:2017:302, pt. 35.

¹⁷⁶⁵ Voir CJCE, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 précité ; CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, précité, pt. 49 ; CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Pobotovost*, aff. C-76/10, Rec. p. I-11557, pt. 48.

¹⁷⁶⁶ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jt. C-240/98 et C-244/98, Rec. p. I-4941 : la Cour considère « *qu'une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la faculté d'apprécier d'office une telle clause* » (pt. 26). Sur ce sujet, voir également C. VERDURE, « La portée de l'office du juge national en droit de la consommation de l'Union européenne : examen au regard de la réglementation des clauses abusives », *ADE* 2012, pp. 331-342 ; B. HESS, « L'office du juge dans les litiges impliquant des consommateurs. Une situation spécifique ? », in C. CHAINAIS *et al.* (dir.), *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 113-125.

¹⁷⁶⁷ F. CLAUSEN, *op. cit.* : « *la Cour a ainsi consacré une véritable exception aux règles nationales (...) [qui] s'explique par un besoin renforcé de protection du consommateur face aux manœuvres dilatoires de son cocontractant professionnel* » (p. 237). Dans le même sens, E. POILLOT, commentaire sous CJUE, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, aff. C-147/16 précité, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 828-844, spéc. pp. 838-839.

¹⁷⁶⁸ Voir CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, Rec. p. I-10875, pt. 36 ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, aff. C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJUE, 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, aff. C-137/08, Rec. p. I-10847, pt. 56 ; CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 48-53 ; CJUE, ord., 14 novembre 2013, *Banco Popular Español*, aff. jt. C-537/12 et C-116/13, ECLI:EU:C:2013:759, pt. 55 ; CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 49 et suivants.

¹⁷⁶⁹ Cette remarque s'applique également aux droits fondamentaux ou au principe de sécurité juridique : voir CJCE, 25 novembre 2008, *Heemskerk et Schaap*, aff. C-455/06, Rec. p. I-8763, pt. 47 ; CJUE, 13 février 2014, *Maks Pen*, aff. C-18/13, ECLI:EU:C:2014:69, pt. 37.

assurer au mieux la protection des consommateurs lorsque l'autorité de chose jugée y fait obstacle¹⁷⁷¹. Aussi, cette jurisprudence particulière ne doit pas être vue comme représentative de la manière dont ce principe est appliqué pour encadrer le traitement des moyens contentieux. En dehors de ces situations très particulières¹⁷⁷², le principe d'équivalence prend bien en compte la *nature* de la norme qui fonde le moyen et non sa *place* ou son *rang*.

b. La nature de la norme violée

389. La jurisprudence de la Cour de justice est plus simple à exposer lorsque le recours vise à remédier à une *violation* du droit de l'Union. Le principe d'équivalence commande que les modalités procédurales qui encadrent un tel recours soient équivalentes à celles pesant sur un recours qui cherche à remédier à une violation d'une norme interne similaire. Ce cas de figure renvoie surtout¹⁷⁷³ à deux situations distinctes : la répétition de l'indu et le recours en réparation. Pour le premier, il s'agit de déterminer la nature interne ou européenne de la norme qui permet de considérer la somme versée comme indue. Pour le second, c'est la nature de la norme violée qui constitue le fait générateur de la responsabilité. Le principe d'équivalence devient un instrument efficace pour contrôler de tels recours ou certaines modalités. Deux exemples peuvent l'illustrer – notamment en ce qu'ils font partie des rares arrêts dans lesquels la Cour de justice constate sans équivoque une violation du principe d'équivalence.

¹⁷⁷⁰ CJCE, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 précité, pt. 35. Voir également CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, précité, pt. 37-38 ; CJUE, ord., *Pobotovost*, aff. C-76/10 précité, pt. 45-47.

¹⁷⁷¹ Pour un exemple éloquent, voir CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 48-49 et notamment les conclusions rendues par l'avocat général M. SZPUNAR, pt. 67-70.

¹⁷⁷² Il pourrait nous être rétorqué que d'autres arrêts de la Cour appliquent le principe d'équivalence à partir du "rang" de la norme européenne dans d'autres domaines. La Cour a en effet développé une approche similaire vis-à-vis des ex-articles 81 et 82 TCE (CJCE, *Eco Swiss*, aff. C-127/97 précité ; implicitement, CJCE, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04 précité, pt. 31 et CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec. p. I-4529*, pt. 49). Dans son arrêt *van der Weerd e.a.* (aff. jt. C-222/05 à C-225/05 précité), elle reprend une logique similaire vis-à-vis de la directive 85/511/CEE (Directive du Conseil, 29 septembre 2003 établissant des mesures communautaires de lutte contre la fièvre aphteuse, *JOCE*, L 306, 22 novembre 2003, p. 1). Ces éléments ne sont pas niés mais ne sont pas représentatifs à nos yeux. Pour ce qui concerne le droit de la concurrence, F. CLAUSEN (*op. cit.*) a démontré qu'il s'agit d'une jurisprudence là encore très exceptionnelle, pour ne pas dire dépassée : l'arrêt *Eco Swiss* n'a, concrètement, jamais été clairement confirmé pour ce qui concerne le principe d'équivalence. Pour l'arrêt *van der Weerd*, Y. HOUYET (*op. cit.*) souligne que, en dépit de ce que laisse entendre les termes employés par la Cour, le principe d'équivalence est appliqué de la même manière que dans l'arrêt *Benallal* : dans l'un et l'autre, « l'équivalence des règles européennes et des normes nationales a (...) été évaluée exclusivement en considération de l'objet des règles nationales et du caractère d'ordre public qui leur était conféré ou non par le droit interne. L'importance des dispositions européennes dans l'ordre juridique européen n'a par contre pas été déterminante » (p. 393). Enfin, l'arrêt *Farkas* (aff. C-564/15 précité) encourage à retenir cette optique : puisque n'étant pas confrontée à l'article 6 de la directive 93/13, la Cour de justice réitère sa position de l'arrêt *Benallal* pour ce qui est de l'application du principe d'équivalence.

¹⁷⁷³ Une autre hypothèse serait celle des recours en révision qui permettent de rendre une décision de justice régulière. L'identification et la comparabilité des situations s'opèrent selon que ce recours permet de tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice (situation européenne) ou bien de la Cour constitutionnelle nationale

390. Le premier est l'arrêt *Weber's Wine*¹⁷⁷⁴, relatif à la répétition de l'indu. À la suite d'un arrêt en manquement de la Cour de justice, dans lequel elle déclare une taxe nationale contraire au droit de l'Union européenne, le législateur autrichien a institué des règles particulières pour les demandes en répétition de l'indu en matière fiscale¹⁷⁷⁵. En l'état, cette législation ne semble pas méconnaître le principe d'équivalence¹⁷⁷⁶ puisque ces règles s'appliquent *indifféremment* selon que la taxe est jugée irrégulière au regard du droit de l'Union ou du droit interne. Cependant, le législateur a introduit une dérogation qui, elle, pose problème. En effet, si la taxe fiscale est déclarée inconstitutionnelle par la Cour constitutionnelle autrichienne, le contribuable est exonéré du respect desdites règles. La Cour de justice considère que, dans cette hypothèse, le principe d'équivalence est méconnu¹⁷⁷⁷. L'identification et la comparabilité des situations européenne et interne ne posent ici aucune difficulté : le recours en répétition de l'indu qui repose sur la violation du droit de l'Union apparaît comparable au même recours qui repose sur la violation de la Constitution¹⁷⁷⁸.

391. Le second exemple est l'arrêt *Transportes Urbanos*¹⁷⁷⁹ à propos de la responsabilité de la puissance publique. Une société privée souhaite engager la responsabilité de l'État du fait d'une loi espagnole reconnue contraire au droit de l'Union par la Cour de justice. Le droit espagnol prévoit, dans une telle situation, que la victime du préjudice respecte une « règle d'épuisement préalable des voies de recours, administratives et juridictionnelles, contre l'acte administratif faisant grief et qui a été adopté en application d'une loi nationale contraire [au droit de l'Union] »¹⁷⁸⁰. Or une telle règle n'est pas exigée si la loi litigieuse est déclarée contraire à la Constitution. Une nouvelle fois, l'identification et la comparabilité des situations européenne et interne se font aisément : dans un cas, la responsabilité se fonde sur la violation du droit de l'Union ; dans l'autre,

(CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité) ou de la Cour EDH (CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité) (situation interne). Nous ne développons pas cet aspect en ce qu'il reste assez exceptionnel et récent dans la jurisprudence de la Cour.

¹⁷⁷⁴ CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World e.a.*, aff. C-147/01, *Rec.* p. I-1165.

¹⁷⁷⁵ Les législations adoptées en réaction d'une condamnation en manquement et qui cherchent à en atténuer les effets font l'objet d'une jurisprudence particulière qui ne fait pas explicitement mention du principe d'équivalence. Voir CJCE, 2 février 1988, *Barra*, aff. 309/85, *Rec.* p. 355 ; CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec.* p. 3513 ; CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité ; CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, aff. C-62/00, *Rec.* p. I-6325 ; CJUE, *Câmpean et Ciup* (2 arrêts), aff. C-200/14 et C-288/14 précités. Sur cette question, cf. *infra*, pt. 411-412.

¹⁷⁷⁶ Elle peut cependant poser problème au regard du principe d'effectivité ; pour exemple, voir CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, *Rec.* p. I-14637.

¹⁷⁷⁷ *Ibid.*, pt. 107-108.

¹⁷⁷⁸ Contrairement à sa prudence habituelle, la Cour présume que le principe d'équivalence est ici violé. Elle laisse simplement le soin au juge national de vérifier si la dérogation auxdites règles place la situation interne dans « des conditions plus avantageuses » (pt. 107) que la situation européenne.

¹⁷⁷⁹ CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, *Rec.* p. I-635.

¹⁷⁸⁰ *Ibid.*, pt. 13.

sur la violation de la Constitution. La difficulté réside, en réalité, sur la *similitude* de ces deux situations. Le juge de renvoi justifie une telle différence de traitement puisqu'elles ne peuvent pas être considérées comme similaires. La Cour de justice est généralement très sensible à ce type d'argument et préfère généralement postuler que les situations ne sont pas similaires – laissant au juge national la responsabilité de se prononcer définitivement à ce sujet¹⁷⁸¹. Cependant, dans l'arrêt étudié, la Cour affirme explicitement que les deux recours sont bien comparables¹⁷⁸² et conclut très clairement à la violation du principe d'équivalence¹⁷⁸³.

§2 : *L'inclusion logique du droit procédural non contentieux*

392. Les études doctrinales portant sur le principe d'équivalence se focalisent essentiellement sur des questions contentieuses ou sur l'action du juge national¹⁷⁸⁴. Toutefois, s'y limiter n'est pas pertinent. En tant que condition de l'autonomie *procédurale* des États membres, il n'existe aucune raison d'exclure le droit procédural non contentieux du respect du principe d'équivalence¹⁷⁸⁵. La jurisprudence de la Cour de justice, plus ou moins explicitement, confirme cette idée. Certes, dans une majorité de ses arrêts, le principe d'équivalence est opposé aux modalités procédurales « *visant à trancher des litiges* »¹⁷⁸⁶ ou « *des recours en justice* »¹⁷⁸⁷. Ces formulations s'avèrent en réalité restrictives. Elles sont parfois employées alors même que, de toute évidence, la modalité procédurale litigieuse ne concerne pas directement le juge national. De plus, sa motivation évolue parfois vers des énoncés plus généraux, susceptibles de recouvrir aussi bien des modalités procédurales contentieuses que non contentieuses¹⁷⁸⁸. Il serait également illogique que le principe d'équivalence ait un champ d'application plus restreint que celui du principe d'effectivité. Ainsi, à l'instar du second, le premier doit s'appliquer à toute « *disposition procédurale nationale [affectant] l'exercice des droits conférés aux*

¹⁷⁸¹ Sur la comparabilité d'un recours qui repose sur une violation de la Constitution, notamment constatée par une décision de la cour constitutionnelle nationale, voir CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 39-41.

¹⁷⁸² *Ibid.*, pt. 45.

¹⁷⁸³ *Ibid.*, pt. 46.

¹⁷⁸⁴ La doctrine anglophone dans son ensemble le montre bien : pour exemple, voir P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015 pp. 226 et suivantes et pp. 246-250. Pour un autre exemple, en doctrine francophone, voir M. L. STRUYS, « Le droit communautaire et l'application des règles procédurales nationales », *JTDE* 2000, pp. 49-54.

¹⁷⁸⁵ En ce sens, pour une présentation du principe d'équivalence au-delà du seul cadre contentieux, voir M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, pp. 631 et suivantes.

¹⁷⁸⁶ Pour exemple, voir CJCE, 5 mars 1980, *Ferverda*, aff. 256/78, *Rec.* p. 617, pt. 12 ; CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. 66/79, *Rec.* p. 1237, pt. 20 ; CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité, pt. 12.

¹⁷⁸⁷ Pour exemple, voir CJCE, *Deville*, aff. 240/87 précité, pt. 12 ; CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité, pt. 85 ; CJUE, *Fuß*, aff. C-429/09 précité, pt. 72.

¹⁷⁸⁸ Cf. *infra.*, pt. 399.

particuliers par l'ordre juridique de l'Union »¹⁷⁸⁹, sans se limiter à un cadre juridictionnel. Plus généralement enfin, la Cour de justice considère que les principes d'équivalence et d'effectivité « *s'appliquent à l'ensemble des modalités procédurales de traitement de situations [européennes], que ces modalités soient de nature administrative ou judiciaire* »¹⁷⁹⁰.

393. Ces considérations liminaires sont confirmées à deux niveaux. D'abord, la fonction du principe d'équivalence est d'encadrer la mise en œuvre nationale du droit de l'Union au sein de l'administration indirecte¹⁷⁹¹. Il doit donc être opposé aux procédures administratives non contentieuses. En tant qu'organes de l'État membre, les administrations nationales doivent évidemment garantir une application *effective* du droit de l'Union, au nom du principe de coopération loyale. À ce titre, le principe d'équivalence s'applique logiquement aux modalités procédurales non contentieuses qui encadrent leur action (A.). Des exemples nombreux et variés en attestent (B.).

A. Les procédures nationales non contentieuses pleinement soumises au principe d'équivalence

394. En raison du lien particulier qui l'unit aux juges nationaux, la Cour de justice a souvent tendance, notamment lorsqu'il est question du principe d'équivalence, à se focaliser sur leur rôle dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Le juge national n'est toutefois qu'une autorité nationale – certes, avec une mission et un rôle primordial – parmi tant d'autres¹⁷⁹². Ensemble, ces autorités nationales composent « l'État membre » responsable de la mise en œuvre effective du droit de l'Union. Les procédures qui encadrent l'action des autorités non juridictionnelles, dès lors qu'elles sont susceptibles de porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union, doivent respecter le principe d'équivalence.

395. Pour l'essentiel, il s'agit de procédures administratives. Le principe d'équivalence sanctionne deux types de situations. Pour le premier, la procédure empêche l'administration d'appliquer, par l'adoption d'actes administratifs, le droit de l'Union d'une manière aussi favorable que le droit interne¹⁷⁹³. Pour le second, l'individu

¹⁷⁸⁹ Pour exemple, voir CJUE, 8 mars 2018, *Euro Park Service*, aff. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177, pt. 37 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Kantarev*, aff. C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, pt. 133.

¹⁷⁹⁰ CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec. p.* I-6515, pt. 73.

¹⁷⁹¹ Cf. *supra*, pt. 177 et suivants.

¹⁷⁹² V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003 : « *Principalement consacrés dans le cadre de la répétition de l'indu, ces principes [d'équivalence et d'effectivité] sous-tendent l'ensemble du régime juridique de l'exécution décentralisée* » bien que « *le principe d'équivalence demeure quant à lui étroitement lié à l'exécution juridictionnelle* » (p. 431).

¹⁷⁹³ Sur cet aspect, voir not. J. SIRINELLI, « L'acte administratif de mise en œuvre du droit de l'Union », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 965-990. Pour un exemple en ce sens, voir CJUE, 17 octobre 2019, *Südzucker*, aff. C-423/17, ECLI:EU:C:2019:872 : une disposition d'un règlement exige des États membres qu'ils respectent un

qui se prévaut *devant l'administration* d'une norme européenne sera moins bien traité qu'un même individu qui invoque une norme nationale¹⁷⁹⁴. Quelle que soit l'optique retenue, il est question d'encadrer directement la mise en œuvre effective du droit de l'Union par les autorités administratives (1.). Le principe d'équivalence constitue un outil d'autant plus intéressant pour la Cour de justice que, contrairement au droit du contentieux, il n'est pas autant concurrencé par d'autres exigences plus contraignantes (2.).

1. La nécessité d'encadrer directement l'activité administrative nationale

396. Les enjeux qui pèsent sur les procédures administratives non contentieuses ne doivent pas être sous-estimés. En ce qu'elles conditionnent l'activité des administrations dans la mise en œuvre du droit de l'Union, elles sont susceptibles de porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. Certes, une éventuelle défaillance pourra être corrigée ou sanctionnée par l'intervention du juge national. Cependant, la saisine du juge est censée n'être qu'exceptionnelle. La juridiction nationale n'est pas l'autorité *ordinairement* chargée d'assurer la mise en œuvre concrète du droit de l'Union. Plus encore, dans la logique du principe d'équivalence, cette mise en œuvre doit revenir aux autorités qui sont *normalement* chargées d'appliquer le droit interne¹⁷⁹⁵ – c'est-à-dire les administrations nationales. Ce constat s'impose d'autant plus qu'il est parfois difficile d'identifier, y compris en droit interne, ce qui relève de la procédure administrative non contentieuse¹⁷⁹⁶ ou contentieuse¹⁷⁹⁷.

397. Cependant, à l'exception de quelques arrêts rendus dans le cadre du recours en manquement¹⁷⁹⁸, la Cour de justice se prononce sur l'application du principe

délai avant l'adoption d'un acte administratif. La Cour précise que « à défaut de dispositions de droit de l'Union en la matière, il appartient aux autorités nationales, et particulièrement aux juridictions nationales, en vertu du principe de l'autonomie procédurale des États membres, de régler ces aspects de la procédure et de déterminer ainsi les conditions dans lesquelles ces États peuvent adresser aux producteurs de sucre concernés des communications rectificatives du montant total à payer relatif à l'excédent de sucre produit. Toutefois, ces conditions doivent respecter les principes d'équivalence et d'effectivité (...) » (pt. 51).

¹⁷⁹⁴ Sur cet aspect, voir not. V. KAPSALI, *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse*, Paris, LGDJ, 2015, spéc. pp. 78 et suivantes. Particulièrement explicite, voir L. AZOULAI, « La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 323-336 : « La protection juridique n'est pas limitée au prétoire du juge. Au sens du droit communautaire, la protection juridique s'étend à la protection accordée dans le cadre de procédures administratives précontentieuses » (p. 328).

¹⁷⁹⁵ Sur cette idée, cf. *supra*, pt. 277 et suivants.

¹⁷⁹⁶ Voir not. S. SAUNIER, « La notion de procédure administrative non contentieuse », *Les procédures administratives*, Paris, Dalloz, 2015, pp. 43-68.

¹⁷⁹⁷ Nous ne nions pas l'importance d'une telle distinction qui a des conséquences juridiques évidentes : J. MERTENS DE WILMARS (*op. cit.*) note justement qu'il convient « de déceler avec précision le caractère juridictionnel ou purement administratif de la protection juridique accordée par une autorité nationale » (p. 384).

¹⁷⁹⁸ Pour exemple, voir CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, *Rec. p. I-14637* ; CJCE, 11 mai 2006, *Commission c. Italie*, aff. C-197/03, *Rec. p. I-60* ; ; CJUE, 22 décembre 2010, *Commission c. Slovaquie*, aff. C-507/08, *Rec. p. I-13489* ; CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France (Précompte mobilier)*, aff. C-416/17, *ECLI:EU:C:2018:811*.

d'équivalence dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. Sa réponse prend nécessairement une dimension contentieuse de laquelle il est souvent ardu de s'extirper. La lecture de la jurisprudence dépend alors du point de vue retenu. L'arrêt *Heylens*¹⁷⁹⁹ peut illustrer cette idée. La Cour de justice y affirme que « [l']efficacité du contrôle juridictionnel, qui doit pouvoir porter sur la légalité de la décision attaquée, implique de manière générale, que le juge saisi puisse exiger de l'autorité compétente la communication de ces motifs »¹⁸⁰⁰. Deux interprétations de ce *dictum* sont possibles : la Cour consacre une *prérogative au profit du juge*¹⁸⁰¹ – celle de pouvoir obtenir communication des motifs d'une décision administrative –, ou bien elle reconnaît *une obligation pour l'administration* de motiver ses décisions. Ces deux visions ne sont pas incompatibles entre elles. Elles font écho à la relation déjà étudiée entre le *remedy* et le *right*. Ainsi, la *prérogative* reconnue au juge constitue la garantie que *l'obligation* soit effectivement respectée par les administrations nationales¹⁸⁰². Ce raisonnement fonctionne pour certaines des exigences précédemment évoquées à propos du droit du contentieux. Le pendant “non contentieux” de l'arrêt *Simmenthal* serait alors l'obligation pour les autorités nationales de ne pas adopter ou appliquer de dispositions nationales qui seraient en contradiction avec le droit de l'Union¹⁸⁰³. Celui de l'arrêt *Francovich* serait celle d'accepter l'indemnisation des préjudices résultant de la violation d'une norme européenne¹⁸⁰⁴. Les prérogatives reconnues au juge national n'auraient d'autre but que de faire respecter ces différentes obligations qui régissent, en réalité, des procédures administratives non contentieuses. Dans un arrêt *i-21 Germany*, la Cour de justice affirme par exemple qu'elle doit déterminer « *si, afin de sauvegarder les droits que les justiciables tirent du droit communautaire, le juge national (...) peut être amené à reconnaître l'existence d'une (...) obligation dans le chef de l'autorité administrative* »¹⁸⁰⁵.

¹⁷⁹⁹ CJCE, *Heylens*, aff. 222/86 précité.

¹⁸⁰⁰ *Ibid.*, pt. 15.

¹⁸⁰¹ Pour un exemple incitant à retenir cette seule interprétation, voir CJUE, 16 octobre 2019, *Glencore Agriculture Hungary*, aff. C-189/18, ECLI:EU:C:2019:861 : sur le fondement de l'article 47 de la Charte, la Cour considère que « *la juridiction saisie d'un recours contre une décision de l'administration fiscale (...) soit habilitée à vérifier que les preuves recueillies au cours d'une procédure administrative connexe, à laquelle l'assujetti n'était pas partie, et utilisées pour fonder cette décision ne l'ont pas été en violation des droits garantis par le droit de l'Union et, spécialement, par la Charte* » (pt. 65) et que « *les déclarations et les constatations des autorités administratives ne sauraient lier les juridictions* » (pt. 66).

¹⁸⁰² En ce sens, M. H. VAN DER WOUDE, « Le contrôle judiciaire de l'administration nationale exercé par les juridictions nationales », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire* précité, pp. 245-257.

¹⁸⁰³ Voir en ce sens, CJCE, 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, Rec. p. I-2517, pt. 26-27 ; CJCE, 28 juin 2001, *Larys*, aff. C-118/00, Rec. p. I-5063, pt. 52-53.

¹⁸⁰⁴ En ce sens, voir CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671 : « *dans l'hypothèse d'une violation du droit de l'Union qui lui est imputable, c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé, étant entendu que les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (principe d'équivalence)* » (pt. 39).

¹⁸⁰⁵ CJCE, 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04, Rec. p. I-8559, pt. 56.

398. Cette logique se vérifie vis-à-vis de l'application du principe d'équivalence. Quand la Cour de justice évoque formellement les « *recours* » ou lorsqu'elle s'adresse au juge national, il faut y voir, le cas échéant, un encadrement du droit procédural au-delà du cadre contentieux. Par exemple, lorsqu'elle se prononce sur les modalités procédurales en matière de répétition de l'indu, elle peut aussi bien renvoyer aux prérogatives du juge qu'à celles de l'administration¹⁸⁰⁶. Dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*¹⁸⁰⁷, l'accent est surtout mis sur le rôle du juge national. Dans d'autres, en revanche, cette conclusion ne s'impose pas nécessairement. Dans un arrêt *Deville*, après avoir mentionné que le principe d'équivalence porte sur les modalités procédurales des « *recours en justice* »¹⁸⁰⁸, la Cour de justice généralise cette idée aux règles procédurales portant sur « *les possibilités d'agir en répétition des taxes qui ont été indûment perçues* »¹⁸⁰⁹. Cette affirmation peut renvoyer aussi bien à la répétition demandée à l'administration fiscale qu'à celle demandée dans le cadre d'un recours contentieux¹⁸¹⁰. En réalité, au regard du contexte du litige, la Cour de justice visait la législation française relative aux modalités procédurales, et notamment les délais, dans lesquelles une demande en répétition de l'indu doit être présentée à l'administration fiscale. En d'autres termes, le principe d'équivalence est ici appliqué pour sanctionner des dispositions procédurales *non contentieuses* relatives à la demande de restitution adressée à l'administration.

399. Les évolutions terminologiques de la formulation du principe d'équivalence confirment cette analyse. Même si son vocabulaire conserve des aspects contentieux¹⁸¹¹, la Cour de justice oppose ce principe à des modalités procédurales applicables aux « *réclamations* »¹⁸¹² ou aux « *demandes* »¹⁸¹³ qui se fondent sur le droit de

¹⁸⁰⁶ En ce sens, F. BELAICH, « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *RMCUE* 2000, pp. 100-116 : « *Le juge national n'est pas le seul organe national à mettre en œuvre la répétition de l'indu : l'obligation de coopération pesant sur l'État membre, c'est l'ensemble des organes de l'État qui concourt à la mise en œuvre de la répétition de l'indu* », admettant après coup que c'est bien devant le juge que les problématiques se posent à propos du principe d'équivalence (pp. 105-106).

¹⁸⁰⁷ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

¹⁸⁰⁸ CJCE, *Deville*, aff. 240/87 précité, pt. 12.

¹⁸⁰⁹ *Ibid.*, pt. 13.

¹⁸¹⁰ Explicitement, voir CJCE, 10 juillet 1980, *MIRECO*, aff. 826/79, *Rec.* p. 2559 : « *la contestation de taxes illégalement réclamées ou de la restitution de taxes indûment payées (...) sont soumises par la loi à des conditions précises de forme et de délai en ce qui concerne tant les réclamations adressées à l'administration fiscale que les recours juridictionnels* » (pt. 11). En l'occurrence, la Cour choisit de se focaliser sur l'aspect contentieux du problème (pt. 12) pour faire application du principe d'équivalence (pt. 13). Dans la même logique, voir CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 33-34.

¹⁸¹¹ Par la présence de termes comme « recours », « litiges », « justiciables », etc...

¹⁸¹² Voir not. CJCE, *Franovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité : « *les conditions, de fond et de forme, fixées par les diverses législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (...)* » (pt. 43 – nous soulignons). Voir également CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 12 ; CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 70 ; CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 32 ; CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 39 ; CJCE, *IN.CO.GE.'90 e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97 précité, pt. 25.

¹⁸¹³ CJCE, 18 septembre 2003, *Pflücke*, aff. C-125/01, *Rec.* p. I-9375, pt. 34 ; CJCE, 16 juillet 2009, *Visciano*, aff. C-69/08, *Rec.* p. I-6741, pt. 39.

l'Union européenne. L'absence de régularité dans l'emploi de ces termes, qui semblent tantôt distincts¹⁸¹⁴, tantôt synonymes¹⁸¹⁵ de celui de « recours », incite à une lecture souple des arrêts de la Cour¹⁸¹⁶. Les versions anglaises de ces arrêts le confirment¹⁸¹⁷. Lorsqu'elle n'utilise pas le terme de « *remedy* », la Cour de justice emploie celui de « *claims* ». Schématiquement, ce terme désigne la prétention qui revendique l'application d'un *right* dans le cadre d'un *remedy*. Or, comme nous l'avons vu, le concept de *remedy* dépasse le seul cadre contentieux¹⁸¹⁸. Dès lors, que la Cour de justice oppose le principe d'équivalence aux modalités procédurales des *claims* ou des *remedies* fondés sur le droit de l'Union, elle désigne indifféremment des dispositions contentieuses que non contentieuses.

400. Un dernier cas de figure conforte cette présentation : celui dans lequel le droit de l'Union est opposé par l'administration à l'encontre d'une personne privée. Même lorsqu'il ne s'agit pas de *sanctionner*¹⁸¹⁹ ladite personne, le principe d'équivalence s'applique pour encadrer les procédures qui permettent à l'administration nationale de faire respecter le droit de l'Union. Par exemple, l'administration est chargée de collecter ou récupérer des sommes dues au titre du droit de l'Union. L'effet utile du droit de l'Union est compromis si les procédures administratives limitent les capacités de l'administration à percevoir ces sommes. Le principe d'équivalence permet d'éviter une telle situation¹⁸²⁰. Dans un arrêt *Salumi*, elle considère qu'une « *règlementation nationale spéciale relative à la perception des taxes et redevances communautaires qui limiterait les pouvoirs accordés à l'administration nationale pour assurer la perception de ces taxes, par comparaison avec les*

¹⁸¹⁴ CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité : « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières **de réclamation et de recours en justice** moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions (...) » (pt. 37 – nous soulignons). Idem : CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 21 ; CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité, pt. 28.

¹⁸¹⁵ Voir CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité : « le principe d'équivalence interdit à un État membre de prévoir des modalités procédurales moins favorables pour les **demandes** visant à la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union que pour celles applicables aux **recours** similaires de nature interne » (pt. 25).

¹⁸¹⁶ Pour exemple, voir CJUE, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13 précité. La Cour formule une question posée par le juge de renvoi ainsi : « le principe d'équivalence doit[-il] être interprété en ce que, dans l'hypothèse où un droit à réparation pour les dommages subis par une entreprise telle que la requérante au principal ne découlerait pas du droit de l'Union, ce principe pourrait être appliqué afin de permettre la mise en œuvre de mêmes règles procédurales à l'examen, d'une part, de **demandes** susceptibles d'être adjugées sur le fondement du droit de l'Union et, d'autre part, de **demandes similaires** susceptibles de l'être en vertu des règles du droit hongrois [?] » (pt. 60 – nous soulignons). La Cour débute sa réponse en affirmant que « le respect de ce principe suppose que la règle nationale en cause s'applique indifféremment aux **recours** fondés sur des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne (...) » (pt. 61 – nous soulignons).

¹⁸¹⁷ En ce sens, voir les versions anglaises et françaises de CJCE, 6 décembre 1994, *Johnson*, aff. C-410/92, *Rec.* p. I-5483, spéc. pt. 20-22. Au point 20, la Cour parle d'une « *demande* », traduite par « *claim* ». Au point 21, elle utilise à deux reprises l'idée de « *réclamation* » : « *réclamer une prestation* » d'abord, puis « *réclamations semblables* » ; la version anglaise utilise respectivement les termes de « *claims* » et de « *actions* ». Enfin, au point 22, il est question de « *recours* » et à nouveau, en version anglaise, de « *actions* ».

¹⁸¹⁸ Cf. *supra*, pt. 352.

¹⁸¹⁹ Cf. *infra*, pt. 418 et suivants.

¹⁸²⁰ S'il n'existe évidemment aucune réglementation européenne en la matière.

pouvoirs accordés à cette même administration s'agissant de taxes ou redevances nationales du même type »¹⁸²¹ méconnaît le principe d'équivalence. Dans son arrêt *Fromme*, elle affirme que ce principe interdit de soumettre « *la récupération de sommes irrégulièrement octroyées* [au titre du droit de l'Union] (...) *à des conditions ou des modalités moins favorables que celles qui s'appliquent aux procédures similaires de nature purement interne* »¹⁸²². Le droit procédural contentieux est manifestement hors de propos dans ces arrêts : seul importe pour la Cour de justice, par l'application du principe d'équivalence, de régir directement les modalités qui encadrent la mise en œuvre du droit de l'Union par les autorités administratives nationales¹⁸²³.

2. Une application faiblement concurrencée par d'autres exigences

401. Contrairement au droit du contentieux, l'application du principe d'équivalence est moins affectée par d'autres exigences qui encadrent directement le droit procédural non contentieux. La Cour de justice ne dispose pas d'exigences qui lui permettent de faire de même. Certes, elle reconnaît une forme d'équivalent au principe de protection juridictionnelle effective qui l'amène à imposer directement certaines exigences aux administrations nationales¹⁸²⁴. L'obligation de motivation de l'arrêt *Heylens*¹⁸²⁵, celle de garantir un minimum de transparence¹⁸²⁶ et le respect des droits de la défense lors de procédures administratives en sont des exemples. De plus, le droit à une « bonne administration » reconnu à l'article 41 de la Charte¹⁸²⁷ semble, de prime abord, constituer un fondement intéressant pour dégager de telles exigences. Enfin, la délicate distinction entre ce qui relève du droit administratif procédural non contentieux et matériel incite à identifier de nombreuses ingérences du droit de l'Union dans le droit administratif national¹⁸²⁸.

¹⁸²¹ CJCE, *Salumi*, aff. 66/79 précité, pt. 21. Voir implicitement CJCE, 27 mai 1993, *Peter*, aff. C-290/91, *Rec.* p. I-2981, pt. 8.

¹⁸²² CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec.* p. 1449, pt. 6. Voir également CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82, *Rec.* p. 2633, pt. 23 ; CJCE, 3 février 2000, *Donnias*, aff. C-228/98, *Rec.* p. I-577, pt. 59.

¹⁸²³ Dans ce sens, voir CE, 30 décembre 2013, *Société Rallye*, *Rec.* p. 360 : à propos d'une répétition de l'indu, le Conseil d'État considère que « *l'administration n'a en tout état de cause pas méconnu les principes de neutralité, d'équivalence et d'effectivité* » (csd. 12).

¹⁸²⁴ Voir not. CJCE, 21 septembre 1989, *Hoechst c. Commission*, aff. jt. 46/87 et 277/88, *Rec.* p. 2859.

¹⁸²⁵ En ce sens, J. RIDEAU, v° « Ordre juridique de l'Union européenne. Sources non-écrites », *JurisClasser Europe Traité*, fasc. 191, 20 août 2014, par. 172.

¹⁸²⁶ Actuellement rattaché aux articles 1^{er} et 10 TUE et à l'article 15 TFUE (CJUE, 9 novembre 2010, *Volker und Markus Schecke et Eifert*, aff. jt. C-92/09 et C-93/09, *Rec.* p. I-11063). Antérieurement, voir CJCE, 6 mai 1980, *Commission c. Belgique*, aff. 102/79, *Rec.* p. 1473, pt. 10 ; CJCE, 7 décembre 2000, *Telaustria*, aff. C-324/98, *Rec.* p. 10745, pt. 62.

¹⁸²⁷ Le texte de l'article 41 ne fait pas mention explicite des États membres comme soumis à ce principe. Voir not. E. CHEVALIER, *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 375 et suivantes. Voir également M. GAUTIER, « Perspectives internationales et européenne », *Les procédures administratives* précité, pp. 69-82, spéc. pp. 78 et suivantes.

¹⁸²⁸ Voir not. J.-F. FLAUSS, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif français », *LPA* 1995, n°4, p. 4 et n°7, p. 4 ; J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010 ;

402. Cependant, la jurisprudence Cour de justice est plus souple qu'en matière contentieuse. Les limites classiques à l'autonomie procédurale des États membres que sont les principes d'équivalence et d'effectivité, couplées avec la garantie qu'un recours juridictionnel effectif soit toujours ouvert, suffisent à préserver l'effet utile du droit de l'Union. Sous ces réserves, au stade *précontentieux*, dégager d'autres exigences générales et plus spécifiques pour encadrer les modalités procédurales administratives ne paraît pas opportun. Des exceptions se justifient seulement si la procédure administrative limite la marge de manœuvre du juge – comme dans les arrêts *Johnston*¹⁸²⁹ ou *Heylens*¹⁸³⁰ – ou si les droits des individus risquent « *d'être irrémédiablement compromis dans le cadre de la procédure [administrative]* »¹⁸³¹ sans que le juge ne puisse y remédier. En outre, bien qu'elle y soit invitée par certains avocats généraux¹⁸³² ou par la doctrine¹⁸³³, la Cour de justice estime que l'article 41 de la Charte « *ne s'adresse (...) pas aux États membres* »¹⁸³⁴. Tout au plus, oppose-t-elle des « *exigences de bonne administration aux autorités administratives nationales (...) [mais] en se fondant sur le droit dérivé* »¹⁸³⁵.

403. La jurisprudence relative au régime national de retrait et d'abrogation des actes administratifs¹⁸³⁶, et, par extension, à l'autorité attachée aux décisions définitives en atteste. Similairement aux affaires *Peterbreock* et *Van Schijndel*, la Cour de justice dut se prononcer sur les conditions dans lesquelles une administration nationale doit – ou peut – revenir sur une décision administrative définitive qui s'avère contraire au droit de l'Union, que ce soit en l'abrogeant ou en la retirant. Sa réponse fut, là encore, très controversée¹⁸³⁷ mais reste cohérente au regard de sa jurisprudence relative aux

J. SIRINELLI, *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, t. 266, 2011.

¹⁸²⁹ CJCE, *Johnston*, aff. 222/84 précité.

¹⁸³⁰ CJCE, *Heylens*, aff. 222/86 précité.

¹⁸³¹ CJCE, *Hoechst c. Commission*, aff. jt. 46/87 et 277/88 précité, pt. 15.

¹⁸³² Pour exemple, voir J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, 25 mars 2010, *Commission c. Espagne*, aff. C-392/08, *Rec.* p. I-2537, pt. 16 ; Y. Bot, conclusions sur CJUE, 22 novembre 2012, *M.*, aff. C-277/11, ECLI:EU:C:2012:744, pt. 32.

¹⁸³³ L. AZOULAI et L. CLEMENT-WILZ, « La bonne administration », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 671-697, spéc. pp. 695-697.

¹⁸³⁴ CJUE, 17 juillet 2014, *YS e.a.*, aff. jt. C-141/12 et C-372/12, ECLI:EU:C:2014:2081, pt. 67 ; CJUE, 5 novembre 2014, *Mukarubega*, aff. C-166/13, ECLI:EU:C:2014:2336, pt. 44 ; CJUE, 17 décembre 2015, *WebMindLicenses*, aff. C-419/14, ECLI:EU:C:2015:832, pt. 83 ; CJUE, 13 septembre 2018, *UBS Europe e.a.*, aff. C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715, pt. 28.

¹⁸³⁵ E. CHEVALLIER, *op. cit.*, pp. 378-379.

¹⁸³⁶ Sur cette question, voir not. Y. HOUYET, « Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *JDE* 2008, n°153, pp. 257-264 ; du même auteur, « Une nouvelle restriction à l'intangibilité des décisions administratives nationales : l'obligation de réexamen des actes administratifs dont le caractère définitif implique la perpétuation de la violation du droit européen », *RAE* 2013, n°3, pp. 533-542.

¹⁸³⁷ Voir not. L. COUTRON, note sous CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *RAE* 2003-2004, n°3, pp. 417-434 ; D. RITLENG, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire », in *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen* précité, pp. 251-270, spéc. pp. 257 et suivantes. Pour une présentation neutre de cet arrêt,

procédures administratives non contentieuses. Dans son arrêt *Kühne & Heitz*¹⁸³⁸, en dépit des solides arguments développés par son avocat général¹⁸³⁹, la Cour de justice évite de reconnaître une obligation générale pour les administrations nationales de réexaminer ou revenir sur une décision administrative définitive contraire au droit de l'Union¹⁸⁴⁰ – y compris pour tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice¹⁸⁴¹. Ce n'est que si le droit national le leur permet – ou les y oblige – qu'elles devront retirer ou abroger une telle décision. Sauf si certaines conditions très spécifiques¹⁸⁴² sont remplies¹⁸⁴³, ce régime procédural reste essentiellement encadré par les principes d'équivalence et d'effectivité. À l'heure actuelle, ces deux garanties apparaissent suffisantes. Le principe d'équivalence implique, pour sa part, que toutes les potentialités offertes par le droit national bénéficient à la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁸⁴⁴. Le principe d'effectivité, quant à lui, suffit à la Cour de justice pour prohiber un régime national qui « *perpétue pour une durée illimitée* »¹⁸⁴⁵ une violation du droit de l'Union. L'arrêt *Byankov*¹⁸⁴⁶, bien que sa portée

voir R. KOVAR, « L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoreu*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 767-793, spéc. pp. 771-779.

¹⁸³⁸ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837.

¹⁸³⁹ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, spéc. pt. 43 et suivants.

¹⁸⁴⁰ *Contra*, A. BOUVERESSE, « La mise en conformité des mesures nationales contraires au droit communautaire : le retrait, une obligation à géométrie variable », in G. ECKERT, Y. GAUTIER, R. KOVAR et D. RITLÉNG (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 129-161, spéc. pp. 132-135 : selon cet auteur, l'obligation de réexamen est bien reconnue de manière autonome par la Cour de justice, sur le fondement du principe de primauté. L'arrêt *Kühne & Heitz* ne fait que se prononcer sur les modalités dans lesquelles cette obligation doit être respectée, c'est-à-dire principalement dans le cadre de l'autonomie procédurale. Une telle approche nous semble discutable en ce qu'elle repose trop sur les conclusions (visiblement non suivies) de l'avocat général P. LEGER et surtout sur une conception trop extensive du principe de primauté (cf. *supra*, pt. 152-153).

¹⁸⁴¹ L'apport de l'arrêt *Kühne & Heitz* tenait précisément à cette situation. Auparavant, le renvoi au droit national, sous le respect du principe d'équivalence, allait de soi : voir not. CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec.* p. I-723, pt. 65-69.

¹⁸⁴² En ce sens, F. DONNAT, « Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence du Conseil d'État vue dans le prisme de celle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 281-291, spéc. p. 288. Plus nuancé, voir L. COUTRON, « La revanche de *Kühne* ? À propos de l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTDE* 2009, pp. 69-90.

¹⁸⁴³ CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité : « le principe de coopération découlant de l'article 10 CE impose à un organe administratif, saisi d'une demande en ce sens, **de réexaminer une décision administrative définitive** afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente retenue entre-temps par la Cour lorsque : il dispose, selon le droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision ; la décision en cause est devenue définitive en conséquence d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort ; ledit arrêt est, au vu d'une jurisprudence de la Cour postérieure à celui-ci, fondé sur une interprétation erronée du droit communautaire adoptée sans que la Cour ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, CE, et l'intéressé s'est adressé à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de ladite jurisprudence » (pt. 28 – nous soulignons). Au-delà de cette situation, voir CJCE, 11 décembre 2007, *Skoma-Lux*, aff. C-161/06, *Rec.* p. I-10841, pt. 71-73.

¹⁸⁴⁴ CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec.* p. I-2585, pt. 23 ; CJCE, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04 précité, pt. 62-63 ; CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, *Rec.* p. I-411, pt. 56-58. Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 572 et suivants.

¹⁸⁴⁵ CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608, pt. 79.

¹⁸⁴⁶ *Ibid.*

soit discutée en doctrine¹⁸⁴⁷, en donne une illustration pour ces deux aspects. En l'espèce, un administré demande l'abrogation d'une décision administrative définitive interdisant à un national de quitter le territoire, en ce qu'elle était contraire à sa liberté de circulation. Confirmant ses positions antérieures, la Cour de justice étudie le régime national à partir des principes d'équivalence et d'effectivité¹⁸⁴⁸. Elle conclut d'ailleurs que l'impossibilité *absolue* et *illimitée*¹⁸⁴⁹ pour un individu de demander l'abrogation d'une telle décision méconnaît ce dernier principe¹⁸⁵⁰.

B. Le constat d'une grande variété des procédures régies

404. L'application du principe d'équivalence vis-à-vis du droit procédural non contentieux est moins fréquente que lorsqu'il s'agit du droit du contentieux. Elle reste cependant régulière et vise une assez vaste variété de procédures. En ce sens, potentiellement aucune modalité procédurale n'échappe au respect du principe d'équivalence. Parmi tant d'autres, y sont soumises les règles nationales qui nécessitent la saisine préalable d'autorité administrative pour que le droit de l'Union puisse s'appliquer¹⁸⁵¹, celles relatives au respect du contradictoire¹⁸⁵² devant elle, les délais dans lesquels l'administration peut être saisie¹⁸⁵³, les modalités de calcul de prestations versées par l'administration sociale¹⁸⁵⁴ ou encore les exigences formelles relatives à

¹⁸⁴⁷ Voir Y. HOUYET, « Une nouvelle restriction à l'intangibilité des décisions administratives nationales : l'obligation de réexamen des actes administratifs dont le caractère définitif implique la perpétuation de la violation du droit européen » précité ; L. COUTRON, « La consécration prometteuse d'une nouvelle hypothèse de réexamen d'un acte administratif définitif non contesté en justice », *RTDE* 2013, pp. 304-311.

¹⁸⁴⁸ CJUE, *Byankov*, aff. C-249/11 précité, pt. 69-71. Cette logique se retrouve dans les conclusions de l'avocat général P. MINGOZZI (pt. 40 et suivants).

¹⁸⁴⁹ *Ibid.*, pt. 82.

¹⁸⁵⁰ *Ibid.*, pt. 81. L. COUTRON et Y. HOUYET sont plus prudents sur cette affirmation. Selon eux, il ne s'agit pas de la seule interprétation possible. L'autre tient à une remise en cause implicite de la position dégagée par la Cour dans son arrêt *Kühne & Heitz* (aff. C-453/00 précité), et tout particulièrement la condition primordiale selon laquelle l'autorité administrative « dispose, selon le droit national, du pouvoir de revenir sur cette décision » (pt. 28). Les conditions nationales en cause sont si restrictives qu'elles aboutissent *de facto* à nier cette possibilité pour l'application du droit de l'Union (pt. 79). Selon ces auteurs, la Cour reconnaît ainsi une hypothèse dans laquelle, indépendamment de ce que prévoit le droit national, l'administration est tenue de réexaminer une décision contraire au droit de l'Union. Nous ne sommes pas convaincus par cette lecture de l'arrêt *Byankov*. À nos yeux, comme le laissent entendre les conclusions de l'avocat général MINGOZZI (conclusions précitées, pt. 55-59), la Cour ne fait qu'appliquer le principe d'effectivité. En effet, le droit national permet à l'administration de revenir sur une décision administrative. Cette faculté est bien reconnue au niveau national. Ce ne sont que ces modalités, beaucoup trop restrictives, qui sont sanctionnées par la Cour de justice sur le fondement du principe d'effectivité. En aucun cas elle ne semble proprement dégager une obligation autonome du droit national, même limitée à une telle situation, pour que l'autorité administrative revienne sur une décision contraire au droit de l'Union.

¹⁸⁵¹ En ce sens, CJCE, 18 janvier 2007, *City Motors Groep*, aff. C-421/05, *Rec.* p. I-653, pt. 35 à propos de l'intervention préalable d'un expert, d'un arbitre ou d'un juge avant la prise d'effet d'une résiliation d'un contrat.

¹⁸⁵² CJUE, 10 septembre 2013, *G. et R.*, aff. C-383/13 PPU, ECLI:EU:C:2013:533, pt. 35 ; CJUE, *Mukarubega*, aff. C-166/13 précité, pt. 51-52.

¹⁸⁵³ CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99, *Rec.* p. I-1395, pt. 30-31 ; très indirectement, CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 29-30.

¹⁸⁵⁴ CJCE, 23 novembre 1995, *Alonso-Pérez*, aff. C-394/93, *Rec.* p. I-4101, pt. 31 ; CJCE, *Johnson*, aff. C-410/92 précité, pt. 20 et suivants.

l'enregistrement d'une société privée¹⁸⁵⁵. Dans cet ensemble, les modalités appliquées à la matière fiscale sont les plus contrôlées par le principe d'équivalence (1.), notamment lorsqu'elles concernent les demandes en répétition de l'indu (2.).

1. Une application significative en matière fiscale

405. Parmi l'ensemble des modalités procédurales nationales, celles relatives à la fiscalité sont fréquemment susceptibles de porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. La moindre modalité procédurale, déterminée par les États membres dans le cadre de leur autonomie procédurale, peut entraver l'effet utile d'une des nombreuses¹⁸⁵⁶ règles européennes en la matière. L'application du principe d'équivalence dans ce contexte présente ainsi un intérêt certain. Ce cadre est également propice à son application pour les mêmes raisons que celles exposées en droit du contentieux. D'une part, la distinction et la comparabilité des situations européenne et interne s'opèrent assez facilement. Il suffit de comparer le traitement accordé à une taxe régie par le droit de l'Union européenne, comme la TVA, avec celui accordé pour une taxe d'origine nationale. D'autre part, sans même qu'il soit question de dispositions nationales d'ordre matériel¹⁸⁵⁷ ou visant à sanctionner le contribuable¹⁸⁵⁸, la matière fait l'objet d'un encadrement procédural relativement important. Identifier une modalité procédurale potentiellement contraire au principe d'équivalence se fait sans grande difficulté : les modalités qui encadrent *l'établissement* de l'impôt, son *contrôle* ou son *recouvrement*¹⁸⁵⁹ doivent s'y conformer.

406. Pour ce qui concerne *l'établissement* de l'impôt, de multiples modalités procédurales encadrent les conditions dans lesquelles le contribuable est imposé. Le principe d'équivalence prohibe que de telles modalités défavorisent les contribuables se trouvant dans une situation européenne. Dans l'arrêt *Accor*¹⁸⁶⁰ de la Cour de justice, le principe d'équivalence est opposé à une réglementation française qui impose de délivrer certains justificatifs ou documents à l'administration fiscale au titre de l'imposition des dividendes provenant d'autres États membres. Ce principe interdit également qu'un délai spécial et défavorable soit opposé au contribuable insuffisamment diligent pour

¹⁸⁵⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Épitési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440, pt. 54 et suivants.

¹⁸⁵⁶ Voir not. A. MAITROT DE LA MOTTE, *Droit fiscal de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2016.

¹⁸⁵⁷ Cf. *infra*, pt. 442 et suivants. Sur cette distinction, voir not. M. COLLET et P. COLLIN, *Procédures fiscales*, Paris, PUF, 4^e édition, 2020, pp. 1-2.

¹⁸⁵⁸ Cf. *infra*, pt. 415 et suivants, à propos de la protection des intérêts financiers de l'Union.

¹⁸⁵⁹ Ces trois ensembles sont repris de ceux identifiés par M. COLLET et P. COLLIN, *op. cit.*, p. 2.

¹⁸⁶⁰ CJCE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115, pt. 93-98.

demander à bénéficier du droit à déduction de la TVA¹⁸⁶¹. Récemment, dans un arrêt *Nestrade*, la Cour de justice estime que le principe d'équivalence s'applique¹⁸⁶² aux délais dans lesquels le contribuable peut « *rectifier des factures erronées aux fins de l'exercice du droit au remboursement de la TVA* »¹⁸⁶³. Elle fait de même lorsque cette possibilité est réduite si un contrôle fiscal a été effectué¹⁸⁶⁴. Le principe d'équivalence s'applique également aux conditions d'octroi d'un avantage fiscal¹⁸⁶⁵. Par exemple, imposer l'obtention d'un agrément préalable pour en bénéficier est susceptible de méconnaître le principe d'équivalence¹⁸⁶⁶.

407. Les exemples en matière de *recouvrement* et de *contrôle* sont plus rares. Les régimes procéduraux nationaux ne posent quasiment jamais problème au regard du principe d'équivalence en ce qu'ils s'appliquent indifféremment aux situations européenne et interne¹⁸⁶⁷. Dans son arrêt *Peter*, la Cour de justice se borne à exiger que « *le droit national soit appliqué d'une façon non-discriminatoire par rapport à la remise de dettes fiscales purement nationales* »¹⁸⁶⁸. Un autre exemple est l'arrêt *Dounias*¹⁸⁶⁹, en matière douanière. En l'espèce, le droit national obligeait les autorités nationales douanières à conserver les marchandises importées s'il existe une contestation sur le montant des taxes. La Cour de justice se limite à évoquer l'hypothèse dans laquelle « *les conditions applicables aux contestations relatives aux produits nationaux sont plus favorables* »¹⁸⁷⁰, notamment en ce que « *ceux-ci pourraient être mis immédiatement sur le marché sans attendre le contrôle éventuel des autorités fiscales et une réclamation possible de l'intéressé* »¹⁸⁷¹.

2. Une application incontournable aux demandes en répétition de l'indu

408. Le traitement procédural des restitutions de sommes indues par l'administration fiscale a fait l'objet d'une importante jurisprudence¹⁸⁷². La Cour de

¹⁸⁶¹ CJCE, 8 mai 2008, *Ecotrade*, aff. jt. C-95/07 et C-96/07, *Rec. p.* I-3457, pt. 46-47. Voir également CJUE, 12 juillet 2012, *EMS-Bulgaria Transport*, aff. C-284/11, ECLI:EU:C:2012:458, pt. 49 ; CJUE, 28 juillet 2016, *Astone*, aff. C-332/15, ECLI:EU:C:2016:614, pt. 34 et pt. 37.

¹⁸⁶² CJUE, *Nestrade*, aff. C-562/17 précité, pt. 37-39.

¹⁸⁶³ *Ibid.*, pt. 31.

¹⁸⁶⁴ CJUE, 26 avril 2018, *Zabrus Siret*, aff. C-81/17, ECLI:EU:C:2018:283, pt. 38, bien que la Cour se focalise cependant exclusivement sur le principe d'effectivité.

¹⁸⁶⁵ CJUE, 18 octobre 2012, *Pelati*, aff. C-603/10, ECLI:EU:C:2012:639, pt. 23 ; CJUE, 14 septembre 2017, *The Trustees of the BT Pension Scheme*, aff. C-628/15, ECLI:EU:C:2017:687, pt. 58 et pt. 60.

¹⁸⁶⁶ CJUE, *Euro Park Service*, aff. C-14/16 précité, pt. 34 et suivants..

¹⁸⁶⁷ Pour exemple, CJUE, 9 novembre 2017, *Ispas*, aff. C-298/16, ECLI:EU:C:2017:843 : « *En ce qui concerne le principe d'équivalence, il est constant que les règles de procédure roumaines applicables aux contrôles des obligations en matière de TVA ne sont pas spécifiques à ce domaine, si bien qu'une violation dudit principe peut être exclue* » (pt. 30).

¹⁸⁶⁸ CJCE, *Peter*, aff. C-290/91 précité, pt. 12.

¹⁸⁶⁹ CJCE, *Dounias*, aff. C-228/98 précité.

¹⁸⁷⁰ *Ibid.*, pt. 59.

¹⁸⁷¹ *Ibid.*

¹⁸⁷² Voir not. M. WATHELET, « La répétition des montants payés en violation du droit communautaire », *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, vol. 2, pp. 1033-1065.

justice a reconnu que l'obligation de restituer des sommes indues au titre du droit de l'Union trouve son fondement directement dans celui-ci¹⁸⁷³. Conséquemment, le juge national doit disposer des moyens lui permettant d'exiger la restitution et l'administration fiscale est tenue de l'opérer dans des conditions respectueuses de l'effet utile du droit de l'Union. Dans les deux cas, les modalités procédurales qui encadrent les autorités juridictionnelles ou administratives doivent respecter les principes d'effectivité¹⁸⁷⁴ et d'équivalence.

409. La majorité de ces modalités a déjà été étudiée, qu'il s'agisse des délais ou de leur modalité de computation, des documents exigibles ou encore de l'adjonction d'intérêts compensatoires. Cependant, ce sont bien les modalités procédurales non contentieuses relatives à la répétition de l'indu fiscal qui ont donné lieu à une jurisprudence assez singulière de la Cour de justice. Son cadre factuel est précis : lesdites modalités ont été modifiées à la suite d'un arrêt dans lequel la Cour affirme explicitement que la taxe versée est irrégulière. Redoutant des conséquences financières désastreuses, certains États membres ont ainsi modifié leur réglementation afin d'éviter des restitutions trop importantes de la taxe et de limiter, plus ou moins ingénieusement, les conséquences d'un tel arrêt¹⁸⁷⁵.

410. L'affaire française dite de la “*supervignette*”¹⁸⁷⁶ est un exemple topique. Une taxe française, édictée par une loi de finances 1980 et pesant sur certains véhicules automobiles, est qualifiée d'imposition intérieure (ex-article 95 CEE) par la Cour de justice, dans un arrêt *Humblot* du 9 mai 1985¹⁸⁷⁷. Sans attendre, par une loi de finances rectificative de 1985, le législateur français modifie les conditions de répétition de l'indu. Désormais, « [les] contribuables qui présentent une réclamation postérieurement au 9 mai 1985

¹⁸⁷³ CJCE, *Pigs & Bacon*, aff. 177/78 précité. Sur cette idée, voir not. A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538, spéc. pp. 510-521 ; J.-P. SPITZER, « La responsabilité indirecte de l'État pour violation du droit communautaire : la répétition de l'indu », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire* précité, pp. 367-382.

¹⁸⁷⁴ Force est d'admettre que ce principe occupe une place assez déterminante sur cette question, notamment concernant les preuves exigées par le droit national pour la répétition : voir not. C. MAUBERNARD, « La preuve dans le contentieux de la répétition de l'indu au sens de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. UE* 2013, pp. 489-496, spéc. pp. 493 et suivantes. Voir CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 14 ; CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité, pt. 47 et suivants ; CJCE, 21 septembre 2000, *Michailidis*, aff. C-441/98, *Rec.* p. I-7145, pt. 36-37.

¹⁸⁷⁵ La Cour de justice n'est d'ailleurs pas indifférente à de telles préoccupations mais, auquel cas, s'emploie à limiter les effets dans le temps de ses arrêts (voir CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43/75, *Rec.* p. 455, pt. 69-75). Cependant, elle – et elle seule – décide d'un tel aménagement, lorsque cela est valablement justifié. Or les conditions nationales permettant la répétition de l'indu ne constituent pas des motifs suffisants : voir not. CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205, pt. 19.

¹⁸⁷⁶ Voir not. P. AMSELEK, « La répétition de l'indu payé aux personnes publiques », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 5-37, spéc. pp. 23 et suivantes ; D. SIMON, « “Supervignette, le retour”. A propos des arrêts de la Cour de cassation du 13 décembre 1994 », *Europe* 1995, n°2, chron. 3.

¹⁸⁷⁷ CJCE, 9 mai 1985, *Humblot*, aff. 112/84, *Rec.* p. 1367.

peuvent obtenir une décharge (...), si cette demande est formulée dans le délai prévu à l'article R. 196-1-b du livre des procédures fiscales, courant à compter de la date du paiement de la taxe spéciale [sur les véhicules] » – c'est-à-dire, dans un délai de 2 ans. Cette modification législative est manifestement une réaction à l'arrêt *Humblot* de la Cour de justice. Elle apparaît malgré tout mesurée : il est difficile de considérer, de prime abord, que l'effet utile de l'article 95 CEE est affecté, ou qu'un doute existe quant à la violation du principe d'équivalence. En réalité, une jurisprudence constante de la Cour de cassation considérait que les actions en répétition de l'indu, même en matière fiscale¹⁸⁷⁸, relèvent du délai de prescription de droit commun, soit 30 ans. Qui plus est, son point de départ n'est pas « le paiement lui-même de l'indu, mais le moment à partir duquel le caractère indu se trouve acquis »¹⁸⁷⁹ – autrement dit, pour ce qui nous intéresse, l'arrêt *Humblot* de 1985 de la Cour de justice.

411. Dans ce contexte, les modalités procédurales applicables *spécifiquement* aux répétitions de l'indu fondées sur l'article 95 CEE, à propos la taxe spéciale sur les véhicules, telles que prévues par la loi de finances rectificatives de 1985, s'avèrent clairement moins favorables que celles *normalement* applicables aux répétitions de l'indu fondées sur le droit interne, selon la jurisprudence de la Cour de cassation. En effet, les différences dans la durée du délai et dans la détermination du *dies a quo* sont suffisamment significatives pour envisager une violation du principe d'équivalence. La Cour de justice fut saisie assez rapidement par le Tribunal de grande instance de Lille de cette question. Dans l'arrêt *Denville*¹⁸⁸⁰ déjà évoqué, elle reconnaît que de telles règles sont contraires au droit de l'Union. Le fondement précis de son raisonnement est toutefois discuté. En effet, la Cour se limite à affirmer « qu'un législateur national ne peut adopter, postérieurement à un arrêt de la Cour dont il résulte qu'une législation déterminée est incompatible avec le traité, de règle procédurale réduisant spécifiquement les possibilités d'agir en répétition des taxes qui

¹⁸⁷⁸ Cass., com., 12 février 1980, *Bull. Civ. IV*, n° 77, p. 60 ; Cass., com., 3 janvier 1985, *Bull. Civ. IV*, n° 5, p. 4. Cette jurisprudence – abandonnée depuis – est résumée par J.-G. HUGLO (« La répétition de l'indu communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *RTDE* 1995, pp. 1-10). Par ses arrêts précités, la Cour de cassation a refusé d'appliquer les modalités procédurales prévues par le code général des impôts aux actions en répétitions de l'indu. Cette voie de droit est soumise notamment au délai de droit commun trentenaire. Elle se distingue toutefois de « l'action fiscale ». Pour cette dernière, les modalités spéciales prévues par le code s'appliquent. La différence entre « l'action fiscale » et la « répétition de l'indu » s'opère selon que le caractère indu de la somme est ou non contesté devant le juge (ou l'autorité administrative). En d'autres termes, « lorsque le fondement de l'imposition n'a pas été déclaré incompatible au regard du droit communautaire, l'action en remboursement, en contestant la taxe elle-même, n'est pas une action en répétition de l'indu mais une action fiscale » (J.-G. HUGLO, *ibid.*, pp. 2-3). Cette jurisprudence prendra fin suite à la loi de finances rectificatives de 1989 qui uniformise les modalités applicables pour la répétition de l'indu fiscal et pour une action fiscale (voir Cass., Com., 13 décembre 1994, *Bluteau* et *Abelsobn*, n°93-10.308 et n°93-11.035).

¹⁸⁷⁹ P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 25.

¹⁸⁸⁰ CJCE, *Denville*, aff. 240/87 précité.

ont été indûment perçues en vertu de cette législation »¹⁸⁸¹. Pour D. SIMON, cette affirmation renvoie à une manifestation inédite du principe de coopération loyale et distincte des principes d'effectivité et d'équivalence¹⁸⁸². Toutefois, la Cour ajoute aussitôt qu'il « appartient à la juridiction nationale d'examiner si la disposition contestée réduit les possibilités d'agir en répétition qui auraient existé en son absence »¹⁸⁸³. Bien qu'implicite, cette dernière affirmation traduit l'application du principe d'équivalence¹⁸⁸⁴. Il est demandé au juge national de vérifier si, au regard des modalités procédurales *normalement* applicables en droit interne, celles modifiées spécifiquement pour l'application du droit de l'Union sont véritablement défavorables – ce qui, en l'espèce, ne fait aucun doute.

412. Cette ambivalence se retrouve plus récemment dans les arrêts *Câmpean* et *Ciup*¹⁸⁸⁵. Dans un contexte similaire à celui de l'affaire “supervignette”, la Cour de justice identifie distinctement *trois* principes potentiellement méconnus par la modification législative : le principe d'équivalence, le principe d'effectivité et le « principe de coopération loyale »¹⁸⁸⁶. Or ce dernier « doit (...) être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce qu'un État membre adopte des dispositions soumettant le remboursement d'une imposition, qui a été déclarée contraire au droit de l'Union par un arrêt de la Cour ou dont l'incompatibilité avec ce droit résulte d'un tel arrêt, à des conditions concernant spécifiquement cette imposition et qui sont moins favorables que celles qui se seraient appliquées, en leur absence, à un tel remboursement, ce qu'il incombe à la juridiction de renvoi de vérifier en l'espèce »¹⁸⁸⁷. Faut-il dès lors y voir une exigence distincte de celle du principe d'équivalence qui s'imposerait uniquement à de telles circonstances ? Nous ne le pensons pas. En aucun cas cette exigence n'apparaît fondamentalement différente du principe d'équivalence : il s'agit toujours de comparer deux traitements procéduraux, l'un *spécifiquement* appliqué à une situation européenne et l'autre *normalement* prévu pour une situation interne similaire, pour déterminer si le premier n'est pas défavorable au regard du second¹⁸⁸⁸. Quoi qu'il en soit, cette singularité méritait d'être exposée pour illustrer l'application du principe d'équivalence aux modalités procédurales en matière fiscale.

¹⁸⁸¹ *Ibid.*, pt. 18.

¹⁸⁸² D. SIMON, v° « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en septembre 2012), par. 33-35.

¹⁸⁸³ CJCE, *Denville*, aff. 240/87 précité, pt. 18 – nous soulignons.

¹⁸⁸⁴ En ce sens, P. AMSELEK, *op. cit.*, p. 26. L'auteur note toutefois que la Cour de cassation française préféra sanctionner implicitement cette législation sur le fondement du principe d'effectivité plutôt que sur celui du principe d'équivalence (Cass., com., 7 novembre 1989, 87-18.785 ; cité p. 27).

¹⁸⁸⁵ CJUE, *Câmpean* et *Ciup* (2 arrêts), aff. C-200/14 et C-288/14 précités.

¹⁸⁸⁶ Notons que l'avocat général M. SZPUNAR (conclusions sur CJUE, *Câmpean*, aff. C-200/14 précité) ne mentionne ce principe que le lier aux exigences issues des principes d'équivalence et d'effectivité (pt. 29-30).

¹⁸⁸⁷ CJUE, *Câmpean*, aff. C-200/14 précité, pt. 44 ; CJUE, *Ciup*, aff. C-288/14, pt. 31.

Section 2 : Une application claire à des dispositions non procédurales

413. Réduire l'application du principe d'équivalence exclusivement à des dispositions nationales d'ordre procédural n'est pas pleinement satisfaisant. Certes, la jurisprudence de la Cour de justice offre essentiellement des illustrations dans lesquelles des dispositions contentieuses ou procédurales sont contrôlées. De même, le plus fréquemment, « *l'absence de réglementation européenne* »¹⁸⁸⁸, qui nécessite le renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale, concerne la mise en œuvre *procédurale* de la règle européenne. Les aspects matériels de celle-ci sont généralement directement déterminés par l'ordre juridique de l'Union. De telles considérations ne doivent toutefois pas tromper. En théorie, rien n'interdit de penser que le principe d'équivalence s'oppose à des dispositions nationales non procédurales. Si la Cour de justice évoque pendant un temps des « *règles de forme et de procédure du droit national* », elle généralise sa position en parlant des « *règles [nationales] de forme et de fond* »¹⁸⁸⁹. Il arrive que la Cour de justice englobe le comportement des autorités nationales¹⁸⁹¹, notamment lorsqu'elle exige d'elles de faire respecter le droit de l'Union avec la même « *diligence* »¹⁸⁹² que pour faire respecter le droit interne. Dès lors, « *ce n'est plus l'équivalence des procédures qui est exigée, mais celle du comportement des autorités publiques* »¹⁸⁹³.

414. Pour confirmer ces éléments, il est intéressant d'étudier le cas du droit des sanctions nationales (§1). Dans son prolongement, il s'agira de voir que l'application du principe d'équivalence est indifférente à la nature procédurale ou matérielle de la disposition nationale qui participe à la mise en œuvre du droit de l'Union (§2).

§1 : Le cas édifiant du droit des sanctions nationales

415. La mise en œuvre du droit de l'Union par les États membres ne s'opère pas exclusivement par une exécution *normative, administrative* ou *juridictionnelle* de celui-ci.

¹⁸⁸⁸ En ce sens, CJCE, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99 précité, pt. 79. Pour plus de précisions sur cet aspect, cf. *infra*, pt. 792.

¹⁸⁸⁹ Sur la portée de ce *dictum*, cf. *supra*, pt. 159 et suivants.

¹⁸⁹⁰ Voir, implicitement, CJCE, *MIRECO*, aff. 826/79 précité, pt. 15 (nous soulignons). Pour une affirmation plus explicite, voir CJCE, *Barra*, aff. 309/85 précité, pt. 18.

¹⁸⁹¹ Pour un exemple, voir CJCE, 15 janvier 2004, *Penycoed*, aff. C-230/01, *Rec. p. I-937* : la Cour précise que l'« *obligation fondée sur l'article 10 CE comprend [pour les autorités nationales] l'engagement de toutes les actions de droit administratif, de droit fiscal ou de droit civil visant à la perception ou au recouvrement des droits ou taxes frauduleusement éludés ou à l'obtention de dommages et intérêts* » (pt. 37).

¹⁸⁹² Voir not. CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. jt. 119/79 et 126/79, *Rec. p. 1863*, pt. 8.

¹⁸⁹³ V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne* précité, p. 437.

Elle implique aussi que les autorités nationales en sanctionnent les violations¹⁸⁹⁴. Très tôt, la Cour de justice a considéré que le principe de coopération loyale requiert des États membres de « *choisir les sanctions qui leur semblent appropriées* »¹⁸⁹⁵ pour faire respecter le droit de l'Union. Ce renvoi au droit national prend ici un intérêt tout particulier. Ne disposant pas de compétence générale en matière de sanction¹⁸⁹⁶, et notamment pénale, l'Union européenne est contrainte de se reposer sur le régime répressif existant dans les États membres¹⁸⁹⁷. En toute logique, le principe d'équivalence doit encadrer ce régime, afin de s'assurer que les violations du droit de l'Union sont sanctionnées d'une manière au moins équivalente aux violations du droit interne similaire¹⁸⁹⁸. La Cour de justice l'affirme explicitement dans un arrêt *Commission c. Grèce* lorsqu'elle indique que « *tout en conservant le choix des sanctions, [les États membres] doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient **sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui soient analogues** à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires* »¹⁸⁹⁹. Enfin, l'article 325, §2, TFUE mentionne une exigence similaire à propos des sanctions relatives aux atteintes aux intérêts financiers de l'Union¹⁹⁰⁰.

416. Selon la signification retenue du terme de « sanction »¹⁹⁰¹, il est difficile d'y voir un droit exclusivement d'ordre procédural. Les dispositions nationales qui instituent

¹⁸⁹⁴ Voir C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, pp. 368 et suivantes ;

¹⁸⁹⁵ CJCE, 2 février 1977, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76, *Rec.* p. 137, pt. 33. Anticipant cette idée, voir J.-V. LOUIS, cité par J. RIDEAU, « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 864-903, spéc. pp. 877-878 ; M. BIGAY, « L'application des règlements communautaires en droit pénal français », *RTDE* 1971, pp. 53-61, spéc. pp. 57 et suivantes.

¹⁸⁹⁶ En ce sens, CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, *Rec.* p. 2595. Cela n'exclut pas que certaines dispositions des traités habilite l'Union à prévoir et édicter directement des sanctions dans certains domaines précis (en ce sens, CJCE, 27 octobre 1992, *Commission c. Allemagne*, aff. C-240/90, *Rec.* p. I-5383, pt. 10-13), y compris en matière pénale (CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879, pt. 48). En matière de concurrence par exemple, voir le règlement 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JOCE, L 1, 4 janvier 2003, pp. 1-25), art. 23 et suivant. En matière de protection des intérêts financiers de l'Union, voir la Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles le 26 juillet 1995 (JOCE, C 316, du 27 novembre 1995, p. 49).

¹⁸⁹⁷ En ce sens, voir not. M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2004, p. 83 ; L. AZOULAI, « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 1-23 ; C. HAGUENAU-MOIZARD, « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 991-1006.

¹⁸⁹⁸ Voir not. CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, aff. 118/75, *Rec.* p. 1185, pt. 21 ; dans le même sens, CJCE, 30 novembre 1977, *Cayrol*, aff. 52/77, *Rec.* p. 2261, pt. 37-38.

¹⁸⁹⁹ CJCE, 19 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2965, pt. 24 (nous soulignons). Cet arrêt est diversement appelé par la doctrine comme l'affaire des *Maïs grecs* (pour exemple, M. POELEMANS, *op. cit.*, p. 270) ou des *Maïs yougoslaves* (pour exemple, C. HAGUENAU-MOIZARD, « Sanction nationale du droit communautaire : « sanctions effectives, proportionnées et dissuasives » », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 205-223, spéc. p. 209).

¹⁹⁰⁰ Art. 325, §2, TFUE : « *Les États membres prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers* ».

¹⁹⁰¹ Cf. *infra*, pt. 418 et suivants.

des sanctions administratives, civiles, fiscales ou encore pénales ne peuvent être vues comme des dispositions procédurales. Cependant, en écho à nos propos précédents, un recours en responsabilité ou en répétition de l'indu constitue également des sanctions nationales de la violation du droit de l'Union. Cette incertitude autour de la nature procédurale ou matérielle du droit des sanctions nationales laisse dubitatif quant à l'application du principe d'équivalence. La jurisprudence européenne, à partir de l'arrêt *Commission c. Grèce* précité, semble en effet retenir une exigence de "sanction analogue" distincte du principe d'équivalence tel qu'il est traditionnellement formulé. La question se pose : le droit des sanctions est-il bien soumis au respect du principe d'équivalence ou, au contraire, à une exigence de "sanction analogue" ? Ce doute était clairement permis pendant un temps (A.). À l'heure actuelle, il n'a toutefois plus lieu d'être : le principe d'équivalence s'applique sans ambiguïté à de telles dispositions. Dans son arrêt *Scialdone*¹⁹⁰², la Cour de justice l'a explicitement affirmé (B.).

A. Un doute originel sur l'application du principe d'équivalence

417. Avant l'arrêt *Scialdone*, la jurisprudence de la Cour de justice semble manquer de cohérence sur le régime des sanctions nationales. Pour conditionner l'autonomie des États membres dans le choix de ces sanctions, le principe d'équivalence n'intervient explicitement que dans certains arrêts¹⁹⁰³. Il est fréquent que la Cour de justice mentionne une exigence similaire mais différente, à savoir l'obligation de sanctionner de manière *analogue*¹⁹⁰⁴ les violations du droit de l'Union et du droit interne. Cette inconstance dans la jurisprudence s'explique différemment selon le point de vue retenu. Une majorité d'auteurs et la Commission européenne¹⁹⁰⁵ n'accordent pas d'importance à cette divergence de formulation¹⁹⁰⁶. Tout au plus, certains d'entre eux

¹⁹⁰² CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295.

¹⁹⁰³ En ce sens, voir not. CJCE, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04 précité, pt. 92-93 CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, *Rec. p. I-7213*, pt. 51-52.

¹⁹⁰⁴ Outre l'arrêt *Commission c. Grèce* (aff. 68/88 précité), voir CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, aff. C-326/88, *Rec. p. I-2911*, pt. 17 ; CJCE, 8 juin 1994, *Commission c. R-U*, aff. C-382/92, *Rec. p. I-2435*, pt. 55 ; CJCE, 27 février 1997, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, aff. C-177/95, *Rec. p. I-1111*, pt. 35 ; CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95, *Rec. p. I-2195*, pt. 29 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Numes et de Matos*, aff. C-186/98, *Rec. p. I-4883*, pt. 10 ; CJCE, 18 octobre 2001, *Commission c. France*, aff. C-345/99, *Rec. p. I-7657*, pt. 46 ; CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec. p. I-3565*, pt. 65 ; CJCE, *Paquay*, aff. C-460/06 précité, pt. 52 ; CJCE, 3 novembre 2006, *Lidl Italia*, aff. C-315/05, *Rec. p. I-11181*, pt. 58 ; CJUE, 7 mars 2014, *LCL Le Crédit Lyonnais*, aff. C-565/12, ECLI:EU:C:2014:190, pt. 44 ; CJUE, 13 novembre 2014, *Reindl*, aff. C-443/13, ECLI:EU:C:2014:2370, pt. 38.

¹⁹⁰⁵ Voir la Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen sur le rôle des sanctions pour la mise en œuvre de la législation communautaire dans le domaine du Marché intérieur du 3 mai 1995 (COM (95) 162 final).

¹⁹⁰⁶ Voir G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS et J.-P. KEPPELNE, « L'incidence du droit communautaire sur le droit national », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 542-544, spéc. p. 542 ; V. MICHEL, *op. cit.*, p. 437 ; N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 306.

notent qu'il s'agit d'une application *particulière*¹⁹⁰⁷ du principe d'équivalence. À l'inverse, selon d'autres auteurs, comme G. TESAURO¹⁹⁰⁸, H. LABAYLE¹⁹⁰⁹, M. POELEMANS¹⁹¹⁰ ou V. MITSILEGAS¹⁹¹¹, l'inconstance de la jurisprudence révèle l'existence d'une exigence distincte du principe d'équivalence. Ce dernier ne saurait s'appliquer à l'ensemble des sanctions nationales mais seulement à certaines d'elles. Cette vision se justifie en partie par la polysémie du concept de "sanction" (1.). Dans son acception restrictive, il semble en effet que la jurisprudence impose une exigence proche mais distincte du principe d'équivalence pour encadrer les sanctions nationale (2.).

1. Le problème de la polysémie de la "sanction"

418. Cette inconstance de la jurisprudence de la Cour de justice n'est qu'apparente. Elle repose en réalité sur une conception parfois extensive et parfois restrictive de la "sanction". En effet, dans un sens très large, la sanction n'est ni plus ni moins qu'une expression particulière de la "mise en œuvre" du droit de l'Union. Sanctionner le droit de l'Union renvoie au moyen de garantir son application effective. Selon HART¹⁹¹², ainsi appréhendée, la "sanction" désigne la « *norme secondaire* » – ici, le droit national – dont la raison d'être est de donner corps à une « *norme primaire* »¹⁹¹³ – ici, l'obligation ou le droit résultant de la disposition européenne. Elle constitue alors « *une composante essentielle* »¹⁹¹⁴ de la règle européenne, au point tel que l'une ne peut exister sans l'autre. Dès lors, l'ensemble des dispositions nationales, et notamment d'ordre procédural, sont susceptibles de caractériser la "sanction" nationale du droit de l'Union. Aucune distinction particulière n'est retenue.

419. Une interprétation aussi large de la "sanction" n'apparaît pas satisfaisante pour comprendre la jurisprudence de la Cour de justice. Assurer la "sanction" du droit

¹⁹⁰⁷ M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 115-181, spéc. p. 136 ; M. LOPEZ-ESCUADERO, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne », in D. BERLIN, F. MARTUCCI et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 103-126, spéc. p. 120.

¹⁹⁰⁸ G. TESAURO, « La sanction des infractions au droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 477-509.

¹⁹⁰⁹ H. LABAYLE, « La protection des intérêts financiers de la Communauté », *Europe* 1995, n°3, chron. 4, pp. 1-6.

¹⁹¹⁰ M. POELEMANS, *op. cit.*, spéc. pp. 276 et suivantes.

¹⁹¹¹ V. MITSILEGAS, *EU criminal law after Lisbon : rights, trusts and the transformation of justice in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2016, pp. 74-75.

¹⁹¹² H. L. A. HART, *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, pp. 103-106.

¹⁹¹³ Dans la même idée, voir H. MOTULSKY (cité par O. DUBOS, *op. cit.*, p. 264) : « le droit subjectif, de quelque manière qu'on le conçoive, ne peut attribuer que le pouvoir de créer une situation juridique ; mais quand il s'agit de faire passer la **sanction** de l'état virtuel où l'enferme le Droit à l'efficacité judiciaire, ce droit se révèle stérile » (nous soulignons) ; A. LAQUIEZE, v° « Sanction », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris PUF, 2003, pp. 1381-1384, spéc. p. 1384 ; P. DEUMIER, *op. cit.*, pp. 31-33 ; D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997, pp. 59 et suivantes.

¹⁹¹⁴ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 503.

de l'Union a une signification plus précise : elle s'inscrit dans une situation dans laquelle il existe une *violation* ou un risque de *violation* du droit de l'Union¹⁹¹⁵. La “sanction” a ainsi pour fonction de prévenir ce risque ou, à défaut, d'en limiter les effets ou d'y remédier. De ce point de vue, il n'existe pas de différence fondamentale avec le concept français de “remède”¹⁹¹⁶ ou avec le concept anglais de *remedy*¹⁹¹⁷. La “sanction” désigne tout moyen qui permet de tirer les conséquences d'une violation – ou d'un risque de violation – du droit de l'Union¹⁹¹⁸. Dès lors, l'inapplication de la règle nationale reconnue contraire au droit de l'Union, la répétition de somme indue ou la responsabilité de l'État constituent des exemples de “sanctions” pour répondre à une violation du droit de l'Union¹⁹¹⁹.

420. Au-delà de ces généralités, la jurisprudence de la Cour de justice relative aux sanctions en matière de renouvellement de contrats à durée déterminée fournit une illustration¹⁹²⁰. En l'occurrence, un accord-cadre¹⁹²¹ exige des États membres qu'ils adoptent les mesures nécessaires pour *sanctionner*¹⁹²² les employeurs privés ou publics qui abuseraient de tels contrats. La requalification rétroactive des contrats en contrat à durée indéterminée et l'indemnisation du salarié constituent deux “sanctions” possibles. Aux yeux de la Cour, elles renvoient surtout aux prérogatives du juge national : ce dernier doit pouvoir opérer la requalification ou être en mesure d'indemniser convenablement le salarié. L'application du principe d'équivalence dans cette hypothèse n'est donc nullement spécifique aux “sanctions” nationales – à tel point que l'utilisation du terme

¹⁹¹⁵ En ce sens, J.-G. HUGLO, v° « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France » précité, par. 89 et suivants.

¹⁹¹⁶ Selon la définition donnée par L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *op. cit.*, p. 529 : moyen permettant de « prévenir ou de réparer, suivant les cas, les conséquences d'un dysfonctionnement ». Pour C. CHAINAIS et D. FENOUILLET, la sanction comprend « toute réaction du droit à une violation de la règle juridique » (cité par P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2019, p. 32, note 49).

¹⁹¹⁷ En ce sens, S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy » précité, pp. 4 et suivantes.

¹⁹¹⁸ Proposant une étude selon cette conception de la sanction, voir L. COUTRON, « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme » précité, spéc. pp. 162-163.

¹⁹¹⁹ Sur cet aspect, voir G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 497 et suivantes.

¹⁹²⁰ Voir CJCE, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04 précité ; CJCE, 7 septembre 2006, *Vassallo*, aff. C-180/04, *Rec. p. I-17251*, pt. 37 ; CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 46-47 ; CJCE, 23 avril 2009, *Angelidaki e.a.*, aff. jt. C-378/07 à C-380/07, *Rec. p. I-3071*, pt. 159 ; CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité, pt. 25 et suivants ; CJUE, 8 septembre 2011, *Rosado Santana*, aff. C-177/10, *Rec. p. I-7907*, pt. 89 et suivants ; CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e.a.*, aff. jt. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401, pt. 78 ; CJUE, 3 juillet 2014, *Fiamingo e.a.*, aff. jt. C-362/13, C-363/13 et C-407/13, ECLI:EU:C:2014:2044, pt. 63 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Pérez López*, aff. C-16/15, ECLI:EU:C:2016:679, pt. 32 ; CJUE, 14 septembre 2016, *Martínez Andrés*, aff. jt. C-184/15 et C-197/15, ECLI:EU:C:2016:680, pt. 37 et pt. 58 et suivants ; CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166, pt. 30 et pt. 38 et suivants.

¹⁹²¹ Clause 5 de l'accord-cadre sur le travail à durée déterminée, conclu le 18 mars 1999, figurant en annexe de la directive 1999/70/CE du Conseil, du 28 juin 1999, concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (*JOCE*, L 175, 10 juillet 1999, p. 43).

¹⁹²² Le terme de sanction est explicitement présent : voir CJCE, 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, aff. C-212/04, *Rec. p. 6057*, pt. 94 et suivants ; CJUE, 21 novembre 2018, *De Diego Porras*, aff. C-619/17, ECLI:EU:C:2018:936, pt. 90.

de “sanction” par la Cour de justice n’est pas régulière¹⁹²³. Elle se rattache clairement à la ligne jurisprudentielle précédemment exposée sur le droit du contentieux national¹⁹²⁴.

421. Cette acception de la “sanction” apparaît encore très large. En effet, de manière plus restrictive, elle se définit essentiellement au regard de sa finalité punitive ou répressive. Certes, elle permet d’assurer l’effectivité d’une norme *primaire* et notamment de remédier à sa violation¹⁹²⁵. Néanmoins, sa spécificité se manifeste dans cette fonction particulière de répression. Cette conception se retrouve quelle que soit origine, européenne ou nationale. Par exemple, lorsqu’elle est instituée et définie directement par le droit de l’Union, la Cour de justice vérifie qu’elle soit infligée dans une finalité répressive¹⁹²⁶. Elle fait peser sur de telles dispositions des exigences spécifiques, comme le fait qu’elle « repose sur une base légale claire et non ambiguë »¹⁹²⁷, sa rétroactivité si la sanction est plus souple¹⁹²⁸ ou son caractère suffisamment dissuasif. En matière d’aides européennes, la Cour considère qu’« une interprétation [du droit de l’Union]¹⁹²⁹ qui reviendrait à accorder aux remboursements d’aides en raison d’actes qui, par leur caractère illégal prononcé, emportent des sanctions, les mêmes modalités pour le calcul du délai de prescription que celles applicables à des actes qui ne donnent lieu qu’à une simple obligation de restitution, ne paraît pas conforme à la finalité d’un système de sanctions qui se veut suffisamment dissuasif et efficace pour lutter contre les irrégularités et les fraudes commises dans le domaine des aides (...) »¹⁹³⁰.

422. Cette conception restrictive, axée sur une finalité punitive, se retrouve en dehors du droit de l’Union européenne. Cette logique est globalement retenue dans les

¹⁹²³ Dans l’arrêt *Pontin* (aff. C-63/08 précité), bien que dans un contexte particulièrement similaire, la Cour de justice ne mentionne pas le terme de “sanction” : elle préfère en effet se focaliser non sur la sanction de l’employeur qui opère un licenciement contraire au droit de l’Union, mais sur la protection à accorder au salarié irrégulièrement licencié.

¹⁹²⁴ Cf. *supra*, pt. 380.

¹⁹²⁵ G. TESAURO (*op. cit.*, p. 482, cité par M. POELEMANS, *op. cit.*, p. 45) note qu’il existe donc « deux conceptions différentes de la sanction du droit communautaire. L’une est essentiellement focalisée sur l’aspect **afflictif** de la réaction au comportement illicite ; l’autre vise plutôt à **éviter** ou, en tout cas, à **neutraliser** les conséquences négatives de la transgression (...) » (nous soulignons).

¹⁹²⁶ Pour exemple, voir CJCE, 14 septembre 2000, *Fisher*, aff. C-396/98, *Rec.* p. I-6751. La Cour était confrontée aux sanctions contre la fraude prévues par le règlement n° 3508/92 du Conseil, du 27 novembre 1992 (*JOCE*, L 355, 5 décembre 1992, pp. 1-5). Elle estime toutefois que de telles sanctions ne peuvent pas être prononcées s’il n’existe aucun comportement répréhensible. Elle en déduit que « l’autorité compétente ne saurait infliger des sanctions au nouvel exploitant alors qu’elle savait que celui-ci ne disposait pas, en raison de son propre refus de divulgation, lors de la demande, des informations nécessaires afin d’assurer la régularité de sa demande d’aides » (pt. 45).

¹⁹²⁷ CJCE, 25 septembre 1984, *Könecke c. Balm*, aff. 117/83, *Rec.* p. 3291, pt. 11.

¹⁹²⁸ Pour exemple, voir CJCE, 11 mars 2008, *Jager*, aff. C-420/06, *Rec.* p. I-1315, pt. 59 et suivants.

¹⁹²⁹ En l’occurrence, l’article 49, §6, du règlement de la Commission n° 2419/2001 de la Commission du 11 décembre 2001 portant modalités d’application du système intégré de gestion et de contrôle relatif à certains régimes d’aides communautaires établis par le règlement (CEE) n° 3508/92 du Conseil (*JOCE*, L 327, 12 décembre 2001, pp. 11-32).

¹⁹³⁰ CJUE, 3 octobre 2019, *Westphal*, aff. C-378/18, ECLI:EU:C:2019:832, pt. 46.

systemes juridiques nationaux¹⁹³¹ ou en droit de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹³². Tous s'accordent pour considérer qu'une sanction, quelle que soit sa forme, se caractérise surtout par sa finalité punitive¹⁹³³. Cette finalité justifie que certaines garanties, essentiellement issues des droits fondamentaux constitutionnels¹⁹³⁴ ou de la Convention européenne des droits de l'Homme¹⁹³⁵, soient accordées aux personnes affectées par la sanction¹⁹³⁶. Parmi les plus connues, le respect d'une procédure impartiale¹⁹³⁷ pour son prononcé, de la rétroactivité *in mitius*¹⁹³⁸, du principe de *ne bis in idem*¹⁹³⁹ si elle se cumule avec d'autres mesures ou encore sa proportionnalité¹⁹⁴⁰ sont autant d'exigences spécifiquement appliquées aux sanctions. La Cour de justice oppose ces mêmes exigences aux sanctions nationales instituées pour la mise en œuvre du droit de l'Union¹⁹⁴¹. En toute logique, et notamment dans un souci d'équivalence des protections au regard des droits fondamentaux, tout incite à considérer que la "sanction" nationale pour faire respecter le droit de l'Union s'appréhende bel et bien au regard de sa finalité punitive.

2. L'existence envisageable d'un "principe d'assimilation" spécifique aux sanctions nationales

423. Cette distinction des conceptions de la "sanction" permet de mieux comprendre la jurisprudence de la Cour de justice. L'encadrement de l'autonomie accordée à l'État membre pour appliquer la sanction ne sera pas le même. Dans son acception extensive, la "sanction" n'implique pas un régime spécifique : elle n'est qu'une

¹⁹³¹ Voir F. MODERNE, « La sanction administrative », *RFDA* 2002, pp. 483-495. Pour ce qui est de la France, voir not. B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, pp. 1198 et suivantes ; M. DELMAS-MARTY et C. TEITGEN-COLLY, *Punis sans juger ?*, Paris, Economica, 1992, spéc. pp. 44 et suivantes.

¹⁹³² Pour exemple, Cour EDH, 21 février 1984, *Oztürk c. Allemagne*, req. n°8544/79, série A, n°72, §46.

¹⁹³³ Voir not. Cons. Const., n°90-285 DC, 28 décembre 1990, *Loi de finances pour 1990*, csd. 56 ; CE, avis, Section, 31 mars 1995, *SARL Auto-industrie Méric*, n° 164008, *Rec.* p. 154 ; Cass. Com., 9 avril 1996, *Haddad c/ Agent judiciaire du Trésor*, *JCP G* 1996, n° 26, IV, p. 169.

¹⁹³⁴ Principalement à travers l'art. 16 DDHC en France ; à ce sujet, voir not. J.-H. ROBERT, « La punition selon le Conseil constitutionnel », *C.C.C.*, août 2009, n°26, pp. 3-15.

¹⁹³⁵ Pour exemple, voir F. SUDRE, « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP G*, 8 mars 2000, n°10, II, 10267.

¹⁹³⁶ Voir not. E. MIGNON, « L'ampleur, le sens et la portée des garanties en matière de sanctions administratives », *Les sanctions administratives*, *AJDA* 2001, n° spécial, pp. 99-105.

¹⁹³⁷ Pour exemple, voir CE, ass., 3 décembre 1999, *Didier*, *Rec.* p. 399 ; Cons. Const., n°2012-280 QPC, 12 octobre 2012, *Scte Groupe Canal Plus*, csd. 16.

¹⁹³⁸ En ce sens, CE, avis, sect., *Houdmond*, n°176611, *Rec.* p. 116 ; CE, ass., 4 juillet 2011, *Elections régionales d'Île-de-France*, *Rec.* p. 317.

¹⁹³⁹ Pour exemple, Cons. Const., n°89-260 DC, 28 juillet 1989, *Loi relative à la sécurité et à la transparence du marché financier*, csd. 22 ; Cons. Const., n°2016-545 QPC, 24 juin 2016, *Alec W. e.a. [Pénalités fiscales pour insuffisance de déclaration et sanctions pénales pour fraude fiscale]*, csd. 8.

¹⁹⁴⁰ Pour exemple, voir CE, 27 novembre 1996, *Ligue islamique du Nord*, *Rec.* p. 461 pour des sanctions disciplinaires ; CE, avis, 8 juillet 1998, *Fattel*, *Rec. T.* p. 849 pour des sanctions fiscales.

¹⁹⁴¹ Pour ne citer que quelques illustrations, voir : CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95, *Rec.* p. I-285, pt. 24 à propos de la proportionnalité ; CJCE, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-382/02, C-391/02 et C-403/02 précité,

mesure classique de mise en œuvre, soumise aux conditions classiques de l'autonomie institutionnelle et procédurale, dont le principe d'équivalence. Tel n'est pas le cas pour la conception restrictive de la "sanction". En raison de sa finalité punitive, elle reçoit un traitement particulier, y compris pour encadrer l'autonomie des États membres. Dans l'arrêt *Commission c. Grèce* déjà évoqué, les exigences imposées ne font que *ressembler* aux principes d'équivalence et d'effectivité. Pour le premier, elle n'affirme pas que le droit de l'Union doit être appliqué d'une manière *moins favorable* ou au moins équivalente que le droit interne similaire, mais « *dans des conditions, de fond et de forme, qui soient **analogues*** ». Pour le second, elle ne se limite pas à prohiber le droit national qui *rend pratiquement impossible ou excessivement difficile* l'application du droit de l'Union ; elle exige que la mesure nationale présente un « *caractère effectif, proportionné et dissuasif* ». Ces deux exigences se révèlent donc plus contraignantes – en apparence du moins – que les principes d'équivalence et d'effectivité vis-à-vis de l'État membre lorsqu'il doit adopter une telle sanction.

424. La doctrine est relativement divisée sur cette question. Une assez large majorité n'accorde que peu d'importance à cette différence de formulation¹⁹⁴². Pour le principe d'équivalence, elle n'a pas de réelles conséquences concrètes pour son application¹⁹⁴³. Cependant, d'autres auteurs traitent ces deux exigences de manière autonome. G. TESAURO, le premier¹⁹⁴⁴, évoque ainsi le "principe d'assimilation" et le "principe d'adéquation"¹⁹⁴⁵, respectivement en lieu et place des principes d'équivalence et d'effectivité. Concernant le principe d'assimilation qui nous intéresse, force est d'admettre qu'il s'agit d'une simple expression doctrinale. Bien qu'utilisée à plusieurs reprises par des avocats généraux, la Cour de justice ne l'emploie jamais. Cependant, une lecture de la jurisprudence européenne qui dissocie le principe d'équivalence et le principe d'assimilation n'a rien d'absurde. Dès lors, opérer cette distinction se comprend à plusieurs égards.

425. En premier lieu, reconnaître un principe d'assimilation, distinct du principe d'équivalence, met en évidence l'encadrement spécifique du droit des sanctions

pt. 69 pour le principe de rétroactivité *in mitius* ; CJUE, 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105, pt. 27-28 et pt. 32 et suivants pour le principe du *ne bis in idem*.

¹⁹⁴² Récemment, voir not. P. SIMON, *La compétence d'incrimination de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 31-33.

¹⁹⁴³ Cf. *infra*, pt. 483 et suivants.

¹⁹⁴⁴ Reprenant ces termes, voir H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 3 ; M. POELEMANS, *op. cit.*, p. 271 ; V. MITSILEGAS, *op. cit.*, p. 74 ; D. FLORE, *Droit pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014, pp. 306 et suivantes.

¹⁹⁴⁵ G. TESAURO, *op. cit.*, p. 508.

(*stricto sensu*). Il ne saurait, en d'autres termes, être soumis aux mêmes conditions que celles exigées pour les autres mesures de mise en œuvre du droit de l'Union¹⁹⁴⁶. Cette spécificité du régime du droit des sanctions est évidemment relative. Comme n'importe quelle mesure nationale, les sanctions ne doivent pas entraver l'exercice des droits conférés par l'Union aux individus. La Cour de justice prohibe ainsi une sanction nationale qui serait excessivement sévère¹⁹⁴⁷, notamment en comparaison des sanctions opposées aux violations du droit interne¹⁹⁴⁸. Cette position est cependant assez datée et remonte à une époque à laquelle le principe d'équivalence avait été tout juste dégagé¹⁹⁴⁹. Dans une jurisprudence plus actuelle, la Cour exige qu'une telle mesure nationale soit suffisamment sévère pour garantir l'effet utile du droit de l'Union. Sa motivation se focalise explicitement sur la nécessité de « *garantir la portée et l'efficacité* »¹⁹⁵⁰ du droit de l'Union. Plus précisément, l'exigence de « sanction analogue » implique que la mesure nationale sanctionnant la violation du droit de l'Union soit d'une sévérité analogue à celles prévues pour le droit interne similaire¹⁹⁵¹. En apparence, l'accent est mis sur l'impératif d'assurer le respect du droit de l'Union et moins sur la protection des droits des individus. Une sanction trop tolérante ou laxiste vis-à-vis d'individus qui violent le droit de l'Union ne serait pas acceptable. Cette approche serait ainsi propre au principe d'assimilation. Elle s'opposerait donc au principe d'équivalence qui semble, davantage et dans les faits, se focaliser sur la protection des individus¹⁹⁵².

426. En second lieu, la distinction se justifie eu égard à l'article 325, §2, TFUE. Contrairement au principe d'équivalence qui ne figure pas dans les traités constitutifs, le

¹⁹⁴⁶ Voir not. R. GRASS et C. SOULARD, v° « Droit de l'Union européenne et matière pénale », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 496, 15 octobre 2009 (actualisé au 1^{er} juin 2010), par. 70 et suivants.

¹⁹⁴⁷ CJCE, *Watson et Belmann*, aff. 118/75 précité, pt. 21. Sur cette idée, voir F. HUBEAU, « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *CDE* 1981, pp. 207-256, spéc. p. 208.

¹⁹⁴⁸ CJCE, 14 juillet 1977, *Sagulo e.a.*, aff. 8/77, *Rec.* p. 1495, pt. 12-13 ; CJCE, *Casati*, aff. 203/80 précité, pt. 28-29 ; CJCE, 25 février 1988, *Drexel*, aff. 299/86, *Rec.* p. 1213, pt. 25.

¹⁹⁴⁹ Les conclusions des avocats généraux sont éloquentes. H. MAYRAS (conclusions sur CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, *Rec.* p. 497) estime que le fait que des « *sanctions ne sauraient aller au-delà de celles qui sont applicables aux nationaux de l'État membre en cause* » (p. 526) découle du principe de non-discrimination à raison de la nationalité. La même conclusion s'impose pour G. REISCHL (conclusions sur CJCE, *Sagulo e.a.*, aff. 8/77 précité) pour qui « *le défaut par un ressortissant communautaire d'avoir un passeport en cours de validité ou une carte d'identité ne saurait être plus sévèrement sanctionné que l'omission par un ressortissant allemand de se munir d'une carte d'identité exigée par la législation allemande* » (p. 1515).

¹⁹⁵⁰ CJCE, 2 octobre 1991, *Vandevenne e.a.*, aff. C-7/90, *Rec.* p. I-4371, pt. 11 ; CJCE, *Maritime et Loten Navigation*, aff. C-177/95 précité, pt. 35.

¹⁹⁵¹ CJCE, *Commission c. Grève*, aff. 68/88 précité ; CJCE, 26 octobre 1995, *Siessa*, aff. C-36/94, *Rec.* p. I-3573, pt. 24.

¹⁹⁵² Nous avons certes démontré que le principe d'équivalence a pour fonction première de protéger l'effet utile du droit de l'Union et que ce n'est qu'accessoirement qu'il participe à la protection juridique (ou juridictionnelle) des individus (cf. *supra*, pt. 190 et suivants). Nous arrivons à cette conclusion que s'il est admis que le principe d'assimilation n'est qu'une autre forme du principe d'équivalence ou que le premier est totalement confondu dans le second. En admettant cela, il nous est possible de relativiser la protection juridique des individus au profit de celle de l'effet utile du droit de l'Union pour caractériser la finalité du principe d'équivalence. En revanche, si cette confusion entre les principes d'assimilation et d'équivalence n'est pas admise, cette conclusion s'avère clairement plus discutable. Sur cette idée, voir M. DOUGAN, *op. cit.*, pp. 424-426.

principe d'assimilation a été « *constitutionnalisé* »¹⁹⁵³ dans cette disposition. Certes, l'article 325, §2, TFUE a un champ d'application limité à la lutte contre la *fraude* aux intérêts financiers de l'Union. Cependant, il tend à devenir un fondement alternatif¹⁹⁵⁴ à l'article 4, §3, TUE, qui consacre le principe de coopération loyale, pour encadrer les sanctions nationales. Plus encore, cet article 325, §2, TFUE fige l'obligation pour les États membres d'adopter « *les mêmes mesures* » pour les atteintes aux intérêts financiers de l'Union que celles qui affectent leurs propres intérêts financiers. La spécificité de l'obligation du principe d'assimilation vis-à-vis de celle du principe d'équivalence est donc clairement affirmée par le traité¹⁹⁵⁵. La Cour de justice ne doit pas seulement prohiber les mesures de sanction *moins favorables* ; elle doit s'assurer qu'elles sont au moins analogues, sinon identiques, à celles normalement prévues en droit interne. En conclusion, les sanctions nationales visant à protéger les intérêts financiers de l'Union doivent respecter le principe d'assimilation et non le principe d'équivalence.

B. Une application indéniable et justifiée

427. Les éléments qui ont été exposés sont plus ou moins convaincants. Les auteurs précités reconnaissent que la proximité entre le principe d'équivalence et un « principe d'assimilation » est significative¹⁹⁵⁶. En réalité, il s'agit pour eux d'expliquer l'état de la jurisprudence européenne qui n'applique pas explicitement le principe d'équivalence vis-à-vis de telles sanctions. Opérer cette distinction, aussi discutable soit-elle, vise simplement à proposer une lecture plus cohérente de cette jurisprudence. Tout particulièrement pour les arrêts postérieurs à l'arrêt *Palmisani*¹⁹⁵⁷, la question est légitime : pourquoi ne pas appliquer explicitement le principe d'équivalence lorsque la Cour de justice encadre les sanctions nationales ?

428. Une clarification de la jurisprudence européenne est souhaitable sur ce sujet. Plusieurs auteurs ont insisté sur la nécessité que la Cour de justice reconnaisse

¹⁹⁵³ H. LABAYLE, *op. cit.*, p. 3. Confirmant cette idée, voir le document édicté par la Commission européenne (COM (95) 556 final) sur la protection des intérêts financiers de la Communauté.

¹⁹⁵⁴ En ce sens, CJUE, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 précité, pt. 48.

¹⁹⁵⁵ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Numes et Matos*, aff. C-186/98 précité : « *la nature de l'obligation de l'article 10 [à savoir, le principe d'assimilation] est mise en évidence par l'article 280, paragraphe 2 (ancien article 209 A, paragraphe 1), qui exige expressément des États membres qu'ils prennent les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de la Communauté que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers. Même si cet article n'était pas en vigueur à l'époque supposée des faits (il a été introduit par le traité de Maastricht), il donne néanmoins un éclairage sur le sens de l'obligation de l'article 10* » (pt. 9 – nous soulignons).

¹⁹⁵⁶ M. POELEMANS (*op. cit.*) note ainsi que l'« obligation d'assimilation reprend le principe de renvoi aux autorités nationales et se trouve donc en conformité avec le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres qui régit l'exécution du droit communautaire » (p. 277). Pour V. MITSILEGAS (*op. cit.*), ce principe est clairement « *based on the principles of effectiveness and equivalence* » (p. 75).

¹⁹⁵⁷ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

clairement que le principe d'équivalence – et non un “principe d'assimilation” – s'impose aux sanctions nationales (1.). Elle le fait avec son arrêt *Scialdone*¹⁹⁵⁸. La Cour considère sans ambiguïté que le principe d'équivalence, conjointement avec le principe d'effectivité, s'applique aux sanctions nationales, même lorsqu'elles sont prises dans une finalité punitive et pour la protection des intérêts financiers de l'Union (2.).

1. *Une généralisation souhaitée et souhaitable de l'application du principe d'équivalence*

429. Avant même l'arrêt *Scialdone*, considérer que le principe d'équivalence ne s'applique pas, voire ne peut s'appliquer, aux sanctions nationales repose sur des justifications fragiles. Plus précisément, l'existence d'un principe d'assimilation distinct et autonome du principe d'équivalence n'est pas pertinente. Presque inconsciemment, la majorité de la doctrine n'opère pas une telle distinction¹⁹⁵⁹. Certains membres de la juridiction européenne y avaient même discrètement renoncé, comme J. KOKOTT. Dans plusieurs de ses conclusions, l'avocat général constate logiquement que les conditions à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États – que sont les principes d'équivalence et d'effectivité – sont applicables pour encadrer les sanctions nationales. Dans l'affaire *Berlusconi*¹⁹⁶⁰, elle considère que l'exigence de sanctions “efficaces” « découle du **principe d'effectivité** »¹⁹⁶¹ et non d'un hypothétique “principe d'adéquation”. En toute logique, cette position vaut également à propos de l'exigence de sanction analogue pour le principe d'équivalence. Dans l'affaire *Taricco*¹⁹⁶², J. KOKOTT affirme explicitement que la jurisprudence de la Cour de justice en matière de sanctions nationales, notamment initiée par l'arrêt *Commission c. Grèce*¹⁹⁶³ précité, traduit les « applications particulières des principes d'effectivité et d'équivalence »¹⁹⁶⁴.

430. Nous l'avons vu, il existe principalement deux raisons qui incitent à considérer que l'exigence de sanction analogue est distincte du principe d'équivalence. Elles apparaissent en réalité bancales. La première raison tient à la finalité punitive de la sanction, justifiant que des exigences spécifiques pèsent sur elle. Par nature défavorable aux particuliers, la sanction nationale constitue une mesure particulière de mise en œuvre

¹⁹⁵⁸ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

¹⁹⁵⁹ Pour exemple, V. MICHEL (*op. cit.*) estime « louable que la Cour **généralise ce principe d'équivalence pour l'appliquer à toutes les formes d'exécution du droit de communautaire** », y compris le droit des sanctions nationales (p. 437 – nous soulignons).

¹⁹⁶⁰ J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-382/02, C-391/02 et C-403/02 précité, pt. 86 et suivants.

¹⁹⁶¹ *Ibid.*, pt. 88.

¹⁹⁶² J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 précité, pt. 80 et suivants.

¹⁹⁶³ CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité.

¹⁹⁶⁴ J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 précité, pt. 80.

du droit de l'Union. Elle s'oppose ainsi à l'idée selon laquelle la protection de l'effet utile du droit de l'Union s'opère principalement par la protection des droits conférés aux particuliers. Cette finalité particulière justifie que certaines exigences, qui n'existent pas pour d'autres mesures, soient prévues pour encadrer les sanctions nationales. Le respect d'un principe de proportionnalité est l'une d'elles. Un tel principe ne se retrouve pas dans d'autres domaines pour conditionner l'autonomie des États membres. Il dispose également de plusieurs fondements textuels distincts¹⁹⁶⁵ de l'article 4, §3, TUE qui consacre le principe de coopération loyale. Cette exigence de proportionnalité accentue la spécificité du régime juridique qui encadre le droit des sanctions. Sa finalité est nettement distincte de celle des principes d'équivalence et d'effectivité : comme le souligne M. DOUGAN, l'exigence de proportionnalité interdit à un État d'adopter des sanctions qui rendraient "trop" effective l'application du droit de l'Union¹⁹⁶⁶.

431. Cependant, le fait que la sanction impose une contrainte aux individus et ne lui reconnaisse aucun droit s'accommode sans difficulté avec le principe d'équivalence – comme avec le principe d'effectivité. Ces principes s'appliquent à toute mesure nationale de mise en œuvre du droit de l'Union. Leur finalité n'est absolument pas de constituer en toute hypothèse une garantie au profit des individus. Rien ne s'oppose à ce que ces principes s'appliquent à des mesures défavorables, voire qui répriment des personnes privées. La jurisprudence de la Cour de justice semble y inciter. Les soi-disant principes "d'assimilation" et "d'adéquation" découlent, comme les principes d'équivalence et d'effectivité, du principe de coopération loyale¹⁹⁶⁷. Chacun poursuit donc la même finalité, à savoir garantir que la mise en œuvre nationale du droit de l'Union soit suffisamment effective¹⁹⁶⁸. Dès lors, comme le souligne l'avocat général J. KOKOTT, le « principe d'effectivité s'applique à cet égard non seulement lorsqu'un particulier fait valoir à l'égard d'un État membre ses droits découlant du droit communautaire, mais à l'inverse aussi

¹⁹⁶⁵ Voir l'article 5, §4, TUE : « [en] vertu du principe de proportionnalité, le contenu et la forme de l'action de l'Union n'excèdent pas ce qui est nécessaire pour atteindre les objectifs des traités », ce qui peut s'appliquer également aux États membres lorsqu'ils mettent en œuvre le droit de l'Union. Voir également l'article 49, §3, de la Charte des droits fondamentaux : « L'intensité des peines ne doit pas être disproportionnée par rapport à l'infraction ».

¹⁹⁶⁶ M. DOUGAN, *op. cit.* : « *judicial oversight in Greek Maize disputes is as much concerned with guaranteeing respect for the proportionality, so as to restrain the Member States from imposing penalties that would make Union law too effective ; such scrutiny has nothing to do with the Rewe/Comet case law (...)* » (p. 426 – il insiste).

¹⁹⁶⁷ Ce fondement se retrouve de manière générale, aussi bien lorsque la sanction jouit clairement d'une finalité punitive (CJCE, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 précité, pt. 32 ; CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 23-24) ou non (CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 42-43 ; CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 précité, pt. 26).

¹⁹⁶⁸ Voir pour exemple, CJCE, *Numes et Matos*, aff. C-186/98 précité : « Il convient de rappeler que, lorsqu'une réglementation communautaire ne comporte aucune disposition spécifique prévoyant une sanction en cas de violation ou renvoie sur ce point aux dispositions législatives, réglementaires et administratives nationales, [le principe de coopération loyale] impose aux États membres de prendre toutes mesures propres à garantir **la portée et l'efficacité** du droit communautaire » (pt. 9 – nous soulignons).

lorsqu'un État membre transpose à l'égard du particulier les exigences du droit communautaire »¹⁹⁶⁹. Ce constat s'impose tout autant vis-à-vis du principe d'équivalence.

432. La seconde raison tient dans la formulation d'une exigence *d'analogie* – et non d'une exigence d'un traitement « au moins équivalent »¹⁹⁷⁰. De ce point de vue, il est unanimement admis que la Cour de justice utilise une formulation clairement distincte de celle qu'elle utilise traditionnellement pour le principe d'équivalence. L'article 325 TFUE précité en atteste. L'exigence d'une sanction *analogue*, voire *identique*¹⁹⁷¹, dépasse l'interdiction de prévoir un traitement moins favorable pour la mise en œuvre du droit de l'Union. Cette différence n'est cependant qu'apparente et n'a pas de conséquence concrète. Quelle que soit la formulation retenue par la Cour de justice, sa méthode et son raisonnement restent le même : il est toujours question d'appliquer le principe d'équivalence. Comme le note B. LE BAUT-FERRARESE, « [même] *si l'hypothèse est très improbable, nul ne peut en effet négliger celle en vertu de laquelle un État membre appliquerait au droit communautaire une règle formelle différente de celle appliquée au droit interne – donc spéciale et sélective –, mais qui, ne serait pas pour autant plus restrictive – ou “moins favorable” – pour ce droit ! Dans une telle conjoncture, pourquoi le droit communautaire devrait-il nourrir des griefs à l'égard de l'État intéressé ?* »¹⁹⁷². En effet, la Cour de justice n'aurait aucune raison pour prohiber, sur le seul fondement du principe d'équivalence, une sanction nationale distincte de celle normalement prévue en droit interne et qui serait éventuellement plus protectrice de l'effet utile du droit de l'Union. Elle ne l'interdit que si la mesure nationale sanctionnant la violation du droit de l'Union est excessivement disproportionnée en comparaison des sanctions purement internes similaires¹⁹⁷³. Dans une telle situation, ce n'est pas tant sur le fondement du principe d'équivalence que sur le principe de proportionnalité que se fonde la Cour de justice¹⁹⁷⁴.

¹⁹⁶⁹ J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-382/02, C-391/02 et C-403/02 précité, pt. 88. Elle s'appuie à ce titre sur les références suivantes : CJCE, 26 juin 2003, *Commission c. Espagne*, aff. C-404/00, *Rec.* p. I-6695, pt. 24.

¹⁹⁷⁰ Sur cette question, cf. *infra*, pt. 496 et suivants.

¹⁹⁷¹ L'article 325, §2, TFUE dispose clairement que les États membres doivent adopter les « *mêmes mesures* » pour sanctionner les infractions portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles portant atteinte à leurs intérêts financiers.

¹⁹⁷² B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, p. 283.

¹⁹⁷³ CJCE, *Sagulo e.a.*, aff. 8/77 précité, pt. 12-13 ; CJCE, *Casati*, aff. 203/80 précité, pt. 28-29 ; CJCE, *Drexler*, aff. 299/86 précité, pt. 23.

¹⁹⁷⁴ Voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité : « *Plutôt que de procéder à établir l'identité, la similitude ou la comparabilité des obligations communautaires et nationales afin d'exiger l'application des mêmes sanctions en cas de leur inobservation, la Cour s'attache à indiquer au juge interne qu'il doit respecter une proportionnalité entre l'infraction commise et la sanction appliquée* » (p. 505).

433. La proximité entre le principe d'équivalence et l'exigence de "sanction analogue" se manifeste dans un arrêt *Pays-Bas c. Commission*¹⁹⁷⁵ rendu par le Tribunal de l'Union en 2015. En substance, faire respecter l'exigence de "sanction analogue", qui découlerait d'un hypothétique principe d'assimilation, conduit à suivre le même raisonnement que pour faire respecter le principe d'équivalence¹⁹⁷⁶. En l'espèce, le Tribunal est saisi d'un recours en annulation portant sur une décision de la Commission européenne contestée par les Pays-Bas. La Commission reproche aux autorités néerlandaises de ne pas avoir respecté le principe d'équivalence en ne sanctionnant pas, par une répétition assortie d'intérêts, l'obtention frauduleuse d'aides agricoles¹⁹⁷⁷. L'argumentation de la Commission se réfère explicitement au "principe d'équivalence" pour considérer que ce principe « impose de calculer (...) un intérêt égal à celui que les autorités néerlandaises percevaient dans le cadre du recouvrement de dettes fiscales ». Le Tribunal est amené à déterminer si les autorités néerlandaises ont bien respecté cette exigence. Cela étant, contrairement à la Commission, le Tribunal s'abstient d'utiliser explicitement le principe d'équivalence. La Cour de justice n'ayant pas rendu son arrêt *Scialdone*, il lui était encore délicat de l'appliquer explicitement vis-à-vis des sanctions nationales relatives aux atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Il demeure toutefois que son raisonnement s'opère « par analogie avec la jurisprudence [relative à] l'application du principe d'équivalence »¹⁹⁷⁸. Le Tribunal reprend visiblement la méthode classique du principe d'équivalence pour la transposer *in extenso* à l'exigence de sanction analogue. Il devient alambiqué de justifier la pertinence d'une dissociation entre le principe d'équivalence et cette exigence de sanction analogue.

2. Une application explicitement reconnue dans l'arrêt *Scialdone*

434. Cette jurisprudence incertaine cesse avec l'arrêt *Scialdone*¹⁹⁷⁹ de la Cour de justice. Rendu en 2018, cet arrêt s'inscrit dans un contexte particulier¹⁹⁸⁰ puisque la Cour

¹⁹⁷⁵ Tr. UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-126/14, ECLI:EU:T:2015:875.

¹⁹⁷⁶ Sur cette méthode, cf. *infra*, pt. 592.

¹⁹⁷⁷ En l'occurrence, le règlement (CE) 1290/2005 du Conseil, 21 juin 2005, relatif au financement de la politique agricole commune (*JOCE*, L 209, 11 août 2005, pp. 1-25).

¹⁹⁷⁸ La citation complète est : « par analogie avec la jurisprudence, selon laquelle il convient, en vue de l'application du principe d'équivalence, de vérifier la similitude des recours fondés sur la violation du droit de l'Union et ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels (...) il y a lieu de considérer, s'agissant en l'espèce de la vérification de la similitude de créances de l'Union et de créances nationales, que, eu égard à la fonction et à l'affectation singulières des prélèvements supplémentaires, les créances anciennes relatives à ces derniers ne sauraient être considérées comme étant des créances équivalentes, de même type, aux créances fiscales nationales » (pt. 100). Voir également le point 118.

¹⁹⁷⁹ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

¹⁹⁸⁰ Nous renvoyons ici à notre note sur l'arrêt *Scialdone*, « TVA, Italie et sanction pénale : le cocktail dangereux à nouveau désamorcé par la Cour de justice », *RAE* 2018, n°2, pp. 353-363.

de justice se prononce quelques mois après son arrêt *M.A.S. et M.B.*¹⁹⁸¹ qui conclut l'affaire *Taricco*¹⁹⁸². Pour rappel, la Cour de justice avait jugé le régime de prescription pénale italien incompatible avec la protection des intérêts financiers de l'Union. Plus précisément, elle affirma que les règles permettant de sanctionner les fraudes à la TVA « ne sauraient être considérées comme étant effectives et dissuasives »¹⁹⁸³ sur le fondement de l'article 325 TFUE et de dispositions spécifiques à la protection des intérêts financiers de l'Union¹⁹⁸⁴. Compte tenu d'une forte indignation en Italie, la Cour de justice atténua les effets d'une telle incompatibilité dans son arrêt *M.A.S. et M.B.*¹⁹⁸⁵, non sans affaiblir la portée de certains principes fondamentaux tels que la primauté¹⁹⁸⁶ ou l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union européenne¹⁹⁸⁷.

435. La Cour de justice opte dans son arrêt *Scialdone*¹⁹⁸⁸ pour une solution particulièrement souple, notamment par l'application explicite du principe d'équivalence. En l'occurrence, une modification de la législation pénale rehaussait le seuil d'incrimination pour les contribuables omettant de verser les sommes dues au titre de la TVA. Or ce seuil est sensiblement plus important que celui prévu en droit italien pour l'incrimination du non-versement des sommes dues au titre de l'impôt sur le revenu. Cette différence laisse entendre que le législateur italien n'aurait pas accordé un régime qui sanctionne de manière analogue les atteintes aux intérêts financiers de l'Union – ici, la TVA – par rapport aux intérêts financiers de l'État italien – l'impôt sur le revenu. Pour la première fois, alors même que son avocat général ne l'y invite pas¹⁹⁸⁹, la Cour de justice affirme appliquer les conditions traditionnelles de l'autonomie procédurale des États membres : « si les sanctions que les États membres mettent en place pour lutter contre les violations des règles harmonisées en matière de TVA relèvent de leur autonomie procédurale et

¹⁹⁸¹ CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936.

¹⁹⁸² CJUE, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 précité.

¹⁹⁸³ *Ibid.*, pt. 47.

¹⁹⁸⁴ En l'occurrence, la Convention dite "PIF" (Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles le 26 juillet 1995 (JOCE, C 316, du 27 novembre 1995, p. 49) et la directive 2006/112/CE du Conseil du 28 novembre 2006 relative au système commun de taxe sur la valeur ajoutée (JOCE, L 347, du 11 décembre 2006, p. 1)

¹⁹⁸⁵ CJUE, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17 précité, spéc. pt. 59 et suivants.

¹⁹⁸⁶ En ce sens, E. DUBOUT, « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel », *RTDE* 2018, pp. 563-586.

¹⁹⁸⁷ En ce sens, H. LABAYLE, « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga *Taricco* devant la Cour de justice », *RFDA* 2018, pp. 521-5295. Pour une solution similaire moins attentatoire à de tels principes, voir CJUE, 17 janvier 2019, *Dzivev e.a.*, aff. C-310/16, ECLI:EU:C:2019:30, et notamment la note de M. FARTUNOVA, « La Charte des droits fondamentaux et effectivité de la protection des intérêts financiers de l'Union : la Cour joue la carte du principe de légalité pénale », *RAE* 2019, n°1, pp. 185-198, spéc. pp. 188-191.

¹⁹⁸⁸ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

¹⁹⁸⁹ L'avocat général M. BOBEK n'a pas accordé d'importance à cette question dès lors que, comme démontré, appliquer le principe d'équivalence ou l'exigence de sanction analogue suit la même méthode. Il se limite alors à des affirmations volontairement évasives, parlant de l'« assimilation (l'équivalence) » (pt. 99), « du principe de non-discrimination ou du principe d'équivalence » (pt. 102) ou encore de « l'appréciation de l'équivalence des régimes » (pt. 103).

*institutionnelle, celle-ci est cependant limitée, outre par le principe de proportionnalité (...), d'une part, par le principe d'équivalence, lequel implique que ces sanctions soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires et portant atteinte aux intérêts financiers nationaux, et, d'autre part, par le principe d'effectivité, lequel impose que lesdites sanctions présentent un caractère effectif et dissuasif*¹⁹⁹⁰. Sans doute possible, le principe d'équivalence et l'exigence de sanction analogue ne sont en rien distincts. La Cour de justice confirme indirectement que l'article 325, §1 et §2, TFUE ne fait que consacrer les principes d'équivalence et d'effectivité en matière de protection des intérêts financiers de l'Union.

436. Cette position a semblé passagère. Dans son arrêt *Kolev*¹⁹⁹¹, la Cour de justice ignore à nouveau l'application des principes d'équivalence et d'effectivité vis-à-vis des sanctions nationales en matière de TVA. La portée de cet arrêt est toutefois très relative. La problématique de l'affaire portait surtout¹⁹⁹² sur la conciliation entre l'effectivité des sanctions nationales, telles qu'exigées par l'article 325, §1 TFUE, et la protection des droits fondamentaux, et non sur l'autonomie laissée aux autorités nationales pour sanctionner les violations du droit de l'Union. De même, dans un arrêt *Dzivev*¹⁹⁹³, suivant son avocat général¹⁹⁹⁴, la Cour de justice a finalement préféré revenir à sa position de l'arrêt *Scialdone*¹⁹⁹⁵.

437. La conclusion est que le principe d'équivalence, et non une exigence similaire et distincte, s'applique à l'ensemble des dispositions nationales instituant des sanctions nationales, qu'elles aient ou non une finalité punitive. Assez fréquemment, ces dispositions sont relatives à la procédure ou aux conditions dans lesquelles la sanction est infligée : modalité de computation d'un délai de prescription pénale¹⁹⁹⁶, institution

¹⁹⁹⁰ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 29 – nous soulignons.

¹⁹⁹¹ CJUE, 5 juin 2018, *Kolev e.a.*, aff. C-612/15, ECLI:EU:C:2018:392.

¹⁹⁹² L'avocat général Y. BOT précise clairement dans ses conclusions que le « principe d'équivalence » s'applique bien dans cette affaire et qu'il ne pose aucune difficulté (pt. 69).

¹⁹⁹³ CJUE, *Dzivev e.a.*, aff. C-310/16 précité.

¹⁹⁹⁴ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dzivev e.a.*, aff. C-310/16 précité : « On ne saurait nier que l'évolution rapide de la jurisprudence récente de la Cour de justice sur cette question n'a pas été exempte de controverse et, c'est le moins que l'on puisse dire, de dissensions internes. La Cour s'est tout d'abord prononcée dans l'affaire *Taricco e.a.* Puis sont intervenus les arrêts rendus dans les affaires *M.A. S.* et *M.B.* et *Scialdone*, qui ont semblé imprimer une orientation différente (et, du moins à mon avis, plus raisonnable) à la jurisprudence. Tout dernièrement, la Cour a statué dans l'affaire *Kolev*, qui semble revenir à la position adoptée dans l'arrêt *Taricco*. À la lumière d'un certain nombre d'autres arrêts de la Cour s'inscrivant dans ce courant de jurisprudence, l'état du droit actuellement applicable peut apparaître assez difficile à appréhender. Je m'attacherai donc, dans les présentes conclusions, à expliquer les raisons pour lesquelles je crois que l'interprétation qu'il convient de retenir de l'arrêt *Taricco* ainsi que des arrêts qui s'inscrivent dans son sillage doit se faire à travers le prisme des arrêts *M.A.S.* et *Scialdone*, et non de l'arrêt *Kolev* » (pt. 4). Voir également les points 47 et suivants.

¹⁹⁹⁵ Cette position se confirme, en un sens, à la lumière de l'arrêt CJUE, 1^{er} octobre 2020, *Úrad špeciálnej prokuratúry*, aff. C-603/19, ECLI:EU:C:2020:774 : la Cour interprète l'article 325, §1, TFUE comme obligeant les États membres à « adopter des mesures dissuasives, effectives et équivalentes à celles prises au niveau national pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts de l'État membre concerné » (pt. 54 – nous soulignons).

¹⁹⁹⁶ Implicitement, CJUE, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14 précité, pt. 42 et suivants.

d'une procédure spéciale¹⁹⁹⁷, montant d'un seuil d'incrimination¹⁹⁹⁸, preuves permettant l'incrimination¹⁹⁹⁹ ou encore voies de recours permettant de la contester²⁰⁰⁰. L'application du principe d'équivalence à de telles dispositions d'ordre procédural ne surprend pas. Cela étant, la Cour de justice l'oppose également à des dispositions qui sont manifestement d'ordre matériel²⁰⁰¹. La nature pénale, civile, administrative ou fiscale de la sanction²⁰⁰², la finalité punitive et le montant des intérêts compensatoires²⁰⁰³ ou la nature²⁰⁰⁴ de la peine sont des exemples de règles matérielles soumises au respect du principe d'équivalence. Se limiter aux seuls aspects procéduraux des sanctions nationales n'apparaît pas tenable. Au-delà de ces dispositions matérielles, la Cour de justice va jusqu'à exiger des autorités nationales, au nom du principe d'équivalence, de prendre les mesures pour contrôler et sanctionner les violations du droit de l'Union « *avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre des législations nationales correspondantes* »²⁰⁰⁵. Une telle obligation implique notamment qu'elles « *aient engagé des poursuites, pénales ou disciplinaires, à l'encontre des personnes qui ont participé à la fraude* »²⁰⁰⁶ ou « *toutes les actions de droit administratif, de droit fiscal ou de droit civil visant à la perception ou recouvrement des droits ou taxes frauduleusement éludés (...)* »²⁰⁰⁷. Plus généralement, la Cour exige que « *les autorités nationales doivent procéder (...) avec la même diligence et selon des modalités ne rendant pas plus difficile la récupération des sommes en question que dans des cas comparables concernant la mise en œuvre de dispositions nationales correspondantes* »²⁰⁰⁸. En somme, ce sont bien tous les aspects de la sanction nationale qui sont assujettis au respect du principe d'équivalence.

¹⁹⁹⁷ CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-662/13, ECLI:EU:C:2015:89, pt. 30-32.

¹⁹⁹⁸ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

¹⁹⁹⁹ CJUE, *Dživev e.a.*, aff. C-310/16 précité.

²⁰⁰⁰ CJCE, 11 septembre 2003, *Safalero*, aff. C-13/01, *Rec.* p. 6879, pt. 49 et suivants.

²⁰⁰¹ Sur la délicate distinction entre ce qui relève du droit matériel et du droit procédural, cf. *infra*, pt. 442.

²⁰⁰² CJCE, *Numes et Matos*, aff. 186/98 précité, pt. 14. Voir également CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, *Rec.* p. I-3941, pt. 25-26 ; CJCE, *Vandevenne e.a.*, aff. C-7/90 précité, pt. 11-12 ; CJCE, *Ebony Maritime et Loten Navigation*, aff. C-177/95 précité, pt. 35-37.

²⁰⁰³ CJCE, *Von Colson et Kamann*, aff. 14/83 précité, pt. 23 ; CJCE, *Commission c. R-U*, aff. C-382/92 précité, pt. 56 ; CJCE, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95 précité, pt. 29-30.

²⁰⁰⁴ CJCE, *Watson et Belmann*, aff. 118/75 précité, pt. 20 à propos d'une mesure d'expulsion ; CJCE, *Amsterdam Bulb*, aff. 50/76 précité, pt. 33-34 à propos d'une interdiction d'exportation ; CJCE, *Siesse*, aff. C-36/94 précité, pt. 18 et suivants à propos d'une majoration.

²⁰⁰⁵ CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 25. Voir également CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. jt. 119/79 et 126/79, *Rec.* p. 1863, pt. 8 ; CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 23 ; CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, *Rec.* p. 1503, pt. 22 et pt. 29 ; CJCE, 11 octobre 1990, *Italie c. Commission*, aff. C-34/89, *Rec.* p. I-3603, pt. 12.

²⁰⁰⁶ CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 26.

²⁰⁰⁷ CJCE, 14 juillet 1994, *Milchwerke Köln*, aff. C-352/92, *Rec.* p. I-3385, pt. 23.

²⁰⁰⁸ CJCE, 13 mars 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06, *Rec.* p. I-1561, pt. 50.

§2 : Une indifférence sur la nature procédurale ou matérielle de la disposition nationale soumise au principe d'équivalence

438. La soumission du droit des sanctions nationales, y compris pour son aspect substantiel, au principe d'équivalence invite à considérer ce dernier comme indifféremment applicable à l'ensemble du droit national susceptible de participer à la mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour de justice exige bien que « *les violations du droit communautaire [soient] sanctionnées dans des conditions **de fond** et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires* »²⁰⁰⁹. Cette appréciation mérite à notre sens d'être généralisée à l'ensemble des dispositions nationales de mise en œuvre du droit de l'Union. La nature matérielle de la disposition n'a ainsi aucune conséquence sur l'application du principe d'équivalence et ce dernier ne saurait se limiter à régir des dispositions exclusivement d'ordre procédural. Cette appréciation se confirme assez logiquement à la lumière de plusieurs illustrations (A.). Elle conduit *in fine* à retenir une conception très extensive du droit national susceptible de participer à la mise en œuvre du droit de l'Union et, à ce titre, assujetti au respect du principe d'équivalence (B.).

A. Une application logique du principe d'équivalence à des dispositions nationales matérielles

439. La Cour de justice est généralement évasive sur la nature matérielle ou procédurale des dispositions nationales soumises au respect du principe d'équivalence²⁰¹⁰. Cette position est compréhensible dès lors que cette question n'a, de prime abord, pas de conséquence sur son application. La Cour n'a jamais considéré qu'une disposition nationale échappe au respect du principe d'équivalence parce qu'elle n'est pas d'ordre "procédural". Certes, elle a pu affirmer que la mise en œuvre du droit de l'Union s'opère « *dans le respect des formes et procédures du droit national* »²⁰¹¹, laissant entendre que seul ce type de dispositions nationales est soumis au principe d'équivalence. Pourtant, de manière plus régulière et au-delà du seul droit des sanctions nationales, elle considère que

²⁰⁰⁹ Pour exemple, voir CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 24 ; CJCE, *Hansen*, aff. C-316/88 précité, pt. 17.

²⁰¹⁰ Voir not. CJCE, 4 avril 1968, *Lübeck*, aff. 34/67, *Rec. p.* 359, où la Cour parle des « *divers procédés de l'ordre juridique interne* » (p. 370).

²⁰¹¹ CJCE, *Norddeutsches Vieh- und Fleischkontor*, aff. 39/70 précité, pt. 4 ; CJCE, 6 juin 1972, *Schlüter & Maack*, aff. 94/71, *Rec. p.* 307, pt. 10.

l'application du droit de l'Union s'effectue « *en suivant les règles de forme et de **fond** [du] droit national* »²⁰¹² dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité.

440. Longtemps, cette affirmation n'était restée que théorique. La Cour de justice ne s'était pas prononcée sur une disposition nationale manifestement d'ordre matériel et étrangère au droit des sanctions. La portée de ce *dictum* pouvait dès lors être discutée. Certains auteurs, dont le Président MERTENS DE WILMARS²⁰¹³, ont cependant insisté sur son importance. Tant pour s'épargner des difficultés inutiles que pour garder une conception cohérente du principe d'équivalence, la Cour de justice avait tout intérêt à reconnaître la soumission de dispositions nationales matérielles au principe d'équivalence (1.). Ce n'est que récemment, à l'occasion d'un arrêt *Dimos Zagorion*²⁰¹⁴ rendu en 2017, qu'elle eut l'occasion de se positionner très clairement sur le sujet. Depuis, elle admet sans ambiguïté que le principe d'équivalence s'applique à des dispositions nationales matérielles (2.).

1. Une position justifiable théoriquement

441. Admettre l'application du principe d'équivalence à des dispositions matérielles se justifie essentiellement pour deux séries de raisons. D'une part, les difficultés tenant à la distinction entre ce qui relève du droit "matériel" et du droit "formel" sont évitées (a.). D'autre part, cette portée extensive du principe d'équivalence est pertinente en ce qu'elle permet à la Cour de justice d'encadrer toute disposition nationale susceptible de mettre en œuvre le droit de l'Union (b.).

a. Les difficultés évitées quant à la distinction entre "droit matériel" et "droit formel"

442. L'exclusion de dispositions nationales matérielles aurait impliqué, pour la Cour de justice, qu'elle se prononce sur la distinction théorique classique entre "droit matériel" et "droit formel", pour reprendre les termes de KELSEN²⁰¹⁵. Plus précisément, il lui aurait été nécessaire de déterminer si une disposition nationale, pour être opposée

²⁰¹² CJCE, *Peter*, aff. C-290/91 précité, pt. 8 – nous soulignons. Voir également CJCE, *MIRECO*, aff. 826/79 précité, pt. 10 et 15 ; CJCE, 13 mai 1981, *International Chemical Corporation*, aff. 66/80, *Rec.* p. 1191, pt. 21 ; CJCE, *Barra*, aff. 309/85 précité, pt. 18 ; CJCE, 25 février 1988, *Raiffeisen*, aff. 199/86, *Rec.* p. 1169, pt. 13 ; CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 39. La version anglaise est la suivante : « *under the substantive and procedural conditions laid down by the national law* ».

²⁰¹³ J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.* ; du même auteur, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 391-408.

²⁰¹⁴ CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841.

²⁰¹⁵ H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. C. EISENMANN, réd. Paris-Bruxelles, LGDJ / Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999, pp. 231 et suivantes.

au principe d'équivalence, n'est pas d'ordre substantiel ou matériel. Cette position aurait placé la Cour de justice devant d'inutiles difficultés. Cette distinction est certes connue en théorie du droit sous diverses formulations²⁰¹⁶. L'opposition entre les normes primaires et secondaires de HART en est une illustration²⁰¹⁷. Celle entre les règles d'administration et les règles de fond du droit du Doyen HAURIOU pourrait en être une autre²⁰¹⁸. Elles ont en commun de mettre en évidence la différence fondamentale entre ce qui relève du droit matériel et du droit formel. Le premier détermine le "devoir-être", le statut juridique d'une situation, la norme de conduite qui doit être respectée par les sujets de droit. Le second permet notamment de s'assurer que ce "devoir-être" soit effectivement respecté par ces sujets de droit. Plus généralement, pour paraphraser HART, ces règles formelles permettent à certaines conditions d'« *introduire de nouvelles règles de type primaire [ou d'ordre matériel], en abroger ou en modifier d'anciennes, ou, de différentes façons, déterminer leur incidence ou contrôler leur mise en œuvre* »²⁰¹⁹.

443. Une telle distinction est classique et n'est en rien propre au droit de l'Union. Plus encore, elle semble trouver un écho dans la logique qui guide l'administration indirecte de l'Union européenne. Elle permet ainsi de mettre en évidence le partage des compétences entre l'Union et les États membres. Si les règles matérielles sont édictées à l'échelle européenne, les États membres ne peuvent que prévoir et adopter des règles procédurales pour en assurer l'application. Enfin, cette distinction est susceptible d'avoir des conséquences juridiques importantes. Rappelons que l'affaire *Taricco* résultait d'une mésentente entre l'Union européenne et l'Italie à propos de la nature matérielle ou procédurale d'un délai de prescription pénale pour lui opposer le principe de légalité des délits et des peines²⁰²⁰.

444. Il demeure que distinguer précisément ou objectivement ce qui relève du droit procédural et du droit matériel se révèle illusoire. KELSEN lui-même reconnaît que « *droit matériel et droit formel sont indissolublement unis l'un à l'autre* », à tel point qu'il est

²⁰¹⁶ Voir not. G. TUSSEAU, *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, 2006, pp. 27 et suivantes ; J.-P. ANDRIEUX, v° « Formes et procédures », in *Dictionnaire de la culture juridique* précité, pp. 747-752.

²⁰¹⁷ H. L. A. HART, *op. cit.*, notamment mobilisé par O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, pp. 161-162.

²⁰¹⁸ M. HAURIOU, « Police juridique et fond du droit », *RTD Civ.* 1926, p. 265, cité par D. RITLÉNG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in C. PICAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2012, pp. 103-135, spéc. p. 107.

²⁰¹⁹ H. L. A. HART, *op. cit.*, p. 105.

²⁰²⁰ Voir not. CJUE, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17 précité, pt. 45.

malaisé de les dissocier concrètement²⁰²¹. De même, certaines règles manifestement procédurales sont parfois “substantialisées” sous l’influence des droits fondamentaux. Les exigences de recours juridictionnel effectif et de procès équitable en sont des exemples topiques²⁰²². À l’inverse, certaines règles matérielles sont “procéduralisées”. Pour l’application du principe d’équivalence, prendre position sur de telles questions serait logiquement délicat. La Cour de justice reste donc volontairement évasive, s’épargnant le soin d’appréhender toutes ces subtilités. Elle l’est d’autant plus quand elle rappelle ne pas être compétente pour interpréter le droit national soumis au principe d’équivalence. En somme, il lui aurait été difficile et même contre-productif²⁰²³ de s’immiscer dans le débat de la distinction entre “droit matériel” et “droit formel” pour l’application du principe d’équivalence²⁰²⁴.

b. Une position cohérente pour l’encadrement de la mise en œuvre du droit de l’Union

445. L’application du principe d’équivalence à des dispositions nationales matérielles est cohérente avec la vision assez extensive de la Cour de justice relative à la mise en œuvre du droit de l’Union par les États membres. Nous l’avons montré²⁰²⁵, le principe de coopération loyale dans le cadre de l’administration indirecte implique une mise à disposition du système juridique national. Tout l’intérêt pour l’Union européenne est de s’appuyer sur ces ordres juridiques existants aptes à garantir une application effective de la norme européenne. Dès lors, si le droit de l’Union reste silencieux, les États membres sont libres de déterminer la manière et les conditions de cette mise en œuvre. Plus encore, la Cour de justice leur demande de « *tout faire pour assurer l’effet utile* »²⁰²⁶ du droit de l’Union. Dans cette optique, rien ne justifie que l’Union européenne ne profite pas des dispositions nationales matérielles si elles sont nécessaires à cette mise en œuvre. Aussi, puisque le principe d’équivalence a pour fonction de vérifier que cet effet utile est bien préservé, la logique voudrait qu’il puisse s’opposer à de telles dispositions matérielles.

²⁰²¹ H. KELSEN, *op. cit.*, p. 232. Il précise que « *toute proposition de droit complète doit nécessairement contenir et des éléments de droit formel et des éléments de droit matériel* » (p. 232). Voir également D. de BECHILLON, *op. cit.*, pp. 54-55 ; X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, 2008, pp. 84-86.

²⁰²² Voir not. M.-A. FRISON-ROCHE, « La procédure et l’effectivité des droits substantiels », in *Procédure(s) et effectivité des droits*, Bruxelles, Bruylant, 2003, pp. 1-23.

²⁰²³ Nous partageons le constat fait par B. LE BAUT-FERRARESE (*op. cit.*) selon lequel, « *sauf à entretenir des querelles interminables sur ce qui relève de la procédure ou, à l’inverse du fond du droit, il importera de donner à l’idée d’autonomie de l’État mettant en œuvre le droit de la Communauté une signification matérielle très extensive* » (p. 120).

²⁰²⁴ Sur une illustration de cette difficulté, voir not. G. HOGAN, conclusions rendues le 12 mai 2021 sur CJUE, *Bank Mellî Iran*, aff. C-124/20, ECLI:EU:C:2021:386, pt. 93, note 50.

²⁰²⁵ Cf. *supra*, pt. 99.

²⁰²⁶ CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, *Rec.* p. 1197.

446. Le Président MERTENS DE WILMARS apporte un éclairage intéressant sur ces considérations. Selon lui, un partage des rôles entre les autorités européennes et nationales existe : les premières disposent d'un « *pouvoir normatif* » et les secondes d'un « *pouvoir de sanction qui relève du droit national de chaque État membre* »²⁰²⁷. Toutefois, à la condition qu'il ne remette pas en cause les « *éléments essentiels* »²⁰²⁸ de la norme européenne, ce « *pouvoir de sanction* » doit s'appréhender de manière très extensive. Il renvoie évidemment à « *l'ensemble des moyens de contrainte légale qui, dans chaque État membre, assurent le respect du droit en cas de conflit à propos de son application* »²⁰²⁹. Sont ici visées les dispositions nationales contentieuses, procédurales ou certaines qui permettent la sanction des violations du droit de l'Union. « *Mais il y a plus* »²⁰³⁰. L'application d'une norme européenne dans l'ordre juridique national nécessite davantage que des compléments procéduraux ou formels. Pour pouvoir s'y greffer et y prospérer, la règle européenne a besoin d'un « *environnement de droit matériel* »²⁰³¹. Par exemple, les régimes attachés aux créances, qui prévoient leur existence, leur transfert, leur statut juridique, sont déterminés par les ordres juridiques nationaux. Ainsi, lorsqu'une disposition européenne entend accorder une somme d'argent à un particulier, elle s'assimile à une «*créance*» selon les conditions de forme et de fond prévues en droit national. Quelle qu'en soit la raison, l'Union européenne n'est pas en mesure d'édicter un environnement juridique complet pour l'application de la disposition européenne²⁰³². Le Président MERTENS DE WILMARS l'affirme : « [les] *droits et obligations nés* [de l'Union européenne] *arrivent le plus souvent "nus" dans le contexte national et ils doivent être qualifiés non seulement au regard du système contentieux [et procédural] dans lequel ils seront insérés, mais également au regard des droits et obligations adventices qui complètent les droits et obligations nationales de type correspondant (...)* »²⁰³³. La conclusion de cet auteur est alors sans appel pour le principe d'équivalence. Si celui-ci a été dégagé, dans les arrêts *Rewe* et *Comet*²⁰³⁴, pour régir des dispositions contentieuses ou procédurales, « [sa] *formule a été élargie de façon à comprendre non seulement l'environnement procédural, mais également l'environnement substantiel* »²⁰³⁵.

²⁰²⁷ J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers » précité, p. 390.

²⁰²⁸ *Ibid.* Cette idée renvoie, pour l'auteur, au respect des principes de primauté, d'effet direct (ou d'applicabilité directe) et d'uniformité. Sur cette question, cf. *supra*, pt. 145 et suivants.

²⁰²⁹ *Ibid.*

²⁰³⁰ *Ibid.*, p. 391.

²⁰³¹ *Ibid.*

²⁰³² *Ibid.* : « *Cet environnement n'existe qu'à l'état embryonnaire dans le droit communautaire* ».

²⁰³³ *Ibid.* – nous soulignons. Sur cette idée de qualification, cf. *infra*, pt. 462 et suivants.

²⁰³⁴ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

²⁰³⁵ *Ibid.*, p. 400. L'auteur s'appuie sur les références suivantes : CJCE, *Just*, aff. 68/79 précité ; CJCE, *Ferwerda*, aff. 256/78 précité ; CJCE, *Denkavit Italiana*, aff. 61/79 précité ; CJCE, *Salumi*, aff. 66/79 précité. Pour une meilleure

447. Ces éléments nous semblent être la grille de lecture appropriée pour comprendre la jurisprudence de la Cour de justice. Cette analyse de J. MERTENS DE WILMARS, comme Président de la Cour de justice pendant la période durant laquelle émerge le principe d'équivalence, l'a certainement influencée²⁰³⁶. Cette vision est également reprise par d'autres auteurs²⁰³⁷. Certains parlent notamment de « *structures d'accueil nationales* »²⁰³⁸ pour désigner cet environnement juridique nécessaire à la bonne application du droit de l'Union. W. VAN GERVEN²⁰³⁹ développe également cette idée. La nature matérielle ou procédurale de la disposition nationale qui participe à la mise en œuvre du droit de l'Union n'a aucune importance pourvu qu'elle n'affecte en aucune manière « *ce qui [lui] est essentiel ou "constitutif"* »²⁰⁴⁰. En d'autres termes, le droit national ne peut, d'une manière ou d'une autre, remettre en cause l'essence ou la signification de l'obligation ou du droit institué par la norme européenne. En revanche, pour des éléments *non essentiels* ou *non constitutifs*, le droit national doit prévoir *tout* ce qui est nécessaire pour en permettre la mise en œuvre. Le principe d'équivalence a vocation à encadrer ce type de dispositions nationales, indépendamment de leur nature matérielle ou formelle.

448. Dans ce contexte, des dispositions matérielles sont toujours nécessaires pour la mise en œuvre du droit de l'Union²⁰⁴¹. L'exemple du droit à réparation reconnu

explicitation, voir ses propos aux *Mélanges Boulouis* (« Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres » précité, pp. 403-406).

²⁰³⁶ D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?*, Berlin-Londres, Springer, 2010, pp. 1-2.

²⁰³⁷ Voir not. S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy » précité. Elle considère que le qualificatif de « procédural » doit s'entendre très largement: « *It not only embraces procedural rules "stricto sensu", but also "any rules and principles of organizational or substantive nature which concern actions in law aiming at judicial protection"* » (p. 3). Du même auteur, voir « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* » précité, p. 681. Voir également P.-H. TEITGEN, « L'application du droit communautaire par le législatif et l'exécution français », in J. RIDEAU *et al.* (dir.), *La France et les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 777-809, spéc. p. 784 ; E. PREVEDOUROU, *op. cit.*, pp. 105-106 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne* précité, p. 629. Nous partageons *in fine* l'analyse développée par B. LE BAUT-FERRARESE (*op. cit.*, pp. 108 et suivantes) : « *est-il possible d'évoquer avec plus de netteté [le] contenu matériel [de la compétence des États dans la mise en œuvre du droit de l'Union], et donc d'oublier – au moins provisoirement – cette formule, commode mais largement indéterminée, de compétence étatique "formelle" ou de compétence de l'État "en la forme" de l'exécution ?* » (p. 108).

²⁰³⁸ A. BLECKMANN, « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 85-130, spéc. p. 126 ; M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 629.

²⁰³⁹ W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? » précité ; du même auteur, « Of rights, Remedies and Procedures » précité.

²⁰⁴⁰ W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? » précité : « *the basic distinction to be applied (...) is the distinction between rules (regardless whether they are of a substantive or procedural nature) which are essential or "constitutive" and rules laying down non-essential or "non-constitutive" conditions* » (p. 694).

²⁰⁴¹ W. VAN GERVEN, « Of rights, Remedies and Procedures » précité : « *For each category of rights (ius in re, ius ad rem, ius in personam) there are "substantive law" rules defining the conditions and limitations under which the right comes into*

par la Cour de justice dans son arrêt *Francoovich*²⁰⁴² l'illustre. En admettant que les conditions d'engagement de la responsabilité ne relèvent pas de règles procédurales mais de règles « *de fond* »²⁰⁴³, nous avons montré que le principe d'équivalence s'y applique²⁰⁴⁴. Pour mémoire, le régime juridique relatif au lien de causalité entre le préjudice et le fait générateur, l'évaluation du préjudice ou les conceptions retenues des causes exonératoires sont autant de points laissés à l'autonomie des États membres. Il importe peu qu'ils soient fixés par des règles nationales d'ordre matériel pourvu qu'ils n'affectent pas les trois conditions posées par la Cour de justice – qui constituent, ici, les éléments *constitutifs* ou *essentiels* de la règle européenne. Dès lors, si de telles dispositions nationales matérielles participent à la mise en œuvre du droit de l'Union, elles doivent respecter le principe d'équivalence. La Cour de justice l'affirme encore récemment, dans un arrêt *AW (Appels au 112)*, à propos de la possibilité d'un lien de causalité indirecte entre le fait générateur et le préjudice²⁰⁴⁵.

2. Une position confirmée par la jurisprudence : l'arrêt *Dimos Zagorion*

449. La Cour de justice, jusqu'à son arrêt *Dimos Zagorion*²⁰⁴⁶, n'avait jamais explicitement confirmé ou invalidé cette idée. Même maintenant, elle emploie des formulations assez variables concernant les dispositions nationales participant à la mise en œuvre du droit de l'Union et qui sont, à ce titre, soumises au respect du principe d'équivalence. Si l'expression de « *règles de forme et de fond* » revient régulièrement pour désigner ces dispositions nationales²⁰⁴⁷, ce sont surtout les règles de forme qui sont contrôlées au regard du principe d'équivalence. Un tel constat n'a rien d'étonnant. La substance de la norme européenne à appliquer est – *a priori* – déterminée et ne peut être altérée par des dispositions matérielles nationales. Le droit national n'a vocation qu'à prévoir les compléments nécessaires pour sa mise en œuvre compte tenu de « *l'absence de*

existence, and can be terminated or assigned, and indicating the person to be regarded as the holder of the right and the person who bears the corresponding duty or obligation » (p. 524 – nous soulignons).

²⁰⁴² CJCE, *Francoovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité.

²⁰⁴³ C. BROUELLE (« La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit de l'Union », *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 937-949) évoque légitimement cette question en matière de recours en responsabilité : « Une interrogation (...) subsiste, relative au champ d'application du principe d'équivalence : ne concerne-t-il que l'environnement procédural de l'action indemnitaire ou vise-t-il également les conditions de fond ? » (p. 948).

²⁰⁴⁴ Cf. *supra*, pt. 359.

²⁰⁴⁵ Voir not. CJUE, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18 précité : « dans l'hypothèse où, conformément au droit interne d'un État membre (...), l'existence d'un **lien de causalité indirect** entre une violation du droit national par cet État membre et le dommage subi est jugée comme suffisante pour l'engagement de la responsabilité de l'État, en vertu du principe d'équivalence, un lien de causalité indirect entre une violation du droit de l'Union imputable à l'État membre en question et le dommage subi par les particuliers doit également être jugé comme suffisant, aux fins de l'engagement de la responsabilité dudit État membre pour cette violation » (pt. 40 – nous soulignons).

²⁰⁴⁶ CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité.

règlementation européenne » sur ce sujet. Or, ces compléments porteront principalement sur des questions procédurales ou institutionnelles. Qui plus est, le principe d'équivalence vise à garantir l'effet utile du droit de l'Union lors de son application par les États membres. Aussi, quand bien même des dispositions nationales matérielles seraient nécessaires, l'application du principe d'équivalence ne se justifie que si elles risquent de porter atteinte à l'effet utile du droit de l'Union. Une telle situation apparaît assez exceptionnelle, voire improbable. En tout état de cause, elle est encadrée par les principes de primauté et d'uniformité de l'Union européenne et non par le principe d'équivalence²⁰⁴⁸. Dans ce contexte, l'absence de réponse claire de la Cour de justice sur ce sujet est compréhensible.

450. L'arrêt *Dimos Zagorion*²⁰⁴⁹ donne l'occasion d'apporter une réponse explicite et cohérente : le principe d'équivalence s'applique vis-à-vis de dispositions nationales matérielles. En l'espèce, afin de récupérer une aide européenne indûment versée, la Commission européenne a édicté une décision par laquelle une entreprise communale est désignée redevable d'une certaine somme. Or ladite société a été dissoute. La Commission adresse alors sa décision à la commune de Kentriko Zagori qui fut par la suite absorbée par le Dimos Zagoriou. L'exécution forcée de cette décision est contestée par ce dernier devant le juge national. La question qui se pose est celle de l'identité du débiteur de la créance émise par la Commission²⁰⁵⁰. Les conclusions de l'avocat général M. BOBEK pointent la difficulté : « [si] l'exécution est poursuivie contre une personne différente du destinataire de la décision de la Commission, le fondement légal de cette subrogation des parties se trouve-t-il dans le droit national ou dans le droit de l'Union ? »²⁰⁵¹. L'avocat général, suivi en ce sens par la Cour de justice, répond positivement à la lecture de l'article 299 TFUE²⁰⁵² et au regard de l'absence de précisions en ce sens du droit dérivé²⁰⁵³. En toute logique, le principe d'équivalence est susceptible de s'appliquer.

²⁰⁴⁷ Cf. *supra*, pt. 413 et pt. 438-439.

²⁰⁴⁸ Sur cette question, cf. *infra*, pt. 150 et suivants.

²⁰⁴⁹ CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité.

²⁰⁵⁰ L'arrêt traite également d'une question relativement classique tenant à la détermination de la juridiction compétente (civile ou administrative) pour exécuter la décision de la Commission, au titre de l'article 299 TFU. Le principe d'équivalence y est appliqué mais de manière tout à fait traditionnelle.

²⁰⁵¹ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 73.

²⁰⁵² Article 299 TFUE : « Les actes du Conseil, de la Commission ou de la Banque centrale européenne qui comportent, à la charge des personnes autres que les États, une obligation pécuniaire forment titre exécutoire. L'exécution forcée est régie par les règles de la procédure civile en vigueur dans l'État sur le territoire duquel elle a lieu (...) ».

²⁰⁵³ *Ibid.*, pt. 74. En l'occurrence, l'aide irrégulièrement versée et que la Commission cherche, par sa décision, à récupérer est régie par le règlement (CEE) n° 4256/88 du Conseil, du 19 décembre 1988, portant dispositions d'application du règlement n° 2052/88 en ce qui concerne le Fonds européen d'orientation et de garantie agricole (FEOGA), section « orientation » (JOCE 1988, L 374, p. 25).

451. Une telle solution n'avait cependant rien d'une évidence. L'avocat général souligne que, selon la Commission et le Dimos Zagoriou, les dispositions nationales pertinentes renvoient au régime grec de succession. Le problème est alors clair : est-il envisageable que le principe d'équivalence « [s'applique] *aux règles de succession, lesquelles pourraient être considérées (...) comme des règles de droit purement substantielles* »²⁰⁵⁴ ? L'avocat général reprend les incertitudes que nous avons présentées : « [les] *deux exigences d'équivalence et d'effectivité ont été développées par la jurisprudence en tant que limite à l'autonomie procédurale nationale. Elles sont effectivement très souvent appliquées dans ce contexte. Elles contrôlent l'équivalence et l'effectivité d'un traitement procédural au moyen de l'application de règles de procédure similaires* »²⁰⁵⁵. Il estime cependant que « *l'évolution progressive de la jurisprudence dans ce domaine* »²⁰⁵⁶ permet d'affirmer que, par principe, des dispositions nationales manifestement matérielles, pourvu qu'elles relèvent de l'autonomie des États membres, doivent respecter le principe d'équivalence. La Cour de justice ne fait pas mention de l'existence d'un tel problème. Au contraire, elle se limite à une affirmation assez générale et très classique : « *en l'absence de règles de droit de l'Union spécifiant lesdites personnes et permettant de déterminer notamment si l'exécution peut être poursuivie contre une personne autre que le destinataire de la décision de la Commission, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre d'établir les personnes contre lesquelles l'exécution forcée peut être poursuivie, à condition toutefois que les règles nationales ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence)* »²⁰⁵⁷. Si la Cour considère ne pas disposer de suffisamment d'informations pour apporter une réponse au juge national²⁰⁵⁸, elle confirme que le principe d'équivalence est bien susceptible d'être appliqué vis-à-vis de dispositions nationales matérielles.

452. La position de l'avocat général M. BOBEK est, en réalité, plus nuancée. Elle montre la difficulté concrète pour la Cour de justice d'appliquer le principe d'équivalence à des dispositions nationales matérielles. En effet, les « *règles [nationales litigieuses] semblent être trop lointaines pour que l'on puisse les contester avec succès sur le fondement des principes d'équivalence et d'effectivité* »²⁰⁵⁹. Autrement dit, il faut démontrer que ces règles présentent un « *lien clair* »²⁰⁶⁰ avec la mise en œuvre du droit de l'Union. Un tel constat est logique : les principes d'équivalence et d'effectivité ont pour finalité

²⁰⁵⁴ *Ibid.*, pt. 83.

²⁰⁵⁵ *Ibid.* – il souligne.

²⁰⁵⁶ *Ibid.*, pt. 84.

²⁰⁵⁷ CJUE, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16 précité, pt. 31.

²⁰⁵⁸ *Ibid.*, pt. 34.

²⁰⁵⁹ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16 précité, pt. 85 – il insiste.

d'encadrer le droit national qui permet cette mise en œuvre. Dès lors, « [ils] *ne sont pas et ne devraient pas devenir un sauf-conduit permettant de contester n'importe quelle disposition procédurale ou matérielle du droit national qui serait simplement gênante, aussi éloignée soit-elle de [la mise en œuvre de la norme européenne]* »²⁰⁶¹. Or, en l'occurrence, l'avocat général considère que les règles de succession grecques apparaissent bien trop éloignées de l'exécution forcée de la décision de la Commission²⁰⁶². Il nous semble que la Cour de justice partage cette appréciation. L'absence de précisions fournies par la juridiction nationale – qui, rappelons-le, « *est la seule à avoir une connaissance directe* »²⁰⁶³ du droit national applicable – empêche la Cour de vérifier si ce « *lien clair* » entre les règles nationales de succession et l'exécution forcée d'une décision de la Commission existe.

453. L'exigence de ce « *lien* » entre la disposition nationale contestée et la norme européenne ne doit pas être mal comprise. À nos yeux, l'avocat général M. BOBEK souhaite s'assurer que l'application du principe d'équivalence ne soit pas détournée. La finalité de ce principe reste – et doit rester – la protection de l'effet utile du droit de l'Union mis en œuvre dans les ordres juridiques nationaux. Ce n'est donc que s'il existe un risque pour cet effet utile que l'application du principe d'équivalence est justifiée. Pour cela, il est évident que les dispositions nationales contestées doivent *clairement* participer à la mise en œuvre du droit de l'Union – ce qui est incertain dans l'affaire *Dimos Zagorion*. En tout état de cause, ce « *lien* » ne préjuge pas en lui-même de la nature matérielle ou non des dispositions nationales litigieuses.

B. Une conception extensive justifiée du droit national de mise en œuvre du droit de l'Union

454. Les propos précédents montrent que l'application du principe d'équivalence à des dispositions nationales matérielles est théoriquement, et même concrètement, possible. Son application est indifférente à la nature matérielle ou procédurale du droit national. Cette présentation repose toutefois sur un postulat fondamental : la disposition nationale ne doit pas affecter la substance de la norme européenne appliquée. Nous l'avons montré, dans une telle situation, un *conflit direct*

²⁰⁶⁰ *Ibid.*

²⁰⁶¹ *Ibid.*

²⁰⁶² *Ibid.* : « L'article 299 TFUE est une disposition relative à l'exécution d'actes imposant une obligation pécuniaire. On pourrait donc raisonnablement s'attendre à ce que les dispositions nationales qui entrent dans son champ d'application soient celles concernant la mise en œuvre de tels actes devant les autorités nationales compétentes. Néanmoins, ce serait aller trop loin que de passer soudain de cela aux dispositions nationales – totalement distinctes – concernant la succession des débiteurs dans un contexte de dissolution d'entreprises et de fusion de municipalités » (pt. 86).

existerait entre le droit de l'Union et le droit national²⁰⁶⁴. Le problème serait résolu non par le principe d'équivalence, mais par les principes de primauté et d'uniformité du droit de l'Union²⁰⁶⁵. L'existence d'un tel conflit direct est indépendante de la nature procédurale ou matérielle des dispositions européennes et nationales en cause. Dans son arrêt *Deutsche Milchkontor*, la Cour de justice énonce notamment que « [pour] *autant que le droit communautaire, y compris les principes généraux de celui-ci, ne comporte pas de règles communes [relatives à l'exécution nationale du droit de l'Union], les autorités nationales procèdent, lors de cette exécution des réglementations communautaires, en suivant les règles **de forme et de fond** de leur droit national (...)* »²⁰⁶⁶. Dès lors, sous cette réserve, l'application du principe d'équivalence s'opère indifféremment à l'ensemble des dispositions nationales susceptibles de mettre en œuvre le droit de l'Union.

455. Ainsi présentée, nous retenons une vision assez extensive du droit interne participant à la mise en œuvre du droit de l'Union²⁰⁶⁷. Nous partageons l'approche déjà évoquée du Président MERTENS DE WILMARS qui présume les droits issus de l'Union comme « nus »²⁰⁶⁸ ; « *l'habillage juridique étant [apporté par] l'ordre interne* »²⁰⁶⁹, qu'il soit d'ordre procédural ou matériel. Selon cette optique, il apparaît nécessaire d'appréhender ou, plus exactement, de *qualifier* la norme européenne “nue” au regard de critères fixés par le droit national pour lui attribuer “l'habillage” juridique nécessaire à son application. Puisque cette qualification conduit à déterminer le traitement juridique accordé au droit de l'Union pour sa mise en œuvre, elle se voit assujettie au respect du principe d'équivalence. Néanmoins, admettre une qualification nationale du droit de l'Union n'a rien d'anodin ou d'évident. Dans l'affirmative, plus aucun obstacle ne se dresse pour reconnaître un champ d'application quasi illimité pour le principe d'équivalence. Celui-ci s'assure, d'une certaine manière, que le droit de l'Union à mettre en œuvre a été correctement qualifié dans l'ordre juridique national en bénéficiant du traitement *normalement* accordé à du droit interne similaire.

²⁰⁶³ Pour exemple, CJUE, ord., *Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13 précité, pt. 37.

²⁰⁶⁴ Cf. *supra*, pt. 152.

²⁰⁶⁵ Pour rappel, les risques de conflits directs avec la norme européenne sont relativement réduits lorsque la disposition nationale est simplement procédurale. Ils sont plus importants si elle est d'ordre matériel. Ce n'est qu'en l'absence d'un tel conflit que le principe d'équivalence a vocation à s'appliquer. Autrement dit, la disposition nationale ne doit pas être directement antinomique avec la norme européenne.

²⁰⁶⁶ CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 17 – nous soulignons.

²⁰⁶⁷ Voir not. J. CAVALLINI, *op. cit.*, pp. 222 et suivantes.

²⁰⁶⁸ J. MERTENS DE WILMARS, *op. cit.*, p. 391.

²⁰⁶⁹ *Ibid.*

456. Cette question a été abordée assez tôt par la Cour de justice dans son arrêt *Salgoil*. Elle considère « *qu'il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre (...) de qualifier [le droit de l'Union à appliquer] selon [des] critères de droit interne* »²⁰⁷⁰. Ce *dictum* fut critiqué avec véhémence par d'éminents auteurs et donna lieu à une controverse. L'application du droit de l'Union ne devrait pas dépendre, au risque d'une dénaturation, de sa qualification interne (1.). Il nous semble cependant que, à l'heure actuelle, la controverse est sans objet. La qualification interne du droit de l'Union, parce qu'elle est conditionnée, est une opération normale pour son application dans l'ordre juridique interne – et donc soumise à ce titre au respect du principe d'équivalence (2.).

1. La controverse autour de l'arrêt Salgoil : une qualification interne du droit de l'Union européenne ?

457. L'arrêt *Salgoil* de la Cour de justice affirme que, pour s'appliquer, une règle européenne doit être qualifiée selon des critères de droit interne. La question posée était de déterminer la juridiction nationale compétente pour traiter des recours portant sur les articles 31 et 32 CEE. La Cour de justice constate que ces dispositions européennes sont « *directement applicables* »²⁰⁷¹ dans l'ordre juridique italien. De plus, celles-ci « *obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des États membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions en leur assurant une protection directe et immédiate de leurs intérêts* »²⁰⁷². La Cour précise que cette protection s'impose « *quel que puisse être le rapport existant en droit interne entre ces intérêts et l'intérêt public [en cause]* »²⁰⁷³. Cependant, la détermination du juge compétent pour assurer cette protection dépend de la manière dont sont qualifiés (ou assimilés) les intérêts découlant de ces articles 31 et 32 CEE. En effet, le droit italien distingue les “droits subjectifs”, qui relèvent de la compétence du juge judiciaire, et les “intérêts légitimes”, qui relèvent de celle du juge administratif. La Cour de justice était donc invitée à dire si les intérêts invoqués par le justiciable, découlant de ces articles 31 et 32 CEE, s'assimilent à un “droit subjectif” ou à un “intérêt légitime”. Elle s'y refuse, estimant que cette qualification interne de la norme européenne revient uniquement aux autorités nationales.

458. Tel que formulé, le raisonnement de la Cour de justice a interpellé plusieurs auteurs de doctrine. « *En adoptant cette solution, l'arrêt (...) comporte visiblement une*

²⁰⁷⁰ CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité, p. 676.

²⁰⁷¹ *Ibid.*, p. 675.

²⁰⁷² *Ibid.*

contradiction interne » soulignent J. BOULOIS et R.-M. CHEVALLIER²⁰⁷⁴. « *S'il appartient, en effet, à chaque État membre de désigner la juridiction compétente, une telle désignation, lorsqu'elle repose sur la qualification des droits à sauvegarder, ne saurait, pour les droits qui trouvent directement leur source dans le traité, résulter d'une qualification "selon les critères du droit interne"* »²⁰⁷⁵ estiment-ils. Le plus contestable, selon eux, repose sur le renvoi inconditionné à ces critères nationaux. Indirectement, le risque est que ces critères, sous couvert de simplement permettre l'identification du juge compétent, dénaturent les dispositions européennes à appliquer.

459. D'autres auteurs retiennent cette lecture très critique de l'arrêt *Salgoil*. D. SIMON s'interroge : « *peut-on par exemple admettre qu'une charge pécuniaire, qualifiée par la Cour de justice de taxe d'effet équivalant à un droit de douane, puisse être "disqualifiée", pour les besoins de la détermination en droit interne de la juridiction compétente et selon des critères purement internes de qualification, en taxe de nature fiscale et perdre ainsi sa nature de taxe douanière ?* »²⁰⁷⁶. P. PESCATORE, sans désigner expressément l'arrêt *Salgoil*, soulève également l'existence d'un tel risque pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union²⁰⁷⁷. Une telle situation serait manifestement inacceptable au regard des principes de primauté et d'uniformité. R. KOVAR, même s'il a finalement tempéré sa position²⁰⁷⁸, a formulé des critiques similaires²⁰⁷⁹. À ses yeux, « *[la] Cour doit donc être la seule compétente pour se prononcer sur la qualification des droits qu'elle déclare directement issus des normes communautaires. Peu importe que cette solution préjuge du partage de compétence entre les juridictions internes d'un des États membres. Il appartiendra aux juges nationaux de tirer les conséquences de la qualification établie par la juridiction communautaire* »²⁰⁸⁰.

²⁰⁷³ *Ibid.*

²⁰⁷⁴ J. BOULOIS et R.-M. CHEVALLIER, *Grands arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, Dalloz, t. 1, 6^e édition, 1994, p. 137.

²⁰⁷⁵ *Ibid.*

²⁰⁷⁶ D. SIMON, *op. cit.*, par. 41.

²⁰⁷⁷ P. PESCATORE, « L'application du droit communautaire dans les États membres », in *Rencontres judiciaire et universitaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1976, VI, pp. 1-42, spéc. pp. 10-11.

²⁰⁷⁸ R. KOVAR, « La qualification des actions visant à obtenir réparation des préjudices résultant de mesures fiscales nationales contraires au droit communautaire », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 363-380, spéc. pp. 367 et suivantes.

²⁰⁷⁹ R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 245-283 : « *S'il appartient à chaque ordre juridique interne de déterminer suivant ses propres critères la juridiction compétente pour connaître d'une action engagée par un de ses ressortissants, il est pour le moins exagéré de lui reconnaître compétence pour qualifier, encore une fois selon ses propres critères, des droits qui procèdent directement de l'ordre juridique communautaire* » (p. 250).

²⁰⁸⁰ *Ibid.*, p. 251.

460. Cette vision n'est cependant pas unanimement partagée. Le Président MERTENS DE WILMARS n'y prête visiblement aucun crédit²⁰⁸¹. R. KOVAR a admis plus récemment que l'arrêt *Salgoil* a pu être mal compris²⁰⁸². Les intérêts issus des articles 31 et 32 CEE sont peut-être qualifiés selon des critères internes afin de déterminer la juridiction compétente pour en assurer la sauvegarde. Cette solution n'est cependant acceptable que pour garantir une « *protection directe et immédiate* »²⁰⁸³ des droits en cause. L'avocat général GAND, dans ses conclusions, précise que « *le droit qui naît au profit des justiciables du fait des diverses dispositions directement applicables ayant un contenu identique, ce contenu ne peut être influencé par des critères de droit interne* »²⁰⁸⁴. La qualification interne évoquée par la Cour ne peut donc porter atteinte à ce « *contenu* ». Pour R. KOVAR, « *on est en droit de considérer que la qualification des situations juridiques ne peut relever du seul droit interne dès lors qu'elle peut avoir des conséquences de nature à affecter le droit communautaire et, plus particulièrement, la protection effective des droits qu'il confère aux justiciables* »²⁰⁸⁵. Il importe donc que la Cour de justice puisse le vérifier²⁰⁸⁶ – ce qu'elle admettra ultérieurement, notamment dans son arrêt *Bozzetti*²⁰⁸⁷. En revanche, sous cette réserve, la qualification du droit de l'Union européenne en fonction de critères internes n'est en rien problématique pour l'autonomie de l'ordre juridique européen. Nous partageons finalement l'analyse d'A. BARAV pour qui « *[il] n'appartient pas à la Cour de qualifier les effets internes des normes communautaires selon les catégories connues de tel ou tel droit national (...). Le refus de procéder à une telle qualification juridique n'implique pas que l'étendue de la protection des normes communautaires par les juges internes soit laissée exclusivement à l'ordre juridique étatique. La Cour peut (...) préciser le contenu du droit communautaire, de sorte que les impératifs dégagés rejaillissent sur les catégories juridiques nationales. Ce qui importe, c'est que la sauvegarde des droits engendrés par des normes communautaires, confiée aux juridictions internes, soit effective et efficace* »²⁰⁸⁸.

²⁰⁸¹ Implicitement, voir J. MERTENS DE WILMARS, « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres » précité, pp. 402-403.

²⁰⁸² R. KOVAR, « La qualification des actions visant à obtenir réparation des préjudices résultant de mesures fiscales nationales contraires au droit communautaire » précité.

²⁰⁸³ CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité, p. 675.

²⁰⁸⁴ J. GAND, conclusions sur CJCE, *Salgoil*, aff. 13/68 précité, p. 686 (cité par R. KOVAR, *op. cit.*, p. 368).

²⁰⁸⁵ R. KOVAR, *op. cit.*, p. 368.

²⁰⁸⁶ La critique énoncée par R. KOVAR (« Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire » précité) en 1978 portait essentiellement sur cette question. L'arrêt *Salgoil* a pour « *mérite (...)* de mettre en évidence la nécessité de limiter l'autonomie procédurale par les impératifs du droit communautaire » (p. 251).

²⁰⁸⁷ CJCE, 9 juillet 1985, *Bozzetti*, aff. 179/84, *Rec.* p. 2301, pt. 17-18.

²⁰⁸⁸ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité, p. 428.

2. Une controverse sans objet : une qualification interne implicitement limitée

461. La solution retenue dans l'arrêt *Salgoil* est maladroite dans sa forme. La Cour de justice s'abstient d'énoncer une précision importante : la qualification interne du droit de l'Union n'est admise que pour déterminer le traitement national le plus "approprié" afin d'assurer son application effective. Cette absence est regrettable. La Cour avait pourtant fait mention de cette idée dans des arrêts antérieurs²⁰⁸⁹. Le sens et la portée de cette qualification interne deviennent dès lors difficiles à cerner. Jusqu'à quel point l'ordre juridique national peut-il "qualifier" le droit de l'Union pour le mettre en œuvre ? Qui du juge national ou de la Cour de justice est véritablement en mesure d'opérer ou de contrôler cette qualification ?

462. Rétrospectivement, en dépit de ces ambiguïtés, la position de l'arrêt *Salgoil* se comprend. La qualification interne du droit de l'Union constitue une nécessité. L'opération de qualification vise à attribuer un traitement juridique déterminé à une situation ou une disposition donnée²⁰⁹⁰. Dès lors, si le droit de l'Union est silencieux ou ne comporte pas de précision sur ce régime juridique²⁰⁹¹, la qualification ne peut pas relever de lui. Il serait incohérent que la Cour de justice opère des qualifications générales et uniformes des droits issus de l'Union européenne tout en laissant le soin aux États membres d'en déduire le régime juridique correspondant. La diversité des systèmes juridiques nationaux l'en empêche. Comme le note J. CAVALLINI, « si la Cour de Luxembourg avait adopté un régime de définition communautaire, de nombreuses inadéquations avec l'ordre interne auraient pu apparaître »²⁰⁹². Retenir une qualification déterminée au niveau de l'Union européenne aurait pu conduire à l'application de régimes juridiques différents, voire incohérents, selon les ordres juridiques nationaux²⁰⁹³. Dans ce contexte, la

²⁰⁸⁹ Voir not. CJCE, *Molkerei Zentrale*, aff. 28/67 précité, p. 227 ; CJCE, *Lüick*, aff. 34/67 précité, p. 370.

²⁰⁹⁰ Comme le note J. CAVALLINI (*op. cit.*), « la qualification juridique est en effet la clef qui fait fonctionner le régime juridique applicable » : « un régime juridique ne peut s'appliquer à un droit [issu de l'Union européenne par exemple] que si ce dernier adopte une qualification du même ordre » (p. 222).

²⁰⁹¹ La Cour de justice se montre parfois plus exigeante ; voir CJUE, 22 juin 2021, *Latvijas Republikas Saeima (Points de pénalité)*, aff. C-439/19, ECLI:EU:C:2021:504. Dans cette affaire, il lui revenait de déterminer si des points de pénalités résultant d'infraction routière entre dans le champ d'application du Règlement général sur la protection des données, dit "RGPD" (2016/679 du Parlement européen et du Conseil, du 27 avril 2016, relatif à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données, JOUE 2016, L 119, p. 1, dont son article 10). La Cour constate que le droit national rattache ces pénalités au droit administratif et non au droit pénal – ce qui, *a priori*, écarte l'application du RGPD (pt. 78). Toutefois, elle souligne que « le fait que les infractions routières sont qualifiées d'administratives [dans l'État membre] n'est pas déterminant pour apprécier si ces infractions relèvent de l'article 10 du RGPD » (pt. 80). En effet, « les termes d'une disposition du droit de l'Union qui ne comporte aucun renvoi exprès au droit des États membres pour déterminer son sens et sa portée doivent normalement trouver, dans toute l'Union, une interprétation autonome et uniforme » (pt. 81 – nous soulignons). Dans cette situation, la qualification éventuellement donnée par un État membre à un objet donné n'a pas de conséquence.

²⁰⁹² C. CAVALLINI, *op. cit.*, p. 222.

²⁰⁹³ Il existe cependant une exception notable à cette présentation : la qualité de moyens d'ordre public. Contrairement à ce que nous affirmons, la Cour de justice qualifie directement certaines dispositions européennes

qualification ne peut relever que des États membres, selon des critères qu'ils ont déterminés.

463. Présentée de cette manière, l'opération de qualification interne ne dénature pas *de facto* la règle qui caractérise la situation européenne. Elle n'est pas incompatible en soi avec les principes de primauté et d'uniformité. Ces derniers seraient méconnus si cette qualification avait pour effet d'affecter le régime juridique déterminé ou attendu par l'Union européenne²⁰⁹⁴. L'arrêt *Gutiérrez Naranjo* de la Cour de justice offre une illustration. La Cour note que « *l'encadrement par le droit national de la protection garantie [par le droit de l'Union] ne saurait modifier l'étendue et, partant, la substance de cette protection, et par là même remettre en cause le renforcement de l'efficacité de ladite protection par l'adoption de règles uniformes (...) qui a été voulu par le législateur de l'Union européenne* »²⁰⁹⁵. Dès lors, elle considère que « *s'il appartient aux États membres, au moyen de leur droit national, de définir les modalités dans le cadre desquelles le constat du caractère abusif d'une clause contenue dans un contrat est établi et les effets juridiques concrets de ce constat sont matérialisés, il n'en demeure pas moins qu'un tel constat doit permettre [d'assurer effectivement cette protection]* »²⁰⁹⁶.

464. Sous cette réserve²⁰⁹⁷, la qualification interne du droit de l'Union n'est pas un problème. Au contraire, elle permet de donner à la norme ou la situation européenne une signification cohérente dans l'ordre juridique national. En écho aux circonstances de l'arrêt *Salgoil*, la Cour de justice était indifférente sur la qualification des droits issus des articles 31 et 32 CEE de "droits subjectifs" ou "d'intérêts légitimes". Cette indifférence se comprend si cette qualification n'a qu'une seule conséquence : déterminer la juridiction compétente. Elle fait de même à propos de la nature des critères retenus par l'ordre juridique national pour qualifier et déterminer en conséquence le régime juridique de la norme européenne. De plus, son rôle n'est pas de vérifier si ces critères ont été respectés par les autorités nationales. Sa seule préoccupation est de s'assurer que le

comme constituant de tels moyens (cf. *infra*, pt. 954). Pour exemple, voir CJUE, 20 septembre 2018, *OTP Bank et OTP Faktoring*, aff. C-51/17, ECLI:EU:C:2018:750 : « *étant donné la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive 93/13 assure aux consommateurs, l'article 6 de celle-ci doit être considéré comme une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public* » (pt. 89).

²⁰⁹⁴ Voir pour un contre-exemple CJCE, 29 avril 1982, *Pabst & Richarz KG c. Hauptzollamt Oldenburg*, aff. 17/81, *Rec.* p. 1331, pt. 18.

²⁰⁹⁵ CJUE, 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, aff. jt. C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, pt. 65.

²⁰⁹⁶ *Ibid.*, pt. 66.

²⁰⁹⁷ Voir T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246 : « *as long as the content of the right is not predefined by a construction of the relevant Community provisions, it is inevitable that the substance of this right is, at least in part, shaped by national remedial law* » (p. 1223).

régime juridique ainsi attribué permet une application suffisamment effective de la norme européenne. Dans son arrêt *IN.CO.GE.*'90, elle résume ainsi sa position : « *il incombe effectivement à chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges qui mettent en cause les droits individuels, dérivés de l'ordre juridique communautaire, étant entendu cependant que les États membres portent la responsabilité d'assurer, dans chaque cas, la protection effective de ces droits. Sous cette réserve, il n'appartient pas à la Cour d'intervenir dans la solution des problèmes de compétence que peut soulever, sur le plan de l'organisation judiciaire nationale, la qualification de certaines situations fondées sur le droit communautaire* »²⁰⁹⁸.

465. Notre propos nécessite une légère nuance. Dans certaines circonstances, la Cour de justice contrôle, depuis son arrêt *Bozzetti*²⁰⁹⁹, l'opération de qualification. Il ne s'agit que d'apporter une assistance au juge national – et par extension aux autorités nationales – pour retenir une qualification pertinente de la norme européenne. Par son interprétation, la Cour cherche à s'assurer que le régime juridique résultant de la qualification soit le plus approprié pour l'application de la norme européenne. L'objectif est de conduire, le cas échéant, le juge national à *requalifier*²¹⁰⁰ la norme ou la situation européenne à la lumière des éléments fournis par la Cour de justice. Cette intervention de la Cour reste donc assez limitée ou réservée. Le juge national demeure libre de reprendre ou non ces éléments pour qualifier ou requalifier la règle européenne.

466. Il nous semble cependant que, même sans le dire explicitement, cette jurisprudence de la Cour de justice sur une *qualification interne* du droit de l'Union implique l'application très informelle du principe d'équivalence²¹⁰¹. En effet, pour que la situation européenne reçoive un traitement au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire, il faut s'assurer que le régime juridique accordé à la première ne la défavorise pas vis-à-vis de celui accordé à la seconde. À ce titre, il peut être intéressant de vérifier si la qualification de la situation européenne a été correctement opérée. L'objectif est d'empêcher une mauvaise qualification interne qui aboutirait à imposer un régime juridique moins favorable que celui qui lui aurait été normalement accordé si cette qualification avait été régulièrement faite. Ce n'est que de cette manière que la Cour de justice peut s'assurer du caractère *approprié* ou *adéquat* du traitement

²⁰⁹⁸ CJCE, *IN.CO.GE.*'90 *e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97 précité, pt. 14.

²⁰⁹⁹ CJCE, *Bozzetti*, aff. 179/84 précité, pt. 18. Position confirmée dans CJCE, 18 janvier 1996, *SEIM*, aff. C-446/93, *Rec. p.* I-73, pt. 33.

²¹⁰⁰ CJCE, *IN.CO.GE.*'90 *e.a.*, aff. jt. C-10/97 et C-22/97 précité, pt. 29, à propos d'une « *éventuelle requalification des rapports juridiques établis entre l'administration fiscale d'un État membre et des sociétés de cet État lors de la perception d'une imposition nationale ultérieurement reconnue contraire au droit de l'Union* ».

²¹⁰¹ Cette réflexion s'applique également au principe d'effectivité. Son objectif est alors de s'assurer que les critères de qualification interne n'aboutissent pas à imposer un régime juridique trop contraignant.

national accordé à la situation européenne. Sa position reste toutefois assez implicite sur ce sujet²¹⁰². La Cour de justice l'énonce indirectement lorsqu'elle rappelle que « *le principe d'équivalence ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites dans un certain domaine du droit* ». Autrement dit, il peut exister plusieurs régimes différents, plus ou moins favorables, pour encadrer une même matière. Il importe que la situation européenne bénéficie du régime normalement prévu pour une situation interne similaire.

²¹⁰² Il s'agit d'une proposition d'interprétation de plusieurs affirmations de la Cour de justice dans la combinaison entre la détermination du traitement national de la situation européenne et le respect du principe d'équivalence. Voir not. CJUE, 19 octobre 2017, *Raimund*, aff. C-415/16, ECLI:EU:C:2017:776 : « *les exigences découlant des principes d'équivalence et d'effectivité valent, notamment, pour ce qui est de la **définition** des modalités procédurales régissant les actions fondées sur le droit de l'Union* » (pt. 42 – nous soulignons).

Conclusion du Chapitre 1

467. Le champ d'application du principe d'équivalence présente la spécificité de n'être pas *a priori* limité. Pourvu que le droit de l'Union reste silencieux sur ses modalités d'application, n'importe quelle disposition ou pratique nationale qui participe ou est susceptible de participer à la mise en œuvre d'une règle européenne devra être conforme au principe d'équivalence. De cette manière, aucun angle mort n'est laissé. Toute différence de traitement défavorable à la situation européenne, *quelle qu'en soit son origine*, sera sanctionnée par le principe d'équivalence. Il importe peu qu'elle résulte d'une règle contentieuse, procédurale ou même matérielle. La délimitation du traitement national accordé à la situation européenne prend ainsi un sens large et indéterminé. De cette manière, en opposant l'exigence d'équivalence à l'ensemble du droit national, la Cour de justice permet au principe d'équivalence de remplir plus efficacement sa fonction.

468. L'état de la jurisprudence laisse toutefois entendre que, dans les faits, ce champ d'application n'est pas aussi étendu. Le principe d'équivalence s'applique principalement à des dispositions nationales contentieuses, qui encadrent la compétence du juge national lorsqu'il lui revient de faire respecter le droit de l'Union. Les arrêts dans lesquels sont en cause des dispositions procédurales non contentieuses ou matérielles n'existent qu'en faible nombre. Ce contexte conduit à présenter le principe d'équivalence comme imposant une équivalence, une parité ou une égalité « *juridictionnelle* »²¹⁰³, « *procédurale* »²¹⁰⁴ ou relative aux « *garanties procédurales* »²¹⁰⁵. Cette affirmation est en cohérence avec sa fonction de limite à l'autonomie *institutionnelle* et *procédurale* des États membres. Ces éléments méritent en réalité d'être relativisés. Le constat selon lequel le principe d'équivalence s'applique essentiellement à des dispositions nationales procédurales doit être apprécié à sa juste mesure. Des raisons expliquent qu'il soit opposé, de manière privilégiée, à ce type de dispositions. Les différences de traitement d'ordre procédural s'identifient avec plus d'aisance et justifient un contrôle plus fréquent du principe d'équivalence. Aussi, ce sont des considérations pratiques et non juridiques qui conduisent à cet état de la jurisprudence. Dès lors, l'étendue de l'applicabilité du principe d'équivalence, notamment à des dispositions d'ordre matériel, ne doit pas être négligée ou minimisée. Plus généralement, aucun obstacle, aucun élément présent dans la

²¹⁰³ R. ABRAHAM, « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *Rev. Eur. Droit Public*, 2017, pp. 577-593, spéc. p. 580.

²¹⁰⁴ C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 287.

²¹⁰⁵ CE, 10 février 2016, *Société Groupe Bruxelles Lambert*, req. n°361179, csd. 6 (inédit).

jurisprudence ne laisse supposer qu'une disposition nationale échapperait au contrôle du principe d'équivalence. Cette position de la Cour de justice, bien qu'assez implicite, reste en cohérence avec la fonction du principe d'équivalence.

Chapitre 2 : Une règle opportunément peu contraignante

469. Pour encadrer l'autonomie des États membres et protéger l'effet utile du droit de l'Union, le principe d'équivalence impose une contrainte sur les ordres juridiques nationaux. Loin d'être libres, les États membres ne peuvent pas se contenter de prévoir un traitement national qui apparaît, en lui-même, suffisant pour garantir une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Ils sont tenus d'accorder, *a minima*, un traitement qui offre au droit de l'Union une protection équivalente à celle prévue pour le droit interne similaire. Schématiquement, la situation européenne doit être traitée de la même manière qu'une situation interne. Ces rappels laissent entrevoir l'idée selon laquelle l'exigence issue du principe d'équivalence est relativement peu contraignante. Cette exigence vient corriger ou réorienter les choix arrêtés par les États membres dans le cadre de leur autonomie et n'a ainsi pas pour objet de la *supplanter*²¹⁰⁶. En outre, la jurisprudence de la Cour de justice fait une application particulièrement « *flexible* »²¹⁰⁷ de cette exigence. L'appréciation de la similitude des situations européenne et interne, comme la manière de comparer les traitements accordés, est en général opérée de manière très souple. Les cas dans lesquels le principe d'équivalence est méconnu sont assez rares. Ils concernent surtout des cas pour lesquels la situation européenne fait l'objet d'un traitement manifestement discriminatoire²¹⁰⁸.

470. Cette grande souplesse pourrait être appréhendée comme un problème pour le principe d'équivalence. Ce dernier serait inapte à assurer une protection efficace pour l'effet utile du droit de l'Union. Néanmoins, le fait que l'exigence issue du principe d'équivalence soit *en elle-même*²¹⁰⁹ peu contraignante n'est pas un problème. Au contraire, et presque paradoxalement, c'est parce que le principe d'équivalence impose une contrainte souple qu'il assure une protection efficace pour l'effet utile du droit de l'Union. Son principal atout est de ne pas constituer une immixtion de l'Union européenne dans les ordres juridiques internes et une atteinte importante à l'autonomie

²¹⁰⁶ K. LENAERTS, « The decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Naples, Editoriale Scientifica, t. 2, 2014, pp. 1057-1085 : le principe d'équivalence, à l'instar du principe d'effectivité selon cet auteur, « *operate as a "framework" limiting and directing – but in no sens supplanting – the procedural autonomy of the Member States* » (p. 1059 – nous soulignons).

²¹⁰⁷ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, p. 281.

²¹⁰⁸ Pour exemple, CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825, pt. 34.

²¹⁰⁹ La manière dont est appliqué le principe d'équivalence pose, à nos yeux, un réel problème ; cf. *infra*, pt. 721 et suivants.

des États membres. En effet, le principe d'équivalence ne requiert rien de plus que d'appliquer à la situation européenne un traitement *a minima* équivalent à celui qui *existe déjà* dans l'ordre juridique national et qui est appliqué à une situation interne similaire. Autrement dit, le principe d'équivalence présente l'avantage d'imposer une exigence *minimaliste* d'équivalence des traitements (**Section 1**) qui se limite opportunément à l'application d'un traitement national préexistant dans l'ordre juridique interne (**Section 2**).

Section 1 : Une exigence minimaliste d'équivalence des traitements nationaux

471. Le principe d'équivalence constitue le « *minimum du minimum* »²¹¹⁰ qui doit être respecté à propos de la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Plusieurs auteurs ont souligné cette particularité. Très tôt, F. HUBEAU y voit une « *solution communautaire minimaliste* »²¹¹¹ pour encadrer l'autonomie procédurale des États membres tout en préservant l'effet utile du droit de l'Union. Plus tard, J. CAVALLINI parle d'une « *une jurisprudence **minimaliste** de la Cour de Luxembourg* »²¹¹² à propos du principe d'équivalence et du principe d'effectivité. Enfin, S. PRECHAL souligne que, plus que le principe d'effectivité, le principe d'équivalence constitue une exigence *minimaliste*²¹¹³. Ce qualificatif correspond assez bien à l'exigence issue du principe d'équivalence. Celle-ci se limite au strict nécessaire pour que l'effet utile du droit de l'Union soit protégé d'une manière adéquate. L'équivalence attendue entre les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires s'appréhende dans cette seule finalité. Seul le terme d'« équivalence » est équivoque et mérite d'être précisé²¹¹⁴.

472. En dépit d'une jurisprudence fluctuante et pas toujours très claire, l'exigence d'équivalence peut se formuler très simplement : les États membres doivent accorder à la situation européenne un traitement *au moins équivalent* à celui qu'il accorde à une situation interne similaire (§1). Toutefois, dans les faits, cette formulation n'est pas totalement véridique et doit être précisée. Il arrive en effet que le traitement accordé à la

²¹¹⁰ S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1997, pp. 3-13, spéc. p. 6.

²¹¹¹ F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE* 1981, pp. 442-470, spéc. p. 448.

²¹¹² J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 234.

²¹¹³ S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 6.

²¹¹⁴ En ce sens, bien que parlant de l'équivalence des protections, voir R. TINIERE, « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chrn. 17 : « *parler de protection équivalente ou d'équivalence de protection des droits fondamentaux entre deux ordres juridiques suppose d'abord de s'accorder sur la signification de cette notion d'équivalence* ».

situation européenne apparaisse plus favorable que celui accordé à une situation interne similaire. Le principe d'équivalence le tolère. Dans ces conditions, il serait erroné de parler d'une "équivalence" *stricto sensu* des traitements. L'exigence d'équivalence se révèle en réalité biaisée parce qu'elle est orientée vers la protection de l'effet utile du droit de l'Union (§2).

§1 : Une simple exigence d'un traitement "au moins équivalent"

473. L'identification de l'exigence issue du principe d'équivalence pourrait apparaître à certains égards comme évidente. Logiquement, celle-ci devrait correspondre à une exigence *d'équivalence* entre les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires. Une relative incertitude se justifiait avant l'arrêt *Palmisani*²¹¹⁵, période durant laquelle le principe dit "d'équivalence" n'était pas encore dénommé ainsi. La Cour de justice utilisait alors différentes formules et expressions. Il était presque permis de s'interroger sur l'existence, non pas d'un, mais de plusieurs principes d'équivalence en fonction des formulations retenues. Difficile en effet de voir l'application d'un même principe lorsque la Cour de justice attend que les recours fondés sur le droit de l'Union s'exercent « *dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédures* »²¹¹⁶ que ceux fondés sur le droit interne d'un côté et lorsqu'elle se contente de « *conditions [qui] ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne* »²¹¹⁷ de l'autre. La doctrine était alors partagée et retenait des expressions très variées de ce principe. Si celle de "principe d'équivalence" était parfois utilisée²¹¹⁸, d'autres mentionnaient un principe de « *parité* »²¹¹⁹, de « *non-discrimination* »²¹²⁰ ou encore « *d'égalité de traitement entre [droits]* »²¹²¹.

474. Lorsque l'expression de "principe d'équivalence" a été reconnue, consacrée à partir de l'arrêt *Palmisani*²¹²², les incertitudes précédentes auraient pu être levées. Désormais, il semble clair que ce principe impose une *équivalence*. Néanmoins, la

²¹¹⁵ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec.* p. I-4025.

²¹¹⁶ CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805, pt. 44.

²¹¹⁷ CJCE, 2 février 1988, *Barra*, aff. 309/85, *Rec.* p. 355, pt. 18.

²¹¹⁸ Pour exemple, H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA* 1992, pp. 619-642, spéc. p. 627.

²¹¹⁹ R. ABRAHAM, « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *Rev. Eur. Droit Public*, 2017, pp. 577-593, p. 580.

²¹²⁰ J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409, p. 400 ; P. OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE* 1992, n°2-3, pp. 348-374, p. 351. Voir également A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983, qui parle d'une « *exigence de non-discrimination et de parité avec le droit national* » (p. 511).

²¹²¹ L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1992, pp. 1-9, p. 5.

doctrine continue toujours d'utiliser des expressions alternatives comme celles du principe du « *traitement national* »²¹²³, de « *parité procédurale* »²¹²⁴, de « *parité juridictionnelle* »²¹²⁵ ou encore de « *non-discrimination* »²¹²⁶. Cette diversité reflète les incertitudes pour appréhender la substance du principe d'équivalence. En effet, son exigence ne serait peut-être pas simple à énoncer ou, à tout le moins, ne correspondrait pas à une véritable "équivalence" des traitements²¹²⁷. En proposant ces différentes expressions, la doctrine chercherait ainsi à mieux l'énoncer et la cerner.

475. Au-delà de ces expressions, cette doctrine explique selon des termes tout aussi variés l'exigence du principe d'équivalence. Certains la décrivent comme une exigence assez stricte par différentes expressions : elle « *implique l'identité des règles [nationales] applicables* »²¹²⁸ ; elle requiert que le droit de l'Union s'applique « *dans les mêmes conditions que (...) pour l'application d'une règle nationale équivalente* »²¹²⁹ ; elle impose une « *égale (non-discriminatoire) protection* »²¹³⁰ entre les situations européennes et internes ; enfin elle « *prohibe les discriminations positives en faveur des recours fondés sur le droit interne* »²¹³¹. D'autres paraphrasent l'affirmation traditionnelle de la Cour de justice selon laquelle le traitement accordé à la situation européenne ne doit pas être « *moins favorable* »²¹³² que celui accordé à une situation interne similaire. Il arrive que certains mentionnent ces deux visions : d'un côté, le principe d'équivalence prohibe un traitement « *moins favorable* » mais, d'un autre côté, implique que « *la règle nationale [litigieuse] s'applique*

²¹²² CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

²¹²³ C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 7^e édition, 2019, p. 617 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 11^e édition, 2018, p. 631.

²¹²⁴ Pour exemple, A. RIGAUX, « Taxes d'effet équivalent et impositions intérieures : du syncrétisme jurisprudentiel au confusionnisme conceptuel ? », *Europe* 2000, n°4, comm. 101 ; C. DENIZEAU, *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 2004, p. 287.

²¹²⁵ E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, 1999, p. 117.

²¹²⁶ T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2006, p. 423 ; D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Members States : Paradise Lost ?*, Berlin-Londres, Springer, 2010, p. 24.

²¹²⁷ P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, Oxford Press University, 6^e édition, 2015 : « *it is often unclear what exactly the requirement of "equivalence" entails (...)* » (p. 246).

²¹²⁸ J.-P. JACQUE, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 9^e édition, 2018, p. 681 (nous soulignons). Dans le même sens, P. CRAIG et G. DE BURCA, *op. cit.* : « *the remedies and the forms of action available to ensure the observance of national law must be available in the same way to ensure the observance of EU law* » (p. 227).

²¹²⁹ L. IDOT, « La Cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Rev. des contrats* 2011, n°4, pp.1201-1207 (nous soulignons).

²¹³⁰ N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, p. 72.

²¹³¹ K. LENAERTS, *op. cit.* : « *the principle of equivalence prohibits "positive discrimination" in favor of actions based on national law, whatever the reasons behind such discrimination* » (p. 1063).

²¹³² T. TRIDIMAS, *op. cit.*, p. 424. Dans la même idée, M. BLANQUET, *op. cit.* : « *l'exercice d'un droit communautaire à travers l'environnement national ne doit pas être soumis à des conditions plus rigoureuses (...) que l'exercice d'un droit correspondant mais purement national* » (p. 631) ; C. BLUMANN et L. DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne* précité, p. 617.

indifféremment aux recours fondés sur le droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance [d'une règle interne similaire] (...) »²¹³³.

476. Cette présentation doctrinale de l'exigence issue du principe d'équivalence s'avère pour le moins confuse. Mais les auteurs ne font que révéler le manque de constance dans les formulations retenues par la Cour de justice. Même à l'heure actuelle, l'exigence résultant du principe d'équivalence est exprimée de manière assez variable par la Cour de justice (A.). Néanmoins, ces différentes formulations ne doivent pas être surinterprétées. Chacune ne fait qu'exprimer une même exigence qui caractérise le principe d'équivalence : garantir que le traitement national accordé à la situation européenne soit "au moins équivalent" à celui accordé à une situation interne similaire. Selon ce point de vue, la jurisprudence européenne énonce de manière constante une exigence unique (B.).

A. Une exigence d'équivalence formulée de manière variable

477. La jurisprudence de la Cour de justice peut interpeller par son manque de constance sur la formulation du principe d'équivalence. Encore très récemment, la Cour considère que ce principe commande qu'un traitement national « *s'applique de la même manière* »²¹³⁴ aux situations européennes et internes similaires. Toutefois, elle affirme dans le même temps que ce principe implique que le traitement accordé à la situation européenne « *ne soit pas moins favorable que [celui] régissant des situations similaires de nature interne* »²¹³⁵. Cette apparente antinomie n'est pas isolée ou récente. Cette diversité existe depuis toujours. Dans sa thèse, soutenue en 1996, B. LE BAUT-FERRARESE²¹³⁶ distingue plusieurs degrés dans la contrainte de l'exigence du principe d'équivalence telle qu'elle découle de la jurisprudence de la Cour de justice. Ce même principe pourrait imposer une "identité" ou une "similitude" des traitements accordés aux situations européenne et interne ou se limiter à interdire une "discrimination" ou un traitement "moins favorable" préjudiciable à la situation européenne comparativement à une situation interne similaire. Récemment, dans ses conclusions sur l'arrêt *Dimos Zagorion*, l'avocat général M. BOBEK²¹³⁷ reprend en substance cette présentation. Dès lors, la Cour de justice alterne,

²¹³³ F. MARTUCCI, *op. cit.*, p. 629 (nous soulignons).

²¹³⁴ Récemment, voir CJUE, 14 février 2019, *Nestrade*, aff. C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115, pt. 35.

²¹³⁵ Récemment, voir CJUE, 14 novembre 2019, *Vaselife International et Chrysal International*, aff. C-445/18, ECLI:EU:C:2019:968, pt. 39.

²¹³⁶ B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, pp. 270 et suivantes.

²¹³⁷ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841, pt. 42.

en fonction des matières concernées et des espèces, entre deux approches : pour paraphraser M. BOBEK, l'exigence du principe d'équivalence est parfois assez stricte (1.) et parfois beaucoup plus souple (2.).

1. Conceptions strictes de l'équivalence

478. L'approche stricte ou rigide de l'exigence du principe d'équivalence est certainement la plus fidèle à la signification d'"équivalence". Elle implique que les traitements accordés aux situations européenne et interne soient totalement équivalents. Même si elle est, à juste titre, minimisée, notamment à raison du caractère asymétrique²¹³⁸ du principe d'équivalence, cette approche est ancrée dans la jurisprudence de la Cour de justice et perdure encore à l'heure actuelle. Cette conception stricte de l'équivalence se manifeste de deux manières : la première est rigide puisqu'elle implique une identité entre les traitements (a.) ; la seconde, dont le champ d'application est plus restreint, ne requiert qu'une analogie entre eux (b.).

a. L'exigence rigide d'identité entre les traitements

479. Il serait excessif d'affirmer que le principe dit "d'équivalence" implique une identité entre les traitements accordés à des situations européenne et interne similaires. S'il est admis que ces situations sont *similaires*, pourquoi leur imposer une *identité* de traitement ? Il demeure que, plus ou moins explicitement, la Cour de justice énonce bien une telle exigence. En règle générale, elle considère que le principe d'équivalence requiert que les États membres traitent ou appliquent de la « *même* » manière le droit de l'Union et leur droit interne. Cette approche est cohérente au regard de la logique de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Lorsque la Cour de justice considère que la mise en œuvre du droit de l'Union se fait « *dans le respect des formes et procédures de droit national* »²¹³⁹, dans une finalité affichée d'« *assurer l'effet utile* »²¹⁴⁰ du premier, l'État membre doit logiquement, et à tout le moins, accorder un traitement identique à celui qu'il accorde pour la mise en œuvre de son propre droit. Le principe d'équivalence ne fait donc qu'exprimer cette exigence.

480. Cette approche pourrait être considérée comme obsolète. Les principales illustrations sont en effet assez anciennes. La plus datée est issue d'un arrêt *Pecastaing* dans lequel la Cour de justice affirme que les « *personnes relevant du champ*

²¹³⁸ Cf. *infra*, pt. 507 et suivants.

²¹³⁹ CJCE, 11 février 1971, *Norddeutsches Vieh-und Fleischkontor*, aff. 39/70, Rec. p. 49, pt. 4.

²¹⁴⁰ CJCE, 17 décembre 1970, *Scheer*, aff. 30/70, Rec. p. 1197, pt. 10.

d'application [d'une] *directive* [peuvent] *introduire une demande de suspension* [d'une décision administrative] *auprès* [des] *juridictions* [nationales] *dans les mêmes conditions que les nationaux* »²¹⁴¹. La Cour généralise cette approche dans son arrêt *Croisières au beurre*, en indiquant que les recours fondés sur le droit de l'Union s'exercent « *dans les mêmes conditions de recevabilité et de procédures* »²¹⁴² que ceux fondés sur le droit interne. Enfin, elle la réitère en affirmant que, pour assurer le respect du droit de l'Union, les autorités nationales agissent « *avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre de législations nationales correspondantes* »²¹⁴³. Nous convenons que, en dehors de ces hypothèses, l'exigence d'une stricte identité entre les traitements reste rarement mentionnée. Plus encore, cette approche semble presque abandonnée, notamment à la lecture de l'arrêt *Ferriere Sant'Anna*²¹⁴⁴. À cette occasion, la Cour de justice adopta une position pour le moins originale. Elle rappela, implicitement au nom du principe d'équivalence, « *qu'un État membre ne peut soumettre le recouvrement des charges communautaires envers les redevables à des conditions et des modalités différentes de celles qui sont prévues pour des charges nationales comparables* »²¹⁴⁵. L'approche stricte semble donc réaffirmée. Toutefois, la Cour ajoute aussitôt que le principe d'équivalence – toujours implicitement – « *n'implique pas, à lui seul, que les États membres [soient] tenus, en cas de faillite du redevable, d'accorder aux prélèvements [européens] les mêmes privilèges reconnus aux créances semblables de l'État, à défaut d'un texte communautaire clair et précis établissant, entre autres, le rang du prélèvement [européen] ainsi que l'impôt de l'État auquel il devrait être assimilé* »²¹⁴⁶. En d'autres termes, une situation européenne – ici, le prélèvement d'une créance européenne – peut ne pas bénéficier du même régime – le recouvrement en cas de faillite du débiteur – qui s'applique pourtant pour des situations internes similaires – ici, des créances semblables de l'État. Dès lors, le principe d'équivalence n'exigerait plus – ou pas – une stricte et totale identité dans le traitement des situations européenne et interne.

481. Cette approche n'apparaît plus pendant un temps. Elle ne se retrouve que très discrètement – et toujours implicitement – dans l'arrêt *Borelli* dans lequel la Cour de justice affirme qu'il revient « *aux juridictions nationales de statuer (...) sur la légalité de l'acte*

²¹⁴¹ CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691, pt. 11, à propos de l'article 8 de la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*JOCE*, 56, 4 avril 1964, p. 850).

²¹⁴² CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe (Croisières au beurre)*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805, pt. 44 – nous soulignons.

²¹⁴³ CJCE, 12 juin 1980, *Lippische Hauptgenossenschaft e.a.*, aff. jt. 119/79 et 126/79, *Rec.* p. 1863, pt. 8 ; CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, *Rec.* p. 1503, pt. 22 – nous soulignons.

²¹⁴⁴ CJCE, 17 mai 1983, *CECA c. Ferriere Sant'Anna*, aff. 168/82, *Rec.* p. 1681.

²¹⁴⁵ *Ibid.*, pt. 18.

²¹⁴⁶ *Ibid.*

national [qui s'inscrit dans un processus décisionnel européen], *dans les mêmes conditions de contrôle que celles réservées à tout acte définitif qui, pris par la même autorité nationale, est susceptible de faire grief (...)* »²¹⁴⁷. Les choses changent à partir de l'arrêt *Edis*²¹⁴⁸ qui marque un tournant important. Rendu en 1998, l'arrêt mentionne explicitement le "principe d'équivalence" et offre ainsi une grille de lecture intéressante. La motivation de la Cour de justice s'avère cependant assez déroutante, sinon contradictoire par certains aspects. En premier lieu, elle retient une approche très souple quant à l'exigence résultant du principe d'équivalence : ce dernier implique que les modalités de recours fondés sur le droit de l'Union « *ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne* »²¹⁴⁹. Elle ajoute néanmoins que ce principe « *suppose [que] la modalité litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne* »²¹⁵⁰. Dans cette optique, elle conclut que le principe d'équivalence est respecté dès lors qu'« [un] *délai de forclusion s'applique de la même manière* »²¹⁵¹ aux recours similaires fondés sur le droit de l'Union et sur le droit interne. Concrètement, la durée et la computation du délai doivent être les mêmes. La cohérence de cette présentation peut paraître discutable²¹⁵². Pour ce qui nous intéresse ici, elle actualise l'approche très stricte du principe d'équivalence. Des arrêts ultérieurs en attestent²¹⁵³. Certes, la jurisprudence européenne ne retient cette approche du principe d'équivalence que vis-à-vis de délais contentieux en matière de TVA²¹⁵⁴ ou vis-à-vis de recours contractuels²¹⁵⁵. Il nous semble malgré tout difficile de nier la portée de ces arrêts. L'exigence d'identité se manifeste encore à l'heure actuelle dans la formulation *générale* du principe d'équivalence. Dans l'arrêt *Zabrus Siret*, la Cour de justice affirme ainsi qu'un délai de forclusion n'est pas incompatible avec le droit de l'Union à la condition « *que ce délai s'applique de la même manière aux droits analogues en matière fiscale*

²¹⁴⁷ CJCE, 3 décembre 1992, *Oleificio Borelli*, aff. C-97/91, *Rec.* p. I-6313, pt. 13.

²¹⁴⁸ CJCE, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96, *Rec.* p. I-4951. L'arrêt est rendu concomitamment avec l'arrêt CJCE, 15 septembre 1998, *Spac*, aff. C-260/96, *Rec.* p. I-4997. Les deux arrêts sont identiques dans leur portée.

²¹⁴⁹ *Ibid.*, pt. 34.

²¹⁵⁰ *Ibid.*, pt. 36 (nous soulignons).

²¹⁵¹ *Ibid.*, pt. 39.

²¹⁵² Cf. *infra*, pt. 696 et suivants.

²¹⁵³ On retrouve notamment l'idée selon laquelle les autorités nationales agissent avec une « *même diligence* » (CJCE, 13 mars 2008, *Vereeniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06, *Rec.* p. I-1561, pt. 50).

²¹⁵⁴ CJCE, 8 mai 2008, *Ecotrade*, aff. jt. C-95/07 et C-96/07, *Rec.* p. I-3457, pt. 46 ; CJUE, 12 juillet 2012, *EMS-Bulgaria Transport*, aff. C-284/11, ECLI:EU:C:2012:458, pt. 49 ; CJUE, 26 avril 2018, *Zabrus Siret*, aff. C-81/17, ECLI:EU:C:2018:283, pt. 38.

²¹⁵⁵ Voir CJCE, 12 décembre 2002, *Universale-Bau e.a.*, aff. C-470/99, *Rec.* p. 11617, pt. 79, et notamment les conclusions de S. ALBER, pt. 72 ; CJCE, 27 février 2003, *Santex*, aff. C-327/00, *Rec.* p. I-1877, pt. 50 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Lämmerzahl*, aff. C-241/06, *Rec.* p. I-8415, pt. 50.

*fondés sur le droit interne et à ceux fondés sur le droit de l'Union (principe d'équivalence) »*²¹⁵⁶. Enfin, quand bien même le principe d'équivalence ne serait pas formulé de cette manière, la Cour de justice mentionne très fréquemment la nécessité que la modalité litigieuse s'applique « *indifféremment* »²¹⁵⁷. De fait, le principe d'équivalence ne semble pas tolérer²¹⁵⁸ de différence entre les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires.

482. Il convient toutefois de préciser que cette approche très stricte du principe d'équivalence est très contestable pour plusieurs raisons que nous détaillerons ultérieurement. Schématiquement, nous estimons, en premier lieu, qu'elle s'accommode mal avec l'asymétrie²¹⁵⁹ du principe d'équivalence. Si une stricte *identité* des traitements est attendue, un traitement *plus favorable* – et donc différent – accordé à une situation européenne par rapport à celui accordé à une situation interne similaire serait contraire au principe d'équivalence. Or il n'en est rien. En deuxième lieu, le principe d'équivalence ne requiert qu'une similitude ou une comparabilité entre les situations européenne et interne qui – nous l'avons vu – ne sont pas vraiment identiques ou assimilables²¹⁶⁰. Aussi, si ces situations ne peuvent être identiques, il est normal que le traitement qui leur est réservé ne le soit pas. En dernier lieu, la prise en considération du fait que la modalité litigieuse « *s'applique indifféremment* » aux situations européenne et interne, comme la Cour de justice l'affirme parfois, renvoie une vision tronquée et critiquable du principe d'équivalence. Nous démontrerons par la suite que ce n'est pas parce qu'une modalité s'applique indistinctement qu'elle respecte le principe d'équivalence²¹⁶¹. Cette conception très stricte, bien qu'ancienne, persiste encore et doit évidemment être prise en compte pour l'étude du principe d'équivalence. Sa portée mérite cependant de rester mesurée.

b. L'exigence sectorielle d'analogie entre les traitements

483. La conception stricte de l'exigence résultant du principe d'équivalence se manifeste dans certains arrêts qui imposent des traitements *analogues*. Cette idée a déjà été évoquée précédemment puisqu'elle s'applique spécifiquement aux mesures nationales

²¹⁵⁶ CJUE, *Zabrus Siret*, aff. C-81/17

²¹⁵⁷ Récemment, voir CJUE, 27 février 2020, *Land Sachsen-Anhalt (Rémunération des fonctionnaires et juges)*, aff. jt. C- 773/18 à C- 775/18, ECLI:EU:C:2020:125, pt. 67.

²¹⁵⁸ Les choses sont plus subtiles dès lors que la comparaison entre les traitements pour vérifier s'ils sont ou non « au moins équivalents » ne s'arrête pas à une seule modalité ou règle, mais s'opère dans sa globalité – sur cette question, cf. *infra*, pt. 637 et suivants.

²¹⁵⁹ Cf. *infra*, pt. 514 et suivants.

²¹⁶⁰ Cf. *supra*, pt. 269 et suivants.

²¹⁶¹ Cf. *infra*, pt. 696 et suivants.

visant à sanctionner les violations du droit de l'Union²¹⁶². Il aurait été permis de penser qu'il s'agissait d'une exigence résultant d'un principe distinct du principe d'équivalence. Longtemps, au regard de l'incertitude de la jurisprudence européenne, certains auteurs y voyaient l'application d'un principe d'assimilation. Nous avons toutefois montré que cette vision n'est pas convaincante. L'arrêt *Scialdone* de la Cour de justice met fin à tout doute en affirmant explicitement que « le principe d'équivalence (...) implique que [les] sanctions [du droit de l'Union] soient **analogues** à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires (...) »²¹⁶³. Le constat est donc clair : le principe d'équivalence implique bien une exigence d'analogie entre les traitements accordés aux violations du droit de l'Union et du droit interne similaire.

484. Selon cette logique, une nouvelle fois, cette approche particulière du principe d'équivalence, bien que datée, perdure encore actuellement. Elle n'est donc en rien anecdotique ou isolée. Dès un arrêt *Watson et Belmann*, la Cour de justice l'envisage d'abord comme une possibilité laissée aux États membres dans le cadre de leur autonomie procédurale : « les autorités nationales peuvent soumettre le non-respect des dispositions relatives à la déclaration de présence des étrangers à des sanctions **comparables** à celles qui s'appliquent à des infractions nationales de même importance »²¹⁶⁴. Ce n'est qu'à partir de l'arrêt *Commission c. Grèce (Maïs grecs)* que la Cour de justice pose explicitement l'exigence selon laquelle « les violations du droit communautaire [doivent être] sanctionnées dans des conditions, de fond et de procédure, qui [sont] **analogues** à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires »²¹⁶⁵. À la suite de cet arrêt, cette approche sera répétée à plusieurs reprises²¹⁶⁶ ; elle constitue même pour la Cour une « jurisprudence constante »²¹⁶⁷. C'est d'ailleurs à travers cette exigence d'analogie que la Cour de justice interprète l'article 325, paragraphe 2, TFUE qui dispose pourtant que, en matière de protection des intérêts financiers de l'Union, « [les] États membres prennent les mêmes mesures (...) que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts

²¹⁶² Cf. *supra*, pt. 423 et suivants.

²¹⁶³ CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 29 – nous soulignons.

²¹⁶⁴ CJCE, 7 juillet 1976, *Watson et Belmann*, aff. 118/75, *Rec. p.* 1185, pt. 21 – nous soulignons.

²¹⁶⁵ CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec. p.* 2965, pt. 24 – nous soulignons.

²¹⁶⁶ Outre les exemples cités *infra*, voir CJCE, 8 juillet 1994, *Commission c. Royaume-Uni*, aff. C-382/92, *Rec. p.* 2435, pt. 55 ; CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95, *Rec. p.* I-2195, pt. 29 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Numes et de Matos*, aff. C-186/98, *Rec. p.* I-4883, pt. 10.

²¹⁶⁷ CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, aff. C-326/88, *Rec. p.* I-2911, pt. 17 ; CJCE, 2 octobre 1991, *Vandevenne e.a.*, aff. C-7/90, *Rec. p.* I-4371, pt. 11 ; CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. -36/94, *Rec. p.* I-3573, pt. 20 ; CJCE, 7 décembre 2000, *de Andrade*, aff. C-213/99, *Rec. p.* I-11083, pt. 19 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, aff. C-167/07, *Rec. p.* I-10155, pt. 62. Plus indirectement, CJCE, 3 mai 2005, *Berlusconi e.a.*, aff. jt. C-387/02, C-391/02 et C-403/02, *Rec. p.* I-3565, pt. 65 ; CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec. p.* I-8511, pt. 52.

financiers »²¹⁶⁸. Une nouvelle fois, l'arrêt *Scialdone* harmonise cette jurisprudence : la Cour confirme ainsi que cette exigence d'analogie résulte d'« *une jurisprudence constante* »²¹⁶⁹ et qu'elle se rattache au principe d'équivalence²¹⁷⁰.

485. L'exigence d'analogie des traitements apparaît plus conforme à la logique du principe d'équivalence. En se limitant à une similitude ou une analogie des traitements appliqués aux situations européenne et interne – elles-mêmes similaires –, des différences mineures entre eux peuvent exister et être tolérées. Ces divergences entre les traitements ne sont pas gênantes pourvu que, « *en tout état de cause* »²¹⁷¹, la sanction nationale dispose d'un « *caractère effectif, proportionné et dissuasif* »²¹⁷². Une différence minimale ou qui n'affecte pas l'effectivité de la sanction ne sera donc pas interdite par le principe d'équivalence. Nous ne trouvons toutefois aucune illustration jurisprudentielle qui le reconnaisse explicitement²¹⁷³. En général, le principe d'équivalence est présumé comme respecté²¹⁷⁴ faute de pouvoir identifier un régime de sanction similaire. Cette position est défendable et cohérente avec l'esprit du principe d'équivalence : même si les situations interne et européenne sont similaires ou comparables, certaines différences ou spécificités propres à l'une comme à l'autre peuvent justifier des différences bénignes dans le traitement accordé.

486. Cette approche présente toutefois elle aussi des défauts qui sapent sa pertinence. Là encore, l'asymétrie de ce principe s'accommode mal avec une exigence d'analogie. Une mesure sanctionnant une violation du droit de l'Union plus sévèrement qu'une mesure similaire pour du droit interne ne serait pas interdite sur son fondement. La Cour de justice interdit de telles situations non pas sur le fondement du principe d'équivalence mais sur celui du principe de proportionnalité. Autrement dit, comme nous l'avons déjà vu²¹⁷⁵, ce principe interdit à un État membre d'instituer des mesures sanctionnant la violation du droit de l'Union qui seraient trop sévères, comparativement à des mesures similaires de droit interne. Le principe d'équivalence, et son exigence

²¹⁶⁸ Voir not. CJUE, 29 mars 2012, *Pfeiffer & Langen*, aff. C-564/10, ECLI:EU:C:2012:190 : « *en vertu de l'article 325 TFUE, les États membres sont tenus de prendre les mêmes mesures pour combattre la fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union que celles qu'ils prennent pour combattre la fraude portant atteinte à leurs propres intérêts financiers, ceux-ci sont tenus, en absence de réglementation de l'Union et lorsque leur droit national prévoit la perception d'intérêts dans le cadre du recouvrement d'avantages du même type indûment perçus de leur budget national, de percevoir de manière analogue des intérêts lors de la récupération d'avantages indûment perçus du budget de l'Union (...)* » (pt. 52 – nous soulignons).

²¹⁶⁹ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 28.

²¹⁷⁰ *Ibid.*, pt. 29 et pt. 53.

²¹⁷¹ Pour exemple, CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 28.

²¹⁷² *Ibid.*

²¹⁷³ Envisageant cette hypothèse, non-suivie par la Cour de justice, voir M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 106 et suivants.

²¹⁷⁴ Cf. *infra*, pt. 796 et suivants.

²¹⁷⁵ Cf. *supra*, pt. 430.

d'analogie, ne le prohibe pas. De même, cette exigence d'analogie s'associe mal avec l'idée que la modalité en cause doit s'appliquer « *indifféremment* » aux situations européenne et interne. Or nous avons précisément montré que l'intérêt de reconnaître une exigence dite "d'analogie" est de tolérer des différences. Dans un arrêt *Aprile*, la Cour de justice opère pourtant une telle association²¹⁷⁶. Pour résumer, une fois encore, retenir l'exigence d'analogie pour l'étude du principe d'équivalence n'est pas pleinement pertinent. Outre les éléments exposés, nous insistons sur le fait qu'elle reste cantonnée à l'application dudit principe aux sanctions nationales.

2. Conceptions souples de l'équivalence

487. L'approche souple de l'équivalence est la plus présente dans la jurisprudence de la Cour de justice. À ce titre, elle est privilégiée pour caractériser l'exigence résultant du principe d'équivalence. B. LE BAUT-FERRARESE²¹⁷⁷ et M. BOBEK²¹⁷⁸ soulignent chacun, à des périodes différentes, qu'il s'agit de l'approche la plus pertinente²¹⁷⁹. Son principal avantage est d'être compatible avec les positions arrêtées par la Cour de justice pour constater le respect ou l'irrespect du principe d'équivalence. Elle présente toutefois elle aussi des limites et des incohérences au regard de la méthode affichée par la Cour de justice pour contrôler le respect du principe d'équivalence. Cette approche se présente de deux manières. La première, relativement obsolète aujourd'hui, renvoie à une exigence de non-discrimination (a.). La seconde, considérée comme la plus représentative du principe d'équivalence, se manifeste par l'interdiction d'un traitement "moins favorable" (b.).

a. L'exigence originelle de non-discrimination

488. Le principe d'équivalence ne constitue pas, contrairement aux apparences et à certaines affirmations, une déclinaison d'un principe général de non-discrimination.

²¹⁷⁶ CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, Rec. p. I-7141 : « En l'espèce, il convient de relever que le délai de forclusion en cause vise expressément **P'ensemble** des demandes et actions tendant au remboursement de sommes payées en relation avec des opérations douanières. Au surplus, selon des indications non contestées du gouvernement italien, un **délai analogue** est également applicable aux actions en remboursement d'un certain nombre de droits indirects. [Ce] délai s'applique donc **indistinctement** à toutes les actions en remboursement de taxes de cette nature, quel qu'en soit le fondement, et ne saurait, dès lors, être regardé comme contraire au principe d'équivalence » (pt. 22 – nous soulignons). Voir également le pt. 31.

²¹⁷⁷ B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.* : « Même si l'hypothèse est très improbable, nul ne peut en effet négliger celle en vertu de laquelle un État membre appliquerait au droit communautaire une règle formelle différente de celle appliquée au droit interne – donc spéciale et sélective –, mais qui, ne serait pas pour autant plus restrictive – ou "moins favorable" – pour ce droit ! Dans une telle conjoncture, pourquoi le droit communautaire devrait-il nourrir des griefs à l'égard de l'État intéressé ? » (p. 283).

²¹⁷⁸ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité : « Je suis d'avis que l'équivalence implique simplement une similitude et un traitement qui ne soit "pas moins favorable". Elle ne saurait pas s'entendre comme une stricte identité de règles. Non seulement cette approche clairement plus raisonnable et conciliante est prépondérante dans la jurisprudence, mais elle est en outre conforme à la notion d'"autonomie" inhérente à l'"autonomie procédurale nationale" et tient compte du fait que certaines règles ne se prêtent pas aisément à une comparaison objective » (pt. 43).

²¹⁷⁹ Voir également M. BLANQUET, *L'article 5 du traité C.E.E.*, Paris, LGDJ, 1994, p. 75.

Nous l'avons montré²¹⁸⁰, sa finalité et ses caractéristiques empêchent d'opérer une telle filiation. Même s'il présente évidemment une proximité avec le principe de non-discrimination, le principe d'équivalence doit en être dissocié. Il demeure cependant que l'exigence qui résulte de ce principe d'équivalence a été souvent – et longtemps – qualifiée d'exigence de non-discrimination par la Cour de justice²¹⁸¹ ou ses avocats généraux²¹⁸². La jurisprudence fournit plusieurs illustrations en ce sens. Dans son arrêt *Ferwerda*, par exemple, la Cour de justice affirme que « l'application de la législation nationale [aux recours fondés sur le droit de l'Union] doit se faire **de façon non discriminatoire** par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux »²¹⁸³. Cette formulation sera régulièrement répétée. Elle reste néanmoins cantonnée aux modalités procédurales liées au recouvrement de prélèvements européens par les autorités nationales²¹⁸⁴. Elle est mentionnée plus occasionnellement pour d'autres contentieux en matière de répétition de l'indu²¹⁸⁵.

489. Cette conception s'avère plutôt souple puisqu'elle repose – du moins, supposément – sur une méthode ou une logique proche de celle du principe général de non-discrimination. Dans cette perspective, le principe d'équivalence tolère assez facilement des différences entre les traitements accordés aux situations européenne et interne. Il suffit à ce titre de démontrer que les spécificités de chaque situation, voire que des considérations d'intérêt général, le justifient²¹⁸⁶. Le contrôle opéré pour l'application du principe d'équivalence s'éloigne hélas trop de cette logique. En substance²¹⁸⁷, la Cour a tendance à considérer les deux situations comme n'étant pas similaires plutôt que d'apprécier les motifs soulevés par les États membres pour justifier la différence des traitements. De plus, quand bien même les situations en cause seraient considérées comme similaires, la Cour se contente d'un examen assez flou pour décider si la différence entre les traitements est bien conforme au principe d'équivalence. En somme, en analysant en détail la jurisprudence de la Cour, sa méthode pour contrôler le respect du principe d'équivalence demeure éloignée de celle adoptée pour le principe général de

²¹⁸⁰ Cf. *supra*, pt. 283 et suivants.

²¹⁸¹ CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 16.

²¹⁸² Pour exemple, M. DARMON, conclusions sur CJCE, 1^{er} avril 1993, *Lageder e.a.*, aff. jt. C-31/91 et C-44/91, *Rec.* p. I-1761, qui parle de la « nécessité de ne pas discriminer » (pt. 16).

²¹⁸³ CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda*, aff. 265/78, *Rec.* p. 617, pt. 12 ; plus implicitement, voir pt. 8. Position répétée peu après dans CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec.* p. 1887, pt. 12.

²¹⁸⁴ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82, *Rec.* p. 2633, pt. 19 et pt. 23 ; CJCE, 5 octobre 1988, *Padovani e.a.*, aff. 210/87, *Rec.* p. 6177, pt. 22-25 ; CJCE, *Lageder e.a.*, aff. jt. C-31/91 et C-44/91 précité, pt. 28 ; CJCE, 27 mai 1993, *Peter*, aff. C-290/91, *Rec.* p. I-2981, pt. 11-12.

²¹⁸⁵ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité ; CJCE, 9 novembre 1989, *Bessin et Salson*, aff. 386/87, *Rec.* p. 3551, pt. 16.

²¹⁸⁶ Pour exemple, CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350, pt. 43.

non-discrimination²¹⁸⁸. Il serait donc hasardeux de qualifier l'exigence du principe d'équivalence de "non-discrimination".

490. La pertinence de cette approche du principe d'équivalence présente d'autres défauts. En premier lieu, elle ne se manifeste presque plus dans la jurisprudence. Elle n'apparaît que dans de rares affaires relatives à la perception de prélèvements européens par les autorités nationales²¹⁸⁹. En second lieu, elle était source d'incertitudes, voire de confusion. Dans son arrêt *Salumi*, par exemple, la position retenue par la Cour de justice laisse entendre que l'exigence de non-discrimination et l'interdiction d'un traitement « moins favorable » sont identiques²¹⁹⁰. Toutefois, il reste difficile de considérer ces deux exigences comme synonymes²¹⁹¹.

491. Enfin, cette approche rend la distinction entre le principe d'équivalence et le principe général de non-discrimination – plus – difficile à opérer. F. HUBEAU soulignait cette ambiguïté²¹⁹² à propos de la formulation retenue par la Cour de justice dans son arrêt *Express Dairy Foods*²¹⁹³. Elle est encore plus prégnante dans l'arrêt *Fromme*²¹⁹⁴. Dans cet arrêt, la Cour de justice rappelle dans un premier temps le principe d'équivalence – dans son approche la plus souple – en considérant que la réglementation nationale ne doit pas « soumettre [la] récupération [de sommes sur le fondement du droit de l'Union] à des conditions ou à des modalités moins favorables que celles qui s'appliquent aux procédures similaires de nature purement interne »²¹⁹⁵. Cependant, dans un second temps, elle en déduit que l'application du droit national à de telles récupérations « doit se faire de façon non

²¹⁸⁷ Cf. *infra*, pt. 794.

²¹⁸⁸ Voir not. K. LENAERTS, « L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE* 1991, pp. 3-41. Pour plus de précisions sur cette idée, cf. *infra*, pt. 674 et suivants.

²¹⁸⁹ Voir not. CJCE, 9 octobre 2001, *Flemmer e.a.*, aff. jt. C-80/99, C-81/99 et C-82/99, *Rec.* p. I-7211, pt. 61 ; CJCE, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06 précité, pt. 50 ; CJUE, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16 précité, pt. 24 et pt. 26. Ces trois exemples semblent n'être qu'une reprise littérale des jurisprudences antérieures (notamment issues de CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité). On remarque à cette occasion que, jusqu'à l'arrêt *Dimos Zagoriou*, la Cour de justice ne mentionnait pas explicitement les principes d'équivalence et d'effectivité.

²¹⁹⁰ CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79, *Rec.* p. 1237. La Cour mentionne d'abord la nécessité que les « modalités et conditions ne [rendent pas] **moins efficace** le système de perception des taxes et redevances communautaires que celui des taxes et redevances nationales du même type » (pt. 18 – nous soulignons) puis considère que « l'application de la législation nationale doit se faire de **façon non discriminatoire** par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux » (pt. 20 – nous soulignons).

²¹⁹¹ M. BLANQUET, *op. cit.* : « L'obligation de choisir un système "pas moins efficace", ou "pas moins favorable" révèle que l'on dépasse la pure et simple non-discrimination » (p. 75).

²¹⁹² F. HUBEAU, *op. cit.* : « Au premier abord, en l'absence d'indication par la Cour de base textuelle (...), on pourrait penser qu'elle se réfère implicitement au principe de l'interdiction de discrimination. Toutefois, il ne peut pas en être ainsi (...) » (p. 459).

²¹⁹³ CJCE, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79 précité : « le nécessaire renvoi aux législations nationales est toutefois soumis à des limites dont la nécessité a été reconnue en ce sens que l'application de la législation nationale doit se faire de façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux » (pt. 12).

²¹⁹⁴ CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec.* p. 1449.

²¹⁹⁵ *Ibid.*, pt. 6.

discriminatoire »²¹⁹⁶. À ce stade, la Cour de justice ne fait que réitérer la confusion précitée de l'arrêt *Salumi*. Le problème survient lorsqu'elle ajoute que « [cette] règle de non-discrimination (...) implique également que les obligations imposées par la législation nationale aux entreprises auxquelles des avantages financiers basés sur le droit communautaire ont été octroyés irrégulièrement ne doivent pas être plus strictes que celles imposées aux entreprises qui ont reçu irrégulièrement des avantages similaires basés sur le droit national, à supposer, toutefois, que les deux groupes de bénéficiaires se trouvent dans des situations comparables et que, partant, un traitement différent ne puisse pas être justifié objectivement »²¹⁹⁷. Il est délicat de comprendre avec certitude cet extrait : la Cour précise-t-elle l'exigence résultant du principe d'équivalence ou, au contraire, reconnaît-elle l'application complémentaire du principe général de non-discrimination ? Dans son arrêt *Jensen*, la Cour laisse entendre qu'il s'agirait plutôt de la seconde option²¹⁹⁸. La portée de cette approche, qui consiste à voir une exigence de non-discrimination, doit donc rester elle aussi relativement mesurée.

b. L'exigence emblématique de l'interdiction d'un traitement "moins favorable"

492. Les précédentes approches sont considérées comme peu, voire non représentatives de l'exigence du principe d'équivalence. Dans une grande majorité d'arrêts, le principe d'équivalence consiste juste à interdire que le traitement accordé à la situation européenne soit "moins favorable" que celui accordé à une situation interne similaire. Cette approche apparaît à certains égards comme dominante. Elle apparaît dès les arrêts *Rewe* et *Comet*²¹⁹⁹, dans lesquels le principe d'équivalence est dégagé pour la première fois. Elle est ensuite quasi systématiquement répétée, si on exclut les affaires précédemment évoquées. Cette constance est telle qu'il n'existe presque aucune variation dans sa formulation²²⁰⁰. Seul un contre-exemple, dont la portée est très minime, existe. Dans son arrêt *Salumi*, la Cour de justice interdit un traitement qui rendrait « moins efficace »²²⁰¹ la perception de prélèvements européens.

493. Cette approche présente l'avantage d'être la plus souple et la moins contraignante vis-à-vis des États membres. L'interdiction d'un traitement "moins

²¹⁹⁶ *Ibid.*, pt. 7.

²¹⁹⁷ *Ibid.*

²¹⁹⁸ CJCE, 19 mai 1998, *Jensen*, aff. C-132/95, *Rec.* p. I-2975, pt. 50 et pt. 51.

²¹⁹⁹ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec.* p. 1989 et p. 2043.

²²⁰⁰ Nous ne voyons pas de réelle variation lorsque la Cour de justice affirme que le principe d'équivalence interdit que « les recours fondés sur le droit national [soient] traités d'une manière **plus favorable** que les recours ayant trait à la sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union » (CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 42 – nous soulignons).

²²⁰¹ CJCE, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79 précité, pt. 18.

favorable” tolère aisément des différences qui n’auraient pas pour effet de porter atteinte à l’effet utile du droit de l’Union. La Cour de justice se montre en général très conciliante et ne reconnaît que rarement qu’un traitement est “moins favorable”. En premier lieu, la modalité procédurale litigieuse doit être en elle-même et objectivement²²⁰² défavorable. Par exemple, désigner une juridiction – ou un ordre juridictionnel – exclusivement compétente pour traiter des recours fondés sur le droit de l’Union « *ne [constitue] pas nécessairement une modalité procédurale pouvant être qualifiée de défavorable* »²²⁰³. En second lieu, la modalité litigieuse considérée comme défavorable doit rendre *l’ensemble* du traitement accordé à la situation européenne défavorable²²⁰⁴. Autrement dit, si cette modalité n’occasionne qu’une gêne mineure, le principe d’équivalence est considéré comme respecté. Par exemple, dans son arrêt *Accor*²²⁰⁵, la Cour de justice constate que le droit français exige des sociétés-mères – dont les filiales sont établies dans un État membre de l’Union – qu’elles présentent certains documents à l’administration fiscale afin de pouvoir bénéficier d’un avantage fiscal. De tels documents ne sont pourtant pas requis pour une société-mère dont les filiales sont établies en France. Malgré tout, implicitement, la Cour de justice considère que cette exigence procédurale propre à la situation européenne ne rend pas “moins favorable” le traitement global qui lui est accordé²²⁰⁶. Enfin, cette approche se concilie sans difficulté avec l’asymétrie du principe d’équivalence.

494. Aussi séduisante soit-elle, cette approche n’en présente pas moins des inconvénients. À titre principal, elle donne une vision assez restrictive du principe d’équivalence. En prohibant un traitement défavorable, elle néglige la logique d’intégration et d’assimilation du droit de l’Union au sein de l’ordre juridique interne. Nous l’avons vu, le principe d’équivalence postule, pour pouvoir s’appliquer, d’opérer un rapprochement entre les situations interne et européenne²²⁰⁷. Plus encore, il requiert que le droit de l’Union trouve des « *structures d’accueil nationales* »²²⁰⁸ appropriées. Le principe

²²⁰² En ce sens, voir not. CJCE, 16 mai 2000, *Preston*, aff. C-78/98, *Rec.* p. I-3201, pt. 62.

²²⁰³ CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 23 (à propos de la compétence d’ordres juridictionnels). Voir également, à propos de la compétence d’une juridiction départementale, CJUE, 12 février 2015, *Bacxó et Víznyizvai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88, pt. 46.

²²⁰⁴ Voir not. CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec.* p. I-7835 : « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale est moins favorable que celles concernant des recours similaires de nature interne doit être analysé par la juridiction nationale en tenant compte de la place de cette disposition dans l’ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités devant les diverses instances nationales* » (pt. 44 – nous soulignons).

²²⁰⁵ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581.

²²⁰⁶ *Ibid.*, pt. 95.

²²⁰⁷ Cf. *supra*, pt. 264 et suivants.

²²⁰⁸ Expression d’A. BLECKMANN, « L’applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 85-130, spéc. p. 126. Sur sa signification et sa portée, cf. *supra*, pt. 214 et suivants.

d'équivalence implique davantage qu'une simple interdiction d'un traitement défavorable. Il requiert que la situation européenne reçoive, comparativement aux traitements accordés à des situations internes similaires, le traitement national approprié. L'objectif poursuivi est que la mise en œuvre du droit de l'Union européenne soit assurée d'une manière aussi effective que la mise en œuvre d'une disposition nationale similaire. Évidemment, l'interdiction d'un traitement défavorable permet de s'en assurer. Cependant, réduire le principe d'équivalence à cette seule interdiction nous paraît simplificateur.

495. De plus, le caractère “défavorable” du traitement apparaît trop simpliste pour expliquer certaines applications du principe d'équivalence. Nous le verrons²²⁰⁹, la Cour de justice requiert de comparer le traitement accordé à la situation européenne et celui accordé à la situation interne similaire de manière abstraite et globale. Deux conséquences en découlent. D'une part, une modalité procédurale qui, au sein du traitement accordé à la situation européenne, institue une contrainte minimale mais réelle ne sera pas sanctionnée par le principe d'équivalence. La Cour considère que la faible intensité de la contrainte imposée ne suffit pas à considérer le traitement comme “moins favorable”²²¹⁰. Une telle approche est discutable si l'on s'en tient à une lecture stricte de la jurisprudence. Il faudrait alors reformuler l'exigence du principe d'équivalence comme interdisant un traitement “*suffisamment* défavorable” accordé à une situation européenne. D'autre part, cette comparaison *in abstracto* et *in globo* amène la Cour de justice à opérer une forme de pondération entre les avantages et inconvénients du traitement accordé à la situation européenne. L'arrêt *Baczó et Vizsnyiczai*²²¹¹ en est un exemple éloquent. En l'espèce, le droit hongrois reconnaît une juridiction départementale exclusivement compétente pour constater l'invalidité de clauses considérées abusives au regard du droit de l'Union – alors que les juridictions locales de droit commun sont compétentes pour contrôler de telles clauses au regard du droit interne. Cette réglementation nationale aboutit à faire peser des frais de procédures élevés sur les requérants souhaitant invoquer le droit de l'Union. Cette situation suffit généralement à considérer le principe d'équivalence méconnu²²¹². Cependant, la Cour de justice n'y voit pas un traitement

²²⁰⁹ Cf. *infra*, pt. 637 et suivants.

²²¹⁰ Voir CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115, pt. 94 et suivants.

²²¹¹ CJUE, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13 précité. Pour un exposé plus détaillé, cf. *supra*, pt. 372.

²²¹² CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 51. Voir également J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec.* p. I-2483, pt. 71.

défavorable. Elle souligne que cet inconvénient est compensé par des avantages²²¹³. La pondération ainsi opérée nécessite plus qu'une simple appréciation du caractère "défavorable" du traitement. Pour ces raisons, nous jugeons utile de relativiser l'approche selon laquelle le principe d'équivalence se limite à prohiber des traitements "moins favorables" accordés à des situations européennes.

B. Une exigence à la signification unique et constante

496. La jurisprudence de la Cour de justice peut être vue comme fluctuante, voire incohérente sur certains aspects. Appréhender avec certitude l'exigence résultant du principe d'équivalence serait *in fine* peine perdue. D'une certaine manière, il faudrait renoncer à l'étude d'un *unique* principe d'équivalence et admettre l'existence d'une pluralité de principes d'équivalence aux exigences plus ou moins proches. L'évolution de cette jurisprudence laisserait également perplexe quant à voir une exigence *constante* du principe d'équivalence. Celle-ci semble inexorablement varier. À notre sens, ces incertitudes méritent d'être levées. Ces fluctuations et évolutions jurisprudentielles n'ont en réalité qu'une importance limitée. Le principe d'équivalence peut être compris comme comportant une exigence unique et constante : celle de garantir à la situation européenne un traitement "au moins équivalent" à celui accordé à une situation interne similaire. Certes, cette formulation n'est pas retenue par la Cour de justice²²¹⁴ ou par ses avocats généraux. Néanmoins, ainsi exprimée, elle permet de concevoir le principe d'équivalence à travers une exigence unique et constante. D'une part, elle nous semble être pleinement compatible avec la finalité poursuivie par le principe d'équivalence – à savoir, garantir une mise en œuvre nationale du droit de l'Union *au moins aussi effective* que la mise en œuvre de dispositions internes similaires. Cette exigence de traitement "au moins équivalent" est donc bien adaptée à cette finalité essentielle du principe d'équivalence (1.). Cette idée se confirme au regard des refus répétés de la Cour de justice d'accentuer cette exigence (2.).

²²¹³ CJUE, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13 précité : « la désignation de ces juridictions, qui sont moins nombreuses et d'un rang plus élevé que les juridictions locales, peut être de nature à favoriser une administration de la justice plus homogène et spécialisée dans les affaires portant sur les règles qui découlent de la directive 93/13 » (pt. 46). La Cour ajoute qu'apprécier le caractère « défavorable » du traitement ne saurait faire « indûment abstraction des éventuels avantages de la procédure qui est prévue pour les recours fondés sur le droit de l'Union » (pt. 47).

²²¹⁴ Pour une unique exception (et particulièrement discrète), voir CJCE, *Paquay*, aff. C-460/06 précité, pt. 50. Il arrive que la Cour utilise également des formulations globalement similaires : pour exemple, elle estime que « le respect [du principe d'équivalence] requiert un traitement **égal** des recours fondés sur une violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union » (CJUE, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17 précité, pt. 41 – nous soulignons).

1. Une exigence déterminée au regard de la finalité du principe d'équivalence

497. L'exigence du principe d'équivalence ne peut se concevoir qu'au regard de la finalité de ce dernier²²¹⁵. Or celle-ci reste constante et unique²²¹⁶ : assurer une application suffisamment effective du droit de l'Union²²¹⁷. En tant que condition²²¹⁸ à l'autonomie institutionnelle et procédurale, l'application du principe d'équivalence permet de s'assurer que les États membres « [appliquent], *parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour* [une mise en œuvre effective du droit de l'Union] »²²¹⁹, en comparaison des moyens relatifs à la mise en œuvre du droit interne. Dès lors, comme le souligne B. LE BAUT-FERRARESE, la jurisprudence reste constante : l'objectif est « *de faire profiter le droit communautaire de modalités formelles similaires à celles employées* » pour le droit interne « *ou encore de faire en sorte que l'exécution du droit communautaire soit menée aussi efficacement que s'il s'agissait d'exécuter le seul droit interne* »²²²⁰. Le principe d'équivalence demeure un « *seuil minimum d'efficacité* »²²²¹ déterminé en fonction des traitements nationaux existants en droit interne²²²². Il permet de sanctionner des « *pratiques de protectionnisme procédural de la part d'un État membre qui consisteraient à octroyer un statut privilégié aux normes domestiques par rapport à celui offert au droit de l'Union* »²²²³. Pour y parvenir, l'exigence d'un traitement au moins équivalent suffit.

498. Selon cette perspective, les différentes formulations retenues par la Cour de justice ne font que traduire partiellement cette exigence, dans des contextes précis et en fonction des matières concernées²²²⁴. Chacune d'elles ne constitue qu'une manière d'appréhender la compatibilité²²²⁵ du traitement accordé à la situation européenne au regard du principe d'équivalence. Si la tautologie est regrettable, considérer que l'exigence du principe d'équivalence se limite à imposer un traitement “au moins équivalent” permet de rassembler l'ensemble des approches précédemment étudiées.

²²¹⁵ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001 : « *Les formules utilisées par la Cour de justice peuvent varier, mais l'objectif poursuivi, c'est-à-dire, la non-discrimination semble toujours le même* » (p. 272).

²²¹⁶ En ce sens, O. DUBOS, *op. cit.* : « *La finalité du principe d'équivalence apparaît clairement et ne pose donc pas de difficultés particulières* » (p. 272).

²²¹⁷ Certains auteurs soulignent d'ailleurs que la préoccupation de la Cour de justice est, finalement, plus de se focaliser sur l'effectivité du traitement – comparativement à ceux similaires et existants en droit interne – que sur une véritable logique d'équivalence ; voir P. CRAIG et G. DE BURCA, *op. cit.*, p. 249.

²²¹⁸ Cf. *supra*, pt. 183.

²²¹⁹ CJCE, 3 avril 1968, *Molkerei Zentrale*, aff. 28/67, Rec. p. 211, pp. 228-229 ; CJCE, 4 avril 1968, *Lück*, aff. 34/67, Rec. p. 359, p. 370.

²²²⁰ B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 278.

²²²¹ M. BLANQUET, *op. cit.*, p. 75.

²²²² Sur cette idée, cf. *supra*, pt. 180-181.

²²²³ H. SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions sur CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 68.

²²²⁴ En ce sens, M. BOBEK, « *Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States* », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323, spéc. p. 314.

Plus précisément, cette vision s'avère conforme au raisonnement suivi par la Cour de justice pour appliquer le principe d'équivalence. De cette manière, on comprend l'asymétrie du principe d'équivalence qui n'interdit pas des traitements plus favorables accordés à des situations européennes ; ceux-ci restent *au moins* équivalents à ceux accordés à des situations internes. Cela explique également pourquoi la Cour de justice procède à une comparaison globale et abstraite des traitements. Il importe peu que des différences réelles existent entre ces traitements pourvu qu'elles n'aient aucune conséquence sur la mise en œuvre du droit interne ou européen. L'équivalence entre les traitements n'est pas remise en cause par la seule présence d'une contrainte procédurale mineure ; elle ne l'est pas plus lorsque ces contraintes sont contrebalancées par des avantages. Rechercher une telle "équivalence" caractérise ainsi mieux la pondération qu'opère la Cour de justice entre les dispositions qui composent le traitement.

499. Certes, cette exigence de traitement "au moins équivalent" n'apparaît pas formellement dans la jurisprudence de la Cour de justice. En un sens, la coexistence, encore aujourd'hui, des différentes formulations du principe d'équivalence contredit notre présentation. Si la Cour de justice parle d'une identité de traitement ou se limite à interdire un traitement « moins favorable », c'est qu'il doit bien exister une raison pour préférer l'une ou l'autre de ces approches. Cette critique est d'autant plus forte que la Cour opère un indéniable travail de rationalisation et de standardisation du principe d'équivalence²²²⁶. Cette tendance s'initie surtout à partir de son arrêt *Edis*²²²⁷ et se manifeste actuellement par ses arrêts *Scialdone* et *Dimos Zagorion*²²²⁸. La persistance de ces variations incite donc à considérer que le principe d'équivalence se traduit par une exigence variant en fonction des matières vis-à-vis desquelles il s'applique.

500. Aussi pertinente soit-elle, cette critique est à nuancer. D'une part, le processus de rationalisation du principe d'équivalence est encore récent et n'a pas totalement abouti. Des clarifications sont encore souhaitables²²²⁹. D'autre part, la diversité actuelle des formulations du principe d'équivalence semble surtout relever

²²²⁵ Sur cette idée, B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 283.

²²²⁶ Cf. *supra*, pt. 23.

²²²⁷ CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96 précité.

²²²⁸ Respectivement, CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité et CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité. Sur leur apport, cf. *supra*, respectivement pt. 435 et pt. 450-451.

²²²⁹ Voir par exemple nos propos sur le régime des moyens d'ordre public (cf. *supra*, pt. 388) ou même toujours concernant le droit des sanctions (cf. *supra*, pt. 436).

d'une utilisation assez grossière des précédents jurisprudentiels²²³⁰. L'approche retenue par l'arrêt *Deutsche Milchkontor*²²³¹ en est un exemple. Pour mémoire, l'exigence issue du principe d'équivalence y est énoncée sous la forme d'une « non-discrimination ». Cette approche pouvait se justifier en 1983, à une époque pendant laquelle le principe d'équivalence commençait tout juste à se standardiser. À ce moment, il n'existait aucune jurisprudence très stable à son sujet. On comprend sans mal que, dans ce contexte, la Cour de justice pouvait encore hésiter sur sa formulation et, à ce titre, employer des expressions variées. Cette justification n'est plus convaincante à l'heure actuelle. En effet, la Cour reprend la formule de l'arrêt *Deutsche Milchkontor*, en tant que précédent, lorsque son affaire s'inscrit dans un contexte proche et pose une question similaire²²³². On peut dès lors regretter que la Cour continue d'utiliser des formules assez désuètes plutôt que de retenir une formulation unique et contemporaine de l'exigence du principe d'équivalence. Loin de contribuer à une stabilité de sa jurisprudence, la Cour entretient un climat de confusion regrettable²²³³.

501. Un dernier argument mérite d'être mentionné pour conforter l'idée selon laquelle le principe d'équivalence renvoie à une exigence de traitement « au moins équivalent ». Malgré des formules variées et à la signification parfois différente, toutes requièrent de l'État membre une même réaction si le principe d'équivalence est méconnu. Dans une telle situation, ce principe commande que la situation européenne, dont le traitement a été jugé insatisfaisant, se voit accorder *a minima* le traitement de la situation interne similaire. En d'autres termes, l'État membre doit *aligner* ou *étendre* à la situation européenne le traitement national approprié existant. Nous y reviendrons²²³⁴, cet alignement manifeste précisément toute l'utilité du principe d'équivalence puisqu'il

²²³⁰ Voir not. L. COUTRON, « La pratique de la motivation par la Cour de justice », *Revue Lamy Droit Civil*, 2012, n°89, p. 74.

²²³¹ CJCE, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82 précité, pt. 19.

²²³² Explicitement, voir CJCE, 12 mai 1998, *Steff-Houlberg Export e.a.*, aff. C-366/95, *Rec. p.* I-2661, pt. 15 ; CJCE, 16 juillet 1998, *Oelmühle Hamburg et Schmidt Söhne*, aff. C-298/96, *Rec. p.* I-4767, pt. 24 ; CJCE, *Flemmer e.a.*, aff. jt. C-80/99, C-81/99 et C-82/99 précité, pt. 61 ; CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec. p.* I-7699, pt. 55 ; CJCE, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06 précité, pt. 50. Ces différents arrêts constituent alors les précédents qui remplacent la référence à l'arrêt *Deutsch Milchkontor*. Voir not. CJCE, 21 juin 2007, *ROM-projecten*, aff. C-158/06, *Rec. p.* I-5103, pt. 23. Dans cette lignée, voir CJCE, 29 janvier 2009, *Josef Vosding Schlacht, Kühl-und Zerlegebetrieb e.a.*, aff. jt. C-278/07 à C-280/07, pt. 26 ; CJUE, 17 septembre 2014, *Cruz & Companhia*, aff. C-341/13, ECLI:EU:C:2014:2230, pt. 48 ; CJUE, 20 décembre 2017, *Erzeugerorganisation Tiefkühlgemüse*, aff. C-516/16, ECLI:EU:C:2017:1011, pt. 96.

²²³³ Cette critique pourrait être comprise comme une invitation à ce que la Cour de justice opère un revirement de jurisprudence ou, à tout le moins, un glissement de jurisprudence. Aussi discutable ou surprenant soit-il, un revirement de jurisprudence franc et assumé reste toujours préférable à cette situation de relative incertitude. En ce sens, voir not. E. CARPANO (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, dont les contributions de L. COUTRON, « L'identification du revirement en droit de l'Union européenne et la normativité de la jurisprudence », pp. 69-89, spéc. pp. 72-74 et de B. BERTRAND, « Les revirements de politique jurisprudentielle », pp. 111-142, spéc. pp. 129-131.

²²³⁴ Cf. *infra*, pt. 549 et suivants.

permet à l'Union européenne de bénéficier de toutes les potentialités offertes par l'ordre juridique interne. Il demeure que cette exigence d'alignement, lorsque le principe d'équivalence est considéré comme méconnu, est une constante, quelles que soient les formulations envisagées dudit principe²²³⁵. Une telle affirmation est logique. Si le traitement accordé à la situation européenne n'est pas considéré comme équivalent à celui accordé à une situation interne similaire, il faut qu'en conséquence ce dernier bénéficie *a minima* à la situation européenne. Pour résumer, si l'exigence qui permet de vérifier si le principe d'équivalence est respecté se formule de manière variable, l'exigence relative aux conséquences du non-respect du principe d'équivalence est bien unique et constante.

2. Les refus répétés de modifier l'exigence du principe d'équivalence

502. Cerner avec précision l'exigence du principe d'équivalence est légitimement sujet à débat. Or elle n'a pas fait l'objet d'évolutions importantes. Ses caractéristiques fondamentales demeurent, au fil du temps, intangibles. De ce point de vue, comme le souligne M. DOUGAN, « *le principe d'équivalence a fait l'objet d'une évolution particulièrement stable, notamment éloignée des bouleversements et revirements qu'a connu son tumultueux confrère* » qu'est le principe d'effectivité²²³⁶. Force est d'admettre qu'aucun arrêt de la Cour de justice n'a opéré de revirement ou même d'adaptation significative de l'exigence résultant du principe d'équivalence²²³⁷. Tout au plus, dans une jurisprudence de 1997, la Cour s'est-elle employée à apporter certaines précisions, notamment sur la méthode à suivre pour vérifier si le principe est ou non respecté. Ces indications portent majoritairement sur l'identification du référentiel pertinent pour opérer la comparaison. La Cour de justice considère, par exemple, que les « *recours fondés sur la violation du droit communautaire et (...) ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables* »²²³⁸ constituent des traitements similaires susceptibles d'être comparés. Elle affirme également que le principe d'équivalence requiert d'opérer une comparaison objective et globale entre ces différents traitements : ainsi, « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale est moins favorable que celles concernant des recours*

²²³⁵ Voir B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 270.

²²³⁶ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438 : en comparaison du principe d'effectivité, le principe d'équivalence « *has itself enjoyed a much more stable evolution, experiencing none of the great dramas or reversals of fortune associated with its tempestuous sibling* » (p. 422).

²²³⁷ Pour une approche plus nuancée, voir B. BERTRAND, *op. cit.*, qui voit dans ces précisions des « *inflexions des principes d'équivalence et d'effectivité* » (p. 130).

²²³⁸ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 41.

similaires de nature interne doit être analysé par la juridiction nationale en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure (...) »²²³⁹. Ces précisions n'opèrent en rien un bouleversement de l'exigence du principe d'équivalence. Elles sont toujours d'actualité²²⁴⁰.

503. De toutes ces indications sur l'exigence du principe d'équivalence, l'une d'elles mérite d'être soulignée. À partir de son arrêt *Edis*, la Cour de justice martèle régulièrement que le principe d'équivalence « *ne saurait (...) être interprété comme obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions [fondées sur le droit de l'Union] son régime (...) interne le plus favorable* »²²⁴¹. Une fois encore, cette précision ne change rien à l'exigence du principe d'équivalence. Jamais ce dernier n'a eu pour objectif d'accorder à une situation européenne le meilleur des traitements nationaux existants. Ce n'est donc pas parce qu'il existe des traitements plus favorables à celui accordé à la situation européenne que le principe d'équivalence est méconnu – ou, à tout le moins, qu'il est légitime de douter de son respect. La Cour de justice insiste sur la nécessité de démontrer que les traitements qui sont comparés soient ceux accordés à des situations européenne et interne *similaires* ou *comparables*. Cette précision répond à certaines argumentations soulevées par certaines parties devant la Cour de justice. Celles-ci soulevaient par exemple l'existence de délais contentieux de droit commun considérablement plus longs que la durée prévue pour les demandes en répétition de l'indu fondées sur le droit de l'Union. Elles y voyaient ainsi une violation du principe d'équivalence. Cette argumentation est invalidée par la Cour de justice : si ces délais de droit commun – favorables – ne s'appliquent pas au recours en répétition de l'indu fondé sur le seul droit interne, il est acceptable qu'ils ne s'appliquent pas au recours fondé sur le droit de l'Union²²⁴². Admettre le contraire conduirait à adopter une vision déformée, sinon détournée, du principe d'équivalence. En statuant

²²³⁹ *Ibid.*, pt. 44.

²²⁴⁰ Voir not. CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 31 ; G. HOGAN, conclusions sur CJUE, 23 avril 2020, *Sole-Miro*, aff. C-13/18, pt. 87.

²²⁴¹ CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96 précité, pt. 36. Voir pour exemple CJCE, 10 septembre 2002, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99, *Rec. p.* I-6761, pt. 76 ; CJCE, 11 mai 2006, *Commission c. Italie*, aff. C-197/03, ECLI:EU:C:2006:306, pt. 43 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec. p.* I-7003, pt. 27 ; CJUE, ord., 18 janvier 2011, *Berkizji-Nikolakaki*, aff. C-272/10, ECLI:EU:C:2011:19, pt. 40.

²²⁴² Voir not. CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96 précité : « [le principe d'équivalence] ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions. Il n'en irait autrement que si ces modalités n'étaient applicables qu'aux seules actions en remboursement de ces taxes ou impositions fondées sur le droit communautaire » (pt. 37). Voir également, CJCE, *Spac*, aff. C-260/96 précité, spéc. pt. 22 et CJCE, 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96, C-280/96 et C-281/96, *Rec. p.* I-5025, pt. 30. Dans le même sens, CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 21-22 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec. p.* I-579, pt. 28-29.

ainsi, loin de révolutionner ou sensiblement modifier le principe d'équivalence²²⁴³, la Cour de justice ne fait que conserver une conception cohérente et constante de l'exigence qui en découle²²⁴⁴.

504. Cette volonté de la Cour de justice de ne pas durcir outre mesure l'exigence du principe d'équivalence permet d'en conserver, nonobstant ses formulations variables, une conception stable mais surtout souple. Elle évite d'imposer aux États membres une contrainte excessive pour rester cohérente avec la finalité du principe d'équivalence. En ce sens, comme le relève l'avocat général M. BOBEK, ce principe « [n'est] pas et ne [devrait] pas devenir un sauf-conduit permettant de contester n'importe quelle disposition procédurale ou matérielle du droit national qui serait simplement gênante »²²⁴⁵. Cette attitude de la Cour de justice se manifeste par une grande souplesse dans les arrêts mentionnant le principe d'équivalence. Les précisions apportées restent évasives : les critères ou paramètres permettant l'identification du référentiel comme ceux relatifs à la comparaison à opérer entre les traitements sont suffisamment vagues pour s'adapter à tous les contextes nationaux dans lesquels le principe d'équivalence est susceptible de s'appliquer. Eu égard à la grande hétérogénéité des systèmes nationaux, retenir des critères ou indices trop précis aurait pu affecter l'exigence résultant du principe d'équivalence. Nous le verrons, comme le souligne O. DUBOS, « la notion de recours similaire peut produire des effets opposés selon le contexte procédural dans lequel il se situe »²²⁴⁶ et « une définition communautaire très précise de la notion de "recours similaires" manifesterait une inadéquation entre les moyens employés par la Cour et l'objectif poursuivi »²²⁴⁷. Cette jurisprudence assez évasive pose des problèmes certains mais elle permet à la Cour de justice de conserver une exigence du principe d'équivalence constante et opérante dans les différents systèmes nationaux²²⁴⁸.

²²⁴³ *Contra*, voir M. PIETRI et D. SIMON, « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, infléchissements ? », *Europe* 1998, n°11, chron. 8.

²²⁴⁴ Pour deux illustrations dans un domaine distinct de celui des délais contentieux, voir CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 : « le principe d'équivalence (...) implique un traitement égal des recours fondés sur une violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union, et **non l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente** tels que le contentieux civil, d'un côté, et le contentieux administratif, de l'autre, ou à des contentieux relevant de deux branches de droit différente » (pt. 67 – nous soulignons) ; et CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38 : le principe d'équivalence ne saurait s'appliquer lorsque la modalité procédurale servant de référentiel « est une disposition procédurale régissant les recours fondés sur la méconnaissance non pas du droit national, mais du droit de l'Union » (pt. 73).

²²⁴⁵ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 85.

²²⁴⁶ O. DUBOS, *op. cit.*, p. 273.

²²⁴⁷ *Ibid.*, p. 278.

²²⁴⁸ Cf. *infra*, pt. 630 et suivants.

§2 : Une exigence d'équivalence nécessairement biaisée

505. L'exigence d'équivalence présente certaines particularités qui pourraient apparaître, de prime abord, comme incohérentes. L'analyse de la jurisprudence révèle qu'elle s'écarte parfois d'une équivalence *stricto sensu* entre les traitements accordés aux situations européenne et interne. Il arrive que la Cour de justice requière autre chose. Deux constats permettent de l'affirmer. En premier lieu, pour reprendre le terme utilisé par D. SIMON, l'exigence d'équivalence est « *asymétrique* »²²⁴⁹. Si le traitement défavorable accordé à une situation européenne comparativement à celui accordé à une situation interne similaire est interdit, l'inverse ne l'est pas. Le principe d'équivalence tolère qu'un État membre accorde à une situation européenne un traitement plus favorable que celui prévu pour une situation interne similaire. Dès lors, cette particularité semble antinomique de l'idée d'équivalence. En second lieu, dans quelques hypothèses précises, le principe d'équivalence impose que le traitement accordé à une situation européenne soit *plus favorable* que celui normalement prévu pour une situation interne similaire. Dans le cas des moyens d'ordre public, la Cour de justice considère que, si les juges nationaux disposent de la *faculté* de soulever d'office de tels moyens fondés sur le droit interne, ils sont dans l'*obligation* de le faire, en vertu du principe d'équivalence, lorsque le moyen est fondé sur le droit de l'Union²²⁵⁰. Une nouvelle fois, une telle exigence va au-delà de celle d'un traitement équivalent.

506. Ces deux particularités montrent que l'exigence d'équivalence est biaisée. Ces éléments pourraient être critiqués puisqu'ils nuisent à la cohérence du principe d'équivalence. Cependant, ils peuvent être justifiés, ou à tout le moins compris, au regard de sa finalité et de sa logique. Comme nous l'avons vu, le principe d'équivalence vise à garantir une mise en œuvre suffisamment effective du droit de l'Union²²⁵¹. Il repose également sur une logique de rapprochement, sinon d'assimilation, de la situation européenne avec les situations internes similaires²²⁵². L'exigence du principe d'équivalence est nécessairement orientée vers cette finalité. Il est dès lors compréhensible qu'elle soit asymétrique (A.) et, dans certaines circonstances précises, qu'elle impose davantage qu'une simple équivalence des traitements (B.).

²²⁴⁹ D. SIMON, v° « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, Août 2008 (actualisé en septembre 2012), par. 26.

²²⁵⁰ Voir not. CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705.

²²⁵¹ Cf. *supra*, pt. 180-181.

²²⁵² Cf. *supra*, pt. 262 et suivants.

A. Une exigence d'équivalence asymétrique

507. Le principe d'équivalence ne requiert pas que les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires soient parfaitement équivalents entre eux. Il implique que le traitement accordé à la situation européenne soit *au moins* équivalent à celui accordé à une situation interne similaire. Si le principe traduisait une exigence d'équivalence *symétrique*, l'inverse devrait être imposé : le traitement accordé à une situation interne devrait être au moins équivalent à celui accordé à une situation européenne similaire. Or tel n'est absolument pas le cas²²⁵³. La finalité du principe d'équivalence semble justifier à elle seule cette asymétrie. Puisque ce dernier a vocation à garantir une mise en œuvre suffisamment effective du droit de l'Union, aucune raison ne justifie qu'il commande à un État membre d'instituer une pleine équivalence des traitements accordés aux situations européenne et interne similaires. Néanmoins, cette asymétrie est en contradiction avec la logique de rapprochement et d'assimilation entre ces situations européenne et interne du principe d'équivalence. Cette incohérence peut être atténuée par deux constats. D'une part, l'asymétrie du principe d'équivalence s'avère être une caractéristique inéluctable, à tel point qu'envisager une parfaite symétrie dans l'exigence d'équivalence apparaît impossible (1.). D'autre part, cette asymétrie n'est pas aussi problématique qu'il n'y paraît et apparaît acceptable (2.).

1. Une asymétrie inéluctable

508. En l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice, l'asymétrie du principe d'équivalence n'a rien d'étonnant. À l'instar d'autres principes, dont au premier titre le principe d'égalité, le principe d'équivalence est insusceptible de s'appliquer au profit d'une situation interne (a.). Cette asymétrie se constate sans mal dans la jurisprudence, montrant qu'elle caractérise bel et bien le principe d'équivalence (b.).

a. Une exigence insusceptible de protéger une situation interne

509. Une symétrie dans l'exigence d'équivalence signifierait une équivalence réciproque entre les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires. Par conséquent, selon cette optique, le principe pourrait bénéficier à des situations internes dont le traitement serait jugé moins favorable que celui accordé à une situation européenne similaire. À l'opposé de la méthode retenue pour l'application du principe

²²⁵³ Le principe d'équivalence n'exige pas que les États membres accordent leur traitement le plus favorable ; il ne l'interdit pas pour autant. Une telle interdiction avait été pourtant envisagée – très discrètement – par l'avocat

d'équivalence, la situation protégée serait celle qui implique la mise en œuvre d'une norme nationale et le référentiel serait le traitement accordé à une situation européenne similaire. Dans l'absolu, une stricte exigence d'équivalence n'empêcherait en rien cela. Évidemment, le principe d'équivalence ne suit pas ce schéma²²⁵⁴.

510. En outre, il est inenvisageable, pour plusieurs raisons, d'admettre une symétrie dans l'exigence d'équivalence. Pour mémoire, l'application du principe d'équivalence s'opère dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Dès lors, les traitements accordés aux situations européenne et interne sont composés de l'ensemble des dispositions juridiques nécessaires ou utiles à la mise en œuvre du droit de l'Union ou du droit interne. Dans tous les cas, ces éléments relèvent exclusivement de l'ordre juridique interne. En d'autres termes, le principe d'équivalence requiert de comparer deux traitements *nationaux* ou *internes* appliqués à des situations européenne et interne jugées similaires. Si l'exigence d'équivalence était symétrique et pouvait bénéficier à une situation interne, le référentiel retenu serait logiquement le traitement accordé à une situation européenne similaire. Or un tel raisonnement apparaît absurde : pourquoi, dans une telle circonstance, limiter l'identification du référentiel permettant la comparaison aux seules situations *européennes* similaires ? Le bon sens voudrait que le traitement accordé à la situation interne soit comparé à celui accordé à des situations similaires, sans prendre en considération leur nature européenne ou interne.

511. Le principe d'équivalence prendrait alors un sens très différent : loin d'assurer une exigence d'équivalence, il obligerait l'État membre à définir de manière *cobérente et rationnelle* les différents traitements qu'il réserve à la mise en œuvre de normes juridiques similaires. Autrement dit, le principe sanctionnerait un État qui choisit, sans raison, d'accorder un traitement spécifique à une situation donnée et qui s'avère moins favorable que celui qu'il accorde à une situation similaire. Cette présentation montre à quel point une symétrie dans l'exigence d'équivalence serait hors de propos, sinon insensée. Par le principe d'équivalence, même s'il semble inciter les États membres à

général S. ALBER, conclusions sur CJCE, *Huber*, aff. C-336/00 précité : l'État membre « **ne doit pas** recourir [au régime procédural] *qui est théoriquement le plus avantageux pour les intérêts de la Communauté* » (pt. 88 – nous soulignons).

²²⁵⁴ Voir not. CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec.* p. I-3189. La Cour de justice note une différence entre les traitements accordés aux recours indemnitaires fondés sur le droit de l'Union et le droit interne concernant le délai de prescription. Cependant, « l'exception (...) permettant d'allonger le délai de prescription d'une période de neuf mois, joue uniquement en faveur des recours destinés à assurer, en droit interne, la sauvegarde de droits que les justiciables tirent du droit de l'Union » (pt. 22). Le principe d'équivalence est donc respecté en dépit de cette différence.

accorder aux situations européennes des traitements cohérents et adaptés, la Cour de justice « *n'a aucun intérêt à rationaliser les règles nationales* »²²⁵⁵. De ce point de vue, l'asymétrie du principe d'équivalence se comprend et se justifie.

512. Cette asymétrie, rendant le principe d'équivalence non susceptible de protéger une situation interne, fait écho aux problèmes rencontrés par la Cour de justice dans le cadre de discriminations à rebours²²⁵⁶. Ces dernières désignent « *un effet paradoxal (pervers ?), consistant en ce que le traitement réservé aux ressortissants d'un État membre de l'Union européenne est moins favorable que celui dont bénéficient ceux des autres États, en application des règles communautaires* »²²⁵⁷. Elles se manifestent essentiellement dans des contextes étrangers au principe d'équivalence, notamment en matière de libre circulation. La discrimination à rebours est constituée lorsque, pour une raison ou pour une autre, le droit de l'Union accorde un avantage ou une protection à une situation européenne insusceptible de bénéficier à une situation purement interne²²⁵⁸. Le risque est que le traitement arrêté par l'État membre pour ces situations internes et sur lesquelles l'Union européenne n'a aucune prise²²⁵⁹ se révèle indirectement discriminatoire. Prudente²²⁶⁰, la Cour de justice s'estime incompétente pour interdire de telles discriminations à rebours²²⁶¹, y compris par l'application du principe d'égalité consacré en droit de l'Union. Le cas échéant, elle

²²⁵⁵ C. SOWERY, « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Tarsia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726 : « *the Court has no interest in rationalizing national rules in the absence of an EU right* » (p. 1722).

²²⁵⁶ Sur ce concept, voir not. K. MORTELMANS, « La discrimination à rebours et le droit communautaire », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, n°1, pp. 1-30 ; J. DE BEYS, « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE* 2001, n°80, pp. 137-144 ; P. COUDERT, « La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des États membres d'un espace économique intégré », *LPA* 2006, n° 166, pp. 8-13 ; M. GAUTHIER, « Discriminations à rebours, une espèce à protéger », in F. FINES, C. GAUTHIER et M. GAUTHIER (dir.), *La non-discrimination entre européens*, Paris, Pédone, 2012, pp. 145-160 ; P. VAN ELSUWEGE, « The Phenomenon of Reverse Discrimination : An Anomaly in the European Constitutional Order ? », in L. S. ROSSI et F. CASOLARI (dir.), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties ?*, Cham, Springer, 2014, pp. 161-177 ; A. JAUREGUIBERRY, « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTDE* 2017, pp. 39-57.

²²⁵⁷ P. COUDERT, *op. cit.*, p. 8.

²²⁵⁸ Le concept de « situation purement interne » est ici pertinent (sur sa signification, cf. *supra*, pt. 225 et suivants). L'enjeu est alors d'en retenir une conception restrictive pour éviter de telles discriminations. À ce sujet, voir not. F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 47-54, spéc. p. 51 ; S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE* 2012, pp. 23-52 ; F. MARTUCCI, « Situations purement internes et liberté de circulation », in E. DUBOUT et A. MAITROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-104, spéc. p. 74 et suivantes.

²²⁵⁹ Voir not. CJCE, 16 juin 1994, *Steen (II)*, aff. C-132/93, *Rec. p.* I-2715, pt. 9 ; CJCE, 5 juin 1997, *Uecker et Jacquet*, aff. jt. C-64/96 et C-65/96, *Rec. p.* I-3171, pt. 23.

²²⁶⁰ Voire trop prudente : en ce sens, D. SIMON, « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe* 2008, n°11, repère 10.

²²⁶¹ CJCE, 7 février 1978, *Knoors*, aff. 115/78, *Rec. p.* 399 : la Cour souligne que « *certains travailleurs se trouvent, à l'égard de leur État d'origine, dans une situation assimilable à celle de tous les autres sujets bénéficiant des droits et libertés garantis par le Traité* » (pt. 24 – nous soulignons) ; cependant, elle estime « [qu'on] ne saurait cependant méconnaître l'intérêt légitime qu'un État membre peut avoir d'empêcher qu'à la faveur des facilités créées en vertu du Traité, certains de ses ressortissants ne tentent de se soustraire abusivement à l'emprise de leur législation nationale en matière de formation professionnelle » (pt. 25), justifiant ainsi qu'un traitement particulier et moins favorable leur soit appliqué. Voir not. M.-F. CHRISTOPHE-TCHAKALOFF, « Le principe d'égalité », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 168-177, spéc. p. 172.

incite les États membres à éviter ces discriminations²²⁶², que ce soit par un alignement volontaire de leur réglementation applicable aux situations purement internes²²⁶³ ou par l'application de leur principe interne d'égalité²²⁶⁴.

513. Le principe d'équivalence ne peut remédier à des discriminations à rebours²²⁶⁵. Envisager le contraire s'oppose à des limites indépassables. Ces discriminations à rebours, lorsqu'elles sont constatées, échappent à la compétence de l'Union européenne. Les solutions les plus efficaces²²⁶⁶ pour y remédier sont d'assurer une harmonisation des réglementations à l'échelle européenne²²⁶⁷. Cependant, en l'absence de telles règles, le risque de discrimination à rebours ne peut pas être atténué par l'action de l'Union européenne. Tenue par le principe d'attribution des compétences de l'Union européenne, la Cour de justice ne peut étendre l'application du droit de l'Union à des situations qui ne sont normalement pas régies par lui, y compris pour interdire de telles discriminations²²⁶⁸. Le principe d'égalité, tel que consacré par l'ordre juridique de l'Union, est lui aussi inapte à lutter contre ces discriminations²²⁶⁹. Autrement dit, l'asymétrie ne frappe pas tant le principe d'équivalence que l'ensemble des principes qui traduisent en droit de l'Union une exigence d'équivalence, d'égalité ou de non-discrimination susceptibles de s'appliquer à des situations internes.

²²⁶² Voir not. S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, pp. 145-146 ; A. JAUREGUBERRY, « La discrimination à rebours devant le juge national » précité.

²²⁶³ À ce titre, la Cour de justice accepte de répondre aux renvois préjudiciels qui portent sur des dispositions nationales dont l'objet est d'étendre l'application du droit de l'Union à des situations purement internes. Elle l'affirme notamment que « lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à une situation interne à celles retenues en droit communautaire, **afin d'assurer une procédure unique dans des situations comparables** (...) » (CJCE, 17 juillet 1997, *Giloy*, aff. C-130/95, *Rec. p. I-4291*, pt. 28 – nous soulignons ; confirmée dans CJCE, 11 janvier 2001, *Kofisa Italia*, aff. C-1/99, *Rec. p. I-207*, pt. 32). Voir également CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89, *Rec. p. 3763*, pt. 41 ; CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec. p. I-4161*, pt. 32. Sur ce sujet, voir not. L. POTVIN-SOLIS, « Qualification des situations purement internes », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 41-99.

²²⁶⁴ CJCE, ord., 19 juin 2008, *Kurt*, aff. C-104/08, *Rec. p. I-97* : « il découle de la jurisprudence de la Cour que, s'agissant d'une situation purement interne telle que celle en cause au principal, le principe d'égalité de traitement consacré par le droit communautaire ne peut pas être invoqué. Dans une telle situation, il appartient à la juridiction nationale d'apprécier s'il existe une discrimination prohibée par le droit national et, le cas échéant, de déterminer comment celle-ci doit être éliminée. À cet égard, les principes de droit national (...) pourraient se révéler pertinents » (pt. 23).

²²⁶⁵ D. SIMON, v° « Répétition de l'indu » précité : le principe d'équivalence « ne [prohibe] pas a priori et stricto sensu l'existence d'une discrimination à rebours en matière de protection juridictionnelle » (par. 26).

²²⁶⁶ Voir not. K. LENAERTS, *op. cit.* : « l'interdiction de discrimination à rebours, lorsqu'elle existe, est, en réalité, un prolongement fonctionnel des libertés économiques qui élargissent le marché communautaire plutôt qu'une application en ligne directe du principe d'égalité » (p. 19). Voir également P. COUDERT, *op. cit.*, pp. 12-13 ; L. POTVIN-SOLIS, « Principe général de non-discrimination et "situations purement interne" », *CDE* 2016, n°1, pp. 337-364, spéc. pp. 351-352.

²²⁶⁷ Ce qui a pour conséquence de réduire le champ des situations purement internes.

²²⁶⁸ En ce sens, P. VAN ELSUWEGE, « The Phenomenon of Reverse Discrimination : An Anomaly in the European Constitutional Order ? » précité.

²²⁶⁹ Rappelons que, à l'instar de tout droit fondamental consacré par la Charte des droits fondamentaux ou comme principe général du droit de l'Union, le principe d'égalité n'a vocation à s'appliquer qu'aux situations nationales impliquant la « mise en œuvre » du droit de l'Union (sur ce sujet, cf. *supra*, pt. 240). Les situations internes ne peuvent donc pas revendiquer son application.

b. Une asymétrie aisément constatable

514. Les remarques précédentes pourraient être relativisées en ce que, pour ce qui intéresse le principe d'équivalence, les traitements accordés aux situations internes ne sont que rarement moins favorables à ceux prévus pour des situations européennes similaires. En pratique, il est « *peu probable* »²²⁷⁰ que les premières subissent un traitement discriminatoire comparé aux secondes. L'asymétrie du principe d'équivalence ne se manifesterait pas. Elle ne serait qu'une caractéristique théorique sans effet concret. Il est en effet difficile d'imaginer un État membre qui, sans raison, accorde un traitement privilégié et favorable aux situations européennes par rapport aux situations internes similaires. En réalité, une telle hypothèse se manifeste concrètement et fréquemment. Par exemple, afin de respecter d'autres exigences du droit de l'Union européenne, l'État membre accorde à certaines situations européennes un traitement national plus favorable que celui accordé à des situations internes similaires. Si tel est le cas, l'asymétrie du principe d'équivalence se manifeste dans son incapacité à l'interdire.

515. En premier lieu, le traitement privilégié accordé à la situation européenne peut être imposé par l'Union européenne elle-même. Nous l'avons déjà vu²²⁷¹, la situation européenne bénéficie nécessairement de certains avantages et privilèges par rapport aux situations internes similaires. Un « *écran communautaire* »²²⁷² empêche les États membres de la traiter d'une manière totalement équivalente à une situation interne. Dans ces circonstances, la situation européenne doit bénéficier d'un « *statut particulier par rapport à l'ensemble du droit étatique* »²²⁷³. Une pleine équivalence des traitements semble donc hors de propos. En tant que telles, ces différences de traitements se justifient au regard de la spécificité irréductible de la situation européenne qui ne peut être assimilée à des situations internes²²⁷⁴. De plus, ces différences ne conduisent pas nécessairement à ce que le traitement accordé à la première situation soit forcément plus favorable que celui accordé à la seconde²²⁷⁵. Dans ce contexte, l'asymétrie du principe d'équivalence se

²²⁷⁰ D. SIMON, *op. cit.*, par. 26.

²²⁷¹ Cf. *supra*, pt. 271 et suivants.

²²⁷² R. KOVAR, « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'"écran communautaire" », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 341-347, spéc. p. 342.

²²⁷³ *Ibid.*

²²⁷⁴ C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G* 2007, n°30, 175, pp. 13-22 : « *les litiges communautaires ne peuvent pas être de nature tout à fait semblable à des litiges purement nationaux* » (p. 16), justifiant que les situations européennes bénéficient d'un régime contentieux propre, y compris devant le juge national.

²²⁷⁵ L'obligation de procéder à un renvoi préjudiciel en appréciation de validité peut être un exemple. Dans un litige impliquant une situation européenne, la contestation de la légalité de la disposition européenne à appliquer ne peut pas être accueillie directement par le juge national. Une telle chose ne rend pas plus favorable le traitement accordé,

justifie pour rester compatible avec ce « *statut particulier* » dont bénéficie la règle européenne.

516. La difficulté survient lorsque le droit de l'Union impose aux États membres d'accorder à des situations européennes un traitement particulier favorable, et ce même si des situations internes comparables peuvent être identifiées²²⁷⁶. La jurisprudence de la Cour de justice est notamment susceptible de créer de telles différences de traitement. Deux exemples permettent de l'illustrer. À la suite de son arrêt *Factortame*²²⁷⁷, la Cour de justice requiert que les juges nationaux ne soient pas empêchés d'adopter des mesures provisoires. Ces prérogatives reconnues au juge ont vocation à être employées seulement vis-à-vis de situations européennes. Le risque est alors que, pour une situation interne quasi identique, le juge national ne puisse pas prononcer de telles mesures. Cette hypothèse – assez choquante – a été critiquée dans un arrêt *M. v. Home Office* de la Chambre des Lords²²⁷⁸. Le juge anglais estime qu'une « *situation malencontreuse* » existe en ce que les citoyens peuvent obtenir une protection provisoire pour leurs intérêts garantis par l'Union européenne alors qu'ils ne le peuvent pas pour d'autres intérêts tout aussi importants²²⁷⁹. L'autre exemple est fourni par l'arrêt *Köbler* de la Cour de justice, dans lequel elle reconnaît la possibilité d'engager la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle contraire au droit de l'Union²²⁸⁰. Le Conseil d'État français en tire strictement les conséquences. Dans sa décision *Gestas*²²⁸¹, il considère que la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle définitive n'est pas possible sauf si ladite décision est manifestement contraire au droit de l'Union. La situation européenne bénéficie donc d'un traitement spécifique et plus favorable que celui accordé à des situations internes pourtant similaires²²⁸².

surtout si, pour une situation interne similaire, le juge peut statuer de lui-même sur la légalité de la disposition interne à appliquer.

²²⁷⁶ Voir pour exemple CJUE, 11 septembre 2014, *A.*, aff. C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195, pt. 45.

²²⁷⁷ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433.

²²⁷⁸ Chambre des Lords, 27 juillet 1993, *M. v. Home Office*, [1993] 3 WLR 433, cité par W. VAN GERVEN, *op. cit.*, p. 701.

²²⁷⁹ « *Since the decision in Factortame (...) [an] unhappy situation now exists that while a citizen is entitled to obtain injunctive relief (including interim relief) against the Crown or an officer of the Crown to protect his interests under Community law he cannot do so in respect of his other interests which may be just as important* » (p. 407 – nous soulignons). Voir F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 297-310, spéc. pp. 309-310.

²²⁸⁰ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. p.* I-10239, spéc. pt. 50.

²²⁸¹ CE, 18 juin 2008, *Gestas*, req. n°295831, *Rec. p.* 230. Position confirmée explicitement : CE, 9 octobre 2020, *Scte Lactalis Ingredients*, req. n°414423, pt. 5.

²²⁸² Par exemple, la Cour de justice considère que la responsabilité de l'État fondée sur la violation de sa Constitution et celle fondée sur la violation du droit de l'Union européenne sont similaires dans le cadre du principe d'équivalence (CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, *Rec. p.* I-635, pt. 43-45).

517. En second lieu, le traitement privilégié accordé à la situation européenne peut résulter de la seule volonté de l'État membre. Une telle hypothèse peut surprendre : s'il n'y est pas contraint par l'Union européenne, notamment pour préserver les spécificités de la situation européenne, pour quelles raisons l'État membre accorderait-il un traitement plus favorable à la situation européenne que celui qu'il accorde normalement à des situations internes similaires ? Que ce soit par excès de zèle, par une mauvaise compréhension des exigences issues du droit de l'Union européenne ou pour des motifs légitimes, une telle hypothèse est néanmoins tolérée par le principe d'équivalence. En matière de sanctions, par exemple, comme le note l'avocat général N. FENNELLY, « *si la sanction est proportionnelle à son objectif, elle peut ne pas être nécessairement identique aux sanctions nationales équivalentes ; en d'autres termes, il peut s'agir d'une sanction plus sévère* »²²⁸³. Un autre exemple édifiant ressort du régime relatif à la répartition des compétences entre le juge administratif et le juge judiciaire en droit français. À l'occasion de sa décision *SCEA du Chéneau*²²⁸⁴, le Tribunal des conflits a adapté les hypothèses dans lesquelles un juge doit se déclarer incompétent et saisir une autre juridiction pour statuer sur une question de droit. Cependant, lorsqu'est en cause une situation européenne, ce régime ne s'applique pas. Le juge est pleinement compétent pour statuer²²⁸⁵. Cette solution est justifiée, selon le Tribunal, par « *le principe d'effectivité* ». Or, comme le souligne F. DONNAT, la jurisprudence de la Cour de justice, y compris celle relative au principe d'effectivité, n'exige rien de tel²²⁸⁶.

518. Quelles que soient les raisons pour lesquelles l'État membre accorde un traitement plus favorable à la situation européenne, le principe d'équivalence y est totalement indifférent. Son asymétrie le contraint à le tolérer. L'arrêt *Unibet* de la Cour de justice en atteste explicitement²²⁸⁷. En l'espèce, le droit suédois permet à des justiciables de contester la conformité d'une loi au regard d'une norme supérieure, qu'elle soit constitutionnelle ou issue du droit de l'Union, seulement par voie

²²⁸³ N. FENNELLY, conclusions sur CJCE, *de Andrade*, aff. C-213/99 précité, pt. 44.

²²⁸⁴ TC, 11 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, n° C3828, *Rec.* p. 698.

²²⁸⁵ La Cour de cassation avait déjà admis cette solution dans un arrêt antérieur (Cass, com., 6 mai 1996, n°94-13347). Cet arrêt fut critiqué par B. SEILLER (« Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités », *RFDA* 1996, pp. 1161-1168), qui y dénonce le traitement plus favorable accordé au droit de l'Union sans raison. L'auteur estime ainsi que, pour le contrôle de la régularité d'un acte administratif, le fait que « *la norme de référence soit issue du droit communautaire n'y change rien* » (p. 1164), d'autant plus que la Cour de cassation avait, dans une jurisprudence précédente (Cass., I, 27 janvier 1993, n° 91-12345), admis l'« *absence de particularisme* » du droit de l'Union dans ces circonstances.

²²⁸⁶ F. DONNAT, « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011, pp. 3046-3052. Pour une approche plus nuancée, G. CLAMOUR et L. COUTRON, « L'exception d'illégalité devant le juge judiciaire », *RDP* 2012, p. 853-899, spéc. pp. 880 et suivantes ; D. RITLÉNG, « Le juge français se veut le bon élève de l'Union européenne », *RTDE* 2012, pp. 135-150.

²²⁸⁷ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271.

d'exception. À cet égard, la loi n'est déclarée inapplicable que si elle est *manifestement* contraire avec cette norme supérieure. Cependant, cette condition de "violation manifeste" n'est pas requise si la norme supérieure est européenne. La Cour de justice est toutefois invitée à statuer sur la compatibilité d'un tel régime au regard des principes d'équivalence et d'effectivité²²⁸⁸. Comme le souligne l'avocat général E. SHARPSTON, « *il est clair, premièrement, que les règles de procédure suédoises de déclaration d'incompatibilité avec une norme nationale de rang supérieur ne sont pas plus favorables que celles applicables à une déclaration d'incompatibilité avec le droit communautaire ; en fait, il apparaît que c'est même le contraire* »²²⁸⁹. Le principe d'équivalence est donc respecté²²⁹⁰ alors même qu'un traitement plus favorable est accordé à la situation européenne en comparaison du traitement accordé à la situation interne similaire.

2. Une asymétrie acceptable en elle-même

519. L'asymétrie du principe d'équivalence pourrait apparaître comme une donnée contestable et regrettable. L'exigence d'équivalence est biaisée de telle sorte qu'elle ne protège que les intérêts de l'Union européenne et tolère des traitements discriminatoires au sein d'un ordre juridique national. Ces problèmes ne découlent toutefois pas du principe d'équivalence et de son asymétrie. Ils proviennent en réalité du contexte juridique dans lequel s'inscrit le principe d'équivalence. Appréhendée uniquement en elle-même, l'asymétrie du principe d'équivalence n'est pas contestable. Certes, comme nous l'avons dit²²⁹¹, ce principe incite à rapprocher les traitements accordés aux situations européenne et interne. Cependant, s'il le permet, c'est toujours parce qu'il repose sur les traitements nationaux qui *préexistent*²²⁹². En aucune façon le principe d'équivalence ne saurait imposer à un État membre d'apporter au traitement national accordé à une situation européenne des modifications qu'il n'aurait pas souverainement décidées. Comme nous le verrons²²⁹³, pour tirer les conséquences d'une violation du principe d'équivalence, l'État membre n'a qu'à aligner le traitement accordé à la situation européenne sur celui accordé à la situation similaire interne. Néanmoins, il peut tout aussi bien prévoir un traitement spécifique (et donc différent) pourvu qu'il reste au moins équivalent à celui du référentiel. Ce choix appartient uniquement à l'État

²²⁸⁸ *Ibid.*, pt. 43-45.

²²⁸⁹ E. SHARPSTON, conclusions sur CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 40.

²²⁹⁰ CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 52.

²²⁹¹ Cf. *supra*, pt. 262 et suivants.

²²⁹² En ce sens, voir CJUE, ord., *Berkiz-Nikolakaki*, aff. C-272/10 précité, pt. 43 : la Cour de justice précise explicitement que le référentiel proposé pour comparer les traitements doit exister au moment des faits. Si ce référentiel n'existe plus, il ne peut être utilement soulevé.

membre. Ce dernier garde, dans tous les cas, la compétence pour arrêter le traitement à accorder à la situation européenne. Selon cette perspective, il apparaît difficilement concevable que le principe d'équivalence puisse contraindre l'État membre à modifier le traitement qu'il accorde à une situation interne, s'il s'avère moins favorable que celui accordé à une situation européenne similaire. L'asymétrie n'est donc pas problématique : elle ne fait que préserver cette compétence autonome²²⁹⁴ de l'État membre pour fixer librement les traitements à accorder, tant aux situations européenne qu'interne.

520. Cette approche est confortée par le fait que les risques de discriminations à rebours et les différences de traitements défavorables aux situations internes constituent un problème relevant uniquement des États membres. Cette situation *malencontreuse* ne résulte pas directement – ou du moins seulement – de l'action de l'Union européenne. Elle découle du refus – par omission, ou inconscient – de l'État membre d'aligner le traitement accordé aux situations internes sur celui exigé pour une situation européenne. Certes, le contexte est assez ironique²²⁹⁵. Juridiquement, l'Union européenne n'est pas compétente pour régir des situations internes. Toutefois, en édictant un traitement plus favorable pour des situations européennes similaires, elle place l'État membre dans l'embarras. Alors même qu'il n'y est pas contraint par l'Union européenne, il devra s'aligner sur le traitement dicté par elle au risque de provoquer des discriminations à rebours. De plus en plus, les juges français obligent l'État à opérer un tel alignement. Ils appliquent ainsi le principe d'égalité, consacré en droit interne, pour invalider les traitements défavorables accordés à des situations purement internes et ainsi remédier à des discriminations à rebours²²⁹⁶. De plus, comme nous le verrons, ces différences de traitements accordés à des situations européenne et interne similaires se résorbent par un effet de contagion, un alignement volontaire opéré par l'État membre, principalement au nom de la cohérence de son ordre juridique interne²²⁹⁷.

521. Des problèmes soulevés par l'asymétrie du principe d'équivalence existent bel et bien mais ils restent d'ordre théorique. Cette asymétrie apparaît indiscutablement incohérente avec le sens du terme "équivalence". Au-delà, cette contradiction se

²²⁹³ Cf. *infra*, pt. 547 et suivants.

²²⁹⁴ Cf. *supra*, pt. 130 et suivants.

²²⁹⁵ Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 996 et suivants.

²²⁹⁶ Voir not. Cass., crim., 18 septembre 1997, *Pistre*, 93-80.109 ; CE, 6 octobre 2008, *Cie des architectes en chef des monuments historiques*, *Rec.* p. 341 ; Cons. Const., n°2015-520 QPC, 3 février 2016, *Metro Holding [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote]*.

²²⁹⁷ Cf. *infra*, pt. 1002 et suivants.

manifeste dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui retient des positions plutôt paradoxales. M. DOUGAN met notamment en évidence cette idée. Selon lui, la Cour martèle avec constance que la situation européenne doit bénéficier d'un traitement au moins équivalent. Pourtant, elle institue par sa jurisprudence des exigences particulières au profit de la situation européenne susceptibles de créer des discriminations à rebours²²⁹⁸. Les discours apparaissent bien contradictoires entre la nécessité d'assurer coûte que coûte l'effectivité du droit de l'Union et la volonté d'intégrer les ordres juridiques nationaux en respectant leur organisation et leur autonomie²²⁹⁹. L'arrêt *Factortame* sur les mesures provisoires et la réaction précitée du juge anglais en attestent²³⁰⁰. Dès lors, on peut considérer, comme le notent certains auteurs, que « *le principe d'égalité [ou d'équivalence] exige que le requérant soumis au seul droit national puisse bénéficier de la protection contentieuse accrue tirée du droit de l'Union* »²³⁰¹ – autrement dit, rendre son exigence symétrique. Tel n'est toutefois pas le cas à l'heure actuelle. Il nous semble difficile de l'envisager pour les raisons précitées. Le principe d'équivalence n'a pas vocation à imposer une exigence d'équivalence symétrique susceptible de protéger des situations internes. De plus, si des discriminations à rebours ou des incohérences dans les traitements accordés sont parfois constatées, elles ne sont pas la conséquence de cette asymétrie du principe d'équivalence.

B. Une exigence dépassant exceptionnellement une simple équivalence

522. Dans la quasi-totalité des cas, l'exigence d'équivalence est neutre. Pour être respecté, le principe d'équivalence n'impose rien de plus que ce que le droit interne ne prévoit déjà. Cependant, dans deux hypothèses particulières, telle qu'elle est appliquée par la Cour de justice, l'exigence d'équivalence requiert davantage²³⁰². Tel est le cas à

²²⁹⁸ Voir M. DOUGAN *op. cit.* : « *although the ECJ remains adamant that, by virtue of the principle of equivalence, Union rights may not suffer a lesser level of protection than that enjoyed by comparable national rights, it has long tolerated reverse discrimination, whereby citizens relying on national rights are treated less favorably than those relying on comparable Treaty provisions* » (p. 416).

²²⁹⁹ *Ibid* : « *that Union law is interfering with the local political, social and cultural preferences embodied in the national systems of judicial protection, which command greater legitimacy than choices made by the Court of Justice, and should not be reduced to the status of mere obstacles to the greater effectiveness and uniform application to the Treaty* » (p. 416).

²³⁰⁰ Cf. *infra*, pt. 998.

²³⁰¹ B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 565-593, spéc. p. 579.

²³⁰² Pourquoi seulement ces deux domaines sont-ils concernés par cette accentuation de l'exigence du principe d'équivalence ? S'il nous est difficile de répondre avec certitude, nous pensons qu'il s'agit des domaines dans lesquels l'hésitation de la Cour de justice était très forte. En effet, de manière plus traditionnelle, la Cour dispose de deux options : ou bien appliquer classiquement le principe d'équivalence, ou bien reconnaître une exigence européenne spécifique qui écarte l'autonomie procédurale (sur cette idée, cf. *infra*, pt. 960 et suivants). Les débats et controverses sur les moyens d'ordre public et sur le réexamen des actes définitifs sont tels que la Cour de justice a préféré retenir cette troisième voie en accentuant l'exigence du principe d'équivalence. Nous convenons toutefois qu'il est délicat d'éprouver cette impression.

propos des moyens contentieux relevés d'office par le juge national et de la possibilité pour l'administration d'abroger ou de retirer un acte contraire au droit de l'Union. Pour ces deux domaines, dès lors que le droit interne ne laisse qu'une *possibilité* pour le juge ou l'administration, le principe d'équivalence la transforme en *obligation* (1.). Cette application de l'exigence d'équivalence pourrait légitimement être vue comme incohérente, même si elle se limite à ces deux domaines. L'étude de la jurisprudence permet toutefois de comprendre cette position de la Cour de justice. De cette manière, elle cherche à assurer un meilleur équilibre entre le respect de l'autonomie procédurale des États membres et la préservation de l'effet utile du droit de l'Union (2).

1. La transformation occasionnelle d'une possibilité en une obligation

523. L'exigence d'équivalence issue du principe d'équivalence n'impose *a priori* rien qui n'existe déjà en droit interne. En effet, le référentiel qui permet de déterminer si le traitement accordé à la situation européenne est ou non satisfaisant correspond au traitement qui est normalement prévu pour une situation interne similaire. Pour respecter le principe d'équivalence, l'État membre doit *a minima* accorder à la situation européenne un traitement au moins équivalent à ce référentiel. Nos propos précédents ont montré que ce principe d'équivalence n'interdit pas que le traitement de la situation européenne soit plus favorable. Il n'exige pas plus que l'État membre accorde, parmi l'ensemble des traitements nationaux existants, celui qui est « *le plus favorable* »²³⁰³. L'exigence d'équivalence commande que, parmi l'ensemble des traitements nationaux existants *et appliqués à des situations internes similaires*, l'État membre applique à la situation européenne un traitement qui soit au moins équivalent. Le cas échéant, si l'ensemble des traitements nationaux susceptibles de s'appliquer est jugé inapte à garantir l'effet utile du droit de l'Union, la Cour de justice requiert des correctifs sur d'autres fondements, comme le principe d'effectivité²³⁰⁴. En d'autres termes, une modification du traitement accordé à la situation européenne et qui irait au-delà de ce que prévoit le droit interne pour des situations similaires ne peut pas résulter du principe d'équivalence.

²³⁰³ CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96 précité, pt. 36 – sur ce *dictum*, cf. *supra*, pt. 503.

²³⁰⁴ Pour un exemple en ce sens, et en écho aux propos qui vont suivre, voir CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599. En l'espèce, le droit belge ne permet à un justiciable de soulever, devant un juge d'appel, un moyen "nouveau" que dans un délai de 60 jours. La question est alors de savoir si le juge national peut, si ces délais sont écoulés, soulever d'office ledit moyen. La Cour de justice fonde ici son raisonnement sur le principe d'effectivité (pt. 14). Le régime normalement prévu par le droit interne et qui doit s'appliquer en vertu du principe d'équivalence n'apparaît satisfaisant aux yeux de la Cour de justice (pt. 21). Autrement dit, alors que le droit interne ne permet pas au juge national de soulever d'office un moyen nouveau présenté tardivement, le principe d'effectivité requiert que le juge puisse malgré tout le faire.

524. Cette présentation est toutefois en partie incorrecte lorsque le principe d'équivalence s'applique dans deux hypothèses très particulières. La première correspond au régime accordé aux moyens contentieux fondés sur le droit de l'Union, notamment pour savoir s'ils *peuvent* ou *doivent* être relevés d'office par le juge national. Comme nous l'avons vu²³⁰⁵, le principe d'équivalence implique de vérifier si le moyen fondé sur le droit de l'Union est susceptible de s'assimiler à un moyen fondé sur le droit interne qualifié de moyen d'ordre public. Dans l'affirmative, le premier doit recevoir un traitement au moins équivalent au second – c'est-à-dire, être soulevé d'office par le juge. Une petite subtilité intervient toutefois sur la *possibilité* ou *l'obligation* pour le juge national de le faire. Si le droit interne prévoit, en pareilles circonstances, une *obligation*, le principe d'équivalence commande que le juge national y soit aussi obligé pour un moyen fondé sur le droit de l'Union²³⁰⁶. Il n'y a là rien d'original. En revanche, lorsque le droit interne prévoit une simple *possibilité*, la Cour de justice modifie son raisonnement. Dans son arrêt *Van Schijndel*, elle affirme, de manière classique, que « [si] en vertu du droit national, les juridictions **doivent** soulever d'office les moyens de droit tirés d'une règle interne de nature contraignante, qui n'auraient pas été avancés par les parties, une telle **obligation** s'impose également, s'agissant des règles communautaires contraignantes »²³⁰⁷. Cependant, elle précise aussitôt « [qu'il] en est de même si le droit national confère au juge la **faculté** d'appliquer d'office la règle de droit contraignante »²³⁰⁸. Cette position a d'ailleurs été confirmée à plusieurs reprises²³⁰⁹. Comme plusieurs auteurs l'ont souligné²³¹⁰, en appliquant le principe d'équivalence, la Cour de justice transforme une possibilité en une obligation.

525. La seconde hypothèse se manifeste à propos du régime relatif au réexamen d'une décision administrative ou juridictionnelle définitive. La Cour de justice vérifie sur le fondement des principes d'équivalence et d'effectivité que ce réexamen soit

²³⁰⁵ Nous schématisons volontairement le propos ici. Pour plus de précisions sur ce sujet, cf. *supra*, pt. 382 et suivants.

²³⁰⁶ Voir CJUE, ord., 16 novembre 2010, *Pohotovost*, aff. C-76/10, *Rec.* p. I-11557, pt. 51 ; CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, pt. 30.

²³⁰⁷ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 13 (nous soulignons).

²³⁰⁸ *Ibid.*, pt. 14.

²³⁰⁹ CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld e.a.*, aff. C-72/95, *Rec.* p. I-5403, pt. 57-58 et pt. 60 ; CJCE, 6 octobre 2008, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.* p. I-9579, pt. 53-54 ; CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, aff. C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341, pt. 45-46 ; CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, pt. 56.

²³¹⁰ Voir not. G. CANIVET et J.-G. HUGLO, « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1995, n°4, chron. 4 : « dans tous les cas où il y a faculté de soulever d'office l'application d'une règle de droit national, cette faculté devient obligation si le principe juridique applicable au litige est d'ordre communautaire » (p. 2).

possible si la décision administrative²³¹¹ ou juridictionnelle²³¹² viole le droit de l'Union. Pour ce qui intéresse le principe d'équivalence, la Cour indique qu'il requiert d'une autorité nationale de revenir sur un acte définitif contraire au droit de l'Union dès lors qu'elle y est normalement tenue si cet acte est contraire à une règle interne²³¹³. Une nouvelle fois, cette approche est classique. Toutefois, dans son arrêt *Kühne & Heitz*, bien qu'elle ne fasse pas explicitement mention du principe d'équivalence, la Cour de justice considère que, dès lors que « le droit national reconnaît à l'organe administratif la **possibilité** de revenir sur [une] décision (...) définitive »²³¹⁴, « l'organe administratif concerné est **tenu** (...) de réexaminer ladite décision »²³¹⁵. À propos des actes juridictionnels, la Cour de justice se montre plus équivoque. Par exemple, dans son *Călin*, elle affirme que « si les règles de procédure internes applicables comportent la **possibilité** (...) pour le juge national de revenir sur une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée pour rendre la situation compatible avec le droit national, cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, **prévaloir** (...) , afin que soit restaurée la conformité de la situation en cause avec le droit de l'Union »²³¹⁶. Dans les deux cas, la possibilité existante en droit interne se transforme, au nom du principe d'équivalence, en obligation²³¹⁷.

526. Cette approche semble assez incohérente avec l'exigence du principe d'équivalence. Dans ce contexte, le doute est même permis : le principe d'équivalence est-il bien à l'origine de la transformation d'une *possibilité* en une *obligation* ? La jurisprudence mentionne souvent, à cette occasion, le principe de coopération. Aussi, ce serait ce dernier – et non le principe d'équivalence – qui impose cette transformation d'une possibilité en obligation. Dans son arrêt *Van Schijndel*, elle précise que cette obligation garantit que les « juridictions nationales, par application du principe de coopération

²³¹¹ Voir not. CJCE, 7 janvier 2004, *Wells*, aff. C-201/02, *Rec. p. I-723* : en application des principes d'équivalence et d'effectivité (pt. 67 et pt. 70), « il incombe au juge national d'établir s'il existe, en droit interne, la possibilité de retirer ou de suspendre [un acte administratif irrégulier] » (pt. 69).

²³¹² En ce sens, CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, *Rec. p. I-7501* pt. 23-24.

²³¹³ Par exemple, voir CJCE, 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04, *Rec. p. I-8559* : « [il] découle [du principe d'équivalence] que, si les règles nationales applicables aux recours imposent une obligation de retirer un acte administratif illégal au regard du droit interne, bien que cet acte soit devenu définitif (...), la même obligation de retrait doit exister dans des conditions équivalentes en présence d'un acte administratif non conforme au droit communautaire » (pt. 63).

²³¹⁴ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec. p. I-837*, pt. 26.

²³¹⁵ *Ibid.*, pt. 27.

²³¹⁶ CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700, pt. 29 (nous soulignons).

²³¹⁷ Nous nuancions ce propos en ce que cette transformation d'une possibilité en une obligation n'est pas systématique. Concernant des actes administratifs définitifs, la Cour de justice précise toujours que d'autres conditions doivent être remplies pour que l'organe administratif soit proprement « tenu » de procéder à ce réexamen. Plus précisément, trois autres conditions sont requises : « [deuxièmement], celle-ci n'a acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel. Troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit communautaire qui était, au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, erronée et avait été retenue sans que celle-ci ait été saisie à titre préjudiciel dans les conditions prévues à l'article 234, paragraphe 3, CE. Quatrièmement, l'intéressée s'est adressée à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour » (pt. 26) – position confirmée dans CJCE, 11 décembre 2007, *Skoma-Lux*, aff. C-161/06, *Rec. p. I-10841*, pt. 71-73.

[loyale] (...), [assurent] *la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit communautaire* »²³¹⁸. Dans son arrêt *Kühne & Heitz*, l'obligation de réexamen s'impose « *en application du principe de coopération [loyale]* »²³¹⁹. Nous considérons toutefois qu'il s'agit bien de l'application du principe d'équivalence – qui, rappelons-le, constitue une déclinaison particulière du principe de coopération loyale²³²⁰. La logique reste identique : vérifier si le traitement accordé à une situation européenne est bien équivalent à celui accordé pour des situations internes similaires. Aussi, en l'absence d'un référentiel pertinent, c'est-à-dire, si le droit interne ne permet pas, pour des situations internes similaires, au juge de soulever d'office des moyens ou ne prévoit pas la possibilité de revenir sur des actes définitifs²³²¹, la Cour de justice n'impose aucune obligation. Dans ces hypothèses particulières, l'exigence qui découle du principe d'équivalence est simplement *renforcée* pour mieux assurer le respect du principe de coopération loyale, ainsi que la protection juridictionnelle effective. Il reste qu'il s'agit toujours bel et bien de l'application du principe d'équivalence.

2. Une transformation justifiée pour un meilleur équilibre entre les protections de l'autonomie procédurale et de l'effet utile du droit de l'Union

527. La position retenue par la Cour de justice, consistant à déformer l'exigence du principe d'équivalence lorsqu'elle s'applique aux deux domaines étudiés, se prête à débat. Très clairement, elle impose aux États membres d'accorder à une situation européenne un traitement *plus favorable* – par l'obligation de soulever le moyen d'office ou de réexaminer un acte définitif – que celui normalement prévu pour une situation interne similaire – dans lequel il ne s'agit que d'une faculté pour l'organe compétent. Certes, le privilège ainsi accordé à la situation européenne reste modéré. Il se limite exclusivement aux deux hypothèses visées et ne fait que transformer une faculté en obligation. L'incohérence n'en disparaît pas pour autant. En effet, la logique du principe d'équivalence repose sur l'ensemble des dispositions nationales *préexistantes* susceptibles de mettre en œuvre le droit de l'Union²³²². Le référentiel pertinent pour opérer la comparaison est le traitement accordé à une situation interne similaire, lui-même constitué de l'ensemble des dispositions nationales qui participent à la mise en œuvre du droit national. Dès lors, par la seule application du principe d'équivalence, il est

²³¹⁸ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 14.

²³¹⁹ CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 27.

²³²⁰ Cf. *supra*, pt. 176 et suivants.

²³²¹ En ce sens, CJCE, 16 mars 2006, *Kapferer*, aff. C-234/04, *Rec.* p. 2585, pt. 23.

²³²² Cf. *infra*, pt. 536 et suivants.

impossible de reprocher à un État membre de faire plus que ce que son droit interne permet déjà. La jurisprudence de la Cour de justice atteste pourtant du contraire. Certains auteurs ont souligné cette incohérence. À propos de l'arrêt *Van Schijndel* de la Cour de justice précité, F. BENOIT-ROHMER note ainsi que « [la] solution retenue par la Cour n'est toutefois ni très claire, ni très convaincante sur ce point. Sachant l'importance qu'elle accorde au principe [d'équivalence] du droit interne et du droit communautaire, l'on comprend difficilement qu'elle contraigne le juge à soulever d'office le droit communautaire alors qu'une telle obligation n'existe pas sur le plan interne »²³²³.

528. La position particulière retenue par la Cour de justice peut toutefois s'expliquer au regard des autres options qui s'offraient à elle. En substance, elle choisit de faire une application originale du principe d'équivalence parce qu'il s'agit de la solution la plus opportune pour conserver un équilibre optimal entre le respect de l'autonomie des États membres et la protection de l'effet utile du droit de l'Union. Comme nous le verrons²³²⁴, le principe d'équivalence constitue, en lui-même, un compromis efficace entre ces deux impératifs. L'autonomie est préservée puisque le référentiel est arrêté à l'échelle nationale et non européenne. La protection de l'effet utile l'est également en ce que le droit de l'Union bénéficie ainsi de l'ensemble des dispositions et mécanismes nationaux existants pour sa mise en œuvre. Cependant, pour ce qui est du régime des moyens relevés d'office et du réexamen d'un acte définitif, l'application traditionnelle du principe d'équivalence ne semble pas – aux yeux de la Cour de justice – suffisante. La protection de l'effet utile nécessite davantage. Aussi, la légère accentuation de l'exigence d'équivalence permet de prendre en compte cette nécessité. De cette manière, bien que cette conception altérée du principe d'équivalence nuise à l'autonomie des États membres, elle permet d'arriver à un meilleur équilibre. Pour confirmer cette idée, il est nécessaire de revenir sur les arrêts *Van Schijndel* et *Kühne & Heitz*.

529. L'arrêt *Van Schijndel* a été particulièrement commenté par la doctrine anglophone. Plusieurs auteurs²³²⁵ y ont vu une étape importante dans la jurisprudence de la Cour de justice. Cet arrêt marque en substance un changement de ligne

²³²³ F. BENOIT-ROHMER, « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA* 1996, n°129, pp. 23-32, spéc. p. 28. Dans la même idée, voir B. LE BAUT-FERRARESE, note sous CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec. p.* I-3757, in *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, M. KARPENSCHIF et C. NOURISSAT (dir.), PUF, 3e édition, 2016, pp. 196-206, spéc. p. 199.

²³²⁴ Cf. *infra*, pt. 534 et suivants.

²³²⁵ Voir not. M. DOUGAN, *op. cit.*, pp. 413-414.

jurisprudentielle²³²⁶ relative à l'encadrement des voies de recours nationales en particulier et de l'autonomie procédurale en général. Auparavant, la Cour de justice privilégiait un encadrement direct des voies de droit nationales. Principalement à la suite de son arrêt *Johnston*²³²⁷, qui consacre le principe général de protection juridictionnelle effective, sa jurisprudence se caractérisait par l'identification d'exigences européennes : obligation que le juge puisse obtenir les motifs d'un acte administratif²³²⁸, possibilité de prendre des mesures provisoires²³²⁹ ou d'engager la responsabilité de l'État pour violation du droit de l'Union²³³⁰ pour ne citer que ces exemples connus²³³¹. L'autonomie des États membres est ici minimisée au profit d'une jurisprudence axée sur la nécessité de renforcer l'effet utile du droit de l'Union et la protection juridictionnelle effective des particuliers. L'arrêt *Van Schijndel* manifeste au contraire une forme de prudence²³³². La Cour de justice se refuse à reconnaître une exigence européenne selon laquelle le juge national doit soulever d'office la violation d'une norme européenne. Elle préfère renvoyer cette question au droit national dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. L'inverse avait pourtant été défendu. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Verholen*, l'avocat général M. DARMON souhaite reconnaître un « *devoir* »²³³³ pour le juge national de soulever d'office une incompatibilité avec le droit de l'Union. L'avocat général F. G. JACOBS, dans ses conclusions sur l'arrêt *Van Schijndel*, prône le contraire : au regard des règles qui existent dans les différents États membres relatives au relevé d'office, il n'apparaît pas nécessaire de consacrer un tel devoir²³³⁴, y compris pour renforcer la

²³²⁶ Ce changement se confirmera notamment dans l'arrêt CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec.* p. I-6783. Précédemment, dans son arrêt *Emmott* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, *Rec.* p. 4269), la Cour de justice avait considéré que le *dies a quo* d'un délai de prescription national ne commence à courir que lorsque les particuliers sont « *en mesure de connaître la plénitude de leurs droits* » (pt. 21), ce qui est impossible « *aussi longtemps que la directive n'a pas été correctement transposée en droit national* » (pt. 21). La conséquence d'un tel arrêt est de rendre inopposable tout délai contentieux national tant que la directive invoquée n'a pas été transposée. L'immixtion dans l'ordre juridique interne fut considérée comme trop forte. Aussi, dans son arrêt *Fantask*, la Cour de justice cantonne (pour ne pas dire revient) sur cette solution (pt. 51). Elle renonce à cette solution pour préférer étudier le droit national sous l'angle des principes d'équivalence et d'effectivité, tant concernant la durée du délai contentieux que sur son *dies a quo*.

²³²⁷ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651.

²³²⁸ CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt. 15.

²³²⁹ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité.

²³³⁰ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357.

²³³¹ Dans la même lignée, voir CJCE, 2 août 1993, *Marshall (II)*, aff. C-271/91, *Rec.* p. I-4367 : notamment en vertu du principe de protection juridictionnelle effective, « *dans l'hypothèse d'un licenciement discriminatoire, en violation de l'article 5, paragraphe 1, de la directive, le rétablissement de la situation d'égalité ne pourrait être réalisé à défaut d'une réintégration de la personne discriminée, ou, alternativement, d'une réparation pécuniaire du préjudice subi [accordé par le juge national]* » (pt. 25).

²³³² La question avait déjà été évoquée précédemment : CJCE, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90 précité. Toutefois, la réponse de la Cour de justice était relativement limitée : « *le droit communautaire n'empêche pas une juridiction nationale d'apprécier d'office la conformité d'une réglementation nationale [avec le droit de l'Union]* » (pt. 16).

²³³³ M. DARMON, conclusions sur CJCE, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90 précité, pt. 19.

²³³⁴ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité : « *il n'y a pas de raison d'étendre les principes [de protection juridictionnelle effective et de l'effet utile du droit de l'Union] de manière à accorder une protection aux personnes qui n'ont pas formé une demande de la manière appropriée dans des systèmes juridiques qui leur donnent des possibilités suffisantes de le faire* » (pt. 23).

protection de l'effet utile du droit de l'Union. Le renvoi au droit national, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, suffit.

530. Dans ce contexte, la Cour de justice avait le choix entre deux approches²³³⁵. La première était de consacrer une exigence européenne selon laquelle le juge national doit pouvoir soulever d'office une incompatibilité avec le droit de l'Union. Cette solution aurait été cohérente au regard de sa jurisprudence antérieure²³³⁶ et favorable à l'effet utile du droit de l'Union et la protection juridictionnelle effective. Cependant, elle aurait été trop attentatoire à l'autonomie procédurale. La seconde approche était d'appliquer les conditions classiques de l'autonomie procédurale que sont le principe d'effectivité²³³⁷ et le principe d'équivalence. Le droit national fixe librement les conditions dans lesquelles le juge national peut soulever d'office un moyen fondé sur le droit de l'Union. Le risque est malgré tout assez important pour l'effet utile du droit de l'Union et la protection juridictionnelle²³³⁸. Si la seconde approche a été retenue, il semble qu'elle n'était pas à elle seule suffisante pour la protection juridictionnelle effective et pour l'effet utile du droit de l'Union. Le renforcement de l'exigence du principe d'équivalence atténue ce problème. De cette manière, tout en opérant un renvoi au droit national, la Cour de justice accentue légèrement cette protection²³³⁹.

531. Ce schéma se retrouve à propos du réexamen d'actes définitifs. Dans l'arrêt *Kühne & Heitz*, la Cour de justice devait également trancher entre les deux mêmes approches. Dans ses conclusions, l'avocat général P. LEGER suggère la première. À ses yeux, le renvoi au droit national dans le cadre de l'autonomie procédurale n'apparaît pas

²³³⁵ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706.

²³³⁶ F. BENOIT-ROHMER, *op. cit.* : « *La logique qui sous-tend la jurisprudence de la Cour en matière procédurale n'aurait-elle pas dû conduire à ce qu'il soit également conféré [par le biais d'un standard autonome] une simple possibilité de relever d'office un moyen tiré de la violation du droit communautaire dès lors qu'il estime ce moyen indispensable à la solution du litige ?* » (p. 28).

²³³⁷ Pour une application plus explicite de ce principe, voir CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 précité.

²³³⁸ En ce sens, la Cour de justice n'a pas hésité à reconnaître exceptionnellement une réelle obligation pour le juge national de soulever d'office une contrariété avec le droit de l'Union, notamment pour ce qui est du caractère abusif d'une clause en droit de la consommation. La Cour de justice juge de manière constante que l'article 6 de la directive 93/13 doit être appliqué d'office par le juge national. Pour exemple, CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec. p.* I-10421 : « *La nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel* » (pt. 38). Toutefois, comme le note B. HESS (« L'office du juge dans les litiges impliquant des consommateurs. Une situation spécifique ? », in C. CHAINAIS *et al.* (dir.), *L'office du juge*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 113-125), « *la Cour a déduit du texte de la directive l'obligation pour le juge d'appliquer d'office le droit de la consommation. Elle n'a pas développé un principe autonome du droit communautaire, mais elle s'est limitée à interpréter la directive 93/13/CEE* » (p. 116 – nous soulignons). Sur cette question, cf. *supra*, pt. 388.

²³³⁹ S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611 : « *However, it went further and found that the courts are also under the obligation to apply Community law of their own motion where domestic law allows for such an application and where it is necessary in order to safeguard the legal protection of individuals* » (p. 595).

suffisant pour garantir l'effet utile du droit de l'Union²³⁴⁰. Il recommande donc que la Cour de justice reconnaisse la possibilité à l'administration nationale de réexaminer un acte administratif définitif, même si son droit interne ne le prévoit pas. Nous l'avons vu, la Cour ne suit pas cette recommandation et opte pour la seconde approche. Ce n'est que si le droit interne offre cette possibilité que l'organe national peut être tenu de réexaminer l'acte définitif, dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité. Une nouvelle fois et pour les mêmes raisons que celles exposées précédemment, cette position présente un risque pour l'effet utile du droit de l'Union²³⁴¹. La Cour de justice a ainsi accentué l'exigence issue du principe d'équivalence afin d'assurer un meilleur équilibre entre ces impératifs.

Section 2 : Une exigence déterminée en fonction du traitement national préexistant

532. L'exigence d'équivalence est certes peu contraignante mais elle remplit en elle-même efficacement sa fonction : protéger l'effet utile du droit de l'Union lors de sa mise en œuvre par les États membres. Cette efficacité repose essentiellement sur la grande originalité du principe d'équivalence, à savoir s'appuyer sur les traitements nationaux qui existent dans les ordres juridiques nationaux²³⁴². Deux éléments majeurs se dégagent de ce constat. En premier lieu, faire respecter le principe d'équivalence n'est pas considéré ou perçu comme une immixtion discutable ou illégitime de l'Union européenne dans les ordres internes. Le principe d'équivalence se conçoit moins comme une contrainte que comme un principe de bon sens. La situation européenne doit bénéficier d'un traitement au moins équivalent, sinon identique, à celui accordé à une situation interne similaire. Sauf à afficher une volonté de ne pas appliquer correctement le droit de l'Union européenne, il est presque évident que la situation européenne mérite d'être traitée, *a minima*, comme l'est une situation interne similaire. Pourquoi un État membre, censé mettre en œuvre le droit de l'Union *loyalement*, accorderait-il un traitement à la situation européenne qui ne soit pas au moins équivalent ? Qui plus est,

²³⁴⁰ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 71.

²³⁴¹ Une nouvelle fois, la Cour de justice s'écarte de cette approche en matière d'aide d'État ; voir not. CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. I-6199.

²³⁴² M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité : « *À moins bien sûr qu'un jour, l'appréciation de l'assimilation (ou de l'équivalence) ne doive plus être effectuée de manière interne (au sein d'un État membre), mais plutôt de manière externe (en comparant les approches entre les États membres). D'un point de vue pragmatique, un tel changement de la loi pourrait peut-être, en effet, se révéler nécessaire à terme, si de plus en plus de régimes légaux étaient harmonisés, ce qui ferait disparaître les éléments de comparaison nationaux appropriés. D'un point de vue systémique, ce mode d'évaluation du caractère approprié des procédures ou des voies de recours pourrait peut-être promouvoir l'idée de similitude, qui devrait être intégrée dans l'exécution nationale du droit de l'Union, au lieu d'un critère qui accentue en fait les divergences potentielles* » (note 51 – il insiste).

l'exigence d'équivalence « *va de soi dans la mesure où elle concerne le principe fondamental pour l'ordre juridique communautaire de la non-discrimination* »²³⁴³.

533. Respecter le principe d'équivalence n'est donc pas perceptible comme une véritable contrainte pour les États membres. Comme le verrons, il est fréquent que les modifications législatives ou réglementaires opérées par les autorités nationales pour se conformer au principe d'équivalence soient justifiées sans même faire explicitement référence à ce principe²³⁴⁴. De cette manière, le principe d'équivalence constitue une exigence qui opère un compromis efficace, voire quasi parfait, entre le respect de l'autonomie des États membres et la protection de l'effet utile du droit de l'Union (§1). En second lieu, le principe d'équivalence s'appuie sur l'ensemble²³⁴⁵ des dispositifs nationaux existants qui sont susceptibles de participer à la mise en œuvre du droit de l'Union. Potentiellement, ces dispositifs peuvent s'avérer très protecteurs et avantageux. Par l'application du principe d'équivalence, la Cour de justice vérifie que, le cas échéant, ces avantages bénéficient aux situations européennes (§2).

§1: Une exigence de compromis efficace entre le respect de l'autonomie des États membres et la protection de l'effet utile du droit de l'Union

534. L'essentiel des exigences dégagées dans l'ordre juridique de l'Union, et notamment par la Cour de justice, qui ont vocation à mieux préserver l'effet utile du droit de l'Union constitue autant d'atteintes à l'autonomie des États membres. Loin d'être libres, les ordres juridiques nationaux doivent répondre à ces différentes exigences et s'y adapter. Le principe d'effectivité en est un exemple éloquent. Certes, tel que classiquement formulé par la Cour de justice, il interdit qu'un État membre accorde un traitement national qui rendrait « *excessivement difficile ou pratiquement impossible* »²³⁴⁶ la mise en œuvre du droit de l'Union. Si ce principe d'effectivité était considéré comme méconnu, l'État membre devrait en conséquence modifier et adapter le traitement national qu'il accorde à la situation européenne en suivant les éléments plus ou moins explicites soulignés par la Cour de justice. Par exemple, un délai contentieux reconnu trop court devra être allongé ; un régime de preuve jugé trop contraignant pour le justiciable devra être assoupli. D'une certaine manière, l'application du principe

²³⁴³ A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1997, p. 177.

²³⁴⁴ Cf. *infra*, pt. 815 et suivants.

²³⁴⁵ Cf. *supra*, pt. 338 et suivants.

d'effectivité porte une atteinte à l'autonomie pour mieux préserver l'effet utile du droit de l'Union.

535. Le principe d'équivalence s'en singularise²³⁴⁷. S'il constitue évidemment une exigence ayant vocation à protéger l'effet utile du droit de l'Union, ce n'est jamais au prix d'une atteinte frontale à l'autonomie des États membres²³⁴⁸. Au contraire, tout l'avantage du principe d'équivalence est de parvenir à un compromis quasi parfait entre ces impératifs *a priori* inconciliables. Ce compromis se manifeste de deux manières. En premier lieu, l'exigence d'équivalence repose exclusivement sur les données fournies par l'ordre juridique interne. Le référentiel ou le standard de comparaison n'est jamais fixé unilatéralement ou autoritairement par l'Union européenne. Il est toujours déterminé en fonction du droit national existant (A.). En second lieu, le constat du non-respect du principe d'équivalence ne requiert pas une réaction qui serait attentatoire à l'autonomie des États membres. Au contraire, le correctif attendu reste minimale : l'État doit *a minima* aligner le traitement qu'il a accordé à la situation européenne sur le traitement accordé à la situation interne similaire (B.).

A. Une exigence reposant exclusivement sur le droit national existant

536. La spécificité de l'exigence du principe d'équivalence repose sur la prise en compte de ce qui existe dans l'ordre juridique national. Le référentiel, permettant d'évaluer le traitement litigieux, n'est pas abstraitement ou arbitrairement déterminé à l'échelle européenne. Le caractère protecteur du traitement accordé à la situation européenne est apprécié en fonction des traitements nationaux existants accordés à des situations internes similaires. Pour un État membre, respecter le principe d'équivalence n'implique donc rien de plus que d'accorder à une situation européenne un traitement qu'il accorde déjà et qu'il a lui-même arrêté pour des situations internes similaires²³⁴⁹. En s'appuyant de la sorte sur le régime national *existant*, la Cour de justice évite toute

²³⁴⁶ Pour un exemple récent, CJUE, 4 mars 2020, *Telecom Italia*, aff. C-34/19, ECLI:EU:C:2020:148, pt. 58.

²³⁴⁷ G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS et J.-P. KEPPELLE, « L'incidence du droit communautaire sur le droit national », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 542-544 : « le principe d'équivalence, dans la mesure précisément où il renvoie à des modalités procédurales existant dans l'État membre concerné, apparaît comme étant moins susceptible de bouleverser la réglementation nationale que le principe d'effectivité » (p. 544 – nous soulignons).

²³⁴⁸ O. DUBOS, *op. cit.* : « La finalité du principe d'équivalence n'est que d'encadrer l'autonomie procédurale des juridictions nationales et non pas de lui porter directement atteinte » (p. 277). Cette optique nous avait justement amenés à voir le principe d'équivalence non pas comme une *limite* à l'autonomie procédurale, mais comme une *condition* à celle-ci (cf. *supra*, pt. 183).

²³⁴⁹ Si l'on exclut évidemment les exceptions étudiées *supra* (pt. 522 et suivants) concernant le régime des moyens soulevés d'office et le réexamen d'actes définitifs.

immixtion conflictuelle dans l'ordre juridique interne. Tout au plus, si elle considère le principe d'équivalence méconnu, elle critique uniquement la cohérence du choix de l'État membre d'avoir accordé à la situation européenne un traitement différent de celui qui aurait normalement été accordé si la situation était interne.

537. En procédant de la sorte, l'Union européenne, et notamment la Cour de justice, garde ses distances dans la détermination du traitement national qui sera accordé à la situation européenne. Loin d'être une faiblesse²³⁵⁰, cette attitude permise par le principe d'équivalence conduit l'Union européenne à rester neutre vis-à-vis de l'organisation de l'ordre juridique interne (1.). Évidemment, cette neutralité mérite d'être légèrement relativisée. En effet, l'identification du référentiel pertinent, c'est-à-dire du traitement accordé à une situation *similaire*, ne peut pas être une opération totalement objective. En fonction de la méthode retenue pour caractériser cette *comparabilité* des situations, la neutralité induite par le principe d'équivalence pourrait n'être qu'un écran de fumée. Tel n'est toutefois pas le cas (2.).

1. Une neutralité opportune quant à l'organisation de l'ordre juridique interne

538. L'exigence du principe d'équivalence permet à l'Union européenne, et notamment à la Cour de justice, de garder une certaine neutralité pour vérifier si le traitement accordé à la situation européenne protège suffisamment l'effet utile du droit de l'Union. Concrètement, constater que le principe d'équivalence est ou non respecté ne conduit à aucun jugement de valeur sur l'ordre juridique national et sur sa structure. Plusieurs éléments en ce sens ont déjà été vus. D'une part, le principe d'équivalence n'interdit pas que le traitement accordé à la situation européenne soit potentiellement plus favorable que celui accordé à des situations internes similaires. Il importe peu que les États membres offrent un traitement privilégié à une situation européenne, alors même que rien ne les y contraint ou ne les y invite²³⁵¹.

539. D'autre part, le seuil d'efficacité est déterminé, non par l'Union européenne ou la Cour de justice, mais en fonction du droit national existant²³⁵². En d'autres termes, l'effet utile du droit de l'Union est considéré préservé dès lors que la mise en œuvre d'une norme européenne est au moins aussi effective qu'une norme similaire interne. Dans cette optique, le principe d'équivalence ne permet pas de vérifier

²³⁵⁰ Voir not. D.-U. GALETTA, *op. cit.* : « [even if], in the jurisprudence of the ECJ the standards of protection expected from EU procedural law seem sometimes to be “playing to a different tune” if compared to those standards expected from the national legal orders, this asymmetry is not (...) a *vulnus* to the principle of equal rank of the legal orders » (pp. 25-26 – elle insiste).

²³⁵¹ Cf. *supra*, pt. 517.

si ce seuil d'efficacité, déterminé par l'ordre juridique interne, apparaît en lui-même insuffisant ou inadapté²³⁵³. À lui seul, il ne peut sanctionner un traitement qui présente des failles dès lors que ces défauts affectent également le traitement de situations internes similaires²³⁵⁴. Cette affirmation ne doit pas étonner puisque, précisément, le principe d'équivalence invite à une appréciation neutre de l'ordre juridique interne, y compris de ses insuffisances²³⁵⁵.

540. De plus, le constat d'une violation du principe d'équivalence ne remet pas en cause cette neutralité. Lorsque la Cour de justice – ou le juge national – arrive à cette conclusion, l'organisation *per se* de l'ordre juridique interne n'est pas discutée ou remise en cause. Il s'agit de relever un manque de *cohérence* dans celle-ci²³⁵⁶. Schématiquement, le non-respect du principe d'équivalence se manifeste si la situation européenne n'a pas bénéficié du traitement national qui lui aurait été normalement accordé si elle avait été une situation interne. Dans une telle hypothèse, est sanctionnée une attitude protectionniste²³⁵⁷ de l'État membre, qui discrimine sans raison une situation européenne, et non pas une mauvaise organisation ou structure de l'ordre juridique interne²³⁵⁸. D'un certain point de vue, le principe d'équivalence interdit seulement les *incohérences* ou les choix *illogiques* dans la détermination des traitements nationaux²³⁵⁹.

²³⁵² Cf. *supra*, pt. 536 et suivants.

²³⁵³ Évidemment, le principe d'équivalence ne constitue une garantie efficace pour l'effet utile du droit de l'Union qu'en raison du postulat selon lequel les ordres juridiques internes sont globalement considérés comme aptes à assurer une mise en œuvre efficace du droit de l'Union – cf. *supra*, pt. 104 et suivants.

²³⁵⁴ En ce sens, voir F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056 : concernant l'hypothèse où le droit interne empêche l'application d'une norme européenne, l'auteur pose le constat suivant : « *This (...) is not remarkable as such. The same adverse effect may extend to the application of national laws* » (p. 1047).

²³⁵⁵ Voir S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, *op. cit.* : « *Not surprisingly, the usual approach of the Court is indeed to inquire whether other principles, such as legal certainty, due process and good administration of justice, may provide justification for the procedural rules at issue. Therefore, the principles of equivalence and effectiveness should not be understood as requiring the complete and unrestricted application of EC norms* » dès lors que « *Community law provisions are a part of the valid law in the Member States and they should in principle be handled in the same way as national law* » (p. 593).

²³⁵⁶ En ce sens, voir not. I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens (une "théorie impure" de l'ordre juridique) », *CDE* 2007, n°1-2, pp. 111-148 : le principe d'équivalence vise surtout à « *de préserver la cohérence normative interne aux systèmes nationaux, puisqu'il évite l'application parallèle par les juges nationaux d'une procédure spécifique à la mise en œuvre du droit communautaire* » (p. 135 – nous soulignons).

²³⁵⁷ Voir l'extrait cité *supra* de H. SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions sur CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 68.

²³⁵⁸ En ce sens, voir O. DUBOS, v° « Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 24, 5 décembre 2006 (actualisé le 1er juillet 2015), qui note que le principe d'équivalence vise surtout à « *censure les règles procédurales de circonstance qui auraient pour objectif de diminuer l'effectivité [du droit de l'Union]* » (par. 184 – nous soulignons).

²³⁵⁹ Sur cette idée, voir M. DOUGAN, *op. cit.*, qui pense que le principe d'équivalence peut incidemment conduire l'État membre à « *questioning the overall coherence of national choices about remedies and procedural law (...)*. [The] *equivalence assessment can challenge each Member State to revisit the inherited but possibly rather incoherent structures of its own legal system* » (p. 423 – nous soulignons).

541. Cette neutralité se traduit par la jurisprudence assez stricte de la Cour de justice relative à l'identification du référentiel. Nous le verrons²³⁶⁰, la Cour préfère présumer le principe d'équivalence respecté si aucun référentiel pertinent n'est retenu. En effet, pour qu'une situation interne soit considérée comme *similaire* et constitue un référentiel pertinent, la proximité avec la situation européenne étudiée doit être étroite. Cette position stricte sur la comparabilité des situations et des traitements caractérise une certaine neutralité dans l'organisation de l'ordre juridique interne. Le principe d'équivalence est totalement indifférent aux traitements accordés à des situations internes qui ne constituent pas des référentiels pertinents. Il importe peu que ces traitements soient plus favorables que celui accordé à la situation européenne. La Cour de justice le martèle sans équivoque : le principe d'équivalence ne prend en compte que les traitements accordés aux situations internes *similaires*. Dès lors, il n'interdit pas qu'une situation européenne bénéficie d'un traitement moins favorable en comparaison d'une situation interne *qui ne lui est pas similaire*. Par exemple, l'indique la Cour de justice dans l'arrêt *Edis*²³⁶¹, le principe d'équivalence n'empêche pas un État membre de prévoir un délai de droit commun, applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, qui soit différent et plus favorable que celui appliqué aux actions en répétitions de l'indu en matière fiscale. Plus généralement, la Cour précise que ce principe n'implique pas « *l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente tels que le contentieux civil, d'un côté, et le contentieux administratif, de l'autre, ou à des contentieux relevant de deux branches de droit différentes* »²³⁶². La Cour de justice généralise parfois cette idée. Dans certains domaines, comme le droit du travail, les situations européennes sont susceptibles d'être fréquentes et variées, à tel point qu'il devient difficile de les dissocier clairement des situations internes²³⁶³. La logique voudrait donc que les différentes actions contentieuses dans ce domaine soient globalement équivalentes entre elles. La Cour de justice affirme toutefois que « *le principe d'équivalence ne saurait être interprété comme obligeant*

²³⁶⁰ Cf. *infra*, pt. 796 et suivants.

²³⁶¹ Voir CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96 précité : « *le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions. Il n'en irait autrement que si ces modalités n'étaient applicables qu'aux seules actions en remboursement de ces taxes ou impositions fondées sur le droit communautaire* » (pt. 37).

²³⁶² CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38, pt. 74 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 67.

²³⁶³ Sur cette idée, voir CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec. p.* 10467. Sur cette idée, plus généralement, cf. *infra*, pt. 924 et suivants.

un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites dans un certain domaine du droit »²³⁶⁴.

2. Une neutralité à relativiser quant aux conditions d'identification du référentiel pertinent

542. La neutralité induite par l'exigence du principe d'équivalence dépend de l'identification du référentiel puisque ce dernier n'est pas *a priori* choisi par l'Union européenne ou la Cour de justice. Il n'est jamais question de retenir, parmi l'ensemble des traitements accordés à des situations internes, un plutôt qu'un autre. En outre, la Cour de justice rappelle à plusieurs occasions que seul le juge national est compétent pour identifier un référentiel pertinent²³⁶⁵. Enfin, il serait assez hasardeux de parler d'un *choix* dans l'identification de ce référentiel. En effet, à certains égards, cette identification apparaît comme objective, voire automatique. Ainsi, le référentiel reste déterminé en fonction de la similitude des situations européenne et interne. Schématiquement, si les situations sont similaires, alors le traitement accordé à la situation interne est un référentiel pertinent. À l'inverse, si les situations sont trop différentes l'une de l'autre, le traitement accordé à la situation interne ne peut pas l'être – et ce, quel qu'il soit, y compris particulièrement protecteur ou avantageux. Dès lors, comme le note V. HATZOPOULOS, « le mot "équivalence" a un sens statique, pour autant qu'il correspond à une "qualité" qui existe par elle-même, laquelle, en fonction des circonstances sera ou ne sera pas révélée »²³⁶⁶. Il note ainsi que « la constatation de l'équivalence s'impose par elle-même »²³⁶⁷.

543. L'identification de ce référentiel se fait uniquement en fonction de la similitude des situations. La recherche de cette similitude n'implique pas davantage une forme d'immixtion dans l'ordre juridique interne. En apparence, elle s'opère objectivement sans manifester une prise de position. L'approche est censée être neutre. La jurisprudence de la Cour de justice incite à retenir cette vision. Cette similitude tend à s'apprécier sur la base de critères objectifs. En matière de voies de droit, par exemple, la Cour de justice prend en compte l'objet du recours formé. Une situation dans laquelle un individu demande la restitution d'une somme indue ne peut pas être assimilée à une situation dans laquelle l'individu demande réparation d'un préjudice causé par le

²³⁶⁴ Voir not. CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 31.

²³⁶⁵ Pour un exemple, voir CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec. p. I-9687* : « Il appartient à la juridiction nationale, qui est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des recours dans le domaine du droit interne, d'examiner si [un référentiel national pertinent peut être trouvé] » (pt. 31).

²³⁶⁶ V. HATZOPOULOS, *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, p. 64.

²³⁶⁷ *Ibid.*

versement de la somme indue²³⁶⁸. Il en va de même lorsque l'individu demande l'application directe d'une norme ou demande une indemnisation du préjudice du fait de la non-application directe de cette norme²³⁶⁹. En matière fiscale, la Cour de justice adopte une position analogue. Le traitement appliqué à une taxe directe et celui accordé à une taxe indirecte ne peuvent valablement être comparés puisque les deux taxes ne sont pas similaires²³⁷⁰.

544. Cette identification du référentiel, par la recherche de la similitude des situations, ne doit toutefois pas tromper. Même si la Cour de justice cherche à s'appuyer sur des critères relativement définis et objectifs, apprécier la similitude de deux situations est toujours une « *opération éminemment subjective* »²³⁷¹. Dès lors, consciemment ou non, l'application du principe d'équivalence conduirait la Cour de justice à porter une appréciation sur l'ordre juridique interne. À tout le moins, l'identification du référentiel serait d'une certaine manière le résultat d'un vrai choix et non la conséquence d'une analyse objective²³⁷². L'approche ne serait donc pas neutre. Plusieurs avocats généraux ont mis en lumière ce risque. P. LEGER note que « *s'il est des hypothèses dans lesquelles l'identification du recours national "similaire" ne pose aucune difficulté, dans d'autres, la détermination du paramètre de comparaison est évidemment essentielle et participe pratiquement d'une prise de position de nature politique* »²³⁷³. Dans ses conclusions sur l'arrêt *Scialdone*, M. BOBEK met en évidence ce point. Il devait identifier des référentiels pertinents pour comparer le traitement accordé à la TVA. Il envisage la possibilité de considérer « *le régime de TVA (...) comme une île à lui tout seul* »²³⁷⁴, rendant impossible l'identification d'un quelconque référentiel. Cette approche, trop « étroite » pour l'avocat général, amènerait à considérer immédiatement le principe d'équivalence comme respecté. *In fine*, les critiques relatives à la subjectivité avec laquelle le principe d'équivalence est appliqué sont les mêmes que celles relatives à l'application du principe d'égalité²³⁷⁵.

²³⁶⁸ Voir CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité.

²³⁶⁹ Voir not. CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité : « *les demandes introduites (...) dans le cadre de la mise en œuvre [nationale] de la directive et de son régime d'indemnisation sont différentes quant à leur objet* » (pt. 36).

²³⁷⁰ CJCE, 15 mars 2007, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, aff. C-35/05, *Rec.* p. I-2425, pt. 45.

²³⁷¹ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national* précité, pp. 159-181, spéc. p. 163.

²³⁷² M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité : « *any comparison involves a judgement about what is comparable. The choice of points of comparison is by its very nature subjective (...). This means, for the Court of Justice, to make choices about national law (...)* » (p. 313).

²³⁷³ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 30 (nous soulignons).

²³⁷⁴ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 88.

²³⁷⁵ Voir not. O. JOUANJAN, « Logiques de l'égalité », *NCCC* 2020, n°4 : « *La première difficulté dans la mise en œuvre de l'égalité réside dans le choix d'une méthode de comparaison des situations. Puisque les situations ne sont pas semblables ou dissemblables en soi, mais doivent être considérées comme semblables ou dissemblables, il faut déterminer le point de vue*

545. La neutralité induite par le principe d'équivalence pourrait voler en éclat en fonction de l'appréciation de la similitude des situations²³⁷⁶. Si la Cour de justice fait preuve de sévérité, en exigeant une proximité très importante entre les situations européenne et interne, elle raréfie, voire rend impossible, l'identification de référentiels potentiels²³⁷⁷. Dans une telle hypothèse, le principe d'équivalence n'est que présumé respecté. Aussi, la protection de l'effet utile qu'il est censé garantir est fortement réduite, sinon annihilée. Le principe d'équivalence en devient une coquille vide, incapable de protéger la situation européenne. À l'inverse, si la Cour de justice reconnaît avec trop d'aisance la similitude des situations, tout devient susceptible d'être un référentiel pertinent. Il devient alors nécessaire de faire un choix parmi l'ensemble des référentiels identifiés, notamment parmi les plus favorables²³⁷⁸. Le risque est alors de contraindre l'État membre à accorder à la situation européenne un traitement qu'il n'aurait pas normalement accordé à une situation interne – et alors même que la Cour de justice y voit une situation similaire à la situation européenne. Retenir une telle approche du principe d'équivalence conduirait donc à une trop forte immixtion dans l'autonomie procédurale.

546. La difficulté pour trouver un juste équilibre explique – là encore – pourquoi les réponses de la Cour de justice sont souvent évasives²³⁷⁹. En effet, au mieux, les critères permettant d'apprécier la similitude sont très abstraits, voire indéterminés. On comprend la prudence de la Cour de justice qui s'abstient de reconnaître elle-même une telle similitude. Elle se dédouane ainsi de toute immixtion en renvoyant au juge national le soin de décider lui-même. De cette manière, bien qu'elle soit particulièrement préjudiciable à la lisibilité de la jurisprudence sur le principe d'équivalence – ce qui nuit énormément à sa bonne application, notamment pour les juges nationaux²³⁸⁰ –, la Cour de justice s'efforce de conserver une approche véritablement neutre dans l'application de ce principe.

d'après lequel elles doivent être qualifiées de semblables ou dissemblables. Or, l'appréciation des situations est toujours qualitative (...) » (il insiste).

²³⁷⁶ Pour plus de détails, cf. *infra*, pt. 631 et suivants.

²³⁷⁷ En un sens, voir CJUE, 6 octobre 2015, *Társia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, notamment à la lecture des conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN, pt. 52-53.

²³⁷⁸ En ce sens, CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité.

²³⁷⁹ Cf. *infra*, pt. 635-636.

²³⁸⁰ Cf. *infra*, pt. 642 et suivants.

B. Une exigence sanctionnée aisément sans aucun “vide juridique”

547. Le compromis entre la protection de l'effet utile du droit de l'Union et l'autonomie des États membres demeure intact même lorsque le principe d'équivalence est considéré comme méconnu. Pourtant, de prime abord, il s'agit d'une hypothèse dans laquelle l'État membre n'a pas assuré une protection suffisante à l'effet utile du droit de l'Union. Pire encore, ce constat pourrait s'apparenter à une remontrance. En effet, la Cour de justice adopte une jurisprudence tolérante²³⁸¹ et ne reconnaît que très rarement une violation du principe d'équivalence. En d'autres termes, ce sont surtout les traitements *manifestement* discriminatoires qui sont reconnus contraires à ce principe²³⁸². Comme nous l'avons vu, la Cour de justice assimile ces situations à des pratiques protectionnistes de la part des États membres qui cherchent délibérément à entraver la bonne mise en œuvre du droit de l'Union. L'affaire *Deville* en est un exemple²³⁸³. Pour mémoire, le législateur français a accordé à des demandes en répétition de l'indu fondée sur le droit de l'Union un régime spécifique dérogatoire – et clairement moins favorable que celui normalement prévu. L'objectif était manifestement de limiter l'importance de telles demandes. La Cour de justice a reconnu ce système comme contraire au principe d'équivalence. Certes, dans d'autres affaires, la mauvaise foi de l'État membre n'est pas aussi manifeste²³⁸⁴. Dans tous les cas, reconnaître que le principe d'équivalence est méconnu, c'est affirmer que l'État membre a manqué à ses devoirs, et notamment au principe de coopération loyale : il n'a pas assuré une mise en œuvre du droit de l'Union satisfaisante.

548. Constater la violation du principe d'équivalence risquerait de rompre cet équilibre entre l'effet utile du droit de l'Union et l'autonomie des États, au profit du premier et au détriment de la seconde. Cependant, dans les faits, il n'en est rien. Même lorsque l'État membre défaillant doit tirer les conséquences de la méconnaissance du principe d'équivalence, son autonomie n'est pas fondamentalement remise en cause.

²³⁸¹ Voir not. CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, dont notre commentaire « TVA, Italie et sanction pénale : le cocktail dangereux à nouveau désamorcé par la Cour de justice », *RAE* 2018, n°2, pp. 353-363, spéc. pp. 362-363.

²³⁸² En ce sens, S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005, pp. 175-176.

²³⁸³ CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec.* p. 3513.

²³⁸⁴ Pour exemple concernant les recours en responsabilité, voir CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité. La Cour de justice reconnaît une violation du principe d'équivalence en prenant pour référentiel le recours en responsabilité de l'État fondé sur une loi inconstitutionnelle. En effet, le recours en responsabilité fondé sur une loi contraire au droit de l'Union doit respecter une règle d'épuisement préalable des voies de droit. Or cette règle n'est pas requise lorsque l'irrégularité de la loi est constatée par une décision du Tribunal constitutionnel. Le juge de renvoi considère pourtant que cette différence est objectivement compensée par la difficulté pour un justiciable de saisir le Tribunal constitutionnel (pt. 17-18). La Cour de justice n'est finalement pas convaincue (pt. 43-44). Toutefois, même si le principe d'équivalence est méconnu, ce n'est en rien pour sanctionner un protectionnisme manifeste de la part de l'État espagnol.

Pour s'y conformer, le correctif à apporter est simple : *a minima*, il doit appliquer à la situation européenne le traitement qu'il accorde à la situation interne similaire. Cette exigence se révèle très souple et préserve la liberté de l'État membre. En effet, rien ne lui interdit de prévoir un traitement spécifique et distinct de celui accordé à ladite situation interne, à la condition qu'il s'avère plus favorable ou au moins équivalent. L'État membre n'est donc pas automatiquement contraint d'appliquer *in extenso* le traitement accordé à cette situation interne. En outre, le traitement qui doit être accordé à la situation européenne pour respecter le principe d'équivalence *existe déjà* dans l'ordre juridique interne. L'État membre n'a donc pas à faire œuvre créatrice : il doit accorder à la situation européenne le traitement en question, même si celui-ci n'a pas été pensé et prévu pour. La sanction du principe d'équivalence ne porte ainsi qu'une atteinte très minime à l'autonomie des États membres puisque ces derniers n'ont en réalité qu'à appliquer un traitement national qui existe déjà et qu'ils ont eux-mêmes librement fixé. Le principe d'équivalence n'invite pas à l'élaboration d'une nouvelle règle nationale de substitution²³⁸⁵.

549. Selon cette présentation, le correctif qu'implique une violation du principe d'équivalence apparaît peu contraignant, voire facile à opérer. Dans le détail, les choses sont évidemment plus subtiles. Un alignement pur et simple du traitement accordé à la situation européenne sur celui accordé à la situation interne peut apparaître à certains égards comme inopportun, voire incohérent. De même, plutôt que de rehausser le seuil de protection offert par le traitement de la situation européenne sur celui de la situation interne, l'État membre peut décider d'abaisser le seuil accordé à la seconde²³⁸⁶. La Cour de justice reste, en règle générale, volontairement évasive sur ces questions. Tout dépend en réalité de l'ordre juridique national concerné, du domaine juridique affecté et enfin des choix politiques arrêtés pour faire respecter le principe d'équivalence. Malgré tout, nous insistons sur cette idée : en dépit d'une complexité inhérente à chaque cas d'espèce,

²³⁸⁵ Nous paraphrasons O. DUBOS (*Les juridictions nationales, juge communautaire précité*) qui affirme que, contrairement au principe d'équivalence, le principe d'effectivité « invite (...) à l'élaboration d'une règle communautaire de substitution » (p 284).

²³⁸⁶ L'évolution du régime français de la répétition de l'indu fiscal en est un exemple. Pour rappel (cf. *supra*, pt. 410 et suivants), la Cour de justice a considéré dans son arrêt *Deville* (aff. 240/87 précité) que le principe d'équivalence était méconnu. Le droit français avait, en effet, prévu un délai spécifique pour les demandes en répétition de l'indu concernant une taxe automobile reconnue contraire au droit de l'Union par la Cour de justice (CJCE, 9 mai 1985, *Humblot*, aff. 112/84, *Rev.* p. 1367). Ce délai apparaissait manifestement plus court que le délai de droit commun. Une jurisprudence constante de la Cour de cassation considérait, dans certains cas, que ce délai de droit commun pouvait être un référentiel pertinent. Le législateur français, pour se mettre en conformité avec le principe d'équivalence, fera le choix de dénoncer la jurisprudence judiciaire (article 36 de la loi n°89-936 de finances rectificatives pour 1989). Autrement dit, plutôt que d'aligner le traitement accordé à la situation européenne sur celui prévu pour la situation interne, l'État français a fait le choix inverse.

le principe d'équivalence demeure une exigence plutôt simple à faire respecter tout en conservant un équilibre entre effet utile du droit de l'Union et autonomie des États.

550. Cette facilité se manifeste notamment vis-à-vis de l'office du juge national, lorsqu'il est confronté à un litige dans lequel le principe d'équivalence est méconnu. Contrairement à d'autres exigences imposées par l'ordre juridique européen, comme le principe d'effectivité²³⁸⁷, le juge national peut plus aisément prendre les mesures nécessaires pour faire respecter le principe d'équivalence. Sa situation est en effet très loin d'être inconfortable. Comme le note très tôt A. BARAV, « [pour faire] *respecter la parité avec le régime des actions exclusivement nationales, le juge interne possède un standard de comparaison. Dès lors qu'il existe deux normes processuelles, l'une régissant les actions purement internes, l'autre spécialement destinée à régir les actions fondées sur le droit communautaire, le juge serait en mesure d'écarter la règle formulée pour les secondes et d'appliquer celle prévue pour les premières* »²³⁸⁸. Nous précisons à ce titre que ce « *standard de comparaison* » est précisément le référentiel pertinent, c'est-à-dire le traitement accordé à la situation interne similaire. Si le juge national considère, notamment après renvoi préjudiciel à la Cour de justice, que le principe d'équivalence est méconnu, il aura à remplacer la règle prévue pour la situation européenne par celle prévue pour la situation interne²³⁸⁹. En d'autres termes, il s'agit pour lui d'écarter l'application d'une règle nationale pour lui substituer une autre règle nationale préexistante.

551. Cette présentation se confirme dans la jurisprudence de la Cour de justice. Certes, elle reste assez prudente et formule rarement des directives franches à l'adresse des juges nationaux. Même lorsque le principe d'équivalence semble, à ses yeux, méconnu, la Cour de justice retient parfois l'affirmation suivante : « *face à une norme de droit incompatible avec le droit de l'Union directement applicable, le juge national est tenu d'écarter l'application de cette norme nationale, étant entendu que cette obligation ne limite pas le pouvoir des juridictions nationales compétentes d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit de l'Union* »²³⁹⁰. La substitution précédemment décrite ne semble finalement être qu'une option et non

²³⁸⁷ A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité : « dans la mesure où le juge considère que les modalités prévues en droit national rendent pratiquement impossible l'exercice du droit tiré par le justiciable d'une disposition communautaire, il n'est pas certain qu'il puisse assouplir de son propre chef de telles modalités » (p. 513).

²³⁸⁸ *Ibid.*

²³⁸⁹ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité : l'auteur insiste sur la différence entre les principes d'équivalence et d'effectivité quant aux conséquences à tirer lorsqu'ils sont méconnus. Il souligne que le premier « impose au juge national d'écarter une règle nationale et de lui substituer une autre "non-discriminatoire" » (p. 164) alors que le second, lui, n'implique que d'écarter la règle nationale contraire.

²³⁹⁰ Voir not. CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 33.

une véritable obligation à l'attention du juge national pour faire respecter le principe d'équivalence. Dans l'absolu, écarter l'application de la règle – issue du traitement accordé à la situation européenne – suffit. Cette prudence se justifie dès lors que seul le juge a « *une connaissance directe des modalités d'exercice des recours [internes]* »²³⁹¹. À ce titre, lui seul est à même de décider si une substitution est nécessaire ou si, au contraire, une exclusion est suffisante.

552. La Cour de justice se montre parfois plus précise. Elle invite le juge national à opérer concrètement cette substitution par une interprétation conforme ou conciliante du droit national²³⁹². En d'autres termes, pour faire respecter le principe d'équivalence, le juge national doit interpréter la règle qui affecte uniquement la situation interne pour en étendre le champ d'application afin d'y intégrer la situation européenne. De cette manière, l'alignement est opéré. La Cour de justice l'affirme dans un arrêt *Leffler*, dans lequel elle indique que le juge doit « *interpréter une règle nationale qui a été élaborée en ayant uniquement en vue une situation purement interne afin de l'appliquer à la situation transfrontalière en cause* »²³⁹³. L'utilisation de cette technique de l'interprétation conforme permet, sans nul doute, de faire respecter efficacement le principe d'équivalence tout en préservant au mieux l'autonomie des États membres²³⁹⁴. En effet, la Cour de justice rappelle régulièrement que « [le] principe d'interprétation conforme requiert (...) que les juridictions nationales fassent tout ce qui relève de leur compétence, en prenant en considération l'ensemble du droit interne et en faisant application des méthodes d'interprétation reconnues par celui-ci, aux fins de garantir la pleine effectivité [du droit de l'Union] en cause (...) »²³⁹⁵ tout en excluant « *une interprétation contra legem du droit national* »²³⁹⁶.

553. Enfin, exceptionnellement, la Cour de justice se montre assez directive, notamment dans certains domaines déjà étudiés²³⁹⁷. Le juge national est ainsi tenu de soulever d'office un moyen fondé sur le droit de l'Union lorsque le droit interne le lui permet pour un moyen similaire fondé sur le droit interne. Il en va de même concernant la possibilité de revenir sur un acte définitif, administratif ou juridictionnel. Pour rappel,

²³⁹¹ Pour exemple, voir CJUE, ord., 17 juillet 2014, *Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 37.

²³⁹² Dans ce sens, voir not. M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494 : « *Si les juges de renvoi constatent que ces dernières règles sont moins avantageuses, ils doivent refuser de les appliquer, de telle sorte que les contribuables intéressés puissent obtenir un remboursement opéré conformément à des règles qui ne sont pas moins avantageuses que celles qui s'appliqueraient s'ils réclamaient la répétition d'un impôt prélevé en violation du droit national* » (pt. 35).

²³⁹³ CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, aff. C-443/03, Rec. p. I-9611, pt. 51.

²³⁹⁴ En ce sens, D.-U. GALETTA, *op. cit.*, pp. 27-29.

²³⁹⁵ Pour exemple, CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 101.

²³⁹⁶ *Ibid.*, pt. 100.

²³⁹⁷ Cf. *supra*, pt. 522 et suivants.

la Cour de justice indique que « *si les règles de procédure internes applicables comportent la possibilité, sous certaines conditions, pour le juge national de revenir sur une décision (...) pour rendre la situation compatible avec le droit national, cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, prévaloir, si ces conditions sont réunies, afin que soit restaurée la conformité de la situation en cause avec le droit de l'Union* »²³⁹⁸. Dans ces hypothèses, le message de la Cour de justice est clair : si le juge national n'accorde pas à la situation européenne le même traitement prévu pour ces situations internes similaires, il méconnaît le principe d'équivalence. Un strict alignement est donc exigé.

§2 : Une exigence permettant de bénéficier des avantages et protections offerts par l'ordre juridique national

554. En s'appuyant sur le droit national existant, l'exigence issue du principe d'équivalence permet à la situation européenne de bénéficier de toutes les potentialités offertes par l'ordre juridique interne. Les modalités et conditions dans lesquelles la norme européenne doit être appliquée ne sont jamais exhaustivement arrêtées par l'Union européenne. Des questions imprévues peuvent se poser au moment de sa mise en œuvre dans l'ordre juridique interne et sans que les réponses n'aient été anticipées par l'Union européenne. Ces zones d'ombre, pour ne pas dire ces imperfections²³⁹⁹, dans l'application du droit de l'Union sont compensées par le renvoi au droit national et aux autorités nationales. Le principe d'équivalence régit à cet égard l'ensemble des dispositions nationales susceptibles de participer à la mise en œuvre du droit de l'Union, même les plus insoupçonnées. S'assurer du respect du principe d'équivalence a donc un aspect rassurant²⁴⁰⁰. Si des difficultés ou des problèmes surviennent, et si aucune réponse n'a été prévue par l'ordre juridique de l'Union, ce principe garantit *a minima* que l'État membre y apportera les mêmes réponses que si ces difficultés ou problèmes similaires se posaient pour l'application de son propre droit.

555. Plus généralement, l'avantage du principe d'équivalence se manifeste de deux manières. La première, quoiqu'en partie obsolète actuellement, renvoie à une présomption selon laquelle le respect du principe d'équivalence implique le respect du principe d'effectivité. Autrement dit, si l'État membre accorde parfaitement à la situation européenne un traitement équivalent à celui qu'il accorde à des situations internes

²³⁹⁸ CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 30.

²³⁹⁹ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Conclusions », in *Droits nationaux et droit de l'Union européenne : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis* précité, pp. 179-186, spéc. p. 185. Sur cette idée, cf. *supra*, pt. 101-102.

²⁴⁰⁰ En ce sens, G. REISCHL, conclusions sur CJCE, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79 précité, p. 1272.

similaires, les probabilités sont grandes pour que le principe d'effectivité – ainsi que d'autres exigences connexes, comme la protection juridictionnelle effective – soit bien respecté. En caricaturant le trait, le respect du principe d'équivalence apparaît alors comme une garantie *presque* suffisante pour conclure à l'effectivité du traitement national accordé à la situation européenne (A.). La seconde, plus concrète et actuelle, désigne l'instrumentalisation poussée de l'ordre juridique interne. Plus simplement, le principe d'équivalence permet à l'Union européenne de bénéficier de domaines juridiques relevant de la compétence des États membres et qui lui sont normalement inaccessibles. L'exigence d'équivalence offre ainsi à la situation européenne des protections ou des garanties qui n'auraient pas pu être imposées par l'Union européenne (B.).

A. Une exigence d'équivalence presque suffisante en elle-même pour éprouver l'effectivité du traitement national

556. Certains éléments présents dans la jurisprudence permettent d'envisager l'affirmation suivante : il suffit que le traitement national accordé à la situation européenne respecte le principe d'équivalence pour qu'il soit considéré pleinement apte à préserver l'effet utile du droit de l'Union. Une telle idée semble pourtant absurde. Même en l'absence de réglementation européenne relative aux modalités d'application du droit de l'Union, il existe d'autres exigences qui visent à encadrer le traitement national accordé à la situation européenne. Ces exigences ne se confondent pas avec principe d'équivalence. Le principe d'effectivité²⁴⁰¹ et la protection juridictionnelle effective²⁴⁰² en sont deux exemples représentatifs. Même lorsque le principe d'équivalence est respecté, ces principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective peuvent désavouer le traitement national accordé à la situation européenne ; auquel cas, c'est qu'il ne permet pas une mise en œuvre suffisamment effective ou protectrice du droit de l'Union. Plus encore, le strict respect du principe d'équivalence n'autorise pas l'État membre à négliger ces autres principes. Nous l'avons déjà évoqué, dans son arrêt *San Giorgio*, la Cour de justice l'affirme très explicitement : « *l'exigence [d'équivalence] formulée par la Cour ne saurait être entendue comme justifiant des mesures législatives destinées à rendre pratiquement impossible tout remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire, à condition que le même traitement soit étendu aux contribuables qui ont des réclamations similaires à faire valoir en raison d'une méconnaissance du droit fiscal national* »²⁴⁰³. Ce n'est donc pas parce que la situation

²⁴⁰¹ Cf. *supra*, pt. 178.

²⁴⁰² Cf. *supra*, pt. 190 et suivants.

²⁴⁰³ CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec.* p. 3595, pt. 16.

européenne est traitée de la même manière que les situations internes similaires que son traitement est satisfaisant ; encore faut-il qu'il respecte les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective.

557. Dans ces conditions, comment envisager le fait que le seul respect du principe d'équivalence suffit ? Pour le comprendre, il nous faut contextualiser cette idée. Le principe d'équivalence se présente comme une exigence primordiale (*stricto sensu*), un principe qui doit être contrôlé avant toute autre exigence. Autrement dit, pour qu'un traitement national soit considéré comme satisfaisant, il doit *d'abord* passer le test du principe d'équivalence²⁴⁰⁴. S'il échoue, il sera *de facto* considéré comme défaillant, sans qu'il soit besoin d'appliquer d'autres principes. Respecter le principe d'équivalence est en un sens le strict minimum pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Ce n'est que si ce traitement national respecte bien ce principe qu'il est possible de l'éprouver au regard des principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective. Pour citer M. BOBEK, « *si et seulement si une règle nationale est équivalente mais inefficace, l'exigence d'effectivité s'élèvera et il sera demandé à l'État membre d'aller au-delà de l'équivalence* »²⁴⁰⁵.

558. Le principe d'équivalence constitue donc l'exigence première que le traitement national accordé à la situation européenne doit respecter. Si tel est le cas, alors il peut être présumé comme suffisant pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Évidemment, cette présomption peut être renversée si les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective sont méconnus. Malgré tout, le respect du principe d'équivalence invite à supposer que, *prima facie*, le traitement national ne mérite pas d'être discuté. Cette idée se manifeste dans les arrêts de la Cour de justice rendus lorsque le principe d'équivalence venait d'être dégage, à la suite des arrêts *Rewe* et *Comet*²⁴⁰⁶. Schématiquement, de 1976 au milieu des années 1980, ces arrêts laissaient entendre que respecter le principe d'équivalence semblait presque suffire. Par exemple, dans son arrêt *BayWa*, la Cour considère que « [la] **seule** exigence qui doit être formulée (...)

²⁴⁰⁴ Voir not. N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, 6 juin 2013, *Donau Chemie e.a.*, aff. C-536/11, ECLI:EU:C:2013:366 : « J'ai décidé de répondre aux questions préjudicielles dans l'ordre inverse de celui dans lequel elles ont été posées, parce que je considère qu'il est plus logique dans cette affaire de discuter en premier du principe d'équivalence, bien qu'il s'agisse de la seconde question déferée par la juridiction nationale. Selon moi, il en va ainsi parce que, vu sous l'angle des limites de l'autonomie de la procédure nationale, la question de l'équivalence précède logiquement la question de l'efficacité » (pt. 30).

²⁴⁰⁵ M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité : « If and only if a national rule is equivalent but ineffective, the requirement of effectiveness will be raised and the Member State will be asked to go beyond equivalence » (p. 318). L'auteur réitère, en la nuancant légèrement, cette idée dans de récentes conclusions (CJUE, 17 mars 2021, *An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne*, aff. C-64/20, ECLI:EU:C:2021:207). Il insiste sur le fait que « [des] exemples peuvent être trouvés pour différentes approches. Ces approches fluctuent entre, d'une part, une position plutôt favorable aux États membres où l'équivalence suffit en général et, d'autre part, des affirmations inflexibles de l'effectivité, dans le cadre de laquelle un État membre doit aller (bien) au-delà de ce qui est normalement possible en vertu de son droit national » (pt. 47).

²⁴⁰⁶ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

du point de vue communautaire consiste en ce que les autorités nationales procèdent, en la matière, avec la même diligence que celle dont elles usent dans la mise en œuvre de législations nationales correspondantes, de manière à éviter toute atteinte à l'efficacité du droit communautaire »²⁴⁰⁷.

Autrement dit, il suffit que les États membres respectent le principe d'équivalence pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. S'il est respecté, le principe d'équivalence gage donc que le traitement accordé à la situation européenne sera jugé suffisant.

559. Cette position se justifie – ou plutôt, se justifiait – pour plusieurs raisons. D'abord, comme nous l'avons déjà vu, la Cour de justice semble « *partir de la prémisse qu'il existe en droit national* »²⁴⁰⁸ des traitements nationaux permettant une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Plus encore, elle considère que ces traitements nationaux sont bien susceptibles de bénéficier à des situations européennes²⁴⁰⁹. Or, dans leur grande majorité, ces traitements nationaux apparaissent aptes à assurer efficacement cette mise en œuvre du droit de l'Union. Le système d'administration indirecte, qui implique le renvoi de la mise en œuvre du droit de l'Union aux États membres, n'a de sens que si ce postulat est globalement admis²⁴¹⁰. Admettre le contraire reviendrait à priver de sens ce renvoi. Dès lors, si les traitements nationaux existants sont présumés satisfaisants dans leur globalité pour assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union, le respect du principe d'équivalence suffit presque. Les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective visent, quant à eux, à éprouver cette présomption, en dénonçant *ponctuellement* ou *occasionnellement* certains traitements qui s'avèrent en réalité insuffisants.

560. Cette position se justifie également en raison de l'importance accordée au principe d'effectivité dans la jurisprudence postérieure aux arrêts *Rewe* et *Comet*²⁴¹¹. À cette époque, l'exigence issue de ce principe était peu contraignante : elle permettait surtout à la Cour de justice de sanctionner des traitements nationaux manifestement inefficaces. Tel que formulé dans la jurisprudence, le principe d'effectivité se limitait à

²⁴⁰⁷ CJCE, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81 précité, pt. 22.

²⁴⁰⁸ Nous généralisons l'affirmation faite par F. SCHOCKWEILER (« La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, pp. 27-50, spéc. p. 38) à propos des voies de droit nationales permettant d'engager la responsabilité de l'État.

²⁴⁰⁹ En ce sens, A. TASH, « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts : Toward a European Standard », *Colum. Jour. Trans. Law*, n°31, 1993, pp. 377-401 : « *It assumes that courts have the competence to do so, that they are hindered by national procedures or their unfamiliarity with the European law. It assumes that the resulting remedies will be suitable for European law violations. It may also assume that the national judges are sympathetic to European law – that they accept its supremacy and understand its purpose* » (p. 381).

²⁴¹⁰ Cf. *supra*, pt. 99 et suivants.

²⁴¹¹ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précités.

interdire les traitements qui rendraient « *excessivement difficile ou pratiquement impossible* » la mise en œuvre du droit de l'Union. Toutefois, comme nous le verrons²⁴¹², le principe d'effectivité, couplé avec le principe de protection juridictionnelle effective, a pris une importance croissante, au point de faire ombrage au principe d'équivalence. Comme le souligne G. TESAURO²⁴¹³, notamment à partir de son arrêt *Francovich*²⁴¹⁴, la Cour de justice apprécie l'effectivité des traitements nationaux sans prendre en considération ce qui existe dans les ordres juridiques nationaux. Il a pu en découler une forme de « *prééminence* »²⁴¹⁵ du principe d'effectivité sur le principe d'équivalence, qui ne deviendrait qu'une « *référence accessoire* »²⁴¹⁶. Apprécier si le traitement national est satisfaisant se ferait, *in fine*, uniquement ou principalement sur la base du principe d'effectivité, couplé avec la protection juridictionnelle effective ; le respect du principe d'équivalence ne devenant que secondaire.

561. Nous convenons que cette idée, selon laquelle le respect du principe d'équivalence laisse présager d'un traitement national suffisant à assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union, est discutable. La place croissante du principe d'effectivité²⁴¹⁷ la rend très fragile, sinon obsolète. Si cette présomption était pertinente un temps, elle s'est érodée. De plus, dans ses arrêts, il est fréquent que la Cour de justice ignore purement et simplement le principe d'équivalence pour ne se focaliser que sur le principe d'effectivité²⁴¹⁸. De plus, il lui arrive d'étudier le principe d'équivalence *après* le principe d'effectivité²⁴¹⁹ – ce qui apparaît contraire à la logique que nous avons décrite²⁴²⁰. Néanmoins, ces constats ne remettent pas en cause nos propos précédents. Cette vision des choses minimise, voire occulte, la prémisse selon laquelle les ordres juridiques nationaux sont considérés dans leur ensemble comme proposant des traitements satisfaisants. L'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice, y compris celle relative au principe d'effectivité, n'a jamais remis fondamentalement en cause cette

²⁴¹² Cf. *infra*, pt. 864 et suivants.

²⁴¹³ G. TESAURO, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts », *YEL*, n°13, 1993, pp. 1-17 : « *it now goes as far as to examine the protection of Community rights provided by the national courts is consistent with the Community system as a whole, whereas, in the past, its case-law tended to imply that the national courts simply ensure that rights arising under Community law enjoy a level of protection identical to the one which rights flowing from national laws enjoy* » (pp. 2-3).

²⁴¹⁴ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 35.

²⁴¹⁵ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102, spéc. p. 82.

²⁴¹⁶ F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTDE* 2012, pp. 594-29-594-55, spéc. p. 594-39.

²⁴¹⁷ Sur ce sujet, cf. *infra*, pt. 846 et suivants.

²⁴¹⁸ Pour exemple, CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, *Rec. p.* I-12849 ; CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742.

²⁴¹⁹ Pour exemple, CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

²⁴²⁰ N. POLTORAK, *op. cit.* : « *in practice it is irrelevant which requirements is analysed first* » (p. 87).

idée²⁴²¹ : elle n'a fait qu'accentuer les attentes pesant sur ces traitements nationaux. Il serait exagéré de considérer que cette jurisprudence a eu pour effet de nier le fait que les ordres juridiques nationaux soient globalement considérés comme aptes à assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Ils le restent toujours, même actuellement. Ce n'est qu'à la marge, de manière ponctuelle, que les traitements nationaux existants sont examinés ou remis en question. Au-delà de ces hypothèses marginales, le principe d'équivalence vise à ce que la situation européenne bénéficie, généralement, de ces traitements nationaux présumés effectifs.

B. Le bénéfice d'une protection potentiellement supérieure à celle exigée par l'Union européenne

562. Le plus grand avantage qu'offre le principe d'équivalence pour garantir l'effectivité de la mise en œuvre du droit de l'Union se manifeste lorsque le référentiel identifié s'avère clairement plus favorable au traitement requis par d'autres exigences européennes. Sans appliquer le principe d'équivalence, l'Union européenne et la Cour de justice ne peuvent imposer à l'État membre un traitement aussi protecteur ou favorable pour la situation européenne. En d'autres termes, rien dans l'ordre juridique de l'Union ne requiert qu'un traitement national soit aussi profitable à une situation européenne. Imposer systématiquement un double degré de juridiction²⁴²², exiger de revenir sur une décision juridictionnelle contraire au droit de l'Union, attendre que des sanctions de nature pénale soient infligées aux violations du droit de l'Union ou encore qu'un recours direct soit ouvert pour contester une loi contraire au droit de l'Union²⁴²³ en sont des exemples. Seul le principe d'équivalence permet à la situation européenne de bénéficier de tels avantages. Dès lors que le droit interne offre ces possibilités pour des situations internes similaires, elles doivent également s'appliquer à la situation européenne. Pour résumer, « *respecter le principe d'équivalence peut conduire à une situation où [la situation européenne] bénéficie d'un standard de protection plus élevé que celui fourni par le droit de l'Union.* »

²⁴²¹ En ce sens, G. TESAURO, *op. cit.* : « *it is right and proper that preliminary rulings should be sought from the Court of Justice only in exceptional cases, both because national proceedings are thereby considerably protracted, and because, at the present stage, Community law should by now be seen as a routine component of the rules applicable to everyday litigation* » (p. 17 – nous soulignons).

²⁴²² Voir CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst c. Toeslagen* (Effet suspensif de l'appel), aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 37 et suivants.

²⁴²³ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, dont l'analyse proposée par K. LENAERTS, « The decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness » précité, pp. 1064-1065.

Une telle chose se produit quand le standard de protection fournit pour [une situation interne similaire] est plus important que le standard européen »²⁴²⁴.

563. Le principe d'équivalence offre à la situation européenne un traitement national qui présente des avantages qui n'étaient pas attendus. Nous proposons de les étudier selon deux catégories. La première regroupe des avantages mineurs. Ils ne constituent qu'un léger renforcement de la protection de la situation européenne (1.). La seconde catégorie concerne les avantages *a priori* hors de portée pour l'Union européenne, ceux qui n'auraient pas pu être requis par l'ordre juridique européen. L'avantage du principe d'équivalence atteint son paroxysme puisqu'il permet à la situation européenne de bénéficier de tels avantages (2.).

1. Le bénéfice d'avantages mineurs

564. Les avantages que nous appelons *mineurs* désignent ceux qui ne sont pas absolument indispensables pour assurer – abstraitement – une mise en œuvre effective du droit de l'Union européenne. Dans l'absolu, les institutions européennes ou la Cour de justice auraient été en mesure d'exiger explicitement des États membres qu'ils prévoient de tels avantages au bénéfice de la situation européenne. Or, pour ce qui nous intéresse, tel n'est pas le cas. Quelle qu'en soit la raison, l'ordre juridique européen n'a pas requis de tels avantages. Le principe d'équivalence permet alors de remédier à cette situation. Dès lors que ce régime favorable s'applique à des situations internes similaires, il doit bénéficier à la situation européenne.

565. Ces avantages sont évidemment les plus communs. Par exemple, en matière de délai de forclusion, la Cour de justice considère régulièrement qu'une durée de trois ans est jugée raisonnable et permet donc de respecter le principe d'effectivité²⁴²⁵. Cependant, si une durée plus favorable est prévue pour des recours similaires, le principe d'équivalence commande que cette durée s'applique pour le recours fondé sur le droit de l'Union. L'arrêt *Q-Beef*²⁴²⁶ en est une illustration. En droit national, un délai de prescription de 5 ans s'applique aux recours en répétition de l'indu. Une telle durée apparaît conforme au principe d'effectivité²⁴²⁷. Dès lors, la Cour de justice n'y voit aucun problème tant que le principe d'équivalence est respecté, c'est-à-dire « *pour autant que le*

²⁴²⁴ N. POLTORAK, *op. cit.* : « Fulfilling the requirement of equivalence may lead to a situation in which the Union claim enjoys a higher standard of protection than the one provided for in EU law. It will so happen when the standard of protection provided for similar domestic claims is higher than the Union standard » (p. 81).

²⁴²⁵ Voir pour exemples : CJUE, *Barth*, aff. C-542/08 précité, pt. 29 ; CJUE, 14 juin 2017, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16, ECLI:EU:C:2017:454, pt. 42.

²⁴²⁶ CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, *Rec.* p. I-7819.

délai de prescription de cinq ans s'applique à toutes les créances sur l'État (...) et que son applicabilité ne dépend pas de la question de savoir si ces créances découlent d'une violation du droit national ou du droit de l'Union »²⁴²⁸.

566. Il est des hypothèses dans lesquelles l'avantage procuré par le principe d'équivalence est beaucoup plus manifeste. Tel est le cas lorsque l'application du traitement accordé à la situation interne permet de combler, sur certains aspects, les silences ou imprécisions du législateur européen. Plusieurs illustrations peuvent être mentionnées à ce titre. Dans un arrêt *Surgicare*²⁴²⁹, la Cour de justice s'attarde sur une procédure permettant l'audition d'un contribuable soupçonné d'un abus de droit en matière fiscale. Cette procédure nationale n'a toutefois pas été instituée pour s'appliquer à des cas de fraude à la TVA. Cependant, aux yeux de la Cour, celle-ci est jugée efficace pour « garantir [au contribuable] le respect de certains droits fondamentaux, notamment celui d'être entendu »²⁴³⁰ en ce qu'elle « [ne] va [pas], en elle-même, à l'encontre de l'objectif de la lutte contre la fraude l'évasion fiscale et les abus éventuels »²⁴³¹, tel que protégé par l'ordre juridique de l'Union. En d'autres termes, la Cour de justice y voit un traitement national qui parvient à un compromis entre les droits fondamentaux des contribuables et la lutte contre la fraude à la TVA. Le droit de l'Union ne prévoyait toutefois rien d'explicite ou de précis sur cette question. Dès lors, ainsi que le relève la Cour de justice, « il ne saurait être exclu que le respect du principe d'équivalence nécessite l'application de [cette] procédure (...) lorsqu'un contribuable est soupçonné d'une fraude à la TVA »²⁴³².

567. Dans la même optique, le principe d'équivalence permet à la Cour de justice d'envisager des régimes nationaux permettant de remédier à une violation préjudiciable du droit de l'Union pour un particulier. Au-delà des recours déjà évoqués que sont la répétition de l'indu et la responsabilité, la Cour de justice s'est prononcée sur une demande en rétablissement des droits²⁴³³ en matière électorale. Dans son arrêt *Eman*

²⁴²⁷ *Ibid.*, pt. 36-37.

²⁴²⁸ *Ibid.*, pt. 35.

²⁴²⁹ CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-662/13, ECLI:EU:C:2015:89.

²⁴³⁰ *Ibid.*, pt. 29.

²⁴³¹ *Ibid.*, pt. 32.

²⁴³² *Ibid.*, pt. 31.

²⁴³³ Ce concept est compris d'une manière assez incertaine et prudente par la Cour de justice. L'avocat général A. TIZZANO (conclusions sur CJCE, 12 septembre 2006, *Espagne c. Royaume-Uni*, aff. C-145/06, *Rec.* p. I-7917) fait le constat suivant : « nous devons dire que nous avons du mal à comprendre à quoi le Conseil d'État néerlandais fait référence lorsqu'il parle de "rétablissement des droits". Nous nous demandons, en particulier, s'il pense à une éventuelle indemnisation des préjudices moraux, à une rectification des résultats des élections, à l'organisation de nouvelles élections ou à autre chose encore » (pt. 169). En somme, peu importe véritablement ce dont il est question pourvu que ce "rétablissement des droits" offre un avantage supplémentaire pour le bon respect du droit de l'Union.

et *Sevinger*, la Cour note que « la détermination des titulaires du droit de vote et d'éligibilité aux élections au Parlement européen ressortissant à la compétence de chaque État membre, il s'ensuit que les contestations relatives aux dispositions nationales définissant ces titulaires relèvent également du droit national »²⁴³⁴. Les conséquences de l'irrégularité de ces dispositions nationales, empêchant notamment un particulier de se présenter aux élections, relèvent tout autant du droit national. La question se pose alors : un particulier lésé peut-il demander le rétablissement de ses droits ? L'ordre juridique européen est silencieux sur cette question : pour la Cour de justice, la possibilité d'engager la responsabilité de l'État suffit²⁴³⁵. Toutefois, en se fondant implicitement sur le principe d'équivalence, la Cour envisage l'application de ce mécanisme de rétablissement des droits pour la situation européenne en cause. Elle affirme surtout que « [pour] apprécier le rétablissement des droits approprié, le juge national pourra utilement se référer aux modalités de rétablissement des droits prévues en cas de violation des règles nationales dans le cadre d'élections à des institutions de l'État membre »²⁴³⁶.

568. Le droit des sanctions visant à réprimer les violations au droit de l'Union est l'illustration traditionnelle de ce rôle joué par le principe d'équivalence. Pour mémoire, à l'issue de son arrêt *Commission contre Grèce*, la Cour de justice a affirmé que « tout en conservant le choix des sanctions, [les États membres] doivent notamment veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions, **de fond** et de procédure, qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national **d'une nature** et d'une importance similaires »²⁴³⁷. Nous l'avons vu, le principe d'équivalence impose à ce titre que les États membres adoptent des sanctions qui soient substantiellement²⁴³⁸ similaires à celles instituées en droit interne. Dès lors, si des sanctions pénales sont prévues pour des situations internes similaires, le principe d'équivalence implique que des sanctions pénales s'appliquent également pour une situation européenne. Comme le note L. COUTRON, « l'alignement des sanctions applicables aux violations équivalentes du droit national et du droit de l'Union européenne produit un **puissant levier** de pénalisation des sanctions »²⁴³⁹. Le principe d'équivalence permet ainsi à l'Union européenne de s'assurer que les violations

²⁴³⁴ CJCE, 12 septembre 2006, *Evan et Sevinger*, aff. C-300/04, *Rec.* p. I-8055, pt. 66.

²⁴³⁵ *Ibid.*, pt. 69-70.

²⁴³⁶ *Ibid.*, pt. 68.

²⁴³⁷ CJCE, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88 précité, pt. 24.

²⁴³⁸ Cf. *supra*, pt. 437.

²⁴³⁹ L. COUTRON, « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161-190, spéc. p. 170 (nous soulignons). Voir également R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 887-936, spéc. pp. 915 et suivantes. Pour un propos beaucoup plus

au droit de l'Union soient, le cas échéant, réprimées pénalement. Certes, l'Union européenne est compétente pour édicter directement une telle exigence²⁴⁴⁰. Cette hypothèse reste toutefois assez exceptionnelle²⁴⁴¹. D'une manière générale, la Cour de justice rappelle que le principe d'effectivité requiert des sanctions nationales effectives et dissuasives « *sans toutefois imposer, en principe, que ces sanctions soient d'une nature particulière* »²⁴⁴² et notamment d'une nature pénale. Le principe d'équivalence permet malgré tout d'exiger que des sanctions pénales soient instituées vis-à-vis d'une situation européenne²⁴⁴³.

569. Deux ultimes et récents exemples méritent d'être évoqués. Ils indiquent bien en quoi le principe d'équivalence permet une « *exploitation **intensive** des virtualités procédurales du droit national* »²⁴⁴⁴. Pour ces deux exemples, l'Union européenne aurait été en mesure d'imposer directement de telles exigences favorables à la mise en œuvre du droit de l'Union. Chacun porte sur la protection juridictionnelle effective à accorder à un particulier souhaitant se voir appliquer le droit de l'Union. Dans ce domaine, la Cour de justice n'hésite pas à faire preuve d'un certain activisme. Néanmoins, dans ces deux exemples, quelle qu'en soit la raison, tel n'a pas été le cas. Le principe d'équivalence permet malgré tout de bénéficier de ces avantages en exploitant les potentialités offertes par le droit national.

nuancé, sinon *contra*, voir D. FLORE, *Droit pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014, pp. 306 et suivantes, spéc. p. 308.

²⁴⁴⁰ Voir not. la convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes (dite Convention PIF), signée à Bruxelles le 26 juillet 1995 (JOCE, C 316, du 27 novembre 1995, p. 49) qui exige qu'une fraude portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union doit être sanctionnée pénalement (art. 2).

²⁴⁴¹ La Cour de justice considère traditionnellement que « *la législation pénale et les règles de procédure pénale restent de la compétence des États membres* » (CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, Rec. p. 2595, pt. 27). Elle n'admet qu'exceptionnellement, lorsqu'une mesure pénale « *constitue une mesure indispensable* [à l'accomplissement d'une politique européenne] » (CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, Rec. p. I-7879, pt. 48), que l'Union européenne puisse intervenir dans cette matière. Sur cette question, voir not. H. LABAYLE, « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE* 2006, n°3-4, pp. 379-428 ; du même auteur, « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE* 2006, pp. 1-46.

²⁴⁴² CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 33. La Cour de justice précise à ce titre que « *les États membres disposent d'une liberté de choix des sanctions applicables, lesquelles peuvent prendre la forme de sanctions administratives, de sanctions pénales ou d'une combinaison des deux* » (pt. 34).

²⁴⁴³ Résumant cette idée, voir C. HAGUENAU, « Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire », *RMC* 1993, n° 367, pp. 351-361 : « *L'obligation d'adopter des sanctions non discriminatoires, proportionnées, efficaces peut signifier dans certains cas que les États membres devront mettre en œuvre la législation pénale nationale afin d'assurer le respect du droit communautaire, en particulier lorsque les violations de dispositions nationales "similaires" sont pénalement sanctionnées (...)* » (p. 356).

²⁴⁴⁴ D. SIMON, « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 481-493, spéc. p. 485 (nous soulignons).

570. Le premier exemple nous est donné par l'arrêt *Belastingdienst contre Toeslagen*²⁴⁴⁵. Le litige portait sur les voies de recours contre des décisions de retour ou d'éloignement en matière de protection internationale. La Cour de justice affirme très clairement que sa jurisprudence et les dispositifs européens, y compris l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux²⁴⁴⁶, « [n'imposent pas] l'existence d'un double degré de juridiction »²⁴⁴⁷ pour la contestation de telles décisions. *A fortiori*, le droit de l'Union est tout aussi silencieux sur un éventuel effet suspensif d'un appel. Cependant, selon les informations fournies par le juge national, « dans certains domaines du droit administratif autres que le domaine de la protection internationale, le droit [national] assortit les appels d'un effet suspensif de plein droit »²⁴⁴⁸. Dès lors, selon la Cour de justice, si ces situations internes sont bien similaires avec la situation européenne étudiée²⁴⁴⁹, le justiciable qui conteste une décision de retour ou d'éloignement doit être autorisé à faire un appel suspensif s'il est débouté devant la juridiction de premier ressort.

571. Notre second exemple est l'arrêt *EOS KSI Slovensko*²⁴⁵⁰. La question posée était assez simple : la protection des consommateurs reconnue par le droit de l'Union, notamment dans la directive 93/13 déjà évoquée²⁴⁵¹, implique-t-elle qu'une association puisse aider un consommateur dans un litige ? Nous l'avons vu, dans ce domaine, la Cour de justice a développé une jurisprudence abondante pour accentuer cette protection. Toutefois, sur cette question précise²⁴⁵², rien n'est explicitement prévu par l'ordre juridique européen. La Cour considère d'ailleurs que le principe d'effectivité n'est pas méconnu si le droit interne interdit ou limite fortement la possibilité pour une telle association de soutenir un consommateur dans le cadre d'un litige individuel²⁴⁵³. Le juge de renvoi estime toutefois que, pour des recours similaires fondés sur le droit interne, l'intervention d'associations est autorisée et même facilitée par rapport à ce qui est prévu

²⁴⁴⁵ CJUE, *Belastingdienst c. Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17 précité.

²⁴⁴⁶ La Cour souligne que même le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme n'impose pas une telle exigence (*ibid.*, pt. 35-36).

²⁴⁴⁷ *Ibid.*, pt. 34.

²⁴⁴⁸ *Ibid.*, pt. 45.

²⁴⁴⁹ La Cour est assez dubitative sur ce sujet (*ibid.*, pt. 45) et laisse donc au juge national le soin de trancher définitivement (*ibid.*, pt. 46).

²⁴⁵⁰ CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745.

²⁴⁵¹ Cf. *supra*, pt. 388.

²⁴⁵² La Cour rappelle certes « [qu'il] ressort de l'article 7, paragraphe 2, de cette directive que ces moyens comprennent la possibilité pour des personnes ou des organisations ayant un intérêt légitime à protéger les consommateurs de saisir les tribunaux afin de faire déterminer si des clauses rédigées en vue d'une utilisation généralisée présentent un caractère abusif et d'obtenir, le cas échéant, leur interdiction » (pt. 34). Elle note toutefois que, « dans le cadre de litiges individuels impliquant un consommateur » (pt. 35), rien n'est prévu.

²⁴⁵³ *Ibid.*, pt. 41-42. Voir également CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost*, aff. C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101 dans lequel la Cour de justice énonce cette position y compris sur le fondement de l'article 47 de la Charte (pt. 53).

pour un recours fondé sur le droit de l'Union²⁴⁵⁴. Dans ces conditions, toujours si ces informations sont exactes et si les recours sont bien similaires²⁴⁵⁵, le principe d'équivalence commande que des associations de protection des consommateurs puissent venir, dans les mêmes conditions – donc facilement –, au soutien d'un consommateur dans un litige individuel²⁴⁵⁶.

2. *Le bénéfice d'avantages normalement inaccessibles*

572. Le traitement accordé à la situation européenne, dans le respect du principe d'équivalence, est susceptible d'offrir certains avantages qui n'auraient jamais pu être imposés, dans les mêmes conditions, directement par l'ordre juridique européen. Ceux-ci se distinguent de ceux précédemment étudiés, qui n'ont pas été exigés pour des raisons politiques ou juridiques plus ou moins affichées. Dans l'absolu, l'ordre juridique européen aurait pu commander aux États membres, notamment au nom des principes de primauté, d'effectivité ou de protection juridictionnelle effective, que le traitement accordé à la situation européenne offre de tels avantages. Le principe d'équivalence permet ainsi de corriger ou d'atténuer le silence, l'oubli ou le refus de l'Union européenne de les reconnaître directement. Le principe d'équivalence joue un rôle beaucoup plus important pour les avantages qui suivront. Le fait que l'ordre juridique européen ne reconnaît pas ces avantages n'apparaît pas comme le résultat d'un choix, conscient ou inconscient. Ils étaient en réalité inaccessibles, hors de sa portée – là encore, pour une raison ou pour une autre. Ils ne pouvaient être raisonnablement exigés par l'Union européenne. Le principe d'équivalence permet malgré tout à la situation européenne de bénéficier de ces avantages. Deux exemples l'illustrent²⁴⁵⁷ : l'assouplissement des conditions dans lesquelles la responsabilité de l'État est engagée (a.) et les dérogations à l'autorité de la chose jugée (b.).

²⁴⁵⁴ *Ibid.*, pt. 37.

²⁴⁵⁵ *Ibid.*, pt. 40.

²⁴⁵⁶ *Ibid.*, pt. 39.

²⁴⁵⁷ Un autre exemple déjà évoqué renvoie au relevé d'office d'une violation du droit de l'Union. Sauf vis-à-vis de certaines dispositions, comme la directive 93/13 (cf. *supra*, pt. 388), la Cour de justice renvoie totalement cette possibilité au droit national. Voir récemment CJUE, 7 septembre 2021, *Klaipėdos regiono atlieku tvarkymo centras*, aff. C-927/19, ECLI:EU:C:2021:700 : en vertu du principe d'équivalence, « *une juridiction nationale ne peut soulever d'office le moyen tiré de la violation, par un opérateur économique, de l'article 57, paragraphe 4, de la directive 2014/24 que si son droit national l'y habilite* » (pt. 147).

a. Des assouplissements aux conditions d'engagement de la responsabilité de l'État

573. Le premier domaine concerne le régime d'une action en responsabilité de la puissance publique²⁴⁵⁸ pour violation du droit de l'Union. Nous l'avons vu, dans ses arrêts *Francovich*²⁴⁵⁹ et *Brasserie du pêcheur*²⁴⁶⁰, la Cour de justice a imposé plusieurs exigences dans ce domaine. D'une part, le principe que l'État membre doit réparer « *les dommages causés aux particuliers par des violations du [droit de l'Union] est inhérent au système du traité* »²⁴⁶¹. Une action en justice permettant d'engager sa responsabilité doit donc toujours être reconnue par le droit interne. D'autre part, la mise en œuvre de cette responsabilité se fait selon certaines conditions, à savoir que « *la règle de droit violée ait pour objet de conférer des droits aux particuliers, que la violation soit suffisamment caractérisée, enfin, qu'il existe un lien de causalité direct entre la violation de l'obligation qui incombe à l'État et le dommage subi par les personnes lésées* »²⁴⁶². La Cour indique que « [ces] conditions sont suffisantes »²⁴⁶³ pour engager la responsabilité de l'État. Ce système, édicté par la Cour de justice et imposé aux ordres juridiques nationaux, se veut globalement équivalent à celui qui régit le droit de la responsabilité de l'Union européenne. La Cour ne fait qu'étendre les conditions de la responsabilité de l'Union à celles de la responsabilité de l'État²⁴⁶⁴. Ceci étant dit, si ces exigences sont respectées, « *c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé, étant entendu que les conditions fixées par les législations nationales en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne (...)* »²⁴⁶⁵.

574. Dès lors, en comparaison des conditions des arrêts *Francovich* et *Brasserie du pêcheur*, si le droit interne prévoit des conditions permettant d'engager la responsabilité

²⁴⁵⁸ En dehors de ce régime de responsabilité, voir CJCE, 11 juillet 1996, *Syndicat français de l'Express international (SFEI) e.a.*, aff. C-39/94, Rec. p. I-3547. La Cour de justice considère que le droit de l'Union « *n'offre pas une base suffisante pour engager la responsabilité du bénéficiaire qui n'aurait pas vérifié si l'aide qu'il a reçue a été dûment notifiée à la Commission* » (pt. 74). Toutefois, si le droit interne prévoit, dans des situations similaires, que la responsabilité du bénéficiaire d'une aide puisse être engagée, « [le principe d'équivalence] *peut conduire le juge national à retenir la responsabilité du bénéficiaire d'une aide d'État versée [irrégulièrement]* » (pt. 75). Le principe d'équivalence permet ainsi à la Cour de justice d'étendre les cas où la responsabilité d'une personne (publique ou privée ici, peu importe) peut être engagée en cas de violation du droit de l'Union.

²⁴⁵⁹ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité.

²⁴⁶⁰ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité.

²⁴⁶¹ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 35 ; CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 31.

²⁴⁶² CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 51.

²⁴⁶³ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 41.

²⁴⁶⁴ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité : « *ces conditions correspondent en substance à celles que la Cour a dégagées (...) dans sa jurisprudence relative à la responsabilité de la Communauté pour des dommages causés aux particuliers par des actes normatifs illégaux de ses institutions* » (pt. 53).

²⁴⁶⁵ *Ibid.*, pt. 67.

de l'État plus favorablement²⁴⁶⁶, celles-ci doivent-elles s'appliquer si le préjudice résulte d'une violation du droit de l'Union ? Si ces conditions sont de nature procédurale²⁴⁶⁷, la réponse est évidemment positive. Un doute existe toutefois concernant des « conditions de fond »²⁴⁶⁸. Comme le souligne C. BROUELLE, « un État qui dispose en droit interne d'un régime de responsabilité plus libéral est-il contraint d'en faire bénéficier les actions intéressant le droit de l'Union (...) »²⁴⁶⁹ ? Dans une telle situation, « [les] États bénéficiant de règles plus libérales ne pourraient (...) se prévaloir du régime de responsabilité dégagé par la Cour »²⁴⁷⁰. Nous l'avons démontré²⁴⁷¹, le principe d'équivalence s'applique aussi bien à des règles procédurales qu'à des règles de fond ou d'ordre matériel. Dès lors, si un tel régime plus favorable existe, il doit bénéficier aux actions fondées sur le droit de l'Union²⁴⁷². L'arrêt *Appels au 112* l'affirme explicitement : « conformément au droit interne d'un État membre, tel qu'interprété par la jurisprudence de ses juridictions internes, **l'existence d'un lien de causalité indirect entre une violation du droit national par cet État membre et le dommage subi est jugée comme suffisante pour l'engagement de la responsabilité de l'État, en vertu du principe d'équivalence, un lien de causalité indirect entre une violation du droit de l'Union imputable à l'État membre en question et le dommage subi par les particuliers doit également être jugé comme suffisant, aux fins de l'engagement de la responsabilité dudit État membre pour cette violation** »²⁴⁷³. L'assouplissement du lien de causalité permet ainsi une meilleure protection du particulier qui revendique l'application du droit de l'Union. Il demeure que ceci n'aurait pu être imposé par la Cour de justice autrement. Les conditions minimales imposées aux États membres restent les mêmes que celles relatives à la responsabilité de l'Union²⁴⁷⁴. Seul le principe d'équivalence permet ainsi d'affirmer qu'un « lien de causalité indirect entre une violation du droit de l'Union imputable à cet État membre et le dommage subi par

²⁴⁶⁶ Voir not. CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec. p.* I-12167 : « si le droit de l'Union n'exclut en rien que la responsabilité de l'État pour violation de ce droit puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national (...), il s'oppose, en revanche, à ce que celui-ci impose des conditions supplémentaires à cet égard » (pt. 66).

²⁴⁶⁷ Pour exemple, CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité.

²⁴⁶⁸ C. BROUELLE, « La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit de l'Union », *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 937-949, spéc. 948. L'avocat général V. TRSTENJAK avait considéré, dans ses conclusions sur l'arrêt CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec. p.* I-2119, que « [le] principe d'équivalence signifie (...) que les conditions matérielles et formelles fixées par les États membres en matière de réparation des dommages ne sauraient être moins favorables que celles qui concernent des recours semblables de nature interne » (pt. 90 – nous soulignons).

²⁴⁶⁹ C. BROUELLE, *op. cit.*, p. 949.

²⁴⁷⁰ *Ibid.*

²⁴⁷¹ Cf. *supra*, pt. 438 et suivants.

²⁴⁷² Voir également CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 : la Cour rappelle que les conditions édictées par sa jurisprudence s'appliquent « sans pour autant exclure que la responsabilité de cet État puisse être engagée dans des conditions moins restrictives sur le fondement du droit national » (pt. 48).

²⁴⁷³ CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671, pt. 40.

²⁴⁷⁴ La seule option aurait été l'hypothèse hautement improbable que la Cour de justice reconnaisse un lien de causalité indirect suffisant pour engager la responsabilité de l'Union.

un particulier doit également être jugé comme suffisant, aux fins de l'engagement de la responsabilité dudit État membre pour cette violation du droit de l'Union »²⁴⁷⁵.

b. Des dérogations à l'autorité de la chose jugée

575. Le second domaine concerne le régime accordé à l'autorité de la chose jugée dans l'ordre juridique interne. Toute décision juridictionnelle qualifiée de définitive jouit de cet « *attribut* »²⁴⁷⁶. Son principal²⁴⁷⁷ effet « *consiste à interdire de recommencer le procès* »²⁴⁷⁸, de s'en tenir à ce qui a été décidé même si, ultérieurement, le bien-fondé de la décision apparaît discutable, voire irrégulier. L'Union européenne, et tout particulièrement la Cour de justice, reconnaît et protège un tel principe²⁴⁷⁹. Cependant, l'autorité de chose jugée reconnue par le droit interne permet-elle de faire échec à l'application du droit de l'Union ? Autrement dit, est-il acceptable que le droit de l'Union soit – et reste – méconnu par une décision nationale juridictionnelle définitive²⁴⁸⁰ ? Le principe de primauté semble, de prime abord, s'y opposer²⁴⁸¹. Dans son arrêt *Köbler*, la Cour de justice indique bien que la responsabilité de l'État peut être engagée si la violation du droit de l'Union découle d'une décision qui bénéficie de l'autorité de la chose jugée²⁴⁸². Dans son arrêt *Kühne & Heitz*, à certaines conditions, la Cour exige des autorités nationales de revenir sur une décision administrative contraire au droit de l'Union, même si celle-ci a été validée par une décision juridictionnelle²⁴⁸³. Dans son arrêt *Lucchini*, la Cour affirme que le droit de l'Union « *s'oppose à l'application d'une disposition du droit national visant à consacrer le principe de l'autorité de la chose jugée (...), en tant que son application fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive* »²⁴⁸⁴. Enfin, en appliquant le principe d'effectivité, la Cour de

²⁴⁷⁵ *Ibid.*, pt. 41.

²⁴⁷⁶ L. CADDIET, J. NORMAND et S. MARANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 3^e édition, 2020, p. 846.

²⁴⁷⁷ *Ibid.* : les auteurs qualifient cet effet de « *néгатif* ». Selon eux, il existe également un « *effet positif* » de l'autorité de la chose jugée : « *une autorité positive de la chose jugée revient à permettre à une partie d'invoquer la chose jugée dans un autre procès, sans pour autant qu'il y ait respect de la règle de la triple identité car il ne s'agit justement pas du même procès* » (p. 847). Les auteurs concèdent que cette vision est discutée. Quoiqu'il en soit, elle n'est pas intéressante pour notre analyse sur le principe d'équivalence.

²⁴⁷⁸ *Ibid.*, p. 847.

²⁴⁷⁹ Voir not. A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, spéc. pp. 76 et suivantes.

²⁴⁸⁰ Voir L. COUTRON, « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 13-58, spéc. pp. 32 et suivantes.

²⁴⁸¹ Sur cette question, voir not. Z. PEERBUX-BEAUGENDRE, « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, pp. 473-482. Voir également sur cette problématique CJUE, 16 juillet 2020, *UR (Assujettissement des avocats à la TVA)*, aff. C-424/19, ECLI:EU:C:2020:581, pt. 21 et suivants.

²⁴⁸² CJCE, *Köbler*, aff. C-224/01 précité, 39-40.

²⁴⁸³ CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 26.

²⁴⁸⁴ CJCE, *Lucchini*, aff. C-119/05 précité, pt. 63.

justice considère que les modalités nationales qui reconnaissent l'autorité de la chose jugée à certains jugements sont susceptibles de rendre impossible la protection de particuliers²⁴⁸⁵ ou une bonne application de dispositions européennes²⁴⁸⁶.

576. Ces arrêts de la Cour de justice ne doivent pas être mal compris²⁴⁸⁷. Leur portée reste assez modérée. Chacun ne fait que remettre en cause *très incidemment* l'autorité de la chose jugée reconnue en droit interne. Certes, la Cour considère que cette autorité ne peut pas empêcher d'engager la responsabilité de l'État, de revenir sur des décisions administratives ou de refuser la restitution d'aides d'État incompatibles avec le marché intérieur. Cependant, jamais il n'est permis de *revenir* purement et simplement sur la décision ayant autorité de chose jugée. Mentionnée dès son arrêt *Eco Swiss*²⁴⁸⁸, la Cour de justice l'affirme dans son arrêt *Köbler* : « en vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que des décisions juridictionnelles devenues définitives (...) ne puissent plus être **remises en cause** »²⁴⁸⁹. Les jurisprudences précédentes ne remettent pas en cause cette affirmation. Cette idée est très régulièrement répétée par la Cour de justice²⁴⁹⁰. Autrement dit, dès lors que l'autorité de la chose jugée est attribuée par le droit national à une décision, il n'existe aucun moyen pour la Cour de justice d'inviter le juge national à y revenir directement. Le principe d'équivalence permet d'éviter cet écueil. Comme indiqué dans l'arrêt *Impresa Pizzarotti*, « si les règles de procédure internes applicables comportent la possibilité, sous certaines conditions, pour le juge national de revenir sur une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée pour rendre la situation compatible avec le droit national, cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, prévaloir, si ces conditions sont réunies, afin que soit restaurée la conformité de la situation en cause au principal avec la réglementation de l'Union (...) »²⁴⁹¹.

577. La possibilité existante en droit interne de revenir sur une décision ayant autorité de chose jugée pour faire respecter le droit de l'Union, permise par l'application

²⁴⁸⁵ Voir not. CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 50-54.

²⁴⁸⁶ Voir not. CJUE, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08 précité, pt. 26-31 ; CJUE, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14 précité, pt. 41-45 ; CJUE, *UR (Assujettissement des avocats à la TVA)*, aff. C-424/19 précité, pt. 31-33.

²⁴⁸⁷ Voir K. SOWERY, « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Társia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726, spéc. pp. 1711 et suivantes.

²⁴⁸⁸ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec. p.* I-3055, pt. 48.

²⁴⁸⁹ CJCE, *Köbler*, aff. C-224/01 précité, pt. 38 (nous soulignons).

²⁴⁹⁰ CJCE, *Kapferer*, aff. C-234/04 précité, pt. 21 ; CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 37 ; CJUE, *Pobotovost*, aff. C-76/10 précité, pt. 45-46 ; CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt. 58 ; CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 28-29 ; CJUE, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14 précité, pt. 38-39 ; CJUE, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17 précité, pt. 54-55 ; CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 26-27.

²⁴⁹¹ CJUE, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13 précité, pt. 62.

du principe d'équivalence, se manifeste globalement dans deux situations²⁴⁹². La première concerne la protection des consommateurs au titre de la directive 93/13. La Cour de justice attache une importance particulière au strict respect de ses dispositions, et notamment son article 6 sur l'interdiction des clauses abusives. À ce titre, elle n'a pas hésité à imposer au juge national l'obligation de soulever d'office le non-respect de la directive, même si son droit interne ne le lui permet pas. Une difficulté s'est toutefois présentée pour la Cour de justice : que faire lorsqu'une sentence arbitrale, ayant acquis autorité de chose jugée²⁴⁹³, empêche le juge national de constater le caractère abusif d'une clause ? Dans son arrêt *Asturcom Telecomunicaciones*²⁴⁹⁴, la Cour précise que la réponse n'est pas évidente : elle implique de rechercher une conciliation entre le respect de l'autorité de la chose jugée et la protection des droits du consommateur issus de la directive 93/13²⁴⁹⁵. Dans ces circonstances, la Cour se refuse à exiger du juge national de soulever d'office le non-respect de l'article 6 de la directive²⁴⁹⁶. Si le principe d'effectivité peut s'appliquer pour contrôler les conditions dans lesquelles une telle sentence arbitrale acquiert l'autorité de la chose jugée, le principe d'équivalence constitue un outil plus pertinent pour la Cour de justice. Dès lors que le droit interne habilite le juge national à revenir d'office sur une sentence arbitrale, cette possibilité doit s'appliquer pour garantir le respect de la directive 93/13²⁴⁹⁷. Le principe d'équivalence permet ainsi de contourner la protection de l'autorité de la chose jugée reconnue par le droit de l'Union pour renforcer la protection des consommateurs.

578. L'ultime situation concerne des recours contentieux dont l'objet est de revenir ou de réexaminer des décisions ayant autorité de chose jugée. Contrairement au droit à obtenir réparation ou répétition de l'indu, la Cour de justice considère que l'effet utile du droit de l'Union ne requiert pas que les ordres juridiques nationaux instituent des recours permettant de revenir sur une décision juridictionnelle définitive contraire au droit de l'Union²⁴⁹⁸. Plus précisément, « [le] droit de l'Union n'exige (...) pas que, pour tenir compte de l'interprétation d'une disposition pertinente de ce droit adoptée par la Cour postérieurement à la décision d'un organe juridictionnel revêtue de l'autorité de la chose jugée, celui-ci doive, par principe,

²⁴⁹² Voir not. A. KORNEZOV, « Res Judicata of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink », *CMLR* 2014, n°51, pp. 809-842, spéc. pp. 834-836.

²⁴⁹³ Ce qu'accepte la Cour de justice sans difficulté : voir CJCE, *Eco Swiss*, aff. C-126/97 précité, pt. 44-47.

²⁴⁹⁴ CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité.

²⁴⁹⁵ *Ibid.*, pt. 33-34. Cette position sera confirmée ultérieurement : voir CJUE, 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, aff. jt. C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980, pt. 68.

²⁴⁹⁶ En ce sens, le contexte se distingue de l'arrêt CJCE, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05 précité : dans cette affaire, la sentence arbitrale appréciée par le juge national n'avait pas acquis autorité de chose jugée.

²⁴⁹⁷ CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 53.

revenir sur cette décision »²⁴⁹⁹. L'autorité de la chose jugée empêche donc tout recours en réexamen ou en révision aux yeux de la Cour de justice, y compris pour rendre la décision rendue conforme avec le droit de l'Union. Le principe d'équivalence permet – là encore – de contourner efficacement le problème. Dès lors que le droit interne prévoit de tels recours, ces derniers doivent pouvoir bénéficier aux situations européennes. Cette possibilité a donné lieu à une récente jurisprudence de la Cour de justice²⁵⁰⁰. Dans ses arrêts *Társia*, *XC* et *Călin*, la Cour s'est penchée ainsi sur des recours en révision ouverts par le droit national et potentiellement applicables pour le droit de l'Union. Dans l'arrêt *Társia*, le juge national, statuant comme juge civil, constate l'existence d'une révision « dans le cadre des recours de nature administrative »²⁵⁰¹. Dans l'arrêt *XC*, « la répétition de la procédure pénale » est prévue en cas de « constatation préalable, par la Cour européenne des droits de l'homme, d'une violation de la CEDH ou de l'un de ses protocoles »²⁵⁰². Enfin, dans l'arrêt *Călin*, il s'agit d'un recours en révision notamment ouvert à la suite d'une décision de la Cour constitutionnelle²⁵⁰³. La Cour de justice se montre très – voire trop – prudente dans ces trois arrêts : elle s'abstient, voire refuse, de considérer ces différents recours en révision comme des référentiels pertinents, empêchant donc l'application du principe d'équivalence²⁵⁰⁴. Malgré tout, ces arrêts illustrent les potentialités offertes par le principe d'équivalence.

²⁴⁹⁸ De ce point de vue, l'effet utile est sauf en ce que l'État pourra voir sa responsabilité engagée du fait de cette décision juridictionnelle : voir not. CJCE, *Köbler*, C-224/01 précité.

²⁴⁹⁹ CJUE, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13 précité, pt. 60.

²⁵⁰⁰ Voir not. A. TURMO, « Immutabilité des actes juridictionnels et droit de l'Union européenne : poursuite de l'exploration des mécanismes nationaux de révision et de réexamen par la Cour de justice », *RAE* 2019, n°3, pp. 639-652.

²⁵⁰¹ CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 33.

²⁵⁰² CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 29.

²⁵⁰³ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 38. L'arrêt est toutefois, en comparaison des autres, moins illustrant à cet égard. En l'occurrence, le droit interne offrait bel et bien un recours en révision fondé sur le droit de l'Union. Le problème portait sur les modalités procédurales qui l'encadrent, et notamment au regard de celles qui s'appliquent pour un recours en révision fondé sur une inconstitutionnalité.

²⁵⁰⁴ Cf. *infra*, pt. 625.

Conclusion du Chapitre 2

579. L'exigence imposée par le principe d'équivalence présente un degré de contrainte très limité. Le traitement accordé à la situation européenne doit *uniquement* être *au moins* équivalent à celui prévu pour une situation interne *similaire*. À bien des égards, cette exigence apparaît particulièrement souple. La jurisprudence de la Cour de justice a pu retenir des formulations apparemment plus strictes sans que cela n'ait de réelles conséquences. D'une manière générale, le principe d'équivalence ne fait qu'interdire des différences de traitement qui affectent l'effet utile du droit de l'Union, qui défavorisent ses conditions d'application. L'État membre est tenu de garantir à la situation européenne *a minima* les mêmes garanties et avantages que ceux dont dispose une situation interne similaire. La contrainte imposée par le principe d'équivalence ne va pas au-delà. La Cour de justice refuse avec constance d'accentuer cette exigence, notamment lorsqu'elle affirme que « [ce] principe ne saurait (...) être interprété comme obligeant un État membre à étendre à l'ensemble des actions [fondées sur le droit de l'Union] son régime (...) interne le plus favorable »²⁵⁰⁵. Par conséquent, le principe d'équivalence tolère que des traitements plus avantageux soient accordés à une situation européenne. Cette position n'infléchit que légèrement lorsque le principe d'équivalence s'applique aux régimes des moyens d'ordre public et de révision des actes administratifs définitifs.

580. Cette souplesse de l'exigence du principe d'équivalence se présente comme un atout. Le seuil de protection devant être accordé à la situation européenne est déterminé en fonction de ce qui existe *déjà* dans l'ordre juridique national. De très nombreux avantages en découlent. D'une part, la sanction du principe d'équivalence ne conduit à aucune immixtion frontale de la Cour de justice dans l'organisation de l'ordre juridique. Le correctif n'implique pas de modification significative du droit national puisqu'il suffit que l'État membre aligne le traitement accordé à la situation européenne sur celui *préexistant* accordé à une situation interne. À la différence d'autres exigences, comme le principe d'effectivité, une violation du principe d'équivalence se résorbe sans constituer une atteinte importante à l'autonomie des États membres. D'autre part, le fait que ce seuil de protection relève de l'État membre offre, dans certaines hypothèses, une garantie améliorée à l'effet utile du droit de l'Union. En effet, si ce seuil s'avère en deçà de celui requis par d'autres exigences, comme le principe d'effectivité, l'application du

²⁵⁰⁵ CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 36.

principe d'équivalence ne protégera pas davantage l'effet utile du droit de l'Union. En revanche, dans le cas contraire, si ce seuil se révèle plus protecteur que celui requis par ces autres exigences, les potentialités du principe d'équivalence se manifestent. Ce dernier devient le seul moyen pour que le droit de l'Union jouisse de telles garanties. L'exemple le plus illustrant ressort des recours en révision : la Cour de justice considère que l'autorité de chose jugée n'oblige pas la révision d'un jugement national, même contraire au droit de l'Union. Toutefois, si une telle possibilité existe en droit national, elle doit pouvoir s'appliquer au bénéfice du droit de l'Union.

Conclusion du Titre 2

581. Le principe d'équivalence tend à remplir efficacement sa fonction grâce à l'exigence qu'il impose aux États membres. En elle-même, l'obligation d'accorder à une situation européenne un traitement au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire permet de préserver l'effet utile du droit de l'Union et de rapprocher les ordres juridiques européen et national. Dans son ensemble, l'exigence d'équivalence s'avère même équilibrée, adaptée pour remplir ces objectifs. D'une part, son champ d'application est particulièrement étendu, voire potentiellement illimité. Tout élément relevant de l'ordre juridique national susceptible d'entraver ou de favoriser la mise en œuvre d'une règle européenne peut être opposé au principe d'équivalence. Des contraintes procédurales ou contentieuses, comme des délais moins avantageux²⁵⁰⁶ ou la fermeture d'une voie de droit²⁵⁰⁷, sont évidemment contrôlées. En outre, des sanctions nationales plus tolérantes pour des violations du droit de l'Union que pour des règles internes similaires sont prohibées par le principe d'équivalence. Enfin, des dispositions d'ordre matériel, si elles influent sur la manière dont la règle européenne s'applique, peuvent également y être opposées. De cette manière, quelle que soit l'origine ou la nature de ce qui institue la différence de traitement défavorable à l'application du droit de l'Union, le principe d'équivalence sera en mesure de le contrôler et de le sanctionner.

582. D'autre part, l'exigence imposée aux États membres reste mesurée. La contrainte sur les ordres juridiques nationaux se limite au strict nécessaire pour atteindre les objectifs poursuivis par le principe d'équivalence. En elle-même, l'exigence d'équivalence ne constitue aucune immixtion de l'Union européenne dans l'organisation de l'ordre juridique national. D'une certaine manière, la violation du principe d'équivalence révèle une incohérence dans cette organisation : sans raison rationnelle, si ce n'est la seule nature européenne de la situation en cause, un traitement différent lui est accordé en comparaison d'une situation interne similaire. Le correctif à apporter se révèle tout aussi respectueux de l'autonomie des États membres. En effet, il leur revient *a minima* d'aligner le traitement de la situation européenne sur celui *préexistant* qui bénéficie à la situation interne similaire. Enfin, l'exigence d'équivalence se concilie avec

²⁵⁰⁶ Pour exemple, CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 ; CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825.

²⁵⁰⁷ À propos des recours en révision de décisions sous autorité de la chose jugée : voir CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853 ; CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700.

la possibilité ou la nécessité²⁵⁰⁸ que la situation européenne jouisse d'un traitement plus favorable que celui accordé à des situations internes similaires. Dans ces conditions, l'exigence d'équivalence paraît pleinement ajustée pour permettre au principe d'équivalence de remplir utilement sa fonction.

²⁵⁰⁸ L'État membre peut décider discrétionnairement de prévoir un tel traitement avantageux pour la situation européenne alors même qu'il n'y est pas contraint par des exigences européennes. Le principe d'équivalence ne s'y oppose pas. Il en va de même lorsque, pour respecter certains impératifs imposés par le droit de l'Union, comme le principe d'effectivité, l'État est contraint d'accorder un tel traitement plus favorable à la situation européenne.

CONCLUSION DE LA PARTIE 1

583. L'utilité du principe d'équivalence ne doit pas être sous-estimée. L'inexistence de ce principe aurait à l'évidence laissé l'Union européenne contrainte de tolérer certaines situations problématiques. En dépit de l'ensemble des autres exigences et principes reconnus dans l'ordre juridique de l'Union, aucun n'aurait pu assurer, de la même manière, la fonction remplie par le principe d'équivalence. Celle-ci apparaît singulière pour de multiples raisons. D'abord, le principe d'équivalence préserve l'effet utile du droit de l'Union d'une manière assez originale. Contrairement aux principes d'effectivité, de primauté ou de protection juridictionnelle effective, il garantit à la mise en œuvre des règles européennes une effectivité équivalente à celle assurée dans l'ordre juridique interne vis-à-vis de règles issues du droit national. En se référant à ce qui existe *déjà* dans le droit interne, la Cour de justice impose une exigence originale et adaptée pour protéger l'effet utile du droit de l'Union.

584. Dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, en l'absence de réglementation relative aux modalités d'application des règles européennes, le principe d'équivalence assure *a minima* à la situation européenne un traitement offrant les mêmes avantages et les mêmes protections que ceux bénéficiant à une situation interne similaire. L'effet complémentaire et bénéfique du respect de ce principe d'équivalence se traduit par un rapprochement des ordres juridiques européen et national. La règle européenne à appliquer en droit interne ne doit subir aucun traitement défavorable en raison de sa seule nature européenne. En un sens, il s'agit de lutter contre l'idée selon laquelle le droit de l'Union, au sein de l'ordre juridique national, est un corps étranger qui, sans raison, mérite un traitement particulier et potentiellement défavorable. L'intégration européenne se voit ainsi favorisée par le respect du principe d'équivalence. Elle l'est d'autant plus que la Cour de justice retient une approche très large de ce "traitement". Tout élément relevant de l'ordre juridique national, quel qu'il soit, qui est susceptible d'entraver cette intégration pourra être contrôlé au regard du principe d'équivalence.

585. Ces différentes caractéristiques révèlent l'utilité du principe d'équivalence pour l'ordre juridique de l'Union européenne. Cependant, pour soutenir une telle affirmation, une étude approfondie de la jurisprudence de la Cour de justice aura été nécessaire. En d'autres termes, si cette utilité est une réalité, elle ne relève pas de

l'évidence. Au contraire, elle s'avère presque cachée, dissimulée. Elle n'existerait qu'en puissance. Ces difficultés pour identifier cette utilité du principe d'équivalence s'expliquent. Elles ne découlent pas du principe *en lui-même* mais de failles qui en affectent certains de ses aspects. En cela, le principe d'équivalence faillit à manifester cette utilité et à remplir *concrètement* et dans les faits sa fonction.

PARTIE 2 : UN PRINCIPE FAILLIBLE

586. La place du principe d'équivalence dans l'ordre juridique de l'Union ne peut être jugée importante en raison des nombreuses faiblesses qui l'affectent. En effet, plusieurs éléments font que le principe d'équivalence ne parvient à pas déployer tous ses effets et à jouer pleinement son rôle. Les garanties qu'il est censé apporter peinent à se concrétiser dans la jurisprudence européenne et nationale. Le principe d'équivalence se présente de ce point de vue comme faillible, ce qui explique en grande partie l'indifférence dont il fait preuve en doctrine, puisque ses effets concrets demeurent trop timorés. La jurisprudence de la Cour de justice reflète bien ce problème : le principe d'équivalence y est souvent mentionné, mais sans faire l'objet d'un réel contrôle. En définitive, à l'exception de rares exemples, les potentialités du principe d'équivalence échouent à se réaliser. La réalité de son utilité, et en conséquence l'importance de sa place dans l'Union européenne, devient incertaine. Ces problèmes découlent pour l'essentiel des conditions dans lesquelles le principe d'équivalence est appliqué. D'une manière ou d'une autre, son exigence se heurte à plusieurs obstacles qui, souvent, la rendent inapplicable, trop difficile à faire respecter ou encore inopérante. Cette incapacité du principe d'équivalence à produire pleinement ses effets s'explique par des problèmes qui lui sont à la fois intrinsèques (**Titre 1**) et extrinsèques (**Titre 2**).

TITRE 1 : DES PROBLEMES INTRINSEQUES

587. Plusieurs des problèmes affectant le principe d'équivalence découlent de la manière dont il est *en lui-même* appliqué. Certes, comme nous l'avons vu, ce principe est censé être apte à remplir sa fonction et l'exigence d'équivalence qu'il impose aux États membres se veut adaptée. Or la vérification concrète que cette exigence est respectée rencontre des problèmes assez importants. Dans son ensemble, le principe d'équivalence se révèle mal ou trop peu contrôlé. Souvent, la jurisprudence de la Cour de justice ne fait souvent que présumer de son respect. Ces différents problèmes relatifs à la bonne application du principe d'équivalence résultent, pour l'essentiel, de sa méthode d'application : la jurisprudence de la Cour de justice échoue à en exposer une suffisamment claire et adaptée (**Chapitre 1**). Les vices affectant cette méthode se répercutent sur le contrôle opéré tant par la Cour de justice que par les juges nationaux. Les deux juges se limitent trop souvent à une vérification inaboutie du respect du principe d'équivalence (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Les difficultés inhérentes à la méthode d'application

588. La méthode d'application du principe d'équivalence présente des enjeux d'une grande importance. Certes, plusieurs d'entre eux sont communs à d'autres règles ou principes émanant de l'ordre juridique de l'Union. Afin de garantir l'uniformité du droit de l'Union²⁵⁰⁹, la Cour de justice a pour rôle d'apporter un éclairage sur ce qu'ils signifient. Sa jurisprudence très libérale sur les renvois préjudiciels en interprétation en est révélatrice²⁵¹⁰. De cette manière, la Cour s'assure que l'ensemble des acteurs juridiques dispose des éléments suffisants pour connaître et maîtriser la portée et les effets des règles européennes. Cette nécessité prend une ampleur plus importante pour le principe d'équivalence. En tant que règle issue de la jurisprudence, le risque de sa méconnaissance²⁵¹¹ n'est pas négligeable. Il l'est d'autant plus que, contrairement à l'essentiel des autres principes européens, celui-ci prend place dans un cadre où le droit interne occupe une place prépondérante. Le principe d'équivalence nécessite de prendre en compte des objets qui relèvent, pour l'essentiel, du droit national, que ce soit le référentiel de comparaison – la situation interne similaire – ou les traitements nationaux qui doivent être au moins équivalents entre eux. Dès lors, ce sont surtout les autorités nationales, et notamment les juges nationaux, qui sont amenées à contrôler *concrètement* le respect du principe d'équivalence²⁵¹².

589. Dans ce contexte, il apparaît vital que les autorités nationales appliquent *correctement* le principe d'équivalence. Des mécanismes de contrôle ou de surveillance existent évidemment. Il arrive que la Cour de justice se prononce sur le respect du principe d'équivalence dans le cadre d'un recours en manquement²⁵¹³. Or la plupart des arrêts de la Cour relatifs au principe d'équivalence sont rendus dans le cadre de renvois préjudiciels. Dans ce contexte, il s'agit pour elle de livrer les informations nécessaires qui permettront au juge national²⁵¹⁴ de procéder à une application fidèle du principe, c'est-à-dire une *méthode* d'application. Celle-ci conditionne ainsi la portée du principe

²⁵⁰⁹ Voir not. CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, *Rec.* p. 3277, pt. 33.

²⁵¹⁰ La Cour de justice accepte sans mal de statuer sur des renvois préjudiciels portant sur l'interprétation de principes généraux du droit (pour exemple, CJCE, 29 mai 1997, *Kremson*, aff. C-299/95, *Rec.* p. I-2629) ou portant sur ses propres arrêts (pour exemple, CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936).

²⁵¹¹ Le terme se comprend ici de deux manières : méconnaître au sens de violer ; méconnaître au sens d'avoir une mauvaise connaissance.

²⁵¹² Voir E. BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 545 et suivants.

²⁵¹³ En matière de sanctions nationales, voir not. CJCE, 21 septembre 1989, *Commission c. Grèce*, aff. 68/88, *Rec.* p. 2965, pt. 24.

²⁵¹⁴ Et, par extension, à toutes les autorités concernées.

d'équivalence. Si elle s'avère inexistante, insaisissable ou trop évasive, son contrôle et sa sanction par les juges nationaux seraient compromis. Aussi, la fonction du principe d'équivalence – à savoir préserver l'effet utile du droit de l'Union et rapprocher les ordres juridiques européen et interne – en deviendrait illusoire. Les autorités nationales le traiteraient avec une forme d'indifférence, prenant ainsi le risque de le violer sans même en avoir conscience. Les juges nationaux, eux, s'abstiendraient de le prendre en considération, se limitant à l'examiner très superficiellement. Nous verrons que la réalité semble assez proche de ce tableau terne²⁵¹⁵.

590. La nécessité de reconnaître une méthode claire, voire opérante, pour le principe d'équivalence est une réalité. L'enjeu est alors de déterminer comment y parvenir. Il convient notamment de savoir *comment* reconnaître la "similitude" des situations européenne et interne d'une part, et *comment* vérifier "l'équivalence" des traitements qui leur sont accordés d'autre part. Ces concepts de "similitude" et d'"équivalence" s'assimilent à des standards, des notions-types nécessairement indéterminées et fondées sur des « *valeurs fondamentales de normalité, de moralité ou de rationalité* »²⁵¹⁶. Aussi, attendre du juge qu'il délivre une définition très précise de ces concepts n'aurait pas de sens. Leurs contours ne se dessinent qu'à force de répétition, dans la manière dont ils sont confrontés aux affaires tranchées par le juge. En d'autres termes, la méthode du principe d'équivalence ne se dessine qu'à l'aune d'une systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice.

591. Malheureusement, cette jurisprudence européenne se révèle être, à nos yeux, perfectible sur ce sujet. Même avec les précautions précitées, nous estimons que les arrêts de la Cour de justice peinent à exposer une méthode d'application qui n'a pas des conséquences négatives pour le principe d'équivalence. Deux critiques méritent d'être exposées. La première renvoie au caractère peu opératoire de la méthode qui se dégage de la jurisprudence européenne (**Section 1**). La seconde porte sur certains aspects discutables de cette méthode qui paraissent avoir des conséquences dommageables sur la portée et l'efficacité du principe d'équivalence (**Section 2**).

²⁵¹⁵ Cf. *infra*, pt. 787 et suivants.

²⁵¹⁶ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, 1980, p. 3. Voir également E. BERNARD, *op. cit.*, pp. 4 et suivantes.

Section 1 : Des modalités d'application peu opératoires

592. La lecture de la jurisprudence de la Cour de justice conduit au constat selon lequel l'application du principe d'équivalence ne fait pas l'objet d'une méthode précise. Rares sont les illustrations dans lesquelles le juge de l'Union expose les étapes pour vérifier si ce principe est bien respecté. Dans un récent arrêt *Belastingdienst contre Toeslagen*, la Cour indique qu'« *il convient, d'une part, d'identifier les procédures ou les recours comparables et, d'autre part, de déterminer si les recours fondés sur le droit national sont traités d'une manière plus favorable que les recours ayant trait à la sauvegarde des droits que les particuliers tirent du droit de l'Union* »²⁵¹⁷. Nous comprenons indirectement que sont mentionnées, dans l'ordre, les étapes à suivre : *d'abord*, identifier un référentiel ; *ensuite*, comparer les traitements. Cette approche reste toutefois incomplète puisque d'autres points doivent, avant, être vérifiés. Successivement, l'application du principe d'équivalence passe par quatre étapes²⁵¹⁸. En premier lieu, constater la présence d'une « situation européenne »²⁵¹⁹. En deuxième lieu, vérifier que la situation européenne n'est pas encadrée ou régie par une réglementation européenne²⁵²⁰. En troisième lieu, chercher des référentiels pertinents, c'est-à-dire des situations internes²⁵²¹ similaires. En dernier lieu, opérer la comparaison entre le traitement accordé à la situation européenne et celui accordé à la situation interne similaire.

593. Ces premiers éléments laissent songeurs sur la clarté de la méthode du principe d'équivalence. Celle-ci n'est pas explicitement affichée par la Cour de justice dans sa globalité : elle se devine plus qu'elle n'est affirmée. Cette critique pourrait paraître excessive puisque la jurisprudence offre régulièrement des éléments précisant cette méthode. Excepté les deux premières étapes, qui ne sont pas exclusives à l'application du principe d'équivalence, la Cour de justice livre des indications sur les deux aspects les plus importants de cette méthode : l'appréciation de la similitude des

²⁵¹⁷ CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst c. Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 42.

²⁵¹⁸ Pour une autre présentation analogue, voir S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611, spéc. p. 590.

²⁵¹⁹ Pour évidente qu'elle soit, la Cour de justice a déjà été amenée à rappeler que « *ce principe ne peut pas être appliqué dans une situation qui ne relève pas du droit de l'Union, telle que celle au principal* » (CJUE, 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352, pt. 63)

²⁵²⁰ Il s'agit du *dictum* selon lequel le principe d'équivalence ne s'applique qu'en « *l'absence de réglementation de l'Union en la matière* » (pour exemple, CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, pt. 40). Sur sa portée, cf. *supra*, pt. 158 et suivants.

²⁵²¹ Si l'on souhaitait être totalement rigoureux, il faudrait ici voir deux étapes : d'une part, identifier le caractère « interne » du référentiel envisagé ; puis, son caractère « similaire ». La première a cependant déjà été évoquée (cf. *supra*, pt. 223 et suivants). Voir sur ce point H. SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions sur CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 67.

situations – européenne et internes – et la comparaison des traitements qui leur sont accordés. Ces apports ont été nécessaires à la suite de l'arrêt *Palmisani*²⁵²² : lorsque la Cour y reconnaît un “principe d'équivalence”, celui-ci gagne en clarté²⁵²³. La Cour a été en conséquence saisie de plusieurs renvois préjudiciels qui en retenaient des visions déformées ou incorrectes. La Cour livre ainsi plusieurs précisions, tant à l'adresse des juges nationaux que de l'ensemble des acteurs juridiques intéressés, sur la manière d'apprécier le respect du principe d'équivalence. Cette position de la Cour de justice, rationalisant et clarifiant le principe d'équivalence, est indiscutable mais reste insuffisante. La méthode qu'elle expose du principe d'équivalence souffre de trop nombreuses incertitudes et demeure trop évasive et difficile à saisir. En forçant le trait, elle ne permet pas de savoir comment le principe d'équivalence doit s'appliquer. Nous reprenons le constat fait par S. RIALS à propos du standard devant le juge administratif : « [dès] *qu'il est exprimé, [le standard implique] un travail interprétatif (...). Si le juge se contente de poser le standard qu'il met en œuvre et passe directement à la solution sans fournir ses directives d'application, il peut laisser, au moins tant que la jurisprudence ne sera pas nombreuse, le commentateur dans l'incertitude* »²⁵²⁴. Le problème se ressent pour « *les principaux standards, dont une jurisprudence abondante mais discrète ne permet pas toujours de concevoir les modalités de mises en œuvre* »²⁵²⁵. Le principe d'équivalence n'y échappe pas.

594. La Cour de justice a pourtant développé une jurisprudence assez fournie lorsque le principe d'équivalence s'applique au droit du contentieux. Elle a dégagé des critères explicites pour vérifier si deux recours, l'un fondé sur le droit de l'Union, l'autre sur le droit interne, sont jugés similaires. L'existence de tels critères ou indicateurs se constate aisément. Cependant, ils présentent des imperfections qui nuisent, y compris en matière contentieuse, à la lisibilité de la méthode du principe d'équivalence (§1). De plus, ils se cantonnent uniquement à la similitude de recours contentieux. Vis-à-vis d'autres situations, ils sont inopérants. *In fine*, eu égard à l'hétérogénéité des situations et traitements concernés par le principe d'équivalence, identifier une méthode “universelle” demeure quasi impossible (§2).

²⁵²² S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706, spéc. pp. 687-688.

²⁵²³ Auparavant, il était admis que la Cour de justice ne suivait pas clairement une ligne bien déterminée. En ce sens, M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BURÇA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, spéc. p. 411.

²⁵²⁴ S. RIALS, *Le juge administratif français et la technique du standard* précité, p. 361.

²⁵²⁵ *Ibid.*

§1: L'existence de critères perfectibles relatifs à la similitude de recours contentieux

595. Les modalités d'application du principe d'équivalence ont été surtout explicitées dans la matière contentieuse. Ce constat s'explique puisqu'il s'agit d'un domaine privilégié pour la mise en œuvre du principe d'équivalence²⁵²⁶. En dépit de la diversité des systèmes contentieux nationaux, les recours constituent des objets d'étude assez balisés. Les règles qui les encadrent sont relativement connues et communes à l'ensemble des systèmes contentieux. Le schéma est assez simple. La situation européenne est matérialisée par le recours contentieux formé devant le juge national et fondé sur une règle européenne. Le traitement qui lui est accordé renvoie à l'ensemble des dispositions nationales qui régissent ce recours. Le référentiel pertinent sera un recours "similaire" qui se fonde sur une règle interne. Le principe d'équivalence sera respecté si le traitement accordé à ce dernier est au moins équivalent à celui accordé au recours fondé sur le droit de l'Union.

596. Ce contexte est favorable pour cerner la manière d'appliquer le principe d'équivalence. L'identification de référentiels potentiels se fait en fonction de la nature européenne ou interne qui fonde le recours²⁵²⁷. Logiquement, la Cour de justice est fréquemment confrontée à tels référentiels, notamment afin savoir s'ils s'avèrent ou non pertinents. Dans cette optique, elle a identifié des critères permettant d'apprécier la similitude des recours. Issus de sa jurisprudence postérieure à son arrêt *Palmisani*²⁵²⁸, ils sont fréquemment repris dans les arrêts de la Cour de justice et pris en compte par ses avocats généraux et des juges nationaux²⁵²⁹. En l'occurrence, la Cour indique que « *la similitude des recours concernés* [s'apprécie] *sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels* »²⁵³⁰. Si le dernier critère laisse circonspect, les deux autres sont plus familiers : l'objet et la cause sont des concepts connus et utilisés en droit processuel pour identifier et caractériser un "recours contentieux"²⁵³¹ – quelle que soit sa

²⁵²⁶ Cf. *supra*, pt. 365 et suivants.

²⁵²⁷ Cf. *supra*, pt. 381 et suivants.

²⁵²⁸ CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec.* p. I-4025, not. pt. 36.

²⁵²⁹ Voir pour exemple M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 : « *pour la juridiction de renvoi, la cause (la violation d'une norme du rang d'ordre public), l'objet (le fait de remédier à une telle violation et de priver une clause contractuelle de ses effets juridiques) et les éléments essentiels de ces actions (en particulier, le fait qu'un ensemble de deux actions est prévu pour sanctionner cette violation et que celle-ci doit être soulevée d'office par un juge national) peuvent être considérés comme étant similaires ou comparables* » (pt. 81).

²⁵³⁰ Pour un exemple récent, CJUE, 23 avril 2020, *Sole-Mizo*, aff. C-13/18, ECLI:EU:C:2020:292, pt. 40 – nous soulignons.

²⁵³¹ Voir not. L. CADIET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 2^e édition, 2013, pp. 759 et suivantes. Dans la même idée, O. DUBOS (« Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E.

dénomination. À l'heure actuelle, ces trois critères sont les seuls qui apparaissent explicitement et régulièrement dans la jurisprudence²⁵³².

597. La présence de ces critères de comparabilité est de prime abord de nature à favoriser l'application du principe d'équivalence. Ils paramètrent l'appréciation de la similitude des recours et aident à identifier un référentiel pertinent. La doctrine reste toutefois très critique, voire sévère, à leur sujet. Au mieux, ils ne sont que des critères assez flous²⁵³³ ou « *artificiels* »²⁵³⁴. Au pire, ils sont nuisibles et obscurcissent la manière dont la similitude doit être opérée par le juge national²⁵³⁵. Plus généralement, la Cour de justice les mentionne d'une manière pour le moins confuse et difficilement compréhensible. Par exemple, dans un récent arrêt *Sole-Mizjo*, elle y indique que, pour s'assurer du respect du principe d'équivalence, le juge national doit « *vérifier si les modalités destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union sont conformes audit principe et examiner tant l'objet que les éléments essentiels des recours prétendument similaires de nature interne* »²⁵³⁶. La cause est donc momentanément absente. En suivant, il est précisé que « *ces juridictions nationales doivent vérifier la similitude des recours concernés sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels* »²⁵³⁷. Ce cas est loin d'être isolé. Nous ne voyons aucune différence fondamentale entre ces deux affirmations qui, outre le fait qu'elles sont redondantes, sont contradictoires. Pire, la récurrence de telles formules se révèle contre-productive et entretient un flou regrettable quant aux modalités d'application du principe d'équivalence.

NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181) note qu'il s'agit de « *deux des trois éléments constitutifs de la chose jugée au sens de l'article 1351 du Code civil français* » (p. 164).

²⁵³² L'avocat général G. COMAS, dans ses conclusions sur CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, proposait d'autres critères : « *Cette comparaison devra donc porter sur des choses similaires. Ainsi, pour comparer, par exemple, des règles procédurales, il faudra (...) premièrement que les droits que l'on fait valoir soient similaires, deuxièmement que les règles procédurales dont on entreprend la comparaison ne soient pas considérées isolément, mais dans le cadre de la procédure dans laquelle elles s'insèrent, et troisièmement qu'il s'agisse non pas de procédures quelconques, mais de procédures similaires* » (pt. 26). La Cour ne l'a visiblement pas suivi sur ce point.

²⁵³³ En ce sens, O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 275-278 ; M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004 : « *Despite the recent growth in caselaw, the Court's guidance on the full scope and precise application of the principle of equivalence remains far from comprehensible* » (p. 25), eu égard à l'abstraction entourant les critères d'identification, comme l'objet (« *objectives* ») et les éléments essentiels (« *essentials characteristics* »).

²⁵³⁴ Nous reprenons le constat de S. RIALS (*op. cit.*) : « *dans nombre de cas, les directives ne jouent qu'en trompe-l'œil un rôle de précision du standard (...). [Seul] l'œil est trompé, car au fur et à mesure qu'on précise l'analyse (...), on finit par s'apercevoir de l'artifice* » (p. 364).

²⁵³⁵ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005 : « *Arguably, these rather abstract and vague guidelines given by the Court do not make the national court's job easier* » (p. 175).

²⁵³⁶ CJUE, *Sole-Mizjo*, aff. C-13/18 précité, pt. 40.

²⁵³⁷ *Ibid.* L'avocat général G. HOGAN dans ses conclusions opère cette confusion dans la même phrase : « *[en] ce qui concerne le principe d'équivalence, celui-ci suppose que la règle nationale en cause s'applique indifféremment aux recours fondés sur la*

598. L'analyse de chacun de ces critères est nécessaire pour déterminer, en dépit de ces formules, s'ils facilitent bien l'application du principe d'équivalence. Le bilan est très mitigé, sinon décevant. Le critère de l'objet mérite un traitement à part puisqu'étant le plus explicitement employé par la Cour de justice. Même s'il souffre de certains défauts, il constitue le critère le plus déterminé et précis – et donc efficace pour préciser les conditions d'application du principe d'équivalence (A.). Les critères de la cause et des éléments essentiels s'en détachent très nettement puisque l'un comme l'autre présentent des défauts assez importants (B.).

A. Le critère de l'objet du recours

599. L'objet du recours est le critère le plus présent dans la jurisprudence de la Cour de justice. D'un certain point de vue, il s'agit d'un paramètre commun à l'application du principe d'équivalence et du principe d'égalité de traitement en droit de l'Union²⁵³⁸. Relativement aisé à appréhender, ce critère occupe une place importante dans la jurisprudence de la Cour de justice pour éprouver la comparabilité de recours²⁵³⁹. Dans cet esprit, N. POLTORAK souligne que même si « *l'examen de la comparabilité des recours doit être fait individuellement dans chaque affaire[,] il est [presque toujours] nécessaire d'examiner l'objectif du recours poursuivi dans l'affaire litigieuse* »²⁵⁴⁰.

600. L'objet du recours renvoie à ce qui est précisément demandé par le requérant lorsqu'il invoque ou fonde son recours sur le droit de l'Union ou le droit interne. Ce critère s'appréhende au regard de la *finalité* du recours (1.). Toutefois, il demeure parfois trop approximatif (2.).

1. Une approche finaliste de l'objet du recours

601. L'approche finaliste²⁵⁴¹ et non matérielle de l'objet du recours a été fixée très tôt dans la jurisprudence de la Cour de justice²⁵⁴². Elle est proposée par l'avocat

violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables, compte tenu tant de l'objet que des éléments essentiels des recours prétendument similaires de nature interne » (pt. 55).

²⁵³⁸ Voir pour exemple CJCE, 16 décembre 2008, *Arcelor Atlantique et Lorraine e.a.*, aff. C-127/07, *Rec.* p. I-9895 : « [les] éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière de l'objet des dispositions en cause (...) » (pt. 26).

²⁵³⁹ Voir not. CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec.* p. I-579, pt. 31 – en l'occurrence, la Cour identifie un référentiel pertinent pour constater que le principe d'équivalence n'est pas méconnu. Plus implicitement, voir CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467, pt. 58 ; CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88, pt. 45.

²⁵⁴⁰ N. POLTORAK, *op. cit.* : « *The examination of comparability of claims must be done individually in each case – it is necessary to examine the aim of the claim pursued in a given case* » (p. 74).

²⁵⁴¹ Cette idée n'est pas incongrue pour la Cour de justice qui apprécie les recours dirigés devant elle la finalité du requérant : par exemple, elle a pu considérer qu'un recours en annulation d'une décision de refus de la Commission

général P. LEGER dans ses conclusions sur l'arrêt *Levez*²⁵⁴³. En l'occurrence, le recours caractérisant la situation européenne tendait au recouvrement d'arriérés de rémunération issus d'une violation de la non-discrimination du sexe telle que prohibée par le droit de l'Union. Certaines parties envisageaient l'objet d'un tel recours comme « *tendant au respect de l'égalité entre les hommes et les femmes* »²⁵⁴⁴ ou, plus globalement, au respect du « *principe général de non-discrimination* »²⁵⁴⁵. Selon cette logique, les référentiels pertinents seraient les recours visant également à sanctionner la méconnaissance du principe de non-discrimination fondé sur le droit interne. D'une certaine manière, ces recours « *ont un objet analogue: il s'agit dans les deux cas d'invoquer le bénéfice du principe de non-discrimination, soit en raison du sexe, soit [par exemple] en raison de la race* »²⁵⁴⁶. Cette vision des choses est exclue par l'avocat général. Réduire l'objet du recours au contenu de la règle invoquée n'est pas pertinent. Concrètement²⁵⁴⁷, le recours introduit n'a pas tant pour objectif de sanctionner une discrimination que d'obtenir le recouvrement des arriérés de rémunération. L'objet d'un tel recours s'apprécie donc indépendamment de la substance de la règle invoquée. Dès lors, en l'espèce, « *doit être regardé comme "un recours similaire de nature interne" (...) un recours tendant au recouvrement d'arriérés de rémunération fondé sur des dispositions internes, notamment de droit du travail* »²⁵⁴⁸.

602. Dans cette optique, la jurisprudence de la Cour de justice semble retenir trois grandes catégories d'objet de recours. Pour être considéré comme similaire, le recours fondé sur le droit interne doit *a minima* disposer d'un objet relevant de la même catégorie que l'objet du recours fondé sur le droit de l'Union. Certes, certains auteurs de doctrine sont hésitants à retenir une *taxinomie* des recours contentieux en fonction de leur objet, y compris au titre du principe d'équivalence²⁵⁴⁹. Nous pensons toutefois qu'une telle classification se justifie au moins en partie. La jurisprudence gravite surtout autour de ces trois types d'objet du recours.

« *visé en substance à l'annulation de ce refus et, par là, au remboursement des taxes contestées* » (CJCE, 25 octobre 1972, *Haegemann c. Commission*, aff. 96/71, Rec. p. 1005, pt. 3).

²⁵⁴² Sur cette question, voir M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 26

²⁵⁴³ P. LEGER, conclusions sur CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings*, aff. C-326/96, Rec. p. I-7835.

²⁵⁴⁴ *Ibid.*, pt. 50.

²⁵⁴⁵ *Ibid.*, pt. 53.

²⁵⁴⁶ *Ibid.*, pt. 54.

²⁵⁴⁷ *Ibid.* : « *Le recours engagé en l'espèce par Mme Levez l'est aux fins d'une action concrète, et non aux fins de la simple constatation d'une discrimination qu'elle prétendrait dénoncer dans l'absolu* » (pt. 59 – nous soulignons).

²⁵⁴⁸ *Ibid.*, pt. 69. L'avocat général précise évidemment cette idée : « *Il s'agirait ainsi de comparer l'action intentée, comme en l'espèce, aux fins du paiement d'arriérés de rémunération, fondée sur le principe d'origine communautaire d'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et féminins, aux autres actions en répétition d'arriérés de salaires, ayant un fondement étranger à l'ordre juridique communautaire, prévu et protégé dans l'ordre juridique interne, en droit du travail notamment* » (pt. 62).

²⁵⁴⁹ Voir not. O. DUBOS, *op. cit.*, pp. 277-278. Nous nuancerons cette optique ; cf. *infra* (pt. 611 et suivants).

603. Ces trois objets en question ont déjà été évoqués : obtenir une application directe d'une disposition (recours en prestation), obtenir la régularisation d'une situation contraire à une disposition (recours en répétition) et obtenir réparation du préjudice résultant de la violation d'une disposition (recours en réparation) (a.). Cette classification fait sens en ce qu'elle se focalise sur la manière d'appliquer une disposition (européenne ou interne). D'une certaine manière, elle signifie que seuls les recours qui assurent une mise en œuvre similaire d'une règle européenne et interne peuvent être comparés au titre du principe d'équivalence (b.).

a. Une possible classification triptyque de l'objet du recours

604. À plusieurs occasions, la Cour de justice a refusé de considérer certains recours comme des référentiels pertinents en raison de leur objet. Dans ces hypothèses, ce sont essentiellement trois types d'objet du recours qui se manifestent. Cette jurisprudence nous amène à considérer que, fondamentalement, les recours contentieux peuvent se classer – au moins – en trois catégories en fonction de leur objet. Le principe d'équivalence ne peut pas s'appliquer lorsque le recours suggéré comme référentiel ne présente pas le même objet que le recours constituant la situation européenne. Le premier type d'objet est relatif à l'application directe de la disposition invoquée – nous les appelons les recours en “prestation”. L'objectif du recours pour le requérant est de s'assurer que cette disposition soit pleinement respectée. En sont des exemples les recours qui visent à sanctionner directement l'application d'une règle, comme la contestation d'une décision refusant l'octroi d'une aide financière ou le recours visant au recouvrement de taxes. Le deuxième objet concerne la régularisation d'une situation contraire à une disposition. Le recours a pour but de remédier à une irrégularité ou à ses effets. L'exemple du recours en répétition de l'indu est édifiante à ce sujet. La Cour de justice affirme, en matière fiscale, que la répétition de l'indu « *tend à remédier aux conséquences de l'incompatibilité de la taxe* »²⁵⁵⁰. Les recours visant à revenir sur une décision définitive, notamment juridictionnelle, s'y rattachent également. Enfin, le troisième objet concerne la réparation du préjudice résultant de la violation de la disposition. Il s'agit essentiellement de recours en responsabilité, qui traduit par une indemnisation. Tel est le cas dans l'arrêt *Transportes Urbanos* dans lequel la Cour de justice

²⁵⁵⁰ CJUE, 14 juin 2017, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16, ECLI:EU:C:2017:454, pt. 30. Voir également CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825 : la Cour estime que « *l'objet d'une demande [caractérisant la situation européenne] consiste à solliciter le remboursement d'une taxe, ce qui semble constituer également l'objectif de [la demande caractérisant le référentiel]* » (pt. 32).

estime que les recours « *portent exactement sur le même objet, à savoir l'indemnisation du préjudice subi* »²⁵⁵¹.

605. Cette classification peut apparaître obscure et abstraite. La jurisprudence offre des illustrations qui permettent de mieux comprendre ce qui oppose de tels recours. L'opposition entre la prestation et la régularisation se manifeste dans un arrêt *Pays-Bas c. Commission* du Tribunal²⁵⁵². La Commission reprochait aux autorités néerlandaises de ne pas avoir correctement recouvré certaines créances européennes, notamment en violation du principe d'équivalence. Un référentiel envisagé par la Commission portait sur les recours en récupérations de taxes fiscales irrégulièrement versées. Le Tribunal refuse toutefois d'y voir un référentiel pertinent. Les deux recours n'ont pas le même objet : recouvrer et récupérer une créance sont à distinguer. Dans le premier cas, il ne s'agit que d'appliquer strictement la réglementation, à savoir obtenir des sommes qui doivent être versées. Dans le second cas, il s'agit de corriger une situation irrégulière, à savoir « *restituer des montants qui n'auraient jamais dû être versés* »²⁵⁵³. Ces deux recours ne peuvent donc être jugés comme similaires au titre du principe d'équivalence. L'arrêt *Levez*, à la lecture des conclusions précitées de l'avocat général P. LEGER, est plus implicite mais confirme cette position²⁵⁵⁴. L'un des recours envisagés comme un référentiel est considéré comme un recours en prestation : son objet est de constater que le salarié est victime d'une discrimination prohibée. À l'inverse, le recours qui caractérise la situation européenne présente un objet différent : il vise à remédier aux conséquences du traitement discriminatoire par le paiement des arriérés de rémunération. Pour le dire autrement, le premier recours vise à sanctionner immédiatement et directement la discrimination et ses effets futurs ; le second, au contraire, tend à remédier aux effets causés pendant une période passée par la discrimination²⁵⁵⁵. Cette différence – assez subtile – suffit pour réfuter la similitude des recours²⁵⁵⁶.

²⁵⁵¹ CJUE, 10 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, *Rec.* p. I-635, pt. 36.

²⁵⁵² Tr.UE, 24 novembre 2014, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-126/14, ECLI:EU:T:2015:875.

²⁵⁵³ *Ibid.*, pt. 111.

²⁵⁵⁴ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité : « *Le recours engagé en l'espèce par Mme Levez l'est aux fins d'une action concrète, et non aux fins de la simple constatation d'une discrimination qu'elle prétendrait dénoncer dans l'absolu. La constatation préalable de la discrimination dont elle a été victime n'a été qu'un moyen au soutien de l'exercice de cette action* » (pt. 59).

²⁵⁵⁵ L'avocat général P. LEGER (*ibid.*) précise cette idée en ce que la discrimination n'est pas la seule cause motivant le paiement des arriérés ; « [on] peut (...) imaginer bien d'autres raisons pour lesquelles des arriérés de rémunération pourraient être dus à un travailleur » (pt. 60).

²⁵⁵⁶ La Cour de justice, dans son arrêt *Levez*, ne fait pas mention de ce point. Elle ne limite à affirmer que « *pourraient être considérées comme similaires à une demande fondée sur l'EPA des demandes liées à l'inexécution des obligations découlant du contrat de travail, à une discrimination sur la rémunération en raison de la race, à une retenue illicite sur salaires ou à une discrimination fondée sur le sexe dans des domaines autres que la rémunération* » (pt. 49).

606. L'opposition entre prestation et réparation résulte de l'arrêt *Palmisani* de la Cour de justice. Très explicitement, elle y affirme que, puisque « *les demandes introduites respectivement dans le cadre de la mise en œuvre de la directive et de son régime d'indemnisation sont différentes quant à leur objet, il n'y a pas lieu de procéder à la comparaison de leurs modalités procédurales* »²⁵⁵⁷. L'arrêt *Agrokonsulting-04* reprend cette idée. Le recours en cause avait pour objet la contestation d'actes administratifs relatifs au versement d'aides agricoles. La Cour de justice refuse à cet égard de considérer comme pertinents les recours dirigés contre certains actes administratifs, et notamment ceux « *relatifs à la restitution des droits de propriété ou de l'usage sur des terres agricoles, à l'indemnisation des propriétaires ainsi qu'aux activités d'entretien de la carte des terres agricoles sur lesquelles la propriété a été restituée* »²⁵⁵⁸. Nous comprenons que les recours dirigés contre de tels actes s'apparentent – selon les cas – à des recours en régularisation ou en réparation. Leur objet est donc distinct de celui du recours litigieux qui se rattacherait, selon notre présentation, à un recours en prestation.

607. La distinction entre la régularisation et la réparation est délicate à opérer. Contrairement au recours en prestation, les recours ont en commun de résulter d'une situation irrégulière, dans laquelle la disposition invoquée a été méconnue. La réponse apportée à cette irrégularité est toutefois différente selon l'objet du recours. La régularisation tente de remédier aux conséquences de cette irrégularité, voire de la corriger totalement. De manière caricaturale, l'objectif est de rendre rétroactivement la situation irrégulière régulière. La réparation n'a pas cette ambition et se contente d'indemniser, de compenser les conséquences de l'irrégularité. L'arrêt *Littlewoods* de la Cour de justice permet de l'affirmer : le requérant « *a exercé non pas une action en indemnisation fondée sur la violation, par [l'État membre], du droit de l'Union, mais une action en remboursement de la TVA perçue en violation de ce droit* »²⁵⁵⁹. Ces différentes illustrations permettent ainsi de poser les jalons de cette distinction tripartite entre les objets des recours.

b. Un critère pertinemment associé à la manière d'appliquer une disposition

608. La classification que nous avons présentée pourrait sembler assez discutable. Elle repose sur seulement quelques arrêts et – nous le verrons – présente rapidement ses limites. Enfin, elle n'a jamais été exprimée par la Cour de justice ou ses avocats généraux. Sa pertinence peut susciter le doute. Toutefois, appréhender l'objet de

²⁵⁵⁷ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 36.

²⁵⁵⁸ CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432, pt. 41.

²⁵⁵⁹ CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 23 – nous soulignons.

cette manière fait écho à la fonction du principe d'équivalence, qui s'intéresse à la manière dont une règle européenne est mise en œuvre dans l'ordre juridique interne. Les différents types d'objets évoqués traduisent trois manières pour qu'une disposition (européenne comme interne) soit appliquée dans le cadre d'un recours contentieux. Le recours en prestation permet une application directe, tandis que les recours en régularisation et en réparation renvoient à une application indirecte. Il reste que cette classification des objets fait sens au regard de la finalité du principe d'équivalence. Son objectif est bien de s'assurer que la mise en œuvre – ici, dans un cadre contentieux – du droit de l'Union est assurée au moins d'une manière équivalente à une situation interne similaire. Dès lors, seuls les recours à l'occasion desquels le droit interne est appliqué de la même manière peuvent constituer des référentiels pertinents. En d'autres termes, pour que le principe d'équivalence s'applique, il faut que, *a minima*, le recours envisagé comme référentiel procède à une mise en œuvre similaire d'une disposition interne par rapport au recours fondé sur le droit de l'Union. Tel est le cas s'ils partagent le même objet.

609. Cette classification tripartite des objets des recours se justifie dans cette perspective. La jurisprudence de la Cour de justice, notamment telle qu'interprétée par plusieurs auteurs de doctrine, semble dégager ce triptyque concernant la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Les différents types d'invocabilité – substitution, exclusion et réparation²⁵⁶⁰ – reprennent en substance l'opposition entre le recours en prestation et les recours en régularisation et en réparation. Comme nous l'avons évoqué²⁵⁶¹, les invocabilités de substitution et d'exclusion sont conçues pour permettre une application optimale ou totale de la disposition européenne. À l'inverse, l'invocabilité de réparation vise à remédier à une situation dans laquelle la disposition européenne n'a pas été respectée. Dans la même optique, la Cour de justice consacre distinctement²⁵⁶² la possibilité pour un particulier de demander la répétition de sommes indues²⁵⁶³ et celle d'engager la responsabilité de l'État pour avoir méconnu le droit de l'Union²⁵⁶⁴. Dans cette idée, à plusieurs reprises, la Cour indique que l'invocabilité de réparation ne

²⁵⁶⁰ L'invocabilité d'interprétation conforme n'a pas véritablement d'intérêt ici puisqu'il semble peu probable que l'objet d'un recours soit d'obtenir du juge une interprétation conforme du droit interne avec le droit de l'Union. Cette invocabilité s'apparente plus à un moyen développé à l'appui d'un recours ayant un objet propre.

²⁵⁶¹ Cf. *supra*, pt. 211.

²⁵⁶² Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 957. Pour une approche différente, assimilant répétition de l'indu et réparation, voir J.-P. SPITZER, « La responsabilité indirecte de l'État pour violation du droit communautaire : la répétition de l'indu », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 367-382. Pour un exemple assez éloquent, voir CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, *Rec. p.* I-1727, pt. 81 et suivants.

²⁵⁶³ Voir CJCE, 26 juin 1979, *Pigs and Bacon*, aff. 177/78, *Rec. p.* 2161, pt. 25 ; CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec. p.* 3595, pt. 12.

²⁵⁶⁴ Voir not. CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec. p.* I-5357, pt. 37.

constitue qu'un moyen subsidiaire ou complémentaire aux autres types d'invocabilité²⁵⁶⁵. Dans tous les cas, il s'agit de dissocier les manières dont le droit de l'Union est appliqué dans l'ordre juridique interne.

610. Cette présentation, visant à associer l'objet du recours et la manière de mettre en œuvre le droit de l'Union, est surtout suggérée à la lecture de la doctrine, anglophone comme francophone. Certains retiennent plus ou moins explicitement cette distinction en trois catégories. Très tôt, C. MEGRET affirme par exemple que « *les droits conférés aux victimes de la violation d'une règle directement applicable leur ouvrent non seulement droit à l'annulation de l'acte national irrégulier (...), mais aussi au droit à répétition de l'indu et même droit à dommages et intérêts (...)* »²⁵⁶⁶. W. VAN GERVEN distingue quant à lui le « *remedy of setting aside national measures* »²⁵⁶⁷, le « *remedy of compensation* »²⁵⁶⁸ et le « *remedy of restitution* »²⁵⁶⁹. Dans la même logique, étudiant le régime contentieux des actes adoptés par les autorités françaises chargées d'appliquer la politique agricole européenne, G. SCOFFONI distingue le « *contentieux de la légalité* »²⁵⁷⁰, le « *contentieux de la responsabilité* »²⁵⁷¹ et le « *contentieux des droits en dehors des mécanismes de responsabilité* »²⁵⁷², renvoyant en réalité à la répétition de l'indu. R. KOVAR, à propos de « *la nature des voies de droit nationales* »²⁵⁷³, reprend lui aussi une telle distinction. D'autres auteurs se limitent à insister sur des distinctions plus précises²⁵⁷⁴. La dissociation de T. EILMANSBERGER entre un *primary*

²⁵⁶⁵ Très tôt, voir A. TRABUCCHI, conclusions sur CJCE, 12 mai 1976, *Roquette Frères c. Commission*, aff. 26/74, Rec. p. 677, spéc. p. 692. Dans cette idée, voir également S. PRECHAL, « Member State Liability and Direct Effect : What's the Difference after All ? », *EBLR* 2006, n°17, pp. 299-316 : « *To put it differently, consistent interpretation and direct effect operate at the level of primary norms and, in terms of rights, primary rights. Liability is a second level sanctioning norm or, again when put in terms of rights, a sanctioning right* » (p. 301). L'idée est donc bien que la réparation intervient en dernier recours, pour ne pas dire de manière *subsidiaire* : « *liability is a **supplement** to direct effect and consistent interpretation, and not a substitute for them* » (p. 301 – elle insiste), c'est-à-dire, lorsque les autres recours (prestation et répétition) sont impossibles.

²⁵⁶⁶ C. MEGRET, « Les droits propres des personnes en droit communautaire et leur protection par les juridictions des États membres », *JDI* 1976, p. 367, spéc. p. 383.

²⁵⁶⁷ W. VAN GERVEN, « Of rights, Remedies and Procedures », *CMLR* 2000, n°37, pp. 501-536, spéc. p. 506, qui renverrait au recours en prestation.

²⁵⁶⁸ *Ibid.*, p. 509, qui renverrait au recours en réparation.

²⁵⁶⁹ *Ibid.*, p. 516, qui renverrait au recours en régularisation. L'auteur ajoute également un « *remedy of interim relief* » (*ibid.*, p. 513), laissant entendre que cette classification tripartite n'est pas exhaustive. Nous y reviendrons (cf. *infra*, pt. 611 et suivants).

²⁵⁷⁰ G. SCOFFONI, « Le contentieux des organismes nationaux d'application chargés en France de l'application des politiques communautaires », *CDE* 1990, pp. 574-619, spéc. p. 594.

²⁵⁷¹ *Ibid.*, p. 599.

²⁵⁷² *Ibid.*, p. 607.

²⁵⁷³ R. KOVAR, « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 245-283, spéc. p. 262 et suivantes.

²⁵⁷⁴ Voir, outre les exemples cités *infra*, A. BARAV (*La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983) à propos des conséquences à tirer pour un État membre d'un arrêt en manquement. Pour l'auteur, La Cour de justice se limite à exiger « *l'élimination effective des manquements* » (CJCE, 12 juillet 1972, *Commission c. Allemagne*, aff. 70/72, Rec. p. 813, pt. 13) ou de « *réparer les effets illicites qu'il a pu produire* » (p. 149, selon CJCE, 16 décembre 1960, *Humblet c. Belgique*, aff. 6/60, Rec. p. 1125, spéc. p. 1146). Toujours pour l'auteur, « *la Commission se limite à demander la régularisation de la situation infractionnelle pour l'avenir* » (pp. 149-150 – sans s'interdire pour autant la

remedy et un *secondary remedy* renvoie globalement à l'opposition entre recours en prestation et les recours en régularisation et réparation²⁵⁷⁵. Celle entre le recours en réparation et les autres recours est notamment²⁵⁷⁶ affirmée par le juge F. SCHOCKWEILER pour qui « [il] importe (...) de distinguer clairement l'action en responsabilité extra-contractuelle et l'action qui tend uniquement au paiement de sommes auxquelles le requérant prétend avoir droit en vertu de la réglementation européenne, qu'il s'agisse d'allocations financières, de montants compensatoires communautaires, de restitutions à l'exportation, d'aides diverses ou de remboursement de montants indûment perçus »²⁵⁷⁷. Dans ce contexte, la distinction en trois catégories des objets des recours contentieux pour l'application du principe d'équivalence apparaît assez familière.

2. Les limites à une approche trop schématique des objets des recours

611. La taxinomie tripartite que nous avons exposée ne doit pas être mal comprise. Elle constitue d'abord et surtout une présentation qui permet d'exclure des référentiels *manifestement* dénués de pertinence. En d'autres termes, il ne fait aucun doute que des recours ayant des objets différents ne peuvent pas être considérés comme similaires au titre du principe d'équivalence. L'absence de similitude est donc perçue comme manifeste ou grossière entre les recours, ce qui explique que la Cour de justice livre des affirmations aussi directes. Réduire de la sorte "l'objet" du recours est néanmoins insuffisant. Même si deux recours contentieux appartiennent à la même catégorie – prestation, régularisation ou réparation –, ils peuvent malgré tout avoir des objets différents aux yeux de la Cour de justice. Il devient alors délicat de proposer une nouvelle taxinomie ou une systématisation de la jurisprudence de la Cour de justice pour mieux appréhender ce critère de l'objet. La présentation précédemment exposée se révèle donc trop schématique. Plusieurs éléments étayaient cette idée.

possibilité de demander, le cas échéant, une régularisation rétroactive), se manifestant par un droit à répétition de l'indu.

²⁵⁷⁵ T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246, spéc. p. 1199, note 2 : « *A distinction is made between primary remedies aiming at the safeguard and enforcement of a right, and secondary remedies constituting new claims emerging as reaction to the infringement of the primary right* ».

²⁵⁷⁶ Reprenant cette distinction, voir F. BELAICH, « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *RMCUE* 2000, pp. 100-116, spéc. p. 100.

²⁵⁷⁷ F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, pp. 27-50, spéc. pp. 29-30.

612. Fondamentalement, la distinction tripartite de l'objet du recours manque d'être exhaustive²⁵⁷⁸. D'une part, certains types de recours ne peuvent à l'évidence pas se rattacher à l'une des catégories envisagées. Des recours en exécution forcée²⁵⁷⁹ ainsi que les référés ou plus généralement les recours visant à obtenir des mesures provisoires en sont des exemples. Leurs objets sont spécifiques et se distinguent des recours en prestation, régularisation ou réparation. D'autre part, certains recours qui appartiennent à une même catégorie présentent malgré tout des objets distincts. Par exemple, un recours en révision d'une décision juridictionnelle s'assimile, selon nous, à un recours en régularisation. En réalité, l'objet de ce recours est beaucoup plus précis en ce qu'il vise à remédier à une situation irrégulière cristallisée dans un acte ayant autorité de la chose jugée. Il est évident qu'un tel recours diffère par son objet d'un recours en répétition de l'indu – alors même qu'ils ont tous deux pour finalité de remédier à une irrégularité. Dans cette perspective, nous adhérons au constat d'O. DUBOS selon lequel le critère de l'objet ne permet pas d'établir une véritable « *classification des recours disponibles pour les États membres* »²⁵⁸⁰.

613. En réalité, l'appréhension du critère de l'objet du recours reste indéterminée. En d'autres termes, si la classification tripartite est insuffisante parce que non exhaustive, nous ignorons jusqu'à quel point il est nécessaire d'identifier avec précision ce critère. Envisageons un cas assez simple : la distinction entre un recours en révision²⁵⁸¹ et un recours en répétition de l'indu est évidente. Nous hésitons cependant sur ce qui fonde précisément leur distinction. En un mot, cette dissociation résulte-t-elle du critère de l'objet du recours ? Dans une certaine perspective, révision et répétition présentent bien une même finalité – rendre régulière une situation qui ne l'était pas – et donc un même objet. La différence se fonderait alors sur leurs éléments essentiels : la première traite des décisions irrégulière ayant autorité de la chose jugée tandis que l'autre porte simplement sur des sommes ayant été irrégulièrement versées. Or, comme nous le verrons, le critère des “éléments essentiels” apparaît plus indéterminé. Affirmer avec

²⁵⁷⁸ Dans ce cas, pourquoi ne pas avoir tenté de présenter une taxinomie qui le serait ? Les exemples jurisprudentiels sont hélas insuffisants pour y parvenir. Les observations qui suivent s'appuient souvent sur des *obiter dicta*, qui évoque l'objet du recours sans que cela ait une réelle influence sur l'application du principe d'équivalence. Cependant, ces affirmations montrent que d'autres types d'objet de recours sont envisageables.

²⁵⁷⁹ Voir not. M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841 : « *Il s'ensuit donc que le recours n'a pas pour objet de faire constater ou de contester l'existence d'une créance ni de remettre en question la façon dont cette créance est née ; le recours est au contraire lié à l'exécution. J'ai bien conscience du fait que, dans le contexte de tels recours afférents à l'exécution, des États membres pourraient dans certains cas prévoir la possibilité de contester l'existence même de la créance* » (pt. 47).

²⁵⁸⁰ O. DUBOS, *op. cit.*, p. 278.

certitude qu'une absence de similitude entre deux recours résulte de leur objet ou de leurs éléments essentiels se révèle quasiment impossible. La jurisprudence de la Cour de justice entretient cette profonde incertitude.

614. Prenons un autre exemple : est-il possible de comparer des recours en répétition de l'indu selon l'origine privée ou publique du créancier ? La réponse apparaît négative : difficile de considérer comme "similaires" les situations dans lesquelles la demande est adressée à une personne privée ou publique. La Cour de justice est, sur cette question, assez claire²⁵⁸². Le critère qui justifie cette solution l'est beaucoup moins. La Cour affirme, dans ces hypothèses, que la comparabilité des recours n'est pas possible en ce que le principe d'équivalence n'implique pas « *l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente ou relevant de deux branches de droit différentes* »²⁵⁸³. Faut-il comprendre que ces "contentieux" ont des objets différents ? Si tel est le cas, notre affirmation selon laquelle le critère de l'objet s'apprécie formellement et pas matériellement est incorrecte. L'avocat général N. JÄÄSKINEN, qui proposait une telle solution, laissait entendre que la différence ne se fonde pas sur l'objet. Aussi, par élimination, elle se fonde sur les "éléments essentiels". Dans ses conclusions sur l'arrêt *Társia*, il semble le confirmer : il considère justifié le fait que le droit interne accorde une modalité procédurale avantageuse « *dans les procédures administratives contentieuses relatives au droit de l'Union, mais n'en fasse pas de même dans les procédures civiles ayant un objet semblable* »²⁵⁸⁴. L'incertitude est assumée par l'avocat général M. BOBEK pour qui « *il n'est pas acquis que la nature du rapport juridique [public ou privé] sous-jacent soit un facteur central ou décisif dans l'appréciation de la similitude des recours et dans l'application du principe d'équivalence* »²⁵⁸⁵.

615. Un contre-exemple peut toutefois être exprimé. La Cour de justice considère qu'un recours en arriéré de rémunération est distinct d'un recours visant à l'affiliation rétroactive du requérant à un régime professionnel de pension. À en croire l'avocat général P. LEGER, dans ses conclusions sur l'arrêt *Preston*, ces recours se

²⁵⁸¹ Dans la même idée, voir M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, pt. 86 et suivants, où il distingue entre un *recours* (appel et cassation) et un *réexamen* lorsqu'il s'agit de contester une décision de justice.

²⁵⁸² En ce sens, CJCE, 16 juillet 2009, *Visciano*, aff. C-69/08, *Rec. p.* I-6741, pt. 41.

²⁵⁸³ CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494, pt. 55. Voir également CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzone Salute*, C- 61/14, EU:C:2015:655, pt. 67 ; CJUE, 6 octobre 2015, *Társia*, C- 69/14, EU:C:2015:662, pt. 34.

²⁵⁸⁴ N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 49.

²⁵⁸⁵ CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 50.

distinguent compte tenu de leurs objets²⁵⁸⁶. Les deux recours visent à remédier rétroactivement à une situation irrégulière et partagent donc un même objet. La distinction porte surtout sur la nature des sommes qui sont en cause : des rémunérations pour le premier et des pensions pour le second. Faut-il alors considérer que la nature des sommes en cause doit ou peut être prise en compte pour caractériser l'objet du recours ? Nous sommes incapables de répondre avec certitude à cette question. En définitive, quelle que soit la lecture retenue, le constat est décevant : la méthode d'application du principe d'équivalence par le critère de l'objet souffre de zones d'ombre.

616. Un autre point pose également problème. L'objet du recours en réparation se distingue clairement des autres objets. La distinction et l'identification précises des objets de recours en régularisation et en prestation le sont moins. Par exemple, le recours tendant à l'annulation d'une décision irrégulière, à l'instar du recours pour excès de pouvoir, se rattache difficilement à un seul type d'objet. D'un certain point de vue, il s'agit de remédier à une situation irrégulière en faisant disparaître rétroactivement la décision, ce qui renvoie au recours en régularisation. Cependant, il est tout aussi envisageable que l'annulation demandée ne soit qu'un moyen – et non une fin en soi – pour obtenir, en réalité, l'application correcte de la disposition invoquée, ce qui renvoie au recours en prestation. Demander l'annulation d'un licenciement irrégulier s'avère, par exemple, difficile à classer. Un tel recours s'appréhende comme un recours en prestation si l'objectif est simplement de sanctionner le respect de la disposition (européenne ou nationale) qui l'interdit. Il s'assimile à un recours en régularisation si l'objectif est de remédier aux effets du licenciement, à savoir conduire à la réintégration du salarié dans l'entreprise²⁵⁸⁷. La jurisprudence de la Cour de justice reste malgré tout évasive sur ces questions, rendant ainsi l'appréhension du critère de l'objet toujours incertaine.

617. Enfin, certaines appréciations de la Cour de justice apparaissent parfois confuses. Les arrêts *Pontin* et *Bulicke* sont édifiants à cet égard. Ils le sont d'autant plus qu'ils constituent des précédents jurisprudentiels importants. Ces affaires portaient également sur des recours en droit de travail mais envisagent une comparaison assez tolérante entre des recours en régularisation et en réparation. Dans l'arrêt *Pontin*²⁵⁸⁸, la Cour postule qu'une action en justice visant à la réintégration d'une salariée licenciée en

²⁵⁸⁶ P. LEGER, conclusions sur CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, *Rec.* p. I-3201, pt. 95-96.

²⁵⁸⁷ Les choses se complexifient encore plus lorsque, pour un même recours, le choix est laissé au requérant de réintégrer l'entreprise (recours en régularisation) ou d'obtenir une indemnisation (recours en réparation). L'article L. 1235-3 du code du travail en est un exemple.

²⁵⁸⁸ CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467.

raison de sa grossesse soit considérée “similaire” à une action en dommages et intérêts. L'arrêt *Bulicke*²⁵⁸⁹ admet implicitement un rapprochement, au titre du principe d'équivalence, entre l'action visant à engager la responsabilité de l'employeur et les actions relatives à la « *protection contre les licenciements* » et « *à faire constater l'invalidité d'un contrat à durée déterminée* ». Même si la Cour de justice reste mesurée dans ces appréciations²⁵⁹⁰, en renvoyant toujours le soin de confirmer cette comparabilité au juge national, le critère de l'objet n'est visiblement pas pris en compte. Des commentateurs notent que « [l'on] *aurait souhaité des précisions de la part de la Cour sur cette [comparabilité], l'objet des deux actions étant manifestement distinct* »²⁵⁹¹. L'avocat général M. SZPUNAR, dans ses conclusions sur l'arrêt *Santoro*, se montre également critique : « *Il me semble que la similarité alléguée des actions concernées dans les arrêts Pontin et Bulicke n'a pas été fondée sur l'identité de leurs objets au sens strict. En effet, certaines actions concernaient l'indemnisation du préjudice subi, tandis que d'autres portaient sur la réintégration d'une salariée* »²⁵⁹². Le bilan est assez mitigé pour ce critère de l'objet, tel qu'il découle de la jurisprudence de la Cour de justice. S'il paraît dans certains cas comme un élément clair et pertinent pour apprécier la comparabilité des recours, il reste encore trop abstrait et indéterminé. La jurisprudence européenne reste hélas trop implicite sur ce sujet.

B. Les critères de la cause et des éléments essentiels

618. Les problèmes évoqués sur le critère de l'objet sont malheureusement amplifiés à propos des critères de la cause et des éléments essentiels du recours. Les illustrations jurisprudentielles dans lesquelles ceux-ci sont explicitement étudiés se révèlent très limitées et ne permettent pas d'entrevoir leur signification respective. D'une part, le critère de la cause apparaît comme un critère très relatif pour déterminer la comparabilité des recours (1.). D'autre part, une trop grande indétermination entoure le sens du critère des éléments essentiels (2.).

1. Le caractère relatif du critère de la cause du recours

619. La “cause” du recours n'est jamais explicitée dans les arrêts de la Cour de justice. C'est également un critère identifié assez tardivement par la Cour : si l'objet et les

²⁵⁸⁹ CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec.* p. I-7003.

²⁵⁹⁰ La Cour semble l'être, dans l'arrêt *Pontin*, à un point tel qu'elle juge nécessaire d'examiner également le principe d'effectivité – ce qui, normalement, est superfétatoire. En ce sens, F. BARON, « L'application des principes de protection juridictionnelle effective et d'égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes », *RAE* 2009-2010, n°3, pp. 613-618, spéc. p. 616.

²⁵⁹¹ B. PALLI et M. SCHMITT, « L'effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement », *Droit social* 2010, pp. 334-342.

²⁵⁹² M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166, pt. 41.

éléments essentiels apparaissent dès l'arrêt *Palmisani* (en juillet 1997)²⁵⁹³, la cause n'est mentionnée qu'à partir de l'arrêt *Levez* (en décembre 1998)²⁵⁹⁴. Plusieurs avocats généraux ont en revanche exposé une définition assez simple et efficace. Ce critère renvoie à l'origine de la saisine, l'élément ou « *l'évènement qui déclenche l'applicabilité de cette voie de recours* »²⁵⁹⁵. L'avocat général P. LEGER, dans ses conclusions sur l'arrêt *Preston*, est le premier à l'affirmer. À propos d'un recours d'un salarié visant à relever rétroactivement d'un régime professionnel de pension, il considère que la cause du recours découle du fait qu'il « *a été illégalement exclu de l'affiliation [du régime professionnel], alors que son employeur connaissait ou devait raisonnablement connaître le caractère illégal de cette exclusion* »²⁵⁹⁶. D'autres exemples semblent confirmer cette approche. Dans l'arrêt *Transportes Urbanos*, la cause du recours en responsabilité de l'État se caractérise – visiblement – par le préjudice « *du fait d'un acte ou d'une omission de l'État* »²⁵⁹⁷ ou, selon l'avocat général M. POIARES MADURO, de l'« *illicéité du comportement dommageable* »²⁵⁹⁸. Dans l'arrêt *XC*, la cause du recours en révision résulte du constat de la violation d'un droit fondamental²⁵⁹⁹. Enfin, dans l'arrêt *Călin*, l'avocat général M. BOBEK considère que la cause du recours en révision tient au « *fait que la (...) [Cour constitutionnelle] rende une décision constatant l'inconstitutionnalité d'une disposition nationale donnée* »²⁶⁰⁰. Sur ce dernier exemple, un recours fondé sur un arrêt de la Cour de justice constatant la contrariété d'une même disposition nationale au regard du droit de l'Union est similaire au regard de sa cause.

620. Aucune illustration jurisprudentielle n'emploie ce critère pour apprécier la comparabilité des recours. Ce constat laisse donc perplexe sur l'utilité de ce critère. Cette sensation est confortée par la jurisprudence très chaotique – et difficilement compréhensible – de la Cour de justice concernant la simple *mention* de la cause comme critère pertinent. Nous l'avons déjà évoqué, la cause est totalement absente de certains arrêts de la Cour de justice relatifs au principe d'équivalence. Nous insistons sur le problème : il ne s'agit pas de dire que le critère de la cause n'est pas utilisé par le juge

²⁵⁹³ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 38.

²⁵⁹⁴ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 41.

²⁵⁹⁵ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Călin*, aff. C-676/171 précité, pt. 70.

²⁵⁹⁶ P. LEGER, conclusions sur CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, *Rec. p. I-320*, pt. 101.

²⁵⁹⁷ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 36.

²⁵⁹⁸ M. POIARES MADURO, conclusions sur CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 30. Dans la même idée, quoi que très implicitement mentionnée, voir CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité : la Cour de justice retient comme « cause » d'une demande en répétition de l'indu le fait que les sommes aient été « *perçues en violation du droit national* » (pt. 32) ou du droit de l'Union.

²⁵⁹⁹ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 28 : en l'occurrence, cette cause est suggérée par le juge national pour proposer un référentiel. La Cour de justice n'y revient pas pour se focaliser sur d'autres aspects de la comparabilité – nous en déduisons que cette appréciation du juge national est pertinente.

pour apprécier la comparabilité des recours mais bien qu'il n'est pas mentionné. Les exemples sont nombreux en ce sens²⁶⁰¹, y compris lorsque l'avocat général évoque ce critère dans ses conclusions. L'arrêt *Transportes Urbanos* est topique de ce problème. Nous l'avons vu à l'instant, à la lecture des conclusions de l'avocat général, cet arrêt indique la "cause" d'un recours en responsabilité. Toutefois, la Cour de justice se limite à affirmer que la comparabilité des recours ne s'opère que « *eu égard à leur objet et à leurs éléments essentiels* »²⁶⁰². Plus généralement, nous ne voyons aucune raison qui justifie cette inconstance. Prenons le cas des arrêts *Barth*, *Pontin* et *Bullicke*. Les trois appliquent le principe d'équivalence durant une même période et dans un même domaine – à savoir les actions en justice en droit du travail et visant à faire respecter le principe d'égalité de traitement ou de non-discrimination. Tous trois portent également sur des modalités procédurales similaires – en l'occurrence, des délais de forclusion ou de prescription. Cependant, le premier ne fait pas mention du critère de la cause²⁶⁰³ à la différence des deux autres²⁶⁰⁴.

621. Enfin, l'illisibilité de la jurisprudence devient très forte par des affirmations presque contradictoires. Là encore, ces cas ne sont pas isolés. La Cour de justice y expose – logiquement – les modalités dans lesquelles la comparabilité des recours doit être opérée. Pour se faire, elle pose les affirmations suivantes : « [afin] de vérifier si le principe d'équivalence est respecté, il appartient à la juridiction nationale (...) de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union sont conformes à ce principe et d'examiner tant ***l'objet que les éléments essentiels*** des recours prétendument similaires de nature interne. À ce titre, la juridiction nationale doit vérifier la similitude des recours concernés ***sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels*** »²⁶⁰⁵. L'enchaînement de ces deux phrases s'explique difficilement. Nous sommes d'autant plus démunis lorsque la Cour de justice indique que le principe d'équivalence s'applique « *aux recours fondés sur des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables* [et qu'il] appartient au juge national (...) de vérifier la

²⁶⁰⁰ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Călin*, aff. C-676/171 précité, pt. 71.

²⁶⁰¹ Voir, outre les exemples détaillés *infra*, CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec.* p. I-9579, pt. 50 ; CJUE, 20 décembre 2017, *Caterpillar Financial Services*, aff. C-500/16, ECLI:EU:C:2017:996, pt. 38.

²⁶⁰² CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 35.

²⁶⁰³ CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193, pt. 20.

²⁶⁰⁴ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 45 ; CJCE, *Bullicke*, aff. C-246/09 précité, pt. 26.

similitude des recours concernés sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels »²⁶⁰⁶. Nous sommes donc très dubitatifs sur l'utilité concrète du critère de la cause du recours : non seulement il n'a jamais été utilisé par la Cour de justice pour refuser un référentiel potentiel, mais sa simple évocation est aussi incertaine et confuse²⁶⁰⁷.

2. Le caractère insaisissable du critère des "éléments essentiels" du recours

622. Le critère des "éléments essentiels" est assez révélateur de la profonde difficulté de la Cour de justice à standardiser les conditions d'application du principe d'équivalence. À la différence de la cause, ce critère est parfois explicitement étudié ou mis en évidence dans des arrêts de la Cour ou des conclusions d'avocat général²⁶⁰⁸. L'arrêt *Palmisani* envisage brièvement le fait qu'une action soit « susceptible d'être dirigée contre des pouvoirs publics pour une abstention ou un acte illégal qui leur serait imputable dans le cadre de l'exercice de la puissance publique »²⁶⁰⁹ comme constitutif d'un élément essentiel. Dans l'arrêt *Transportes Urbanos* déjà étudié, « la règle de l'épuisement des voies de recours » est qualifiée d'"élément essentiel" du recours en responsabilité fondé sur une contrariété au droit de l'Union européenne²⁶¹⁰. L'avocat général M. BOBEK propose, dans ce contexte, de définir ce critère comme regroupant « les éléments tenant à la manière globale dont la procédure est menée à bien, mais également le résultat de cette procédure »²⁶¹¹. Ces illustrations jurisprudentielles demeurent toutefois insuffisantes pour appréhender le critère des éléments essentiels d'une manière satisfaisante. À nos yeux, il souffre de plusieurs problèmes.

²⁶⁰⁵ Pour exemple, voir CJUE, ord., 18 janvier 2011, *Berkizî-Nikolakaki*, aff. C-272/10, pt. 40 ; CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 31 ; CJUE, 27 janvier 2020, *Land Sachsen-Anhalt (Rémunération des fonctionnaires et juges)*, aff. jt. C-773/18 à C-775/18, ECLI:EU:C:2020:125, pt. 66-67.

²⁶⁰⁶ CJUE, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12 précité, pt. 39.

²⁶⁰⁷ Pour un exemple de confusion avec le critère de l'objet, voir N. WAHL, conclusions sur CJUE, 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 : « les recours pour discrimination en matière d'emploi peuvent différer dans leur objet, leur cause ou leurs éléments essentiels en fonction de l'origine de la discrimination. Un recours peut être introduit devant la CRP lorsque la discrimination en matière d'emploi résulte d'une pratique (généralement une décision prise par un employeur). En revanche, un recours impliquant la contestation de la validité de la législation ou nécessitant de laisser la législation inappliquée porte fondamentalement sur le caractère légal d'un instrument juridique ayant force de loi. Il s'agit selon moi d'une différence essentielle qui ne peut être négligée » (pt. 103 – il insiste). Difficile ici d'identifier clairement ce qui justifie l'absence de similitude entre ces deux recours. Faut-il ici considérer que les deux recours diffèrent en raison de leur objet, de leur cause ou de leurs éléments essentiels ? De prime abord, l'origine de la discrimination fait écho à la cause. Toutefois, l'avocat général semble retenir l'objectif des recours pour les dissocier, entre sanctionner une pratique contraire avec le droit de l'Union et faire constater l'incompatibilité d'une législation nationale avec le droit de l'Union.

²⁶⁰⁸ Outre les exemples *infra*, voir CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 32, notamment à la lecture des conclusions de l'avocat général V. TRSTENJAK, pt. 47-48. Ici, la possibilité de demander des intérêts lors la restitution de sommes indues apparaît constituer un élément essentiel du recours.

²⁶⁰⁹ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité, pt. 38.

²⁶¹⁰ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-188/08 précité, pt. 37.

623. Le premier touche à la mention de ce critère comme étant pertinent pour apprécier la comparabilité des recours. La jurisprudence s'avère tout aussi erratique qu'elle ne l'est sur le critère de la cause. Certains arrêts n'en font pas mention²⁶¹² et d'autres ne l'emploient que partiellement²⁶¹³. Outre la confusion regrettable entretenue par cette jurisprudence²⁶¹⁴, le statut du critère des éléments essentiels est incertain. L'objet et la cause sont des critères nécessaires et cumulatifs pour caractériser la similarité. En revanche, le critère des éléments essentiels ne semble pas déterminant. L'arrêt *Transportes Urbanos* est – une fois encore – révélateur de ce problème. L'avocat général M. POIARES MADURO considérait que les recours en responsabilité fondés, pour l'un, sur la violation du droit de l'Union et fondé, pour l'autre, sur une inconstitutionnalité n'étaient pas similaires en raison de leurs éléments essentiels. Selon lui, la règle de l'épuisement préalable des voies de recours, qui constitue un élément essentiel du premier recours et qui ne s'applique pas au second, révèle que ces deux recours ne sont pas similaires²⁶¹⁵. L'approche est logique et cohérente : le critère des éléments essentiels est une condition cumulative pour apprécier la similarité des recours. La Cour de justice s'en écarte d'une manière étonnante²⁶¹⁶. Elle reprend le constat selon lequel les deux recours diffèrent dans leur élément essentiel, eu égard à cette règle d'épuisement préalable. À ses yeux, cette différence ne suffit pas à réfuter la comparabilité des recours²⁶¹⁷. Selon cette approche, le critère des éléments essentiels ne serait qu'un simple indice pour apprécier la similarité des recours.

²⁶¹¹ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 71.

²⁶¹² Voir CJUE, ord., 17 juillet 2014, *Delphi Hungary Autoalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 37 ; CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-622/13, ECLI:EU:C:2015:89, pt. 30 ; CJUE, 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175, pt. 29.

²⁶¹³ Outre l'arrêt *Agrokonsulting-04* (aff. C-93/12 précité) déjà évoqué, voir CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 41 et pt. 43 ; CJUE, *Érsekécsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13 précité, pt. 61.

²⁶¹⁴ La confusion atteint, à nos yeux, son paroxysme dans les arrêts *Câmpean* et *Ciup* (CJUE, 30 juin 2016, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494 et aff. C-288/14, ECLI:EU:C:2016:495). Nous le verrons *infra*, ces arrêts semblent s'appuyer sur des éléments essentiels pour réfuter la comparabilité de recours en répétition de l'indu. L'avocat général M. SZPUNAR, dans ses conclusions, n'en fait toutefois pas mention, se limitant à affirmer que le principe d'équivalence s'applique aux recours « ayant un objet et une cause semblables » (pt. 33).

²⁶¹⁵ M. POIARES MADURO, conclusions sur CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 30 à 38.

²⁶¹⁶ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 37 et suivants. Le problème est amplifié en ce que l'appréciation de la Cour de justice semble être concrète et non – comme d'ordinaire – abstraite. « *Il apparaît des considérations qui précèdent que, dans le contexte particulier ayant donné lieu à l'affaire au principal tel qu'il a été décrit dans la décision de renvoi, la seule différence existant entre les deux actions (...) consiste dans la circonstance que les violations de droit sur lesquelles elles se fondent seraient constatées, pour l'une, par la Cour dans un arrêt rendu au titre de l'article 226 CE et, pour l'autre, par un arrêt du Tribunal Constitucional* » (pt. 43 – nous soulignons).

²⁶¹⁷ *Ibid* : « Or, cette seule circonstance, en l'absence de toute mention dans la décision de renvoi d'autres éléments permettant de conclure à l'existence d'autres différences entre l'action en responsabilité de l'État effectivement introduite par *Transportes Urbanos* et celle que cette dernière aurait pu introduire sur le fondement d'une violation de la Constitution constatée par le Tribunal Constitucional, ne saurait être suffisante pour établir une distinction entre ces deux actions au regard du principe d'équivalence » (pt. 44).

624. Le deuxième problème tient à l'indétermination profonde du critère. En substance, les éléments essentiels peuvent renvoyer à absolument tout aspect du recours. D'une part, la dissociation de ce critère avec l'objet et la cause est difficile à faire. Or nous avons vu que la relation entre objet et éléments essentiels reste délicate à appréhender. Dans une moindre mesure, la relation avec la cause l'est également. L'extrait précité de l'arrêt *Palmisani*, relatif à l'action « *dirigée contre des pouvoirs publics pour une abstention ou un acte illégal qui leur serait imputable dans le cadre de l'exercice de la puissance publique* », semble surtout faire référence au critère de la cause²⁶¹⁸ telle que nous l'avons appréhendée.

625. D'autre part, savoir quels éléments propres à chaque recours sont considérés comme "essentiels" est tout aussi incertain. Certaines positions de la Cour de justice se révèlent assez claires en ce sens. La jurisprudence relative aux recours en révision, telle qu'initiée avec l'arrêt *XC*²⁶¹⁹, mérite d'être évoquée. Dans cette affaire, la Cour de justice considère qu'un recours en révision visant à faire respecter un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme n'est pas assimilable à un recours en révision consécutif à un arrêt de la Cour de justice. L'objet et la cause des deux recours étant manifestement similaires, c'est donc sur en se fondant sur les éléments essentiels que la Cour dénie leur comparabilité. En l'espèce, suivant son avocat général²⁶²⁰, c'est le « *lien fonctionnel étroit à la procédure devant la Cour européenne des droits de l'Homme* », et fondamentalement distinct de celle suivie devant la Cour de justice, qui distingue les deux recours²⁶²¹. Interprétant cet arrêt, l'avocat général M. BOBEK considère que le recours en révision fondé sur la Convention européenne des droits de l'Homme « *avait été créé essentiellement afin de pouvoir revenir sur des décisions ayant l'autorité de la chose jugée* »²⁶²². Les arrêts *Călin* et *Hochtief* suivent la même logique. La question portait, en substance, sur la comparabilité de recours en révision fondés sur un arrêt de la Cour constitutionnelle nationale ou un arrêt de la Cour de justice. L'objet et la cause de ces recours étant similaires, l'avocat général M. BOBEK propose se focalise sur le critère des

²⁶¹⁸ Cette critique peut être atténuée en ce que le critère de la cause n'était pas encore dégagé par la Cour de justice.

²⁶¹⁹ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité.

²⁶²⁰ H. SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions sur CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 73 et suivants.

²⁶²¹ En un mot, l'arrêt de la Cour EDH intervient nécessairement après l'épuisement des voies de recours internes : il est inévitable qu'une décision ayant autorité de la chose jugée existe. Tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour EDH qui constate in fine une violation des droits fondamentaux implique donc de pouvoir revenir sur cette décision. À l'inverse, le mécanisme du renvoi préjudiciel, l'architecture générale des voies de droit au sein de l'Union européenne et le statut du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union aboutissent à une situation très différente. Tirer les conséquences d'un arrêt de la Cour de justice n'implique pas ipso facto l'existence d'une décision ayant autorité de la chose jugée sur laquelle il faudrait revenir.

²⁶²² M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, pt. 97.

éléments essentiels. Plus précisément, il estime que les effets *inter partes* ou *erga omnes* du recours en révision le justifient²⁶²³. La prise en compte de ces effets constitue un “élément essentiel” pertinent pour apprécier la similarité des recours²⁶²⁴. Il est à cet égard acceptable que le recours *inter partes* – ici, le recours fondé sur un arrêt de la Cour constitutionnelle – ait des conditions procédurales plus favorables que le recours *erga omnes* – ici, fondé sur le droit de l'Union – sans que le principe d'équivalence soit méconnu. Si la Cour de justice refuse de se prononcer clairement sur l'importance d'un tel élément pour conclure ou non à la comparabilité des recours²⁶²⁵, il est indiscutable que ces effets *inter partes* et *erga omnes* constituent des “éléments essentiels”.

626. Cette jurisprudence précitée reste toutefois assez exceptionnelle. D'autres arrêts et conclusions ne donnent que des exemples particuliers, voire uniques, de ce que peuvent être des éléments essentiels. La généralisation est presque impossible, en dépit des efforts et tentatives des avocats généraux M. BOBEK ou M. POIARES MADURO. La jurisprudence de la Cour de justice reste malgré tout évasive. Certains arrêts laissent ainsi perplexe quant au caractère “essentiel” des éléments identifiés. Dans les arrêts *Câmpean* et *Ciup*, par exemple, la Cour de justice semble prendre en considération plusieurs éléments, le fait « que le paiement de ces sommes est échelonné sur une durée de cinq ans moyennant paiement tous les ans de 20 % du montant total », que les requêtes en ce sens doivent être « traitées dans les 45 jours de leur dépôt » et qu'aucune « procédure d'exécution forcée » ne peut avoir lieu dans un délai de 5 ans²⁶²⁶. Il devient difficile de comprendre en quoi de telles particularités constituent des éléments essentiels d'un recours en répétition de l'indu.

627. Le dernier problème est sans doute le plus grave à nos yeux. Le critère des éléments essentiels, tel qu'il est appréhendé, entraîne une confusion entre la “situation” et le “traitement”. Rappelons que le principe d'équivalence nécessite d'identifier la situation interne similaire pour en déduire le traitement qui lui est applicable et, enfin, de confronter ce traitement avec celui accordé à la situation européenne. Or la frontière entre situation et traitement s'avère pour le moins poreuse dans la jurisprudence – nous

²⁶²³ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité : « Ces procédures diffèrent sur le plan systémique parce qu'elles visent un type différent de force contraignante des décisions juridictionnelles : la réouverture d'une affaire particulière à la suite de l'annulation du fondement normatif sur lequel un arrêt a été rendu par la Cour constitutionnelle (effets contraignants *inter partes*), par opposition à la révision au motif que le droit de l'Union, tel qu'interprété par un arrêt de la Cour qui a néanmoins été rendu dans une autre procédure, n'a pas été dûment pris en compte (effets contraignants *erga omnes*) » (pt. 77)

²⁶²⁴ Voir not. A. TURMO, « Immutabilité des actes juridictionnels et droit de l'Union européenne : poursuite de l'exploration des mécanismes nationaux de révision et de réexamen par la Cour de justice », *RAE* 2019, n°3, pp. 639-652, spéc. p. 648.

²⁶²⁵ CJUE, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17 précité, pt. 61-62 ; CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 39-40.

²⁶²⁶ CJUE, *Câmpean* et *Ciup*, aff. C-200/14 et aff. C-288/14 précités, respectivement pt. 47 et pt. 34.

y reviendrons²⁶²⁷. Elle l'est d'autant plus avec ce critère des éléments essentiels. De prime abord, son rôle est, à l'instar de l'objet et de la cause, de déterminer si des recours sont similaires. Il n'a pas vocation à identifier le traitement accordé à cette situation interne similaire ou à comparer les deux traitements. La jurisprudence issue de l'arrêt *XC* le confirme. Cependant, la prise en compte de règles procédurales particulières, telles que l'épuisement des voies de recours, les modalités de paiements ou de versement d'intérêts, semble inappropriée pour apprécier la similitude des recours. Elle est plus logique pour comparer les traitements des deux recours : la modalité procédurale évoquée permet-elle de considérer ces traitements comme au moins équivalents ? Une fois encore, l'arrêt *Transportes Urbanos* entretient cette confusion. En l'espèce, la règle de l'épuisement des voies de recours était précisément le point contesté : l'application de cette règle seulement au recours en responsabilité fondé sur le droit de l'Union et pas au recours fondé sur la Constitution serait contraire au principe d'équivalence. Est-il dès lors pertinent de prendre en compte cet élément pour apprécier la comparabilité des recours ? Ces illustrations accentuent ainsi l'indétermination des "éléments essentiels".

§2 : Une méthode universelle globalement insaisissable

628. Les critères de l'objet, la cause et les éléments essentiels ne suffisent pas pour appréhender, dans sa généralité, la méthode d'application du principe d'équivalence. Ces derniers, aussi perfectibles soient-ils, se limitent aux cas où les situations à comparer sont des recours contentieux. Or, comme nous l'avons vu, le principe d'équivalence ne se cantonne pas à ce seul domaine²⁶²⁸. D'autres situations exclusives à tout contexte contentieux peuvent relever du principe d'équivalence. La comparabilité de ces situations ne peut s'opérer sur la base des critères de l'objet, la cause et des éléments essentiels. Une question apparaît légitime : en pareille hypothèse, comment s'apprécie leur similarité, selon quels « paramètres »²⁶²⁹ ? De même, si cette similarité est constatée ou admise, comment comparer les traitements accordés aux situations européenne et interne pour déterminer s'ils sont au moins équivalents ? La jurisprudence n'apporte aucune réponse claire. Les réponses de la Cour de justice se cantonnent à des considérations très générales et abstraites. En d'autres termes, identifier une méthode concrète et opérationnelle apparaît presque irréalisable.

²⁶²⁷ Cf. *infra*, pt. 652 et suivants.

²⁶²⁸ Cf. *supra*, pt. 392 et suivants.

²⁶²⁹ B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 264.

629. Une telle affirmation mérite d'être précisée. Conclure purement et simplement qu'il n'existe pas de méthode d'application du principe d'équivalence n'est évidemment pas possible. Il est clair que des orientations sont exprimées dans la jurisprudence de la Cour de justice – les critères de l'objet, la cause et les éléments essentiels du recours en sont des exemples développés. L'application du principe d'équivalence suit une certaine méthode. Le problème résulte des difficultés à la standardiser. La diversité des ordres juridiques nationaux, des situations concernées par le principe d'équivalence et des traitements contrôlés est un obstacle presque insurmontable (A.). Aussi, nous concevons qu'énoncer *une méthode générale*, susceptible de s'adapter à n'importe quelle situation, est « *virtuellement impossible* »²⁶³⁰. La Cour de justice dispose pourtant d'occasions pour apporter des précisions permettant de mieux cerner la manière d'appliquer le principe d'équivalence. Toutefois, pour plusieurs raisons, elle s'y refuse (B.).

A. L'énoncé quasi impossible d'une méthode d'application générale

630. L'absence de méthode claire et explicite est vue comme la conséquence irrémédiable de la trop grande hétérogénéité²⁶³¹ des situations et traitements soumis au principe d'équivalence. Le diagnostic est très largement partagé par l'ensemble de la doctrine²⁶³² et par les avocats généraux²⁶³³. Dans ces conditions, la Cour de justice est contrainte de retenir des affirmations très génériques pour envisager dans l'abstrait tous les cas possibles. Le risque est, en retenant des indications ou indices trop précis, de conduire à une application du principe d'équivalence qui produirait « *des effets opposés selon le contexte procédural dans lequel il se situe* »²⁶³⁴. Même si ce principe repose sur les traitements existants dans les différents ordres juridiques nationaux, il reste un principe de droit de l'Union européenne édicté par la Cour de justice. À ce titre, son interprétation – et donc son application – doit se faire dans le respect du principe d'uniformité. Les indications apportées par la Cour de justice restent indéterminées pour

²⁶³⁰ M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323, spéc. p. 314.

²⁶³¹ Voir not. M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457, spéc. p. 432.

²⁶³² Pour exemple, B. LE BAUT-FERRARRESE (*op. cit.*) soulignait déjà en 1996 que la comparabilité des situations est « *mal définie* » (p. 264) voire « *aléatoire* » (p. 266).

²⁶³³ Pour exemple, P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 30.

²⁶³⁴ Nous généralisons le constat fait par O. DUBOS (*op. cit.*) selon lequel, au titre du principe d'équivalence, « *la notion de recours similaire peut produire des effets opposés selon le contexte procédural dans lequel il se situe* » (p. 273). Voir également B. Le Baut-Ferrarese (*op. cit.*, p. 267.) partage cette vision (p. 267).

garantir une application homogène du principe d'équivalence²⁶³⁵. Elles le sont aussi bien pour l'identification d'un référentiel pertinent (1.) que pour opérer la comparaison entre les traitements accordés aux situations européenne et interne similaires (2.).

1. Une inévitable indétermination dans la méthode d'identification du référentiel pertinent

631. L'identification du référentiel pertinent est l'étape pivot pour l'application du principe d'équivalence. La Cour de justice s'attarde dans l'essentiel de ses arrêts sur cette étape et conclut en général à l'impossibilité d'identifier un tel référentiel. L'enjeu est d'autant plus grand que cette étape repose en grande partie sur le juge national²⁶³⁶. Lui seul formalise le doute quant au respect du principe d'équivalence à partir d'un référentiel qu'il envisage comme pertinent. Cette incertitude le conduit ainsi à saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel afin qu'elle lui apporte des indications pour savoir si le référentiel envisagé est ou non pertinent. À la lumière de la réponse de la Cour, le juge national décide définitivement si ce référentiel est vraiment pertinent pour appliquer le principe d'équivalence. Ce va-et-vient entre la juridiction nationale et la Cour de justice, notamment lorsqu'il a pour objet l'identification du référentiel pertinent, conditionne la bonne application du principe d'équivalence – nous y reviendrons²⁶³⁷. Son déroulé repose d'abord sur le juge national qui doit être en mesure de formaliser un doute. Pour qu'un tel doute se manifeste, encore faut-il que le juge national connaisse un minimum les modalités d'application du principe d'équivalence. Il doit envisager si un référentiel pertinent est susceptible d'être identifié et – surtout – savoir quels éléments permettent de le retenir. À défaut, un renvoi préjudiciel à la Cour de justice est sans intérêt, même s'il porte précisément sur le respect du principe d'équivalence. Dans ces hypothèses, la réponse apportée se limite au constat selon lequel « *la Cour ne dispose d'aucun élément permettant de douter de la conformité des règles de procédure en cause (...) à ce principe* »²⁶³⁸. Les arrêts en ce sens sont légion²⁶³⁹.

²⁶³⁵ Aucun élément ne permet de douter du caractère uniforme de l'application du principe d'équivalence, notamment par les juges nationaux. Il reste que, si uniforme soit-elle, cette application reste très décevante dans son ensemble, précisément en raison de ces indications trop générales et abstraites. Cf. *infra*, pt. 801 et suivants.

²⁶³⁶ Voir M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité : « *c'est surtout la recherche de comparaisons adéquates [c'est-à-dire, de référentiels pertinents] qui pourrait susciter des doutes dans le chef de la juridiction de renvoi lorsqu'elle se réfère à ce principe [d'équivalence]* » (pt. 37).

²⁶³⁷ Cf. *infra*, pt. 746 et suivants.

²⁶³⁸ Pour exemple, voir CJUE, 12 décembre 2019, *Aktiva Finants*, ECLI:EU:C:2019:1074, pt. 31.

²⁶³⁹ Voir récemment CJUE, 5 mars 2020, *OPR-Finance*, aff. C-679/18, ECLI:EU:C:2020:167, pt. 33 ; CJUE, 19 mars 2020, *Bevándorlási és Menekültügyi Hivatal*, ECLI:EU:C:2020:218, pt. 64 ; CJUE, 4 juin 2020, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431, pt. 33.

632. La bonne application du principe d'équivalence repose, selon ce schéma, sur les connaissances initiales du juge national pour savoir comment identifier un référentiel pertinent. Logiquement, celles-ci dépendent de la jurisprudence de la Cour de justice et de l'intelligibilité des indications fournies. Or les éléments de réponse apportés sont, d'une manière générale, indéterminés. À l'exception des critères de l'objet, de la cause et des éléments essentiels, aucun standard ou paramètre n'est clairement mis en évidence. La Cour de justice se contente d'affirmations très générales qui portent uniquement sur la signification du principe d'équivalence. Pour l'identification d'un référentiel pertinent, en dehors de la matière contentieuse, elle se limite à indiquer que celui-ci doit être "similaire" à la situation européenne en cause. Les éventuels développements sur ce point restent tautologiques²⁶⁴⁰ ou répètent cette idée²⁶⁴¹. Par exemple, à propos de sanctions nationales, la Cour de justice requiert que « *les violations de la réglementation communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires* »²⁶⁴². Pour la répétition en droit fiscal, le référentiel pertinent doit concerner « *un même type de taxes ou redevances* »²⁶⁴³.

633. L'absence de réelles précisions paraît de prime abord illogique ou peu compréhensible. Comme le souligne B. LE BAUT-FERRARESE, « [le] concept de "similarité" n'est pourtant pas méconnu du droit communautaire »²⁶⁴⁴. Les principes d'égalité de traitement et de non-discrimination reprennent un tel concept et la jurisprudence de la Cour de justice à leur propos est bien plus fournie et détaillée qu'elle ne l'est pour le principe d'équivalence. Les arrêts relatifs à l'article 110 TFUE en attestent également²⁶⁴⁵ : la Cour de justice considère que cette disposition « *interdit à chaque État membre de frapper les produits des autres États membres d'impositions intérieures supérieures à celles qui frappent les produits nationaux similaires* »²⁶⁴⁶. Les paramètres permettant d'apprécier la similarité de ces

²⁶⁴⁰ Il arrive malheureusement que des précisions s'avèrent en réalité source de confusion. Tel est le cas lorsque la Cour de justice indique que « [le] respect du principe de l'équivalence suppose, de son côté, que la modalité litigieuse s'applique **indifféremment** aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne » (CJCE, 15 septembre 1996, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)*, aff. C-231/96, Rec. p. I-4951, 36). Nous y reviendrons (cf. *infra*, pt. 687 et suivants).

²⁶⁴¹ Voir pour exemple CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, Rec. p. I-1727, dispositif 2 ; CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, Rec. p. I-6515, pt. 59 ; CJCE, 18 janvier 2007, *City Motors Groep*, aff. C-421/05, Rec. p. I-653, pt. 35.

²⁶⁴² Voir CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. C-36/94, Rec. p. I-3573, pt. 20 ; CJCE, 22 avril 1997, *Draehmpaehl*, aff. C-180/95, Rec. p. I-2195, pt. 29.

²⁶⁴³ CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 36 ; CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, Rec. p. I-7141, pt. 20.

²⁶⁴⁴ B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 264

²⁶⁴⁵ Sur ce sujet, voir not. D. BERLIN, V° « Interdiction des impositions intérieures discriminatoires ou protectrices. Champ d'application. Contenu », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 1610, 1^{er} avril 2015, par. 17 et suivants.

²⁶⁴⁶ Récemment, voir pour exemple CJUE, ord., 7 mars 2019, *Elliniko Dimosio*, aff. C-689/18, ECLI:EU:C:2019:185, pt. 22.

produits sont nombreux²⁶⁴⁷. Le raisonnement s'avère même assez proche du principe d'équivalence puisque le standard de comparaison est déterminé en fonction des impositions frappant les produits nationaux similaires aux produits issus d'autres États membres. Qui plus est, les situations envisageables sont très variées puisque tout type de produit est concerné par l'article 110 TFUE. Même si les indications fournies par la Cour de justice sur la similarité de produits restent discutées²⁶⁴⁸, elles sont davantage explicites et utiles que les paraphrases tautologiques sur la similitude des situations au titre du principe d'équivalence.

634. L'exemple de l'article 110 TFUE permet de s'interroger sur les raisons qui poussent la Cour de justice à s'abstenir de préciser l'appréciation de la similitude des situations au titre du principe d'équivalence. La doctrine, voire la Cour elle-même, le justifie en raison de la diversité des situations soumises au principe d'équivalence. Si cette diversité existe pour l'article 110 TFUE, elle n'est pas d'une même ampleur²⁶⁴⁹. Le principe d'équivalence jouit d'un champ d'application très étendu et – surtout – très hétérogène. N'importe quelle situation dans laquelle le droit de l'Union s'applique ou est susceptible de s'appliquer constitue une « situation européenne ». Dès lors, toute situation dans laquelle une disposition nationale s'applique ou est susceptible de s'appliquer peut constituer un référentiel pertinent. La recherche de la similarité se heurte donc à une indétermination irréductible des situations en cause. Rappelons que ces situations désignent aussi bien des recours que des « actions »²⁶⁵⁰, « demandes »²⁶⁵¹, « requêtes »²⁶⁵², « réclamations »²⁶⁵³ ou « des personnes faisant valoir les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (...) par rapport à celles faisant valoir des droits de nature purement interne »²⁶⁵⁴. Énoncer des critères généraux et toujours pertinents pour apprécier cette similarité se rapproche d'une « mission impossible »²⁶⁵⁵. Les exemples des critères de l'objet, de la cause et des éléments essentiels le prouvent. S'ils fonctionnent – tant bien que mal – pour la

²⁶⁴⁷ Voir CJCE, 17 février 1976, *Rewe*, aff. 45/75, *Rec.* p. 181 : la similarité se constate si les produits en cause « au même stade de production et de commercialisation, présentent, au regard des consommateurs, des propriétés analogues et répondent aux mêmes besoins » (pt. 12). Voir également CJCE, 27 février 1980, *Commission c. France*, aff. 168/78, *Rec.* p. 347, pt. 5 ; CJCE, 30 novembre 1995, *Casarin*, aff. C-113/94, *Rec.* p. I-4203, pt. 15 ; CJUE, 14 avril 2015, *Manea*, aff. C-76/14, ECLI:EU:C:2015:216, pt. 31.

²⁶⁴⁸ D. BERLIN, *op. cit.*, par. 58 et suivants.

²⁶⁴⁹ R. HERNU, *op. cit.* : « le juge communautaire propose des définitions à visée opératoire permettant de classer les produits. L'unité du marché les prédétermine de manière à aboutir au résultat d'une large similarité » (p. 363).

²⁶⁵⁰ CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec.* p. I-6619, pt. 99.

²⁶⁵¹ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271, pt. 82 ; CJUE, *Delphi Hungary Autóalkatrész Gyártó*, aff. C-654/13 précité, pt. 36.

²⁶⁵² CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99, *Rec.* p. I-1395, pt. 40.

²⁶⁵³ *Ibid.*, pt. 21.

²⁶⁵⁴ CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 39.

comparabilité de recours contentieux, ils sont inopérants dans d'autres situations. Apprécier la similitude de sanctions nationales ou d'impositions fiscales se fait forcément en fonction d'autres paramètres.

635. Cette indétermination des situations explique pourquoi la Cour de justice s'abstient de dégager des standards pour l'application du principe d'équivalence²⁶⁵⁶. Cette position se comprend : face à cette hétérogénéité, il faut conserver une homogénéité dans l'application du principe d'équivalence. Y compris pour des situations *a priori* bien délimitées, comme les recours contentieux, les indications de la Cour de justice restent très évasives. Aucune définition ou élément n'est donné pour savoir, notamment, ce qu'est un "recours". Comme le souligne O. DUBOS, « *en pratique, (...) une même définition de la notion de recours similaire peut produire des effets diamétralement opposés selon le contexte procédural dans lequel elle s'inscrit* »²⁶⁵⁷. Il est difficile par exemple de retenir une même conception du recours pour les ordres juridiques allemands, anglais ou français²⁶⁵⁸. Ce problème est identique pour d'autres types de situations étrangères à la matière contentieuse. Il est également exacerbé par l'hétérogénéité qui peut exister au sein d'un même ordre juridique national. Par exemple, la Cour de justice constate très tôt que, en matière de répétition de l'indu, « *le problème de la contestation de taxes indument payées est résolu de différentes manières dans les différents États membres, et même, à l'intérieur d'un même État, selon les divers types d'impôts et taxes en cause* »²⁶⁵⁹.

636. Dans ces conditions, la Cour de justice a préféré préserver ce champ d'application étendu du principe d'équivalence²⁶⁶⁰ au détriment d'indications sur la

²⁶⁵⁵ Nous généralisons l'affirmation de W. VAN GERVEN (*op. cit.*) qui considère que « *it is a "mission impossible" to define the concepts of ("subjective") rights, remedies and procedures (the latter two being brought normally under the broader concept of "procedural rules")* » (p. 502).

²⁶⁵⁶ En ce sens, V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309, spéc. pp. 275-276. La différence est flagrante avec le principe d'égalité de traitement dont l'application repose sur des standards pour apprécier la similitude de situation. Voir R. HERNU, *op. cit.*, pp. 363 et suivantes.

²⁶⁵⁷ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, p. 163. Cet auteur avait déjà considéré qu'« *une définition communautaire très précise de la notion de "recours similaires" manifesterait une inadéquation entre les moyens employés par la Cour et l'objectif poursuivi* » (O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 278).

²⁶⁵⁸ Et ce même si des similitudes ou des points communs existent ; voir not. R. DAVID, « Le Droit Continental, la "Common Law" et les Perspectives d'un "Jus Commune" Européen » et O. KAHN-FREUND, « Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, respectivement pp. 113-135 et pp. 137-168. Ces similitudes restent insuffisantes pour assurer une bonne homogénéité des situations concernées par le principe d'équivalence.

²⁶⁵⁹ CJCE, 27 février 1980, *Just*, aff. 68/79, *Rec.* p. 501, pt. 23 ; CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 16.

²⁶⁶⁰ Ce choix s'impose presque par la force des choses. Si le principe d'équivalence joue véritablement son rôle de condition à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, il doit pouvoir s'appliquer à toutes les situations qui s'y rattachent.

comparabilité des situations. Ce choix se comprend en un sens. Après tout, « [dans] le langage courant, “similaire” peut être défini comme ce “qui est à peu près de même nature, de même ordre”. Sans surprise, l’encadrement par le principe d’équivalence reste donc soumis à une estimation de l’“à peu près”, librement appréciée par le juge national »²⁶⁶¹. Autrement dit, il vaut mieux renoncer à une méthode générale, qui fonctionne pour n’importe quelle situation, et assumer une approche casuistique pour l’identification du référentiel pertinent. L’indétermination des situations contraint à une indétermination de la manière d’apprécier leur comparabilité.

2. *L’affirmation simple d’une comparaison in abstracto et in globo des traitements accordés aux situations européenne et interne similaires*

637. L’identification d’un référentiel pertinent n’est que le préalable nécessaire pour opérer la comparaison induite par le principe d’équivalence. Rappelons que c’est le traitement national accordé à la situation interne similaire qui est confronté au traitement accordé à la situation européenne. Nous l’avons vu, en dépit de formulations diverses et parfois antonymes²⁶⁶², le principe d’équivalence est respecté si ces deux traitements sont au moins équivalents entre eux. Une fois encore, la comparaison est le fruit d’un échange entre le juge national et la Cour de justice. Les enjeux sont les mêmes que ceux relatifs à l’identification du référentiel pertinent. Le juge national doit relever quels aspects du traitement accordé à la situation européenne apparaissent critiquables en comparaison du traitement accordé à la situation interne similaire. La Cour de justice, saisie d’un renvoi préjudiciel et reconnaissant la pertinence du référentiel, fournit des indications sur la manière d’opérer la comparaison entre les traitements. En tenant compte de ces éléments, le juge national apprécie définitivement si ces traitements sont ou non équivalents.

638. La jurisprudence de la Cour de justice est, sur ce sujet, moins discutée qu’elle ne l’est pour l’identification du référentiel pertinent. La raison tient en ce que la manière d’opérer la comparaison entre les traitements est indiquée avec clarté. Elle repose sur deux points ainsi énoncés : « *pour statuer sur l’équivalence des règles de procédure, il faut vérifier de manière objective et abstraite la similitude des règles en cause en tenant compte de leur place dans l’ensemble de la procédure, du déroulement de ladite procédure et des particularités des*

²⁶⁶¹ M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l’espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, p. 120.

²⁶⁶² Cf. *supra*, pt. 496 et suivants.

règles »²⁶⁶³. Cette méthode s'avère, sur certains aspects, discutable, voire problématique²⁶⁶⁴. Il demeure qu'elle est relativement explicite. La comparaison doit être opérée *in abstracto* et *in globo*. En effet, le principe d'équivalence vise à opposer les traitements accordés aux situations européenne et interne pris « *dans leur ensemble* »²⁶⁶⁵, dans leur globalité. Pour mémoire, le traitement est constitué de l'ensemble des dispositions nationales, procédurales comme matérielles, qui contribuent à la mise en œuvre de la règle nationale ou européenne²⁶⁶⁶. Le principe d'équivalence requiert que ces traitements soient, dans leur globalité, au moins équivalents. Une différence mineure portant sur un aspect de ces traitements n'est donc pas prohibée. La Cour considère, par exemple, que « *l'imposition des exigences procédurales supplémentaires au consommateur tirant ses droits du droit de l'Union n'implique pas, en soi, que lesdites modalités procédurales lui soient moins favorables* »²⁶⁶⁷.

639. L'arrêt *Baczó et Vizsnyiczai*²⁶⁶⁸ illustre bien cette idée²⁶⁶⁹. Pour mémoire, les recours visant à constater l'invalidité d'une clause contractuelle sur le fondement du droit de l'Union relevaient de la compétence d'une juridiction départementale. À l'inverse, pour un recours similaire²⁶⁷⁰ fondé sur le droit interne, la compétence est accordée à une juridiction locale. Cette différence conduit à des frais de justice plus élevés dans la première situation en comparaison de la seconde. Malgré tout, en appréciant globalement les traitements accordés à ces deux recours, la Cour de justice les juge équivalents. Le fait de confier les litiges relatifs au droit de la consommation européenne à ces juridictions départementales, « *moins nombreuses et d'un rang plus élevé que les juridictions locales, peut être de nature à favoriser une administration de la justice plus homogène et spécialisée* »²⁶⁷¹. En un sens, le désavantage résultant des frais de justice élevés est compensé par la meilleure expertise de la juridiction compétente. Dans sa globalité, le

²⁶⁶³ CJCE, 24 mars, 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec.* p. I-2119, pt. 41 ; CJUE, ord., *Berkizji-Nikolakaki*, aff. C-272/10 précité, pt. 41. Ces deux points apparaissent dès les arrêts *Levez* (aff. C-326/96 précité, pt. 44) et *Preston* (aff. C-78/98 précité, pt. 62).

²⁶⁶⁴ Cf. *infra*, pt. 687 et suivants.

²⁶⁶⁵ N. WAHL, conclusions sur CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 50.

²⁶⁶⁶ Cf. *supra*, pt. 36-37. Cette position est d'ailleurs en cohérence avec l'application du principe d'effectivité. La Cour de justice affirme à ce titre que « [pour] ce qui concerne (...) le principe d'effectivité, (...) chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales » (CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 39).

²⁶⁶⁷ CJUE, 31 mai 2018, *Sziber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367, pt. 43.

²⁶⁶⁸ CJUE, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13 précité.

²⁶⁶⁹ Dans le même ordre d'idée, voir CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581, pt. 95 et suivants ; M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 106 et suivants ; CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 45-47.

²⁶⁷⁰ *Ibid.* : la Cour postule que « les recours de consommateurs visant la constatation de l'invalidité de clauses contractuelles pour des motifs tirés notamment ou exclusivement des règles découlant de la directive 93/13, d'une part, et les recours de consommateurs visant la constatation de l'invalidité de clauses contractuelles pour des motifs tirés exclusivement du droit national, d'autre part, [sont] semblables » (pt. 45).

traitement accordé au recours fondé sur le droit de l'Union n'est pas moins favorable que celui fondé sur le droit interne²⁶⁷².

640. Un récent arrêt *Valoris*²⁶⁷³ a donné l'opportunité à la Cour de justice d'apporter une précision sur ce point. Dans cette affaire, l'État roumain a institué un délai spécial d'un an pour certaines demandes en répétitions de l'indu fondées sur le droit de l'Union. Le juge de renvoi et la Cour identifient sans mal un référentiel pertinent : dans des situations similaires internes, le délai normal est de cinq ans. La différence entre les traitements est manifeste²⁶⁷⁴ mais le gouvernement roumain tente de se justifier : ce délai spécial d'un an n'est pas forcément défavorable pour tous les demandeurs puisqu'il s'est substitué à l'ancien délai de cinq ans. Dès lors, ce nouveau régime « a eu pour effet favorable de prolonger le délai de remboursement applicable à certains des contribuables ayant versé ces taxes »²⁶⁷⁵. La Cour réfute cet argument puisque « cette adoption a aussi eu pour effet désavantageux de réduire le délai de remboursement applicable à d'autres contribuables, qui ont perdu le plein bénéfice de la période de cinq ans (...) [qui est] restée entièrement opérante (...) s'agissant des créances fiscales acquittées indûment au regard du droit national »²⁶⁷⁶. Elle conclut que « le principe d'équivalence ne permet pas de compenser un désavantage subi par un groupe de contribuables par un avantage octroyé à un autre groupe se trouvant dans une situation similaire »²⁶⁷⁷. Nous comprenons ici que l'avantage invoqué par le gouvernement roumain est jugé insuffisant par rapport au désavantage occasionné par le nouveau régime.

641. Cette méthode de comparaison des traitements n'est pas davantage détaillée dans la jurisprudence. Plusieurs raisons le justifient. En premier lieu, le raisonnement suivi par la Cour de justice va rarement aussi loin. Le plus souvent, le principe d'équivalence est considéré respecté²⁶⁷⁸ faute de pouvoir identifier un référentiel pertinent. Aucune comparaison n'est donc envisageable dans de telles hypothèses. En second lieu, les traitements à comparer sont – eux aussi – très divers et hétérogènes. Nous l'avons vu, tout type de disposition, qu'elle soit procédurale ou matérielle, peut se

²⁶⁷¹ *Ibid.*

²⁶⁷² CJUE, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13 précité, pt. 47.

²⁶⁷³ CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité.

²⁶⁷⁴ *Ibid.* : « les demandes tendant au remboursement des taxes (...) fondées sur une violation du droit de l'Union, sont subordonnées à un délai procédural, d'une durée d'environ un an, qui est considérablement inférieur et donc moins avantageux que celui, d'une durée de cinq ans, qui s'applique aux demandes tendant au remboursement de créances fiscales fondées sur une violation du droit interne » (pt. 34).

²⁶⁷⁵ *Ibid.*, pt. 36.

²⁶⁷⁶ *Ibid.*

²⁶⁷⁷ *Ibid.*

²⁶⁷⁸ Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 796 et suivants.

rattacher au traitement national²⁶⁷⁹. La méthode retenue par la Cour de justice doit donc rester suffisamment générale et souple pour s'adapter à toutes hypothèses. Qui plus est, il n'est jamais clair de délimiter exhaustivement les modalités qui constituent les traitements. La Cour de justice est d'ailleurs incompétente pour le faire puisqu'elle ne peut interpréter le droit national – et donc, déterminer si telle ou telle disposition relève ou non des traitements comparés. Le choix de retenir une méthode de comparaison très abstraite et *in globo* se comprend une fois encore par la volonté de conserver une homogénéité dans l'application du principe d'équivalence.

B. Une jurisprudence excessivement prudente

642. Les propos précédents montrent qu'attendre l'énoncé d'une méthode *générale* d'application du principe d'équivalence est illusoire. L'hétérogénéité des situations et des traitements qui leur sont accordés empêche la Cour de justice d'être plus précise, au risque de nuire à l'homogénéité de l'application du principe d'équivalence. Comme le souligne D. ROUSSEAU, « *la force d'un principe ne tient pas à sa rigidité car, comme le chêne, il rompt en cas de tempête ; elle vient, paradoxalement, de sa souplesse, du jeu, de l'incertitude qu'il laisse aux acteurs* »²⁶⁸⁰. Ce constat se transpose sans mal aux standards de similitude et d'équivalence de la méthode du principe d'équivalence. L'indétermination est donc inévitable. Elle est souhaitable en présence du principe d'équivalence qui nécessite des appréciations très casuistiques. Évaluer la similitude de situations et comparer leur traitement restent des opérations impossibles à totalement objectiver. Cette réserve s'explique d'autant plus compte tenu de la relation entre la Cour de justice et les ordres juridiques nationaux. Comme l'affirme A. BARAV, « [la Cour], *par un souci de ne pas s'immiscer dans l'organisation des voies de droit internes, s'est contentée de fournir aux juridictions internes des indications relativement générales et abstraites* »²⁶⁸¹. Enfin, les affaires soumises à la Cour de justice ne concernent rarement que le principe d'équivalence. Il est fréquent que celui-ci soit étudié parallèlement à d'autres principes ou exigences, dont le principe d'effectivité, qui sont souvent plus faciles à manier pour la Cour. On comprend dès lors que la Cour s'abstient des précisions sur le principe d'équivalence

²⁶⁷⁹ Comme le laisse à penser M. BOBEK (conclusions sur CJUE, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16 précité), il suffit de constater un « *lien clair* » (pt. 85) entre la mise en œuvre du droit de l'Union et la disposition litigieuse pour intégrer cette dernière au sein du « traitement national » accordé à la situation européenne. Sur cette question, cf. *supra*, pt. 452-453.

²⁶⁸⁰ D. ROUSSEAU, cité par S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 148.

²⁶⁸¹ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20, spéc. p. 8. Voir également B. LE BAUT-FERRARESE, *op. cit.*, p. 265.

quand d'autres règles européennes permettent de répondre plus aisément au problème²⁶⁸².

643. Malgré tout, nous estimons que la jurisprudence de la Cour de justice reste excessivement réservée, sinon fuyante, pour expliciter la méthode d'application du principe. Nous généralisons le constat fait par S. RIALS selon lequel « *si le juge, dans de nombre de cas, tente de rendre les standards qu'il met en œuvre aussi monosémique que possible, ce qui n'exclut pas des directives d'application variées, souvent il complique comme à plaisir le vocabulaire qu'il emploie et se refuse à expliquer en toute clarté par des directives suffisamment précises et stables le contenu exact qu'il attribue à certains termes peu déterminés* »²⁶⁸³. En effet, l'argument selon lequel la Cour de justice est incompétente pour apprécier la similitude des situations et comparer leur traitement n'est pas convaincant. Cette incompétence porte sur l'application *stricto sensu* du principe d'équivalence. À ce titre, il est vrai que seul le juge national décide définitivement si ce principe est ou non méconnu²⁶⁸⁴. Ce contexte n'empêche pas la Cour de justice d'apporter des précisions, même partielles ou sectorielles, pour aider le juge national²⁶⁸⁵. Au contraire, tout l'y invite²⁶⁸⁶. Le juge national ne peut pas correctement appliquer le principe d'équivalence si la Cour de justice ne lui a pas indiqué les paramètres pertinents à retenir²⁶⁸⁷. Nous insistons : il n'est pas question d'attendre une méthode *générale* mais des précisions sur la manière d'appliquer, pour chaque cas d'espèce, le principe d'équivalence. De plus, ces précisions ont vocation à assister le juge national et en aucun cas à faire le contrôle à sa place²⁶⁸⁸. La jurisprudence est cependant assez décevante²⁶⁸⁹, voire « *pauvre* »²⁶⁹⁰, pour deux raisons.

²⁶⁸² Pour ce qui concerne notamment le principe d'effectivité, cf. *infra*, pt. 878 et suivants.

²⁶⁸³ S. RIALS, *op. cit.*, p. 358.

²⁶⁸⁴ Pour exemple, CJCE, *Levez*, aff. C-326/98 précité : « *Il appartient, en principe, aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire sont conformes au principe de l'équivalence* » (pt. 39).

²⁶⁸⁵ Il arrive même à la Cour de retenir des affirmations assez péremptoires. Voir CJUE, *Danske*, aff. C-445/06 précité : « *force est, dès lors, de constater que le principe d'équivalence est respecté par une réglementation nationale* » telle que décrite par le juge national (pt. 45). De même, F. PICOD (« Non-conformité du droit applicable aux licenciements des femmes enceintes aux exigences de protection juridictionnelle et de non-discrimination », *JCP G* 2009, n°46, 433, p. 42) note à propos de l'arrêt *Pontin* (aff. C-63/08 précité) que « *la Cour a porté une appréciation qui ne laisse guère de doute sur l'issue de l'appréciation de la compatibilité du droit luxembourgeois avec le droit communautaire* » (p. 42).

²⁶⁸⁶ En ce sens, CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité : « *en vue de l'appréciation à laquelle la juridiction nationale devra procéder [pour appliquer le principe d'équivalence], la Cour peut [voire doit] lui fournir certains éléments tenant à l'interprétation du droit communautaire* » (pt. 50).

²⁶⁸⁷ Sur cette idée, cf. *infra*, pt. 745.

²⁶⁸⁸ La Cour de justice affirme régulièrement que, quels que soient les éléments qu'elle expose, le juge national est tenu de « *vérifier* » s'ils sont ou non pertinents pour appliquer le principe d'équivalence à son litige – pour exemple, voir CJCE, *Pasquini*, aff. C-34/02 précité, pt. 65.

²⁶⁸⁹ Voir not. P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015 : « *it is often unclear what exactly the requirement of 'equivalent' entails, or when causes of action may be deemed sufficiently similar or comparable to require 'equivalent' treatment. In many cases the Court merely states, after reiterating that national rules must comply with the principle of equivalence that there is nothing on the file submitted by the national court to suggest any violation of that principle* » (p. 246).

D'une part, la Cour de justice s'abstient trop souvent d'apporter des précisions concrètes qui sont pourtant à sa portée (1.). D'autre part, les généralités répétées par la Cour conduisent parfois à des confusions sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence (2.).

1. L'absence de précisions à portée

644. Dans son ensemble, la jurisprudence de la Cour de justice reste assez pauvre en indications pour comprendre comment doit s'appliquer le principe d'équivalence. Certes, pour de multiples situations, ce laconisme s'explique faute d'éléments pertinents fournis par le juge national²⁶⁹¹. Les arrêts sont nombreux dans lesquels, alors même que le principe d'équivalence apparaît dans une question préjudicielle, le juge national ne fournit pas ou peu d'éléments qui permettent de douter de son respect²⁶⁹². Les parties, notamment la Commission européenne, contribuent parfois à combler ce vide en suggérant des éléments permettant d'identifier un référentiel pertinent. Cependant, dans de telles conditions, la Cour de justice préfère s'abstenir de tout développement. Préciser davantage la manière d'appliquer le principe d'équivalence serait ici superfétatoire²⁶⁹³ puisqu'aucun élément concret ne peut être analysé. De plus, plus occasionnellement, il arrive que la Cour de justice ignore le principe d'équivalence pour concentrer sa réponse sur d'autres principes ou règles du droit de l'Union européenne²⁶⁹⁴. Nous concevons que, si le principe d'effectivité suffit pour considérer le traitement national insuffisant, la Cour de justice ne développe pas d'analyse sur le principe d'équivalence – et ce même si elle dispose d'éléments le lui permettant²⁶⁹⁵. Dans ces différentes hypothèses, le silence de la Cour de justice se

²⁶⁹⁰ J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 241-266 : « J'entends par jurisprudence "pauvre" celle qui a un poids normatif réduit, parfois extrêmement réduit (...). Cette jurisprudence pauvre, je la vois dans les arrêts où la réponse est très vague, laissant une grande marge de manœuvre à la juridiction nationale, avec, par exemple, un simple renvoi au principe de proportionnalité sans beaucoup d'indications sur la manière de l'appliquer (...) » (p. 251).

²⁶⁹¹ Dans la même logique, il est compréhensible que la Cour de justice reste évasive lorsque les éléments fournis ne sont pas clairs. Voir not. CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, à la lecture des conclusions de l'avocat général G. F. MANCINI, spéc. pp. 3634-3635 ; idem avec CJUE, *Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe*, aff. C-620/17 précité, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. BOBEK, pt. 102.

²⁶⁹² Pour exemple, CJUE, ord., *Delphi Hungary Autóalkatrészek Gyártó*, aff. C-654/13 précité.

²⁶⁹³ Pour exemple, CJUE, 13 septembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. BOBEK, pt. 58.

²⁶⁹⁴ Certes, cette situation n'est en rien spécifique au principe d'équivalence. La Cour de justice s'autorise, dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, à reformuler les questions qui lui sont posées pour apporter une réponse utile au juge national – sur ce sujet, voire not. F. PICOD et J. RIDEAU, v° « Renvoi préjudiciel », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2006 (actualisé en octobre 2013), par. 210 et suivants.

²⁶⁹⁵ Voir pour exemple CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, *Rec.* p. I-2483. Dans ses conclusions, l'avocat général J. KOKOTT traite ensemble des principes d'équivalence et d'effectivité ainsi que de la protection

justifié²⁶⁹⁶. Enfin, le contrôle du principe d'équivalence est rarement au cœur du problème. Nous comprenons évidemment que la Cour n'alourdisse pas, presque inutilement, la motivation de ses arrêts par des précisions ou appréciations sur le principe d'équivalence, lorsque son respect n'est qu'une question secondaire ou résiduelle.

645. Les silences gardés par la Cour de justice se comprennent pour les raisons évoquées. Il demeure, à nos yeux, que leur récurrence prend une ampleur dommageable pour l'application du principe d'équivalence. C'est surtout le cas lorsque la Cour de justice s'abstient d'apporter des précisions sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence alors même qu'elle disposait, d'une manière ou d'une autre, d'éléments le lui permettant. Ce « *laconisme* »²⁶⁹⁷ apparaît regrettable et se justifie difficilement. Outre la doctrine, les juges nationaux sont les premiers à en pâtir. Nous le verrons, pour que le principe d'équivalence soit effectivement et correctement appliqué, ces derniers doivent y être accoutumés – ce qui est loin d'être le cas²⁶⁹⁸. Le rôle de la Cour de justice, surtout dans le cadre du renvoi préjudiciel²⁶⁹⁹, est justement d'assister les juges nationaux, de les aider dans l'application du droit de l'Union européenne – en somme, de les familiariser à contrôler ce principe. Quand bien même des précisions apportées par la Cour ne seraient pas toutes opérantes pour résoudre le litige au principal, elles conservent une utilité en éclaircissant la signification et la portée de la règle européenne à appliquer.

646. Le principe d'équivalence échappe visiblement à cette logique. À quelques exceptions près²⁷⁰⁰, les réponses de la Cour de justice restent souvent cantonnées aux indications générales que nous avons étudiées. Aucune précision n'est ajoutée pour

juridictionnelle effective. La Cour se contente de répondre uniquement sur la base des principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective (pt. 46 et suivants). Dans la même logique, voir CJUE, 21 décembre 2016, *Gutiérrez Naranjo*, aff. jt. C-154/15, C-307/15 et C-308/15, ECLI:EU:C:2016:980.

²⁶⁹⁶ Notons que, même si le principe d'effectivité est considéré comme méconnu, il arrive que la Cour de justice livre des indications sur le principe d'équivalence. Voir not. CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité. Pour un autre exemple, voir CJUE, 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, aff. jt. C-776/19 à C-782/19, ECLI:EU:C:2021:470. La Cour y conserve un silence sur le principe d'équivalence pour se focaliser sur le principe d'effectivité ; elle le justifie en ce que ce dernier est « *seul visé dans la présente affaire* » (pt. 28). Évidemment, l'absence de précisions sur le principe d'équivalence n'est ici nullement problématique.

²⁶⁹⁷ S. RIALS, *op. cit.* : « *ce laconisme, dont (...) la doctrine s'en exagère peut-être les conséquences fâcheuses, est parfois compensé par un effort de quantification qui simplifie bien sûr beaucoup les choses pour le justiciable (...)* » (p. 358). Cet « effort de quantification » nous semble ici insuffisant pour le principe d'équivalence.

²⁶⁹⁸ Cf. *infra*, pt. 779 et suivants.

²⁶⁹⁹ Cf. *infra*, pt. 729 et suivants.

²⁷⁰⁰ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité : « *le souci d'apporter une réponse utile au juge national conduit parfois votre Cour à formuler des observations plus précises quant aux éléments de comparaison possibles* » (pt. 90).

faciliter *concrètement* la tâche du juge national²⁷⁰¹. Il ne s'agit pas pour la Cour de justice, en énonçant ces précisions, de se substituer au juge national. Les réflexions livrées sur le principe d'équivalence restent nuancées et prudentes. Elles ne constituent que des conseils ou des recommandations de la Cour de justice au juge national. L'arrêt *Palmisani* l'illustre : tout en rappelant cette prudence, la Cour de justice livre des indications très concrètes pour l'application du principe d'équivalence²⁷⁰². À l'opposé, l'arrêt *Preston* se révèle très décevant de ce point de vue. La Cour reconnaît elle-même que le juge anglais, par ce renvoi préjudiciel, « *cherche à déterminer les critères de droit communautaire qui permettent d'identifier un recours similaire de nature interne* »²⁷⁰³. Pourtant, seuls les rappels généraux sur le principe d'équivalence sont mentionnés²⁷⁰⁴. La Cour de justice s'abstient de réelles précisions sur ce qui permettrait de considérer comme similaires les recours en cause – alors même que l'avocat général en propose²⁷⁰⁵.

647. Les arrêts en ce sens sont très nombreux. Nous l'avons vu, la jurisprudence sur la comparabilité des recours, avec les critères de l'objet, de la cause et des éléments essentiels, est avare en détail²⁷⁰⁶. Les éventuelles précisions sont très discrètes et souvent noyées au sein des rappels généraux. En d'autres termes, difficile de savoir avec certitude les éléments ou les paramètres qui ont guidé l'appréciation de la Cour de justice. L'arrêt *Littlewoods Retail*²⁷⁰⁷ est représentatif de ce problème. L'objet du litige est assez familier au titre du principe d'équivalence puisqu'il porte sur un recours en répétition de l'indu – et, plus précisément, des intérêts que le requérant peut demander à cette occasion. De plus, le juge national avait identifié des référentiels pertinents, qui ont été discutés par les parties devant la Cour²⁷⁰⁸. À partir de ces éléments, l'avocat général V. TRSTENJAK s'emploie à pointer les difficultés pour

²⁷⁰¹ En ce sens, F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, 6 juillet 1995, *BP Soupergas*, aff. C- 62/93, *Rec.* p. I-1883 : « *Nous ne pensons pas qu'il soit nécessaire de se livrer à l'exercice difficile et quelque peu artificiel qui consiste à rechercher une demande comparable fondée sur le droit national* » (pt. 58).

²⁷⁰² CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité : « *« S'il appartient, en principe, aux juridictions nationales de vérifier si les modalités procédurales destinées à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire et, en particulier, la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire imputables à un État membre sont conformes au principe de l'équivalence, certains éléments du dossier au principal permettent à la Cour de formuler les observations suivantes »* (pt. 33).

²⁷⁰³ CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 54.

²⁷⁰⁴ *Ibid.* : « *Le respect du principe d'équivalence suppose que la règle litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables* » (pt. 55) ; « *[afin] de vérifier si le principe d'équivalence est en l'espèce respecté, la juridiction nationale, qui est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des recours dans le domaine du droit du travail, doit examiner tant l'objet que les éléments essentiels des recours prétendument similaires de nature interne* » (pt. 56).

²⁷⁰⁵ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 93 et suivants.

²⁷⁰⁶ Notamment pour ce qui est des critères de la « cause » et des « éléments essentiels » ; cf. *infra*, pt. 618 et suivants.

²⁷⁰⁷ CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité.

²⁷⁰⁸ Voir V. TRSTENJAK, conclusions sur CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 42-46.

reconnaître un référentiel pertinent en l'espèce²⁷⁰⁹. Le contexte était donc favorable pour que la Cour de justice apporte certaines précisions, même minimales et réservées²⁷¹⁰. L'arrêt est décevant puisqu'il se limite à faire des rappels généraux²⁷¹¹ et à mentionner – sans les expliciter d'une manière ou d'une autre – les référentiels envisagés par le juge national²⁷¹². Difficile d'affirmer que cet arrêt éclaire le juge national sur l'application du principe d'équivalence. Cet exemple est hélas loin d'être isolé. Nous faisons ce constat surtout lorsque les conclusions de l'avocat général offrent des précisions intéressantes, notamment sur la comparabilité des situations, qui ne sont pas reprises – voire prises en considération – par la Cour de justice²⁷¹³.

648. Enfin, au terme du renvoi préjudiciel, la Cour de justice invite souvent le juge national à vérifier lui-même cette comparabilité des situations mais sans l'aiguiller par des indications concrètes qui iraient au-delà des rappels généraux. L'arrêt *Raiffeisen Bank*²⁷¹⁴ en est un exemple flagrant²⁷¹⁵. Dans cette affaire, le juge national saisit la Cour de justice en proposant un référentiel pertinent pour l'application du principe d'équivalence et – chose assez rare pour le souligner – motive en conséquence son ordonnance de renvoi. L'avocat général M. SZPUNAR²⁷¹⁶, suivi par la Cour de justice²⁷¹⁷, accepte le raisonnement conduit par le juge national, qui semble démontrer une bonne compréhension de la méthode d'application du principe d'équivalence. La Cour de

²⁷⁰⁹ *Ibid.*, pt. 47-48.

²⁷¹⁰ Cette prudence est d'ailleurs affirmée par l'avocat général (*ibid.*) : « Dans la mesure où cette question se poserait de facto dans le litige au principal dans le contexte de l'examen du principe d'équivalence, la juridiction de renvoi devrait saisir la Cour d'une nouvelle demande de décision préjudicielle motivée pour obtenir des précisions supplémentaires sur la similitude des droits pertinents de nature interne au versement d'intérêts » (pt. 47).

²⁷¹¹ CJUE, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10 précité, pt. 31.

²⁷¹² *Ibid.*, pt. 32.

²⁷¹³ Voir CJCE, 17 mai 1983, *CECA c. Ferriere Sant'Anna*, aff. 168/82, *Rec.* p. 1681, pt. 18, à la lecture des conclusions de P. VERLOREN VAN THEMAAT, p. 1706 ; CJCE, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99 précité, pt. 30 et suivants ; CJCE, 19 septembre 2002, *Huber*, aff. C-336/00, *Rec.* p. I-7699, à la lecture des conclusions S. ALBER, pt. 87.

²⁷¹⁴ CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité.

²⁷¹⁵ Pour un autre exemple récent, voir CJUE, *Land Sachsen-Anhalt (Rémunération des fonctionnaires et juges)*, aff. jt. C-773/18 à C-775/18 précité : la question préjudicielle posée par le juge national offrait des éléments assez précis pour que la Cour de justice apporte des éléments de réponse pertinents. La 3^e question préjudicielle précise notamment que le traitement accordé à la situation européenne se discute en ce que des différences significatives de délais existent dans des situations *a priori* similaires et internes. La réponse de la Cour reste – hélas – assez décevante puisqu'elle semble simplement envisager la similitude des situations : « il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si les actions visées dans la troisième question préjudicielle, qui semblent toutes se rattacher à des revendications pécuniaires spécifiques aux rapports de travail dans la fonction publique, sont similaires à l'action en indemnisation introduite au titre de l'article 15 de l'AGG et comportent des modalités procédurales plus favorables, compte tenu des particularités des procédures en cause » (pt. 65). Le reste n'apporte aucune information pertinente supplémentaire pour aider le juge national. Dans la même idée, voir CJUE, 28 février 2018, *Nidera*, aff. C-387/16, ECLI:EU:C:2018:121, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR (pt. 20) ; CJUE, 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979, à la lecture des conclusions de l'avocat général N. WAHL (pt. 95 et suivants) ; CJUE, 9 septembre 2020, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681, pt. 40-41 et pt. 50-51.

²⁷¹⁶ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 81.

²⁷¹⁷ CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 78 et pt. 80.

justice invite malgré tout ce dernier à « vérifier »²⁷¹⁸ « la similitude des actions en cause »²⁷¹⁹. Aussi, que peut-on attendre de l'appréciation finale du juge national ? À la différence de l'avocat général²⁷²⁰, l'arrêt de la Cour n'apporte aucun élément nouveau ou ne pointe aucune faille dans l'application du principe d'équivalence envisagée par le juge de renvoi.

649. Nous devons toutefois souligner que, dans plusieurs arrêts récents²⁷²¹, la Cour de justice rompt avec cette tendance. Elle y apporte des précisions claires et bienvenues sur l'application du principe d'équivalence²⁷²². L'arrêt *Scialdone*²⁷²³ l'illustre. En l'espèce, le droit italien sanctionnait moins sévèrement l'omission de versement de TVA par rapport à l'omission de versement des retenues à la source au titre de l'impôt sur le revenu. Prenant une position distincte de celle de son avocat général²⁷²⁴, la Cour de justice se justifie en mentionnant les raisons qui la conduisent à réfuter une similarité entre ces deux sanctions. À ses yeux, elles « se distinguent tant par leurs éléments constitutifs que par la difficulté à les découvrir »²⁷²⁵. Cette approche peut être discutée²⁷²⁶ mais elle a le mérite d'être explicite et claire. Les arrêts *XC* et *Călin* présentent, eux aussi, la qualité²⁷²⁷ de livrer des indications concrètes²⁷²⁸ au juge national pour apprécier la comparabilité des situations²⁷²⁹. Cette tendance se manifeste également vis-à-vis de la comparaison entre les traitements. Dans son arrêt *Sziber*, la Cour expose un raisonnement minutieux sur ce qui justifie, selon elle, que les traitements s'avèrent globalement équivalents entre eux²⁷³⁰. Dans ce contexte, le juge national dispose d'éléments opératoires lui permettant de confirmer ou d'infirmer les appréciations retenues par la Cour de justice.

²⁷¹⁸ *Ibid.*, pt. 80.

²⁷¹⁹ *Ibid.*

²⁷²⁰ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité. L'avocat général constate que « la sanction pour l'introduction de clauses abusives dans un contrat conclu avec un consommateur est assimilée, par les juridictions roumaines, à celle qui s'applique en ce qui concerne la nullité absolue. Sous cet angle, la similarité entre les recours portant sur la violation d'une règle occupant le rang de normes d'ordre public et ceux se rapportant à la directive 93/13 ne s'impose pas de manière évidente » (pt. 81 – voir à ce titre sa note n°37). Aussi, il est cohérent d'affirmer qu'« il appartient à cette juridiction d'effectuer les ultimes vérifications à cet égard » (pt. 81).

²⁷²¹ Un contre-exemple notable serait l'arrêt CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité, pt. 31 et suivants, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. BOBEK, not. pt. 90 et suivants.

²⁷²² Lorsqu'elle ne confirme pas explicitement le raisonnement proposé par le juge national ; voir CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité, pt. 30 et suivants.

²⁷²³ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

²⁷²⁴ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 104.

²⁷²⁵ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 57.

²⁷²⁶ Voir notre commentaire « TVA, Italie et sanction pénale : le cocktail dangereux à nouveau désamorcé par la Cour de justice », *RAE* 2018, n°2, pp. 353-363, spéc. pp. 362-363.

²⁷²⁷ A. TURMO, *op. cit.*, p. 646.

²⁷²⁸ Nous avons pourtant vu *supra* que ces arrêts souffrent d'imprécision. En réalité, le problème porte sur la conciliation entre les indications concrètes apportées par la Cour de justice et les critères généraux qu'elle dégage pour juger de la comparabilité des recours. Sur ce problème, cf. *infra*, pt. 625.

²⁷²⁹ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/16 précité, pt. 26 et suivant ; CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 36-40.

²⁷³⁰ CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 43-47.

2. Des imprécisions sources de confusion

650. La difficulté de la Cour de justice pour apporter des précisions sur l'application du principe d'équivalence se comprend eu égard à l'hétérogénéité des situations et traitements concernés et au partage des rôles avec le juge national. Il serait évidemment exagéré d'attendre d'elle qu'elle expose un raisonnement excessivement détaillé et minutieux²⁷³¹. De telles précisions risqueraient d'avoir un effet contre-productif si elles étaient systématisées ou généralisées. Ce risque est latent lorsque la Cour de justice reconnaît, dans son cas d'espèce, deux situations similaires. En premier lieu, cette appréciation, retenue dans un arrêt particulier, peut être extrapolée à tort par les juges nationaux ou les parties. Par exemple, les arrêts *Deville*²⁷³² et *Palmisani*²⁷³³ de la Cour de justice laissent entendre que le principe d'équivalence est méconnu lorsqu'un délai accordé à un recours spécifique en répétition de l'indu ou en responsabilité est plus court que celui accordé à des recours de droit commun. Dès l'arrêt *Edis*, cette extrapolation est exclue : pour éviter toute confusion, la Cour indique que la "similitude" de recours spécifique et de droit commun fait figure d'exception²⁷³⁴. Le rapprochement entre les recours fondés sur un arrêt de la Cour de justice de l'Union européenne et sur un arrêt de la Cour constitutionnelle nationale est un autre exemple. Dans son arrêt *Weber's Wine*, la Cour de justice retient une formule qui présume une similitude entre ces deux recours²⁷³⁵. Cette présomption se retrouve, en un sens²⁷³⁶, dans l'arrêt *Transportes Urbanos*²⁷³⁷. Par son arrêt *Călin*²⁷³⁸, la Cour la nuance, voire la dément²⁷³⁹. En second lieu,

²⁷³¹ Les difficultés liées à une motivation trop précise n'ont rien de spécifique au principe d'équivalence. Les avantages et inconvénients d'une motivation juridictionnelle trop elliptique ou trop expansive sont des problématiques classiques et connues. Comme le note L. COUTRON (« La pratique de la motivation par la Cour de justice de l'Union européenne », *Rev. Lamy Droit Civil* 2012, n°89, p. 74), que « plus un juge développe sa motivation et plus il donne prise à une contre-argumentation. On touche là le paradoxe de la persuasion : elle offre des armes pour la combattre, pour discuter la jurisprudence et entretient, à son tour, le phénomène d'érosion de la normativité de la jurisprudence ». Voir également F. MALHIERE, *La brièveté des décisions de justice*, Paris, Dalloz, 2013, p. 356 et suivants ou S. RIALS, *op. cit.*, pp. 358 et suivantes.

²⁷³² CJCE, 29 juillet 1988, *Deville*, aff. 240/87, Rec. p. 3515. Sur cet arrêt, cf. *supra*, pt. 411.

²⁷³³ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

²⁷³⁴ CJCE, *Edilizia Industriale Siderurgica Srl (Edis)*, aff. C-231/96 précité : « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que la législation d'un État membre comporte, à côté d'un délai de prescription de droit commun applicable aux actions en répétition de l'indu entre particuliers, des modalités particulières de réclamation et de recours en justice moins favorables pour la contestation des taxes et autres impositions. Il n'en irait autrement que si ces modalités n'étaient applicables qu'aux seules actions en remboursement de ces taxes ou impositions fondées sur le droit communautaire » (pt. 37).

²⁷³⁵ CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World e.a.*, aff. C-147/01, Rec. p. I-11365 : « le principe d'équivalence ne s'oppose à l'application de dispositions nationales permettant à des contribuables d'obtenir le remboursement d'une taxe indûment perçue que si ces dernières prévoient des conditions plus avantageuses lorsque la demande de remboursement se fonde sur une déclaration d'inconstitutionnalité prononcée par une juridiction nationale que celles applicables à des opérateurs qui, à la suite d'un arrêt de la Cour, sollicitent le remboursement d'une taxe perçue en violation du droit communautaire » (pt. 107).

²⁷³⁶ En ce sens, L. COUTRON, « Droit du contentieux de l'Union européenne », *RDTE* 2010, p. 599 : « [pour] retenir cette méconnaissance du principe d'équivalence, la Cour a souligné la similitude profonde entre les actions en responsabilité de l'État du fait des lois inconstitutionnelles et inconstitutionnelles » (p. 612).

²⁷³⁷ CJUE, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08 précité, pt. 44-45.

²⁷³⁸ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 40.

²⁷³⁹ Sur ce sujet, voir K. LENAERTS, « The decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaro*, Naples, Editoriale Scientifica, t. 2, 2014, pp. 1057-1085.

l'appréciation trop précise portée par la Cour de justice dans certains arrêts paraît en contradiction avec d'autres. Nous renvoyons à nos propos précédents sur les arrêts *Pontin* et *Bulicke* qui semblent retenir une approche très (voire trop) souple du principe d'équivalence²⁷⁴⁰.

651. En dépit de ces réserves, les imprécisions gardées par la Cour de justice entretiennent des zones d'ombre aux effets plus ou moins dommageables pour l'application du principe d'équivalence. Certes, certaines sont bénignes. Les différentes formulations de l'exigence du principe d'équivalence – identité, analogie, non-discrimination ou “caractère moins favorable” des traitements – en sont des exemples. Si la jurisprudence paraît confuse sur ce sujet, il est possible malgré tout de dépasser ces imprécisions pour retenir une vision cohérente de l'exigence du principe d'équivalence²⁷⁴¹. D'autres imprécisions sont en revanche plus graves. Nous en avons déjà évoqué plusieurs. L'état de la jurisprudence sur les critères de l'objet, de la cause et des éléments essentiels des recours est regrettable²⁷⁴². De plus, les arrêts de la Cour de justice portant sur les moyens pouvant ou devant être relevés d'office par le juge national ne sont pas toujours cohérents entre eux. Pour mémoire, malgré la clarification apportée par l'arrêt *Benallal*²⁷⁴³, une incertitude subsiste quant à comparer le moyen fondé sur le droit de l'Union avec un moyen fondé sur le droit interne en fonction de sa *nature* ou de son *rang* dans l'ordre juridique de l'Union²⁷⁴⁴.

652. Les imprécisions les plus préoccupantes à nos yeux sont celles portant sur la distinction fondamentale entre “situation” et “traitement”. Le principe d'équivalence ne se comprend que si ces deux concepts s'appréhendent distinctement. Chacun fait l'objet d'une analyse propre. La recherche de *similarité* porte sur les “situations”. La *comparaison* à proprement parler concerne les “traitements” accordés aux “situations” européenne et internes reconnues comme similaires. Apprécier la similitude et faire une comparaison ne sont évidemment pas la même opération intellectuelle. D'abord, la première est une étape préalable à la seconde. Ensuite, leurs résultats respectifs sont différents : la première détermine si les deux objets étudiés sont similaires ou non ; la seconde indique si des différences existent entre les deux objets étudiés et, le cas échéant, quelle est l'amplitude de ces différences. Il serait donc incohérent, pour

²⁷⁴⁰ Cf. *supra*, pt. 617.

²⁷⁴¹ Cf. *supra*, pt. 496 et suivants.

²⁷⁴² Cf. *supra*, pt. 595 et suivants.

²⁷⁴³ CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité.

²⁷⁴⁴ Cf. *supra*, pt. 388.

l'application du principe d'équivalence²⁷⁴⁵, d'inverser cette présentation. “Comparer” *stricto sensu* des situations européenne et interne n'aurait évidemment aucun intérêt. Plus important encore, apprécier la “similitude” des traitements le serait tout autant. Il est absurde de vérifier au préalable si les traitements sont similaires entre eux pour étudier, ensuite, s'ils sont au moins équivalents entre eux.

653. Cette distinction entre “situation” et “traitement” pâtit d'une jurisprudence assez obscure. Les imprécisions ou les raccourcis présents dans la motivation des arrêts de la Cour de justice y contribuent. Il devient difficile de dissocier quels éléments doivent être retenus pour la similitude des situations et ceux pour la comparaison des traitements. *In fine*, c'est la frontière entre les concepts de situation et de traitement qui en souffre. La “situation” désigne, en substance, la *mise en œuvre* d'une règle (européenne ou nationale). Le “traitement” renvoie aux dispositions nationales qui *permettent* et *encadrent* cette mise en œuvre. Cependant, il est fréquent que des éléments qui devraient relever du “traitement” soient pris en compte pour apprécier la similitude des situations. Dans ces conditions, le principe d'équivalence prend le risque de n'aboutir à aucune sanction. Une modalité procédurale défavorable accordée à une situation européenne peut alors faire l'objet de deux appréhensions aux conséquences opposées. La première est de la rattacher au “traitement” : la modalité est prise en compte pour comparer les traitements et vérifier si celui accordé à la situation européenne est équivalent à celui accordé à une situation interne. La seconde – discutable selon nous – est de la rattacher à la “situation” : la modalité est alors prise en compte pour apprécier la similitude entre la situation européenne et une situation interne. Cette seconde approche ne permet donc pas de sanctionner cette modalité procédurale, de la reconnaître comme attentatoire à l'effet utile du droit de l'Union. Au contraire, elle sert de justification pour montrer que la situation européenne se distingue d'autres situations internes puisque ces dernières ne se voient pas appliquer ladite modalité.

654. Des illustrations éclairent cette présentation. Nous avons déjà montré que la jurisprudence relative au critère des “éléments essentiels” du recours manque de

²⁷⁴⁵ Ce problème n'est pas, il faut le dire, propre au principe d'équivalence. L'application du principe d'égalité ou de non-discrimination par la Cour de justice rencontre ce même problème. Comme l'indique R. HERNU (*Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes*, Paris, LGDJ, 2003), le terme de “comparable” « est utilisé aussi bien pour caractériser la méthode d'appréciation de deux ou plusieurs situations que pour identifier le résultat de comparaison. Dans la première acception, des situations comparables peuvent être similaires ou différentes. Si elles ne sont pas comparables, elles sont différentes pour la simple raison qu'elles n'ont pu être comparées » (p. 299).

précision²⁷⁴⁶. Pour mémoire, une incertitude demeure quant à savoir si ces “éléments essentiels” servent à apprécier la similitude des recours – situations – ou à comparer les traitements. Plus généralement, la confusion entre “situation” et “traitement”, lorsqu’elle est présente, varie selon les affaires. Elle découle surtout de formules malheureuses. L’arrêt *Danske* l’illustre lorsque la Cour de justice affirme que « *pour statuer sur l’équivalence des règles de procédure, il faut vérifier de manière objective et abstraite la **similitude** des règles en cause (...)* »²⁷⁴⁷ accordées au recours fondé sur le droit de l’Union et au recours fondé sur le droit interne. Sauf à considérer que les termes “équivalence” et “similitude” sont interchangeables, il devient difficile de comprendre cet extrait. Le principe d’équivalence est-il respecté si les règles en question sont similaires ? Au contraire, pour qu’il puisse s’appliquer, faut-il que ces règles soient similaires ? Dans les deux cas, ces visions s’écartent de la logique normale du principe d’équivalence : pour être appliqué, il faut que les “situations” soient similaires et il suffit de vérifier si les “règles” sont globalement équivalentes entre elles. On peut comprendre que la « *similitude* » s’entend ici comme un synonyme de “équivalent”²⁷⁴⁸. La confusion relève en définitive plus de la forme que du fond.

655. Dans d’autres arrêts, en revanche, il devient délicat de comprendre la méthode suivie par la Cour de justice. Dans l’arrêt *Barth*, y figure l’affirmation suivante : « [afin] de vérifier si le principe d’équivalence est respecté dans l’affaire au principal, il y a donc lieu d’examiner s’il existe, en plus d’une règle de prescription (...) applicable aux recours destinés à assurer, en droit interne, la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit de l’Union, une règle de prescription applicable aux recours de nature interne et si, en égard à leur objet et à leurs éléments essentiels, les deux règles de prescription peuvent être considérées comme étant similaires »²⁷⁴⁹. Comment comprendre cet extrait tant il semble à rebours de la méthode d’application du principe d’équivalence exposée dans la jurisprudence ? Dans cette hypothèse, le problème se focalise sur une « *règle de prescription* » afin de déterminer si celle prévue pour un recours fondé sur le droit de l’Union est similaire à celle prévue pour un recours fondé sur le droit interne. À l’instar de l’arrêt *Danske*, la forme est particulièrement confuse puisqu’il s’agit de déterminer si les traitements accordés aux recours fondés sur

²⁷⁴⁶ Cf. *supra*, pt. 622 et suivants.

²⁷⁴⁷ CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 41 – nous soulignons.

²⁷⁴⁸ En ce sens, voir CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst c. Toeslagen (Effet suspensif de l’appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776. La Cour indique que « *ce qui concerne le **traitement similaire** des recours (...) pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale concernant les recours fondés sur le droit de l’Union est **moins favorable** que celles concernant des recours similaires de nature interne* » (pt. 44 – nous soulignons). Pour un contre-exemple, voir CJUE, *Sole-Mizo*, aff. C-13/18 précité, pt. 40.

²⁷⁴⁹ CJCE, *Barth*, aff. C-542/08 précité, pt. 20.

le droit de l'Union et sur le droit interne sont « *similaires* ». Plus grave, les “traitements” en question se limitent à la règle de prescription. La comparaison ne se fait pas – visiblement – *in globo* et *in abstracto*. Le reste de l'arrêt conforte cette confusion. Le requérant et la Commission envisageaient une comparaison *in concreto*. Selon eux, bien que la règle de prescription soit identique selon que le recours est fondé sur le droit de l'Union ou sur le droit interne, elle ne s'applique en réalité que dans la première situation et n'est qu'hypothétique dans la seconde²⁷⁵⁰. La réponse de la Cour de justice reste assez vague. Ce n'est que très implicitement qu'elle rejette cette argumentation en retenant une comparaison *in abstracto*²⁷⁵¹. À la lecture de cet arrêt, la méthode à suivre apparaît confuse compte tenu de l'absence de précisions claires et explicites, couplées avec des formulations maladroitement.

Section 2 : Une méthode risquée pour une application optimale

656. Les problèmes qui résultent de la méthode d'application du principe d'équivalence ne se réduisent pas à son imprécision. Même en faisant abstraction de ces failles, cette méthode nous paraît présenter des risques quant à la portée du principe d'équivalence. Autrement dit, elle serait susceptible de nuire à sa fonction de préservation de l'effet utile du droit de l'Union et de rapprochement des ordres juridiques européen et nationaux. Par-delà les affirmations issues de la jurisprudence européenne, la Cour de justice n'accorderait pas au principe d'équivalence une méthode lui permettant de jouer pleinement son rôle. Tel est le cas si elle retient une approche trop stricte de l'appréciation de la similitude des situations ou de la comparaison des traitements. Ces failles inhérentes à la méthode affichée par la Cour de justice sont toutefois délicates à étudier. Pour ce qui est de la similitude des situations et de la comparaison des traitements, elles découlent *de la manière* dont ces appréciations sont opérées. Tout dépend donc de la façon selon laquelle la Cour de justice et le juge national appliquent *dans les faits* cette méthode. Les problèmes découlent donc de l'application du principe d'équivalence plutôt que de sa méthodes²⁷⁵².

657. Tel n'est pas le cas de certains points méthodologiques qui peuvent être discutés en eux-mêmes. Ceux-ci présentent le risque de desservir le principe

²⁷⁵⁰ *Ibid.*, pt. 23-24. En substance, ils estiment que la règle de prescription ne s'applique dans des situations internes « *que dans des cas rares et particuliers* » (pt. 24) alors que, dans des situations européennes, « *l'application de la règle de prescription [a] un caractère systématique* » (pt. 24).

²⁷⁵¹ *Ibid.*, pt. 26.

²⁷⁵² Cf. *infra*, pt. 787 et suivants.

d'équivalence, en rendant son application plus difficile. Certains d'entre eux sont assez véniels. Retenir exclusivement comme référentiel les traitements accordés à des situations *internes* similaires, plutôt que d'y inclure les traitements accordés à toutes situations similaires, est l'un d'eux. Celui d'avoir une méthode du principe d'équivalence éloignée de celle du principe général d'égalité en est un autre. Ces choix méritent d'être discutés, quand bien même ils peuvent se justifier (§1.). Le plus discuté à nos yeux repose sur la mention presque systématique dans la jurisprudence d'une méthode "simplifiée" du principe d'équivalence, qui se limite à vérifier l'application *indifférenciée* de la modalité nationale litigieuse aux situations européenne et interne similaires (§2).

§1 : Une méthode reposant sur des choix discutables

658. En consacrant le principe d'équivalence, en tant qu'objet juridique unique en son genre, la Cour de justice devait lui donner une méthode d'application. Pour se faire, elle eut à faire certains choix. Dans leur ensemble, ils n'ont jamais été frontalement questionnés ou interrogés. La méthode du principe d'équivalence reste, dans sa globalité, constante. Malgré tout, selon nous, certains méritent d'être discutés. Nous en identifions principalement deux. Le premier concerne le caractère "purement national" du référentiel pertinent. La Cour de justice estime que seul le traitement accordé à une situation *interne* similaire peut être comparé au traitement accordé à la situation européenne litigieuse. Si cette idée semble relever de l'évidence pour plusieurs raisons, certaines affaires dénotent un embarras de la Cour de justice à maintenir cette exigence. En étudiant le sujet de plus près, la question du caractère "purement national" du référentiel pertinent peut se poser (A.). Le second point porte sur l'apparente différence qui existe entre la méthode du principe d'équivalence et celle du principe général d'égalité²⁷⁵³, notamment tel qu'appliqué par le juge de l'Union. Il est possible d'étudier les raisons qui font que le principe d'équivalence suive une méthode éloignée de celle du principe d'égalité (B.).

A. Un débat sur le caractère "purement national" du référentiel

659. Le référentiel pertinent renvoie au traitement accordé à la situation interne considérée similaire à la situation européenne. À l'inverse de l'appréciation de la "similitude" de ces situations, la jurisprudence de la Cour de justice est sans ambiguïté

²⁷⁵³ Nous nous limitons à cette approche du principe d'égalité pour cette présentation sommaire. Évidemment, le principe d'égalité tel qu'appliqué par le juge de l'Union va au-delà : il peut requérir que des traitements différents

sur un point : ce référentiel doit être une situation *interne*²⁷⁵⁴. Nous l'avons vu, le concept de "situation *interne*" se définit négativement comme une situation *n'étant pas européenne*²⁷⁵⁵. Le principe d'équivalence ne s'applique pas s'il s'agit de comparer les traitements nationaux accordés à deux situations européennes, même similaires. Des référentiels envisagés qui ne seraient pas "purements nationaux" sont écartés sans détour par la Cour de justice.

660. Ce caractère purement national du référentiel pertinent est une constante forte dans la jurisprudence. Rien ne laisse indiquer qu'un revirement ou qu'une adaptation soit envisageable. À ce jour, aucun avocat général ne l'a interrogé ou n'a évoqué la possibilité d'un changement. Dans ce contexte, pourquoi affirmer qu'il existe un débat sur ce caractère purement national du référentiel ? L'analyse de certains arrêts incite à analyser ce choix de la Cour de justice. Plus précisément, ces arrêts permettent de penser qu'accepter une situation *européenne* similaire pour déterminer un référentiel n'est pas absurde (1.). Il nous semble néanmoins difficile de trancher le débat. Des arguments sérieux militent en faveur et en défaveur d'un référentiel caractérisé à partir d'une situation européenne similaire. Nous pensons nécessaire que les termes et enjeux de ce débat soient posés (2.).

1. Le cœur du débat : admettre comme référentiel une situation européenne similaire

661. Le débat porte sur la possibilité qu'une situation européenne puisse constituer un référentiel pour l'application du principe d'équivalence. Dans ces conditions, seraient comparés les traitements nationaux²⁷⁵⁶ accordés à la situation européenne litigieuse et à une situation européenne similaire. La Cour de justice s'y refuse même lorsque des éléments attestent de la similitude entre les situations européennes existantes. Le principe d'équivalence ne s'oppose pas à ce qu'un État membre

soient accordés à des situations différentes. Pour exemple, CJCE, 13 février 1996, *Gillespie e.a.*, aff. C-342/93, *Rec.* p. I-475, pt. 16.

²⁷⁵⁴ Voir not. CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 47 ; CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38, pt. 74 ; CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 35 ; CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 40.

²⁷⁵⁵ Cf. *supra*, pt. 234 et suivants. En ce sens, l'avocat général M. BOBEK (conclusions sur CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960) estime que « des recours fondés sur le droit de l'Union sont comparés à des recours **qui ne sont pas fondés sur le droit de l'Union** dans la mesure où ces recours sont traités au cours de procédures similaires par la même autorité » (pt. 57 – nous soulignons). Pour une confirmation récente de cette position, voir CJUE, 3 juin 2021, *Ministero dell'Istruzione, dell'Università e della Ricerca - MIUR e.a. (Chercheurs universitaires)*, aff. C-326/19, ECLI:EU:C:2021:438, pt. 70.

²⁷⁵⁶ Nous insistons sur le fait que, dans tous les cas, il s'agit de confronter des traitements *nationaux*. En aucun cas il n'est question d'envisager, sur la base du principe d'équivalence, que soient comparés un traitement national et un traitement *européen* accordé à une situation similaire. Cette hypothèse existe évidemment (on parle alors d'une équivalence "verticale") mais ne peut pas relever du principe d'équivalence – cf. *infra*, pt. 975 et suivants.

accorde à une situation européenne un traitement défavorable par rapport à une autre situation européenne similaire. Si cette position est logique et constante dans la jurisprudence, elle tolère que des traitements discriminatoires soient accordés à des situations similaires pour lesquelles le droit de l'Union s'applique ou est susceptible de s'appliquer. Le cas échéant, la Cour de justice les prohibe ou les limite par l'intermédiaire d'autres exigences, comme le principe d'effectivité ou le principe d'égalité de traitement. La question se pose : est-il justifié que le principe d'équivalence ne puisse pas interdire de tels traitements discriminatoires ? Refuser de reconnaître une situation européenne similaire comme référentiel se discute.

662. L'analyse de certains arrêts de la Cour alimente ce débat. Selon nous, le problème découle à l'origine de la difficulté à appréhender le caractère purement national du référentiel. En droit du travail, par exemple, dissocier nettement les actions qui reposent sur le droit de l'Union et celles qui se fondent sur le droit interne similaire n'est pas chose aisée tant l'intervention de l'Union européenne est importante et irrigue l'ensemble de la matière²⁷⁵⁷. La Cour de justice a d'ailleurs indiqué que le principe d'équivalence « *ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites (...) dans le domaine du droit du travail* »²⁷⁵⁸. Ici, la Cour rappelle que l'application du principe d'équivalence reste classique, y compris dans un domaine où le droit de l'Union est aussi présent. Dans le cadre de son autonomie institutionnelle et procédurale, l'État membre peut accorder divers traitements aux différentes situations régies par la réglementation européenne en droit du travail. Aucune équivalence des traitements accordés à des situations européennes, pourtant similaires, n'est requise. Ce n'est que si une différence se constate vis-à-vis d'une situation interne que le principe d'équivalence sera amené à s'appliquer. Encore faut-il, évidemment, distinguer avec certitude les situations "européennes" des situations "internes".

663. Or, dans ce contexte, l'application du principe d'équivalence semble compromise tant identifier un référentiel "purement national" paraît compliqué²⁷⁵⁹. Très souvent, les situations similaires à la situation européenne litigieuse sont elles aussi

²⁷⁵⁷ La politique sociale et de l'emploi de l'Union européenne est affirmée aux articles 145 et suivants TFUE. Sur ce sujet, voir pour exemple J.-M. SERVAIS, *Droit social de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 21 et suivantes.

²⁷⁵⁸ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 42.

²⁷⁵⁹ M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité : « *With progressive harmonisation of various areas of national laws by the European Union, there are more and more legal regimes where the only claims made will be on the basis of EU law and a suitable national comparator is altogether missing* » (p. 314).

“européennes”. À tout le moins, elles ne peuvent pas être qualifiées de “internes”²⁷⁶⁰. La Cour de justice est fréquemment amenée à le souligner et, en conséquence, à exclure le principe d'équivalence. Dans son arrêt *Levez*, la Cour indique qu'un recours fondé sur une règle interne ne constitue pas forcément une situation “interne”²⁷⁶¹. Pour le dire autrement, il importe peu que la disposition invoquée soit *formellement* nationale si, indirectement, elle vise à appliquer le droit de l'Union. L'avocat général J. KOKOTT nous semble retenir, de ce point de vue, une position incorrecte dans ses conclusions sur l'arrêt *Impact*. Elle indique que « *les voies de recours en question visent toutes deux à mettre en œuvre la même protection, découlant de la directive (...), pour les salariés à durée déterminée, et le principe d'équivalence commande que les conditions d'un recours fondé directement sur la directive ne soient pas moins favorables que les conditions d'un recours fondé sur la loi nationale de transposition* »²⁷⁶². Ici, l'avocat général retient une approche très souple du référentiel, en minimisant fortement son caractère purement national – même si cette approche vise à mieux répondre au contexte du litige²⁷⁶³. Enfin, au-delà du droit du travail, l'arrêt *XC* a montré que le qualificatif de “interne” ou de “national” attaché à la situation servant de référentiel est plutôt trompeur. Pour mémoire, la Cour de justice reconnaît qu'un recours national visant à appliquer un arrêt de la Cour européenne des droits de l'Homme constitue une “situation interne” au sens du principe d'équivalence²⁷⁶⁴. L'avocat général ØE prônait, au contraire, de conserver une approche plus rigoureuse et cohérente avec la fonction du principe d'équivalence²⁷⁶⁵. Selon lui, la situation interne « *visé exclusivement des normes ayant leur source dans l'ordre juridique interne de l'État membre concerné* »²⁷⁶⁶, ce qui exclut le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme.

²⁷⁶⁰ Ce constat découle de l'approche large du concept de “situation européenne” par la Cour de justice ; cf. *supra*, pt. 201 et suivants.

²⁷⁶¹ CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 : « *depuis l'adhésion aux Communautés, l'EPA constitue la législation par laquelle le Royaume-Uni s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu d'abord de l'article 119 du traité et ensuite de la directive. Elle n'est donc pas susceptible d'être le fondement approprié de la comparaison afin d'assurer le respect du principe de l'équivalence* » (pt. 48).

²⁷⁶² J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 69.

²⁷⁶³ *Ibid.* : la question se posait en ces termes : « *une juridiction nationale [est-elle] tenue d'appliquer des dispositions de droit communautaire d'effet direct lorsque la législation nationale ne lui a conféré aucune compétence expresse en ce sens, mais qu'elle est compétente pour appliquer une loi nationale ayant transposé ces dispositions en droit interne et que, autrement, les particuliers ne pourraient invoquer directement ces mêmes dispositions que devant d'autres juridictions nationales et à des conditions moins favorables* » ? (pt. 40). La Cour de justice ne suivra pas son avocat général en maintenant sa position initiée dans l'arrêt *Levez* (aff. C-326/96 précité) : « *la loi de 2003 constituant la législation par laquelle l'Irlande s'est acquittée des obligations qui lui incombent en vertu de la directive 1999/70, une demande fondée sur une violation de cette loi et une demande directement fondée sur ladite directive doivent, ainsi que l'a elle-même souligné la juridiction de renvoi, être considérées comme relevant d'une seule et même voie de recours* » (pt. 50).

²⁷⁶⁴ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 26.

²⁷⁶⁵ H. SAUGMANDSGAARD ØE, conclusions sur CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité : « *Cette interprétation est conforme à l'objectif poursuivi par le principe d'équivalence, qui est celui de prévenir des pratiques de protectionnisme procédural de la part d'un État membre qui consisteraient à octroyer un statut privilégié aux normes domestiques par rapport à celui offert au droit de l'Union* » (pt. 68).

²⁷⁶⁶ *Ibid.*, pt. 67.

664. Ces premiers éléments montrent que le caractère purement national du référentiel peut être discuté. Le problème tient en ce qu'il raréfie ou rend trop compliqué l'identification d'un référentiel. Deux arrêts méritent d'être étudiés pour conclure. Le premier est l'arrêt *Paquay*²⁷⁶⁷. Ici, la Cour de justice traite le problème sans jamais appliquer le principe d'équivalence. La logique suivie est toutefois quasi identique. La directive 76/207 interdit le licenciement en raison de la grossesse ou de la naissance d'un enfant²⁷⁶⁸. La directive 92/85 prévoit, à ce titre, que le licenciement d'un salarié venant d'avoir un enfant ne peut intervenir qu'à l'issue d'une certaine période – si, évidemment, le licenciement ne se fonde pas sur la naissance de l'enfant. En l'occurrence, un employeur licencie sa salariée à l'issue de la période prévue par la directive 92/85²⁷⁶⁹ mais en raison de son état de grossesse. Sur le fondement de la directive 76/207, la salariée engage une action contre son employeur pour réclamer des indemnités. Or le juge national souligne un état du droit assez étonnant. En effet, les indemnités nationales prévues en cas de violation de la directive 76/207 sont moins importantes que celles prévues pour la violation de la directive 92/85. Autrement dit, le droit interne accorde à une situation européenne – la directive 76/207 – un traitement qui apparaît moins favorable que le traitement accordé à une autre situation européenne et similaire – la directive 92/85. La Cour de justice rappelle sa jurisprudence constante, considérant que les directives laissent les États membres libres de prévoir les sanctions appropriées²⁷⁷⁰. Toutefois, elle ajoute que la sanction prévue au titre de la directive 92/85 « doit être au moins équivalente »²⁷⁷¹ à celle prévue au titre de la directive 76/207. Ce raisonnement est logique : « si l'indemnité choisie par un État membre en vertu (...) de la directive 92/85 est jugée nécessaire pour protéger les travailleuses concernées, il est difficile de comprendre comment une indemnité plus réduite adoptée pour se conformer à (...) la directive 76/207 pourrait être considérée adéquate au préjudice subi si ledit préjudice réside dans un licenciement dans des circonstances identiques (...) »²⁷⁷².

665. Il est clair que le principe d'équivalence n'est pas proprement appliqué en l'espèce. Celui-ci n'est qu'évoqué par la Cour de justice. Elle rappelle que, pour arrêter

²⁷⁶⁷ CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec.* p. I-8511. Dans la même idée, voir CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, *Rec.* p. I-7213.

²⁷⁶⁸ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*JOCE*, L 39, 14 février 1976, p. 40), et notamment ses articles 2, §1 et 5, §1.

²⁷⁶⁹ Article 10 de la directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, *concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail* (dixième directive particulière au sens de l'article 16, paragraphe 1, de la directive 89/391/CEE) (*JOCE*, L 348, 28 novembre 1992, p. 1).

²⁷⁷⁰ CJCE, *Paquay*, aff. C-460/06 précité, pt. 44-49.

²⁷⁷¹ *Ibid.*, pt. 50.

les sanctions prévues au titre de la directive 76/207, « *les États membres doivent veiller à ce que les violations du droit communautaire soient sanctionnées dans des conditions de fond et de procédure qui soient analogues à celles applicables aux violations du droit national d'une nature et d'une importance similaires* »²⁷⁷³. Or – et c'est là le plus important –, la Cour conclut en affirmant que « [ce] raisonnement s'applique mutatis mutandis aux violations du droit communautaire d'une nature et d'une importance similaires »²⁷⁷⁴. Cette motivation se discute. Sur la forme, puisque le référentiel envisagé est une situation européenne, il n'est pas fait application du principe d'équivalence. Sur le fond, pourtant, c'est bien un « *raisonnement* » identique au principe d'équivalence qui a été appliqué. L'utilisation de ce subterfuge se comprend mal si ce n'est pour conserver le caractère purement national du référentiel.

666. L'arrêt *Társia* s'inscrit dans la même ligne. Le problème est posé par le juge national en ces termes : « *les règles procédurales applicables au contentieux civil ne prévoient pas la possibilité d'introduire un recours en révision d'une décision juridictionnelle définitive en raison d'une violation du droit de l'Union, alors qu'un tel recours peut être introduit selon les règles procédurales régissant le contentieux administratif* »²⁷⁷⁵. Ici, deux situations européennes, l'une visant à réviser un jugement civil contraire au droit de l'Union, l'autre à faire de même pour un jugement administratif, sont traitées de manière différente. La Cour de justice se penche explicitement sur le principe d'équivalence, pour indiquer qu'il ne peut s'appliquer dans ces conditions. En effet, comme le présente le juge national, il s'agit « *de comparer, aux fins de l'application dudit principe, d'une part, les recours juridictionnels de nature administrative fondés sur la méconnaissance du droit de l'Union et, d'autre part, les recours juridictionnels de nature civile fondés sur la méconnaissance de ce droit* »²⁷⁷⁶. Deux obstacles sont opposés. D'une part, de toute évidence, les deux recours ne sont pas similaires puisqu'ils relèvent de « *contentieux de nature différente* »²⁷⁷⁷. D'autre part, « *le principe d'équivalence n'est pas pertinent dans une situation qui, comme dans l'affaire au principal, concerne deux types de recours fondés, l'un comme l'autre, sur une violation du droit de l'Union* »²⁷⁷⁸.

²⁷⁷² *Ibid.*, pt. 51.

²⁷⁷³ *Ibid.*, pt. 52.

²⁷⁷⁴ *Ibid.*

²⁷⁷⁵ CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 8.

²⁷⁷⁶ *Ibid.*, pt. 33.

²⁷⁷⁷ *Ibid.* : « [le principe d'équivalence] implique un traitement égal des recours fondés sur une violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union, et non pas l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente tels que, comme dans l'affaire au principal, le contentieux civil, d'un côté, et le contentieux administratif, de l'autre » (pt. 34).

²⁷⁷⁸ *Ibid.*, pt. 34.

667. L'adjonction de ces deux précisions se comprend difficilement²⁷⁷⁹. Au regard de sa jurisprudence précédente, la Cour de justice aurait pu se contenter de la seconde : le principe d'équivalence ne peut s'appliquer puisque le référentiel envisagé est une situation européenne. Ce constat suffit, sans qu'il soit besoin d'envisager la similitude des situations. La première affirmation s'avère superfétatoire. Elle n'est en rien déterminante pour juger de l'applicabilité du principe d'équivalence ; tout au plus apporte-t-elle une précision nouvelle et utile pour apprécier la similitude des recours²⁷⁸⁰. En réalité, à nos yeux, cette affirmation n'est pas un *obiter dictum*. Implicitement, le raisonnement suivi par la Cour de justice se fonde d'abord sur l'absence de similitude des recours et moins sur le caractère purement national du référentiel. Les conclusions l'avocat général N. JÄÄSKINEN le montrent²⁷⁸¹. Selon cette perspective, comme le note K. SOWERY²⁷⁸², l'arrêt *Társia* accentue la fragilité initiée dans l'arrêt *Paquay* du caractère purement national du référentiel. Celui-ci ne serait pas indispensable à l'application le principe d'équivalence.

2. Enjeux du débat quant au rôle et à place du principe d'équivalence

668. Les éléments exposés ouvrent le débat sur la nécessité d'un référentiel qui ne serait que "purement national". Il n'est pas absurde d'envisager la formulation suivante du principe d'équivalence : le traitement national accordé à une situation européenne doit être au moins équivalent au traitement national accordé à une situation similaire, qu'elle soit interne ou européenne. De prime abord, la modification suggérée ne bouleverse pas radicalement la logique du principe d'équivalence. Il s'agit toujours de comparer des traitements nationaux accordés à des situations similaires. L'objectif est toujours de protéger l'effet utile du droit de l'Union mis en œuvre à partir des traitements existants dans les ordres juridiques nationaux. Plus encore, accepter que le référentiel se fonde sur une situation européenne accroît la protection apportée par le principe d'équivalence. Gardons à l'esprit que, concrètement, ce principe peine à

²⁷⁷⁹ Voir K. SOWERY, « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Társia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726, spéc. pp. 1723 et suivantes.

²⁷⁸⁰ La Cour de justice mentionne pourtant comme précédent l'arrêt *Starjakob* (aff. C-417/13 précité, pt. 74) pour appuyer – visiblement – ces deux affirmations. Dans un arrêt du même jour (CJUE, *Orizzone Salute*, C-61/14 précité, pt. 67), elle utilise ce même précédent pour corroborer sa première affirmation. Or, l'arrêt *Starjakob* indique uniquement que le principe d'équivalence ne peut s'appliquer si le référentiel envisagé n'est pas purement national. Il reste totalement silencieux sur l'éventuelle similitude des recours. En tout état de cause, il n'affirme pas que le principe d'équivalence ne requiert « pas l'équivalence des règles procédurales nationales applicables à des contentieux de nature différente ». Cette précision est bien une nouveauté proclamée par les arrêts *Társia* et *Orizzone Salute*.

²⁷⁸¹ N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, *Társia*, aff. C-69/14 précité, pt. 47 et suivants : l'avocat général n'envisage aucunement le fait que le référentiel envisagé ne soit pas purement national.

²⁷⁸² K. SOWERY, *op. cit.*, p. 1725.

s'appliquer en raison de la difficulté à identifier des référentiels pertinents²⁷⁸³. Cette difficulté s'atténue si, en plus des situations internes, les situations européennes peuvent également constituer de tels référentiels. Enfin, les critiques et incohérences de la jurisprudence que nous avons évoquées seraient sans objet. L'arrêt *Paquay* se lirait comme une application classique du principe d'équivalence. L'arrêt *Társia* se limiterait à exclure le référentiel envisagé *exclusivement* parce que n'étant pas "similaire". Enfin, l'arrêt *XC*, qui reconnaît qu'un recours fondé sur la Convention européenne des droits de l'Homme puisse être un référentiel, ne serait pas sujet à critique.

669. À l'issue de cette présentation, seuls des avantages à dépasser le caractère purement national du référentiel se dégagent. Le rôle du principe d'équivalence est conservé et sa place confortée. Dans ce contexte, le fait que la Cour de justice ou ses avocats généraux n'aient jamais envisagé une évolution de la jurisprudence sur ce point apparaît presque étonnant. En extrapolant, on peut même considérer que les nombreux arrêts dans lesquels le juge national propose une situation européenne comme référentiel s'assimilent à une invitation pour faire évoluer la jurisprudence sur le principe d'équivalence. En réalité, il existe des arguments solides qui incitent à exclure un référentiel qui ne serait pas une situation *interne*²⁷⁸⁴. Le principal d'entre eux concerne le rôle du principe d'équivalence. Accepter qu'une situation européenne constitue un référentiel aboutirait à exagérer sa fonction. Le champ d'application du principe d'équivalence est déjà très étendu. L'accroître davantage ne serait pas innocent et pourrait avoir de conséquences indésirées. Ce principe ne doit pas conduire la Cour de justice à rationaliser ou réorganiser les ordres juridiques nationaux, en s'assurant que les traitements accordés aux différentes situations soient tous cohérents, voire équivalents, entre eux. L'avocat général M. BOBEK souligne avec raison que le principe d'équivalence « [n'est] *pas et ne [devrait] pas devenir un sauf-conduit permettant de contester n'importe quelle disposition procédurale ou matérielle du droit national qui serait simplement gênante* »²⁷⁸⁵. De ce point de vue, accepter qu'un référentiel puisse être une situation européenne n'irait pas dans ce bon sens.

670. Un second argument est relatif à la place occupée par le principe d'équivalence pour encadrer la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Contrairement à ses pairs, le principe d'équivalence régit et corrige l'action des États

²⁷⁸³ K. SOWERY, *op. cit.* : « *If an appropriate comparator cannot be found, equivalence is considered to have been fulfilled, and there is no need to engage in further scrutiny of national procedural arrangements* » (p. 1724).

²⁷⁸⁴ Voir N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 74.

²⁷⁸⁵ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Dimos Zagoriou*, aff. C-127/16 précité, pt. 85

membres d'une manière originale. En d'autres termes, ni le principe d'effectivité, ni celui de protection juridictionnelle effective, ni le principe général d'égalité n'arrivent à octroyer à la situation européenne litigieuse la protection accordée par le principe d'équivalence tel qu'il s'applique aujourd'hui. En un sens, ces principes n'ont pas vocation à faire double emploi²⁷⁸⁶. Admettre une situation européenne comme référentiel romprait avec cette logique. À l'heure actuelle, la jurisprudence relative au principe d'équivalence n'interdit pas des traitements nationaux discriminatoires entre deux situations européennes similaires. Cependant, d'autres principes sont susceptibles d'y remédier. Comme le note N. POLTORAK, « *le problème ici peut être vu comme une discrimination ou une inégalité de traitements de [situations européennes] en droit interne, mais pas comme une discrimination de telles [situations] en comparaison de [situations internes], ce qui est l'essence du [principe d'équivalence]* »²⁷⁸⁷. Le principe européen d'égalité de traitement pourrait donc s'appliquer en pareille hypothèse, comme les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective²⁷⁸⁸.

671. Chacun à leur manière, ces principes offrent à la situation européenne une protection similaire à celle qu'offrirait le principe d'équivalence si un référentiel européen était admis. La Cour de justice indique, à propos du principe d'égalité de traitement, que « *l'efficacité du droit communautaire ne saurait varier selon les différents domaines du droit national à l'intérieur desquels il peut faire sentir ses effets* »²⁷⁸⁹. La complémentarité du principe d'équivalence et du principe d'égalité se manifeste notamment dans un arrêt *Toma*²⁷⁹⁰. En l'espèce, le juge national s'interroge sur une réglementation nationale « *qui exonère les personnes morales de droit public des droits de timbre judiciaires, lorsqu'elles forment opposition à l'exécution forcée d'une décision juridictionnelle portant sur le remboursement de taxes perçues en violation du droit de l'Union et exempte celles-ci de l'obligation de déposer la caution prévue lors de l'introduction de la demande de suspension d'une telle procédure d'exécution forcée, alors que les demandes présentées par des personnes physiques et morales de droit privé dans le cadre de ces procédures demeurent, en principe, soumises aux frais de justice* »²⁷⁹¹. Il s'agit de comparer les

²⁷⁸⁶ Dans les faits, ce constat mérite d'être nuancé. Voir nos propos précédents sur la relation entre le principe d'équivalence et le principe de non-discrimination en raison de la nationalité (cf. *supra*, pt. 300 et suivants).

²⁷⁸⁷ N. POLTORAK, *op. cit.* : « *the problem here could be seen as discrimination or unequal treatment of different Union claims in domestic law, but not as discrimination such claims in comparaison with domestic claims, which is the essence of the requirement in question* » (p. 74).

²⁷⁸⁸ *Ibid.* : « *Absence of same protection for similar Union claims may create a presumption that the lower standard of protection does not meet the criterion of effectiveness since a higher standard for a similar Union claim is available and legal situations of individuals may differ* » (p. 74).

²⁷⁸⁹ CJCE, 21 mars 1972, *S.A.I.L.*, aff. 82/71, *Rec.* p. 119, pt. 5 ; CJCE, 27 février 1986, *Röser*, aff. 238/84, *Rec.* p. 795, pt. 15 ; CJCE, 1^{er} juillet 1993, *Hubbard c. Hamburger*, aff. C-20/92, *Rec.* p. I-3777, pt. 19.

²⁷⁹⁰ CJUE, 30 juin 2016, *Toma*, aff. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499.

²⁷⁹¹ *Ibid.*, pt. 38.

traitements accordés aux recours fondés sur le droit de l'Union selon qu'ils sont formés par des personnes publiques et des personnes privées. Logiquement, le principe d'équivalence est écarté : les situations en présence sont toutes "européennes" ; aucun référentiel purement national n'est identifiable²⁷⁹². À l'opposé de l'arrêt *Társia*, la similitude des recours n'est même pas envisagée²⁷⁹³. L'essentiel du raisonnement de la Cour se concentre donc sur l'étude des principes d'égalité et de protection juridictionnelle effective. Cet exemple montre qu'admettre un référentiel européen pour permettre l'application du principe d'équivalence n'aurait rien apporté de plus.

672. Ce constat peut être fait pour le principe d'effectivité. Son principal atout est la grande liberté dont dispose la Cour de justice pour arrêter le seuil à partir duquel un traitement national est jugé suffisamment effectif. Tout l'intérêt est de pouvoir fixer un tel seuil indifféremment de ce que prévoit le droit interne. L'inverse n'est pas inenvisageable pour autant. Dans l'arrêt *Paquay*²⁷⁹⁴, la Cour de justice considère que le traitement accordé à la directive 76/207 ne respecte pas le principe d'effectivité par un raisonnement analogique. Le traitement accordé à la directive 92/85 est jugé, en lui-même, respectueux du principe d'effectivité. La Cour estime même que ce traitement apparaît « nécessaire pour protéger les travailleuses »²⁷⁹⁵ victimes d'une discrimination. Implicitement, le traitement national accordé à la directive 92/85 est érigé en seuil minimal de protection au titre du principe d'effectivité. Tout traitement national relatif à la protection de salariées discriminées en deçà de ce seuil, comme celui accordé à la directive 76/207, serait *ispo facto* jugé inefficace. Ce raisonnement par analogie du principe d'effectivité est original mais reste pertinent : la Cour de justice détermine librement le seuil d'effectivité, qu'il soit fixé dans l'abstrait ou à partir des traitements existants jugés effectifs dans les ordres juridiques nationaux. Dans ce contexte, reconnaître que le principe d'équivalence puisse s'appliquer n'aurait qu'une plus-value très relative. La clarté du raisonnement serait certes améliorée : les critiques exposées sur l'arrêt *Paquay* n'auraient plus lieu d'être. Malgré tout, les principes d'équivalence et d'effectivité aboutiraient à garantir la même protection à la situation européenne. Le principe d'effectivité présente toutefois l'avantage d'être beaucoup plus malléable et

²⁷⁹² *Ibid.* : « il convient de faire observer qu'aucun élément du dossier dont dispose la Cour ne permet de conclure que la réglementation en cause au principal s'appliquerait de manière différente aux litiges fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux, similaires, fondés sur une violation du droit national, et enfreindrait ainsi le principe d'équivalence » (pt. 57).

²⁷⁹³ La Cour affirme, au titre du principe d'égalité, qu'« une réglementation qui exonère les personnes morales de droit public du paiement de certains frais de justice, alors que les personnes physiques ne bénéficient pas, a priori, d'une telle exonération, établit une distinction entre ces personnes en ce qui concerne le traitement procédural de leurs demandes introduites dans le cadre d'une procédure telle que celle au principal » (pt. 48).

²⁷⁹⁴ CJCE, *Paquay*, aff. C-460/06 précité.

facile à mettre en œuvre pour la Cour de justice. Ceci explique pourquoi, postérieurement à l'arrêt *Paquay*, la Cour privilégie dans des affaires similaires un raisonnement axé sur le principe d'effectivité sans évoquer le principe d'équivalence²⁷⁹⁶.

673. À l'issue de cette présentation, nous restons indécis sur la solution à défendre. Refuser ou admettre qu'un référentiel soit constitué à partir d'une situation européenne a ses avantages et inconvénients. Nous dirions qu'idéalement le principe d'équivalence mériterait de s'appliquer pour comparer deux traitements accordés à des situations européennes similaires. Les contournements par les principes d'égalité et d'effectivité fonctionnent mais sans bénéficier des atouts du principe d'équivalence. Le principe d'égalité souffre d'un champ d'application bien plus restreint et ne s'applique que pour protéger des individus²⁷⁹⁷. Le principe d'effectivité n'intervient mais qu'au prix d'un raisonnement par analogie qui, sur la forme, peut surprendre. Cela étant, concrètement, nous entendons que la Cour de justice ne s'interroge pas sur cette évolution du principe d'équivalence qui resterait somme toute assez relative et dispensable.

B. Le choix d'une méthode éloignée de l'application du principe d'égalité de traitement

674. La proximité entre le principe d'équivalence et le principe d'égalité de traitement²⁷⁹⁸ relève de l'évidence. Nous avons toutefois montré que, fondamentalement, ces deux principes se distinguent l'un de l'autre pour plusieurs raisons²⁷⁹⁹. Il reste que le raisonnement suivi pour les appliquer apparaît de prime abord similaire, voire identique. En un sens, que ce soit au titre du principe d'équivalence ou du principe d'égalité, il

²⁷⁹⁵ *Ibid.*, pt. 51.

²⁷⁹⁶ Voir not. CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité : « dès lors que des particuliers ont, à l'instar des demandeurs au principal, entendu recourir à la compétence conférée, serait-ce à titre facultatif, par le législateur national, lors de la transposition de la directive 1999/70, à ces juridictions spécialisées pour connaître des litiges fondés sur la loi de 2003, le principe d'effectivité exigerait qu'ils puissent également revendiquer, devant ces mêmes juridictions, la protection des droits qu'ils pourraient tirer directement de cette directive elle-même, s'il devait ressortir des vérifications effectuées par la juridiction de renvoi que l'obligation de scinder leur recours en deux demandes distinctes et d'introduire celle directement fondée sur ladite directive devant une juridiction ordinaire conduit à des complications procédurales de nature à rendre excessivement difficile l'exercice des droits que confère aux intéressés l'ordre juridique communautaire » (pt. 53). Dans la même idée, voir également CJUE, 14 septembre 2017, *Petrea*, aff. C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684, pt. 50 et suivants.

²⁷⁹⁷ Cf. *supra*, pt. 294 et suivants.

²⁷⁹⁸ Nous nous concentrons ici sur la méthode générale du principe d'égalité de traitement. Le rapprochement avec la méthode du principe de non-discrimination n'est que partiellement pertinent. Schématiquement, la méthode de la non-discrimination est plus précise que celle du principe d'égalité puisqu'elle repose sur un critère discriminant identifié (l'âge, le sexe, l'orientation sexuelle, la nationalité, les convictions, etc.). Cette méthode est également perfectible, si ce n'est beaucoup plus que ne l'est celle du principe d'égalité, notamment quant à savoir s'il est possible de justifier une discrimination et donc ne pas l'interdire – en ce sens, voir not. M. FALLON et D. MARTIN, « Dessine-moi une discrimination... », *JDE* 2010, n°170, pp. 165-173.

²⁷⁹⁹ Cf. *supra*, pt. 286 et suivants.

s'agit toujours de garantir que des situations similaires bénéficient d'un traitement similaire²⁸⁰⁰. Le parallèle s'arrête là. La jurisprudence de la Cour de justice ne rapproche pas, même implicitement, la méthode d'application du principe d'équivalence de celle du principe d'égalité de traitement. Nous nous écartons de l'acceptation retenue par l'avocat général J. KOKOTT qui estime que « [le] principe d'équivalence est une manifestation du principe général d'égalité de traitement et de non-discrimination qui exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié »²⁸⁰¹. Cette approche tend à considérer que la méthode d'application du principe d'équivalence est identique à celle du principe d'égalité de traitement²⁸⁰². Nous ne le pensons pas pour deux raisons²⁸⁰³. D'une part, à l'inverse du principe d'égalité de traitement reconnu en droit de l'Union, le principe d'équivalence n'interdit pas le traitement similaire de situations différentes. D'autre part, la jurisprudence n'admet pas – explicitement du moins – qu'une différence de traitement soit “justifiée” pour respecter le principe d'équivalence²⁸⁰⁴.

675. Cet écart entre la méthode d'application du principe d'équivalence et celle du principe d'égalité de traitement laisse malgré tout perplexe. Deux visions alternatives peuvent expliquer ce choix. La première serait que les raisonnements, les logiques, les opérations intellectuelles inhérentes à l'application de ces deux principes ne sont pas identiques ou analogues. Leur proximité ne serait qu'apparente. Dans ces conditions, il est logique que chaque principe suive indépendamment sa propre méthode. La seconde serait que les spécificités propres à chaque principe interdisent des rapprochements exagérés dans leurs méthodes. Pour éviter des erreurs ou maladresses, il serait plus sage de traiter de manière autonome les méthodes de ces principes, quand bien même elles seraient sensiblement analogues. Nous adhérons à cette seconde approche. Pour l'essentiel, les raisonnements opérés pour l'application des principes d'équivalence et d'égalité sont similaires entre eux. L'un comme l'autre nécessitent de passer par deux mêmes étapes : apprécier la similitude des situations en cause puis comparer les

²⁸⁰⁰ Pour ce qui nous intéresse, il importe peu de dissocier les termes d'égalité et d'équivalence. En ce sens, Cour de justice emploie pour le principe d'équivalence le terme d'égalité ; voir en ce sens CJUE, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17 précité : « le respect [du principe d'équivalence] requiert un traitement égal des recours fondés sur une violation du droit national et de ceux, similaires, fondés sur une violation du droit de l'Union » (pt. 41).

²⁸⁰¹ J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 67.

²⁸⁰² Pour un exemple le laissant entendre, voir CJCE, 15 mars 2007, *Reemtsma Cigarettenfabriken*, aff. C-35/05, *Rec. p.* I-2425, pt. 43-44.

²⁸⁰³ Voir, pour exemple, CJUE, 30 janvier 2020, *Autoservizi Giordano*, aff. C-513/18, ECLI:EU:C:2020:59 : « le principe d'égalité de traitement exige que des situations comparables ne soient pas traitées de manière différente et que des situations différentes ne soient pas traitées de manière égale, à moins qu'un tel traitement ne soit objectivement justifié » (pt. 37).

²⁸⁰⁴ Plus nuancé, voir N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 77.

traitements qui leur sont accordés. En revanche, la logique globale qui guide ces deux méthodes nous semble différente.

676. Nous sommes là encore partagés quant à critiquer cette situation. Cette divergence de méthode est une certitude à nos yeux. Le principe d'équivalence se focalise sur la recherche d'une équivalence entre les traitements. À l'inverse, le principe d'égalité, tel qu'appliqué par le juge de l'Union, se concentre surtout sur la recherche d'une *justification* à une différence de traitement constatée²⁸⁰⁵. De là découle une divergence plus significative qu'il n'y paraît (1.). Une telle différence peut apparaître problématique pour l'application du principe d'équivalence. Toutefois, paradoxalement, sa méthode se révèle en elle-même moins discutable que celle du principe d'égalité. Dans cette perspective, sa spécificité se justifie et se défend (2.).

1. Une divergence de méthode entre principe d'équivalence et principe d'égalité

677. Le schéma dans lequel les principes d'équivalence et d'égalité s'appliquent est sensiblement le même. La situation litigieuse fait l'objet d'un traitement critiqué ou discuté, parce que différent d'un autre traitement prévu pour des situations visiblement similaires. Le doute quant au respect de ces principes naît de cette différence apparente entre les deux traitements. La réponse apportée par le juge saisi du litige implique de vérifier si les situations concernées sont similaires ou comparables. Si tel est le cas, la comparaison des traitements peut s'opérer. Cette présentation vaut pour l'application du principe d'équivalence ainsi que, de prime abord, pour le principe d'égalité. C'est à l'occasion de la comparaison entre les deux traitements des situations similaires qu'une divergence flagrante de méthode apparaît. La logique qui guide la « *méthode générale d'application* »²⁸⁰⁶ du principe d'égalité tient en ce que son application « *réside essentiellement dans la recherche de justifications* »²⁸⁰⁷. La Cour de justice affirme en effet que « [si une] différence de traitement entre deux situations comparables est constatée, le principe d'égalité de traitement n'est pas violé pour autant que cette différence est dûment justifiée »²⁸⁰⁸. La nature de ces justifications varie en fonction des domaines concernés. Elles sont généralement indiquées dans les dispositions européennes textuelles²⁸⁰⁹. La Cour estime en toute

²⁸⁰⁵ Voir E. CEREXHE, « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 34-65, spéc. pp. 53 et suivantes – l'auteur parle de « *tempéraments à l'interdiction des discriminations* » (p. 53).

²⁸⁰⁶ O. JOUANJAN, « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* 1992, n°16, pp. 131-139, spéc. p. 138 – il insiste.

²⁸⁰⁷ *Ibid.* – il insiste.

²⁸⁰⁸ Pour exemple, CJUE, 7 mars 2017, RPO, aff. C-390/15, ECLI:EU:C:2017:174, pt. 52.

²⁸⁰⁹ Pour exemple, voir l'article 6, §1, de la directive 2000/78/CE, du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE, L 303, 2 décembre 2000, p. 16) : « *les États membres peuvent prévoir que des différences de traitement fondées sur l'âge ne constituent pas une*

hypothèse qu'« *une différence de traitement est justifiée dès lors qu'elle est fondée sur un critère objectif et raisonnable, c'est-à-dire lorsqu'elle est en rapport avec un but légalement admissible poursuivi par la législation en cause, et que cette différence est proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné* »²⁸¹⁰.

678. Le raisonnement suivi pour l'application du principe d'équivalence ne retient pas la possibilité de *justifier* la différence de traitement. Nous l'avons vu, la comparaison entre les traitements se fait *in abstracto* et *in globo*. Une différence entre ces traitements reste compatible avec le principe d'équivalence, pourvu que celle-ci soit mineure ou compensée²⁸¹¹. Certes, certains arrêts s'accommodent mal, dans la forme, de cette idée. Dans l'arrêt *Accor*, par exemple, il semble que la Cour de justice admette très implicitement une justification à la différence de traitement constatée²⁸¹². Ces rares références jurisprudentielles ne sont pas, à nos yeux, représentatives. Sur la forme, la méthode du principe d'équivalence n'admet aucune justification. Un récent arrêt *Raiffeisen Bank*²⁸¹³ le confirme. En l'espèce, le juge national estime possible de justifier, au nom du principe de sécurité juridique, un système de délais de prescription différent pour un recours fondé sur le droit de l'Union et pour un recours fondé sur le droit interne. La Cour de justice, suivant son avocat général²⁸¹⁴, énonce que « *dans la mesure où le législateur [national] a estimé que le principe de sécurité juridique ne s'oppose pas au délai de prescription pour les actions [fondées sur le droit interne], il ne saurait être considéré que ce principe s'oppose à l'application, en vertu du principe d'équivalence, du même délai aux actions fondées [sur le droit de l'Union]* »²⁸¹⁵. Elle balaye ainsi cet argument en considérant qu'« [une] *telle différence de traitement ne saurait (...) être justifiée par des motifs de sécurité juridique* »²⁸¹⁶.

679. Cette divergence de méthode, qui repose sur la prise en compte ou non d'une justification à la différence de traitement, accentue l'opposition entre les logiques

discrimination lorsqu'elles sont objectivement et raisonnablement justifiées, dans le cadre du droit national, par un objectif légitime, notamment par des objectifs légitimes de politique de l'emploi, du marché du travail et de la formation professionnelle (...) ». Pour une application récente de cette disposition, voir CJUE, 2 avril 2020, *Comune di Gesturi*, aff. C-670/18, ECLI:EU:C:2020:272, pt. 38 et suivants.

²⁸¹⁰ Pour exemple, CJUE, 17 octobre 2013, *Schaible*, aff. C-101/12, ECLI:EU:C:2013:661, pt. 77.

²⁸¹¹ Cette étape se manifeste parfois dans la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe d'égalité de traitement. Voir not. CJCE, *Arcelor e.a.*, aff. C-127/07 précité : ce principe est méconnu si le traitement accordé « *d'une façon différente des situations comparables [entraîne] un désavantage pour certaines personnes par rapport à d'autre* » (pt. 39). Cette exigence n'apparaît toutefois plus dans la jurisprudence postérieure.

²⁸¹² CJCE, *Accor*, aff. C-310/09 précité : la contrainte procédurale imposée uniquement à la situation européenne semble justifiée compte tenu des difficultés pour l'État membre d'obtenir certaines informations indispensables (pt. 95 et suivants).

²⁸¹³ CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité.

²⁸¹⁴ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 84.

²⁸¹⁵ CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 81.

²⁸¹⁶ *Ibid*, pt. 80 – nous soulignons.

des principes d'équivalence et d'égalité. Le raisonnement suivi pour l'application du premier s'en tient à une recherche d'équivalence entre les traitements. Le principe d'équivalence est dès lors méconnu si les traitements ne sont pas au moins équivalents entre eux. Toute discrimination matérielle entre deux situations similaires est interdite. Au contraire, pour le principe d'égalité, il s'agit de rechercher une proportionnalité ou une adéquation entre les traitements. Bien que les traitements soient différents, ce principe n'est pas méconnu si leur différence reste justifiée par « *un but légalement admissible* »²⁸¹⁷ et, surtout, soit « *proportionnée au but poursuivi par le traitement concerné* »²⁸¹⁸. La différence de traitement s'apprécie donc *compte tenu* ou *à la lumière* de la justification avancée²⁸¹⁹. Le juge saisi du problème doit vérifier si cette différence n'est pas d'une ampleur telle qu'elle irait au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif affiché. Des traitements différents respectent ou violent le principe d'égalité *en fonction* de la justification avancée. Le principe d'équivalence s'écarte de cette logique. La différence de traitement constatée entre les situations similaires s'apprécie *en elle-même* et *indépendamment* de toute justification. Dans une approche presque binaire, des traitements différents respectent ou méconnaissent *toujours* le principe d'équivalence.

680. La prise en compte ou non d'une justification produit également des effets sur la manière d'appréhender la similitude des situations. La méthode affichée formellement par la Cour de justice²⁸²⁰, et par certains auteurs²⁸²¹, pour appliquer le principe d'égalité se veut aussi découpée que celle du principe d'équivalence. Il faut d'abord vérifier si les situations en cause sont similaires *puis* comparer leur traitement. Contrairement aux apparences²⁸²², pour le principe d'égalité, l'appréciation de la similitude des situations doit se comprendre comme une *justification* à la différence de

²⁸¹⁷ Pour exemple, CJUE, *Schaible*, aff. C-101/12 précité, pt. 77.

²⁸¹⁸ *Ibid.*

²⁸¹⁹ Cette méthode a été notamment développée par l'avocat général M. LAGRANGE, conclusions CJCE, 17 juillet 1963, *Italie c. Commission*, aff. 13/63, *Rec.* p. 337, spéc. pp. 384 et suivantes.

²⁸²⁰ Pour exemple, CJCE, *Arcelor*, aff. C-127/07 précité : la Cour indique, en premier lieu, que « [la] violation du principe d'égalité de traitement du fait d'un traitement différencié **présuppose** que les situations visées sont comparables eu égard à l'ensemble des éléments qui les caractérisent » (pt. 25 – nous soulignons). Puis, en second lieu, elle affirme que « [le] principe d'égalité de traitement ne s'avère, toutefois, pas être violé pour autant que la différence de traitement (...) soit justifiée » (pt. 46). Dans le même sens, CJUE, RPO, aff. C-390/15 précité, pt. 41 et suivants.

²⁸²¹ Voir not. A. ILIOPOULOU-PENOT, « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 595-623, spéc. pp. 600 et suivantes ; E. BRIBOSIA, E. RORIVE et J. HISLAIRE, « Article 21. Non-discrimination », in F. PICOD et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 489-514, spéc. pp. 481 et suivantes. Ces auteurs retiennent cette présentation pour des raisons pédagogiques.

²⁸²² Voir l'édifiant constat de K. LENAERTS (« L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE* 1991, pp. 3-41) : « le jugement que l'on portera sur le caractère comparable ou sur le caractère différent des cas régis par les mesures en cause sera crucial pour établir si des mesures distinctes ou identiques constituent une violation du principe d'égalité. Cette appréciation devant être opérée à la lumière de la teneur des mesures en cause, on observe une tendance à inclure l'éventuelle justification d'une "discrimination au sens matériel" dans le calcul qui aboutirait, le cas échéant, à la constatation d'une discrimination ». Dans la même idée, R.

traitement et non comme une étape logique et préalable à la comparaison des traitements. Cette recherche de la similitude des situations s'opère toujours « *à la lumière* »²⁸²³ ou « *au regard* »²⁸²⁴ de la différence de traitement. La Cour de justice est univoque lorsqu'elle indique que « [le] *caractère comparable des situations doit être apprécié non pas de manière globale et abstraite, mais de manière spécifique et concrète au regard de l'ensemble des éléments qui les caractérisent, à la lumière notamment de l'objet et du but de la réglementation nationale qui institue la distinction en cause ainsi que, le cas échéant, des principes et des objectifs du domaine dont relève cette réglementation nationale* »²⁸²⁵. Le raisonnement à opérer nécessite là encore un contrôle de proportionnalité. La question est de savoir si le degré de similitude entre les situations justifie ou non la différence des traitements qui leur sont accordés²⁸²⁶. Il ne s'agit donc jamais de déterminer, dans l'absolu, si des situations sont ou ne sont pas similaires, mais de voir si elles sont *suffisamment* similaires pour interdire la différence de traitement²⁸²⁷. Une fois encore, le principe d'équivalence s'émancipe de cette logique. La similitude des situations s'apprécie véritablement comme un préalable à la comparaison des traitements, sans avoir de rapport avec le contrôle de la différence de traitement. Plus encore, aucune gradation dans la similitude des situations n'est retenue : les situations sont ou ne sont pas jugées similaires.

681. Il reste un dernier point relatif à l'appréciation, en tant que telle, de la similitude des situations. Comme indiqué, cette opération s'opère d'une manière nécessairement biaisée pour l'application du principe d'égalité. Comme le résume O. JOUANJAN, « *deux situations ne sont jamais en tous points comparables (...). L'application du principe d'égalité repose sur la découverte des similitudes et dissimilitudes "essentiels" ou pertinentes au regard de l'objet de la norme* »²⁸²⁸ qui institue la différence de traitement. La similitude est, nous l'avons dit, appréciée à la lumière de la différenciation

HERNU, *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes* précité, pp. 428-429.

²⁸²³ Pour exemple, CJCE, *Arcelor*, aff. C-127/07 précité : « [les] **éléments qui caractérisent différentes situations et ainsi leur caractère comparable doivent, notamment, être déterminés et appréciés à la lumière** de l'objet et du but de l'acte communautaire qui institue la distinction en cause. Doivent, en outre, être pris en considération les principes et objectifs du domaine dont relève l'acte en cause » (pt. 26 – nous soulignons).

²⁸²⁴ Pour exemple, CJUE, 20 juin 2019, *ExxonMobil Production Deutschland*, aff. C-682/17, ECLI:EU:C:2019:518, pt. 91 ; CJUE, 7 novembre 2019, *Eni*, aff. jt. C-364/18 et C-365/18, ECLI:EU:C:2019:938, pt. 30.

²⁸²⁵ CJUE, 12 décembre 2019, *Instituto Nacional de la Seguridad Social (Complément de pension pour les mères)*, aff. C-450/18, ECLI:EU:C:2019:1075, pt. 45.

²⁸²⁶ En ce sens, voir CJUE, 22 mai 2014, *Glatzel*, aff. C-356/12, ECLI:EU:C:2014:350 : « **les caractéristiques des véhicules concernés, telles que la taille, le poids ou encore la manœuvrabilité de ces véhicules, justifient l'existence de conditions différentes pour la délivrance du permis de conduire en vue de leur conduite** » (pt. 83 – nous soulignons).

²⁸²⁷ En ce sens, Conseil d'État, *Rapport public 1996 – Sur le principe d'égalité*, Paris, La Documentation française, Etudes & Documents, n°48, 1997, pp. 41-43.

²⁸²⁸ O. JOUANJAN, *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand* Paris, Economica, 1992, p. 269 – nous soulignons.

des traitements. Le principe d'équivalence ne requiert, en apparence, rien de tel. En caricaturant l'état de la jurisprudence, on peut presque dire que la similitude des situations s'apprécie de manière absolue. En effet, la Cour de justice ne précise pas en fonction de quelles considérations ou dans quel cadre cette recherche s'opère. Est-ce à dire que la similitude des situations se fait vraiment de cette manière ? En dépit de l'hétérogénéité des cas dans lesquels le principe d'équivalence s'applique, les situations renvoient toutes à des hypothèses dans lesquelles une disposition – européenne ou nationale – doit ou est susceptible d'être mise en œuvre. Aussi, les situations sont jugées similaires en fonction, d'une part, de la disposition qui doit s'appliquer et, d'autre part, de la manière dont elle doit l'être. Si tel est vraiment le cas, il demeure que l'appréciation de la similitude ne fluctue pas en fonction des situations étudiées et des traitements qui leur sont accordés, comme c'est le cas pour le principe d'égalité.

2. La justification d'une méthode du principe d'équivalence autonome de celle du principe d'égalité

682. La divergence de méthode entre les principes d'équivalence et d'égalité est réelle et assez importante. Le contrôle de proportionnalité entre la différence de traitement et la justification avancée, qui est au cœur du principe d'égalité, n'existe pas pour l'application du principe d'équivalence²⁸²⁹. Un tel état du droit pourrait desservir ce dernier. Pour des raisons évidentes, le principe d'égalité est beaucoup plus connu et maîtrisé par les acteurs juridiques, dont les juges nationaux. Sa méthode d'application, même si elle varie sur certains aspects d'un ordre juridique à un autre²⁸³⁰, repose toujours sur la recherche de justifications à la différence de traitement²⁸³¹. Dans ces conditions, le choix de la Cour de justice de retenir une méthode distincte pour le principe d'équivalence se discute. Le faible degré de précisions des indications fournies par la Cour justice, couplée avec la complexité des appréciations à opérer²⁸³², est un risque sérieux pour la bonne application de ce principe par les juges nationaux. Ces difficultés auraient été contournées si le principe d'équivalence s'appliquait comme le principe d'égalité. Les juges nationaux n'auraient eu qu'à suivre une méthode qu'ils

²⁸²⁹ *Contra*, voir G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS et J.-P. KEPPELNE, « i », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 517-551, spéc. p. 543.

²⁸³⁰ Voir not. D. MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006 ; J. SCHWARZE, *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2009, pp. 589 et suivantes.

²⁸³¹ Voir O. JOUANJAN, *op. cit.*, pp. 264 et suivantes pour les droits français et allemand. Voir également, pour le droit de la Conv. EDH, F. SUDRE *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 15^e édition, 2021, pp. 439 et suivantes.

²⁸³² Quels que soient les défauts ou les qualités de la jurisprudence, le principe d'équivalence reste en lui-même complexe à appliquer. Apprécier la similitude des situations et comparer *in abstracto* et *in globo* les traitements sont des opérations délicates à mener à bien.

connaissent et maîtrisent déjà, en tenant des comptes des spécificités mises en évidence par la Cour de justice. Or, il n'en est rien. Plus encore, ces méthodes distinctes peuvent créer un climat de confusion chez les juges nationaux. Par exemple, certains font – à tort – une application du principe d'équivalence en suivant la méthode classique du principe d'égalité²⁸³³.

683. Ces éléments militent en faveur d'un alignement de la méthode du principe d'équivalence sur celle du principe d'égalité. Un tel rapprochement n'est toutefois pas nécessairement une bonne chose en soi. La méthode du principe d'égalité n'est pas sans faille. Sa cohérence et sa logique ont été discutées, voire critiquées par plusieurs auteurs. Plus précisément, le fait qu'elle repose sur un contrôle de proportionnalité axé sur la justification de la différence de traitement présente des contradictions logiques. En effet, si les situations sont jugées (suffisamment) similaires, le juge étudie si d'autres motifs justifient la différence de traitement. Or, faire une telle chose s'avère contre-intuitif, si ce n'est incohérent²⁸³⁴. À propos du motif d'intérêt général retenu par le juge français²⁸³⁵, B. SEILLER note que ce motif « *n'est pas allégué afin de mettre en lumière la singularité de la situation d'individus et de justifier qu'ils échappent au jeu du principe d'égalité et soient légalement soumis à des règles particulières. Il permet, bien plus brutalement, de faire céder le principe d'égalité pour instituer un traitement différencié à l'égard d'individus que rien ne distingue les uns des autres* »²⁸³⁶. Cette remarque se transpose sans mal à la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe d'égalité²⁸³⁷. Les justifications invoquées ne sont

²⁸³³ Pour exemple, CAA Versailles, 23 avril 2013, *Régie mixte des transports toulonnais*, req. 11VE02535 : « si la Régie mixte des transports toulonnais fait valoir, en outre, que le délai de reprise imparti à l'administration par les dispositions de l'article L. 176 du livre de procédures fiscales aurait été plus favorable que celui qui lui a été accordé, cet écart n'est pas manifestement disproportionné et se justifie par l'exigence qui s'attache à la nécessité d'un délai de forclusion du fait du principe de sécurité juridique, sans qu'elle puisse utilement se prévaloir dans le présent litige de ce que le code civil aurait pu permettre à l'administration de se prévaloir de la prescription trentenaire » (csd. 5). La doctrine organique du Conseil d'État relève très clairement cette confusion. Voir « Le juge administratif et le droit de l'Union européenne », *Dossier thématique du Conseil d'État*, 23 septembre 2015 (lien en bibliographie) : abondant et explicitant le principe d'équivalence, le Conseil d'État indique que « [lorsqu'il] est impossible d'appliquer à un recours fondé sur la violation du droit de l'Union les règles de procédure interne, la cour exerce un contrôle de proportionnalité pour vérifier si la différence entre les règles applicables est justifiée » (p. 11) – ce qui est faux.

²⁸³⁴ Voir B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020 : « sur le plan théorique, cette [méthode] est difficilement concevable : appliquer l'égalité, c'est nécessairement comparer des situations ; un traitement différent s'établit nécessairement sur une différence de situation ; dire qu'un motif d'intérêt général (...) peut justifier **en droit** une différence de traitement ne se justifie pas (...) » (p. 994).

²⁸³⁵ Voir également J. RIVERO, « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Paris, Dalloz, Travaux de l'Association Henri Capitant, t. 14, 1965, pp. 343-360 : « La jurisprudence, même lorsqu'elle affirme avec le plus de force le principe d'égalité, prend soin de réserver toujours le primat de l'intérêt général, qui justifie les dérogations (...). Il serait vain de dissimuler la gravité de la brèche ainsi ouverte dans le dispositif de protection de l'égalité ; la seule garantie de l'administré réside dans le contrôle exercé par le juge sur la réalité du motif d'intérêt général allégué (...) » (p. 351).

²⁸³⁶ B. SEILLER, « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Le droit administratif : permanence et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 979-1000, spéc. p. 985.

²⁸³⁷ C. NOURISSAT, « L'égalité en droit communautaire », *L'égalité*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 51, 2008, pp. 195-205. À propos de la discrimination en raison de la nationalité, l'auteur fait le constat suivant : « Le

jamais utilisées pour mettre à mal la similitude des situations. Elles servent à rendre acceptables des traitements différents accordés à des situations similaires. Cette présentation s'avère en un sens illogique puisque, comme le souligne le Président K. LENAERTS, « *dans la mesure où les [personnes] concernées parviendront à démontrer qu'une "discrimination au sens matériel" constitue une mesure strictement proportionnelle à la poursuite d'un des objectifs [admis], la Cour ne mettra pas automatiquement fin à cette "discrimination" »*²⁸³⁸.

684. Une partie de la doctrine incite donc à considérer que les éventuelles justifications ne servent qu'à apprécier la similitude des situations²⁸³⁹. Dès lors, « *l'aménagement d'un régime différent repose toujours sur le constat de différences de situation, les unes spontanées, les autres mises en lumière* »²⁸⁴⁰. Les motifs invoqués sont donc pris en compte, non pour justifier la différence de traitement, mais pour démontrer que les situations en cause ne peuvent être considérées comme similaires. Si tel n'est pas le cas, si lesdites situations sont en réalité bien similaires, une différence de traitement ne sera jamais tolérée. Or, dans la forme, la Cour de justice ne suit pas cette méthode pourtant plus logique. Dans les faits, en revanche, les choses sont plus contrastées. Autrement dit, même s'il ne l'indique pas de manière explicite, le juge de l'Union se focalise surtout sur la similitude des situations, et moins sur la justification de la différence de traitement. L'idée est ainsi résumée par le Président K. LENAERTS : « *dans l'hypothèse où une différence de traitement apparaîtrait justifiée parce que la fin et les moyens se situent dans un rapport de juste proportionnalité, on aura tendance non pas à considérer dans un premier temps qu'il s'agit d'un traitement différent de cas comparables (c'est-à-dire d'une "discrimination au sens matériel") que l'on déchargera ensuite de son caractère discriminatoire parce que cette différence de traitement serait "objectivement justifiée", mais à considérer comme (légèrement) différents les cas régis par les règles en cause, ce qui permet de juger qu'il n'y pas discrimination* »²⁸⁴¹. Pour résumer, le juge préfère considérer que des situations ne sont pas similaires plutôt que de vérifier si le motif invoqué justifie la différence de traitement. Ce raisonnement byzantin et implicite rétablit une certaine logique dans l'application du principe d'égalité.

problème essentiel réside dans la qualification rigoureuse de discrimination. De longue date, la CJCE a pu donner une définition de la discrimination on ne peut plus classique selon laquelle elle consiste en l'application de de règles différentes à des situations comparables ou bien en l'application d'une même règle à des situations différentes. Elle engendre cependant une difficulté de comparaison des situations qui peut conduire à ce que là où l'un voit une discrimination, l'autre n'y voit qu'une distinction ! » (p. 203).

²⁸³⁸ K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 11.

²⁸³⁹ R. HERNU, *op. cit.*, pp. 428-429.

²⁸⁴⁰ B. SEILLER, *op. cit.*, p. 993, paraphrasant J. CARBAJO, « Remarques sur l'intérêt général et l'égalité des usagers devant le service public », *AJDA* 1981, p. 176.

²⁸⁴¹ K. LENAERTS, *op. cit.*, p. 11.

685. La méthode du principe d'équivalence échappe, de ce point de vue, à ces problèmes²⁸⁴². Elle s'avère davantage logique et cohérente. Une fois la similitude des situations reconnue, la comparaison entre les traitements se fait indépendamment de toute justification ou motif. L'objectif est *uniquement* de déterminer si les traitements accordés aux situations similaires sont équivalents, c'est-à-dire vérifier si une différence significative, pour ne dire discriminatoire, entre eux existe. Si tel est le cas, le principe d'équivalence est *ipso facto* méconnu. Paradoxalement, suivre une méthode différente, comme celle du principe d'égalité, paraît inopportun, voire incohérent. Plus précisément, comme le souligne l'avocat général M. SZPUNAR, « [considérer] *qu'un traitement non discriminatoire est assuré en ce qui concerne [une situation européenne] malgré le fait qu'un traitement différent est accordé à [une situation interne similaire] contreviendrait au sens même du principe d'équivalence* »²⁸⁴³. Cette même conclusion s'applique au principe d'égalité et révèle l'incohérence de sa méthode.

686. La méthode du principe d'équivalence se présente ainsi plus rigoureuse, en termes de logique, que celle du principe d'égalité. Les étapes tenant à la comparabilité des situations et à la comparaison des traitements sont bien dissociées l'une de l'autre²⁸⁴⁴. Plus concrètement, si les traitements étudiés n'apparaissent pas comme parfaitement équivalents, la seule option pour considérer le principe d'équivalence respecté est de démontrer que les situations ne sont pas similaires. En un sens, la jurisprudence de la Cour de justice en atteste. Des différences flagrantes de traitements restent conformes au principe d'équivalence s'il n'est pas montré qu'elles affectent des situations similaires. À ce titre, tout type d'élément peut être utilisé, comme des considérations d'intérêt général ou des motifs d'ordre public – le vague de la jurisprudence de la Cour de justice ne fournit toutefois aucun exemple en ce sens. En d'autres termes, des situations *a priori* similaires ne le sont pas au regard de ces éléments. Certes, cette approche entraîne des complications pratiques, comme la difficulté de dissocier précisément la "situation" de son "traitement" – nous l'avons vu. Il reste que, sur la forme, elle se veut plus cohérente et méthodique que celle du principe d'égalité.

²⁸⁴² Si l'on excepte nos critiques tenant à la confusion entre "situation" et "traitement", le constat de K. LENAERTS pourrait également résumer ce problème que nous avons décrit.

²⁸⁴³ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 84.

²⁸⁴⁴ Dans les faits, cette frontière n'est pas toujours évidente, surtout eu égard aux imprécisions gardées par la Cour de justice. Cf. *supra*, pt. 652 et suivants.

§2: *Le problème d'une méthode simplifiée : l'application "indifférenciée" de la modalité nationale litigieuse*

687. L'application du principe d'équivalence nécessite un raisonnement par étapes successives : caractériser la situation européenne litigieuse et son traitement ; identifier une situation interne similaire ; déduire de celle-ci le traitement qui lui est accordé ; comparer les deux traitements pour déterminer s'ils sont au moins équivalents entre eux. Cet enchaînement logique nous paraît être le seul valable pour comprendre les arrêts de la Cour de justice faisant application du principe d'équivalence. Cette méthode semble également la seule qui permet au principe de remplir pleinement sa fonction – nous l'appellerons "méthode classique". Ces différentes étapes ne sont que très rarement exposées ou séquencées par la Cour de justice. Elles découlent surtout d'une analyse systémique de la jurisprudence, tant par la doctrine²⁸⁴⁵ que par certains avocats généraux. Cependant, à notre étonnement, la Cour de justice indique à de multiples reprises une méthode différente – que nous appellerons "méthode simplifiée". Selon elle, le principe d'équivalence « suppose (...) que **la modalité litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, s'agissant [d'une même situation]** »²⁸⁴⁶. Plus récemment, elle confirme que « le respect de ce principe exige **l'application indifférenciée d'une règle nationale aux procédures fondées sur le droit de l'Union et à celles fondées sur le droit national** »²⁸⁴⁷.

688. Toujours présente dans la jurisprudence, cette indication y figure très fréquemment. Nous pensons néanmoins préférable d'en minimiser la portée. Jusqu'à présent, nous l'avons pour l'essentiel ignorée pour l'étude du principe d'équivalence. Bien que présente depuis longtemps et figurant régulièrement dans les arrêts de la Cour de justice, cette approche nous paraît très simplificatrice (A.), et même nuisible au principe d'équivalence en ce qu'elle ne permet pas d'interdire des discriminations *indirectes* (B.).

²⁸⁴⁵ N. POLTORAK, *op. cit.*, pp. 72 et suivantes.

²⁸⁴⁶ CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 36 ; CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 20 ; CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 41. Voir également CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783, pt. 49.

²⁸⁴⁷ CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité, pt. 30 ; CJUE, 21 décembre 2016, *TDC*, aff. C-321/15, ECLI:EU:C:2016:974, pt. 92 ; CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745, pt. 38.

A. Une approche simpliste de l'application du principe d'équivalence

689. De prime abord, l'approche du principe d'équivalence consistant à exiger l'application indifférenciée de la modalité procédurale litigieuse s'avère logique. Plus encore, elle semble caractériser à elle seule le critère discriminant interdit par le principe d'équivalence. En effet, dès lors qu'une modalité procédurale nationale s'applique différemment en fonction de la nature européenne ou interne de la situation en cause, tout laisse à penser que le principe d'équivalence est méconnu. Une réglementation nationale ne peut pas discriminer de telles situations *uniquement* en fonction de leur nature européenne ou interne. Dans cette perspective, la méthode du principe d'équivalence s'approche de celle du principe de non-discrimination. Ses déclinaisons interdisent des différences de traitement reposant sur un critère discriminant particulier – comme la nationalité, le sexe, le franchissement d'une frontière, etc. La réglementation nationale qui traiterait différemment des situations en fonction d'un de ces critères serait interdite parce que discriminatoire. Pour ce qui est du principe d'équivalence, le critère discriminatoire serait la nature européenne ou interne de la situation²⁸⁴⁸.

690. Dans ces conditions, rien ne justifie de critiquer cette approche du principe d'équivalence. D'une part, elle simplifie et facilite son application. Le juge national n'a plus besoin d'apprécier la similitude de situations et d'en comparer les traitements ; autant d'opérations délicates à mener, surtout compte tenu des faibles indications offertes par la Cour de justice. Sa tâche est simplifiée puisqu'elle se résume à voir s'il existe, dans la réglementation nationale, une différence de traitement qui repose sur la nature européenne ou interne de la situation. D'autre part, la méthode retenue s'approche de celle retenue pour l'application d'un principe de non-discrimination, qui est assez familière pour le juge national. De plus, l'essentiel de la doctrine n'émet aucune critique franche sur cette question. La majorité des avocats généraux n'a jamais pointé de problèmes ou incohérences sur cette méthode.

691. Nous considérons toutefois que se fonder uniquement sur l'application indifférenciée de la modalité procédurale litigieuse n'est pas satisfaisant. Cette approche

²⁸⁴⁸ Voir not. CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263 : « En ce qui concerne le principe d'équivalence, il apparaît, en l'occurrence, que ce principe n'est pas méconnu, dès lors qu'il est constant que les règles nationales relatives au délai de prescription s'appliquent tant aux actions en dommages et intérêts fondées sur le droit de l'Union qu'à celles fondées sur le droit national et que **leur applicabilité ne dépend pas** de la question de savoir si le droit de demander la réparation intégrale d'un préjudice découle d'une violation des règles nationales de concurrence ou du droit de la concurrence de l'Union » (pt. 54). Dans la même idée, CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, Rec. p. I-7819, pt. 35.

n'a de sens que pour *douter* du respect du principe d'équivalence. Autrement dit, elle n'est qu'un témoin qui révèle un possible problème (1.). Cela étant, elle ne peut être considérée comme *suffisante* pour affirmer que le principe d'équivalence est respecté. Cette méthode simplifiée apparaît ainsi dangereusement réductrice au regard de la fonction du principe d'équivalence (2.).

1. Une approche exclusivement pertinente pour caractériser un doute quant au respect du principe d'équivalence

692. L'existence d'une méthode simplifiée pour l'application du principe d'équivalence, qui repose sur l'application indifférenciée de la modalité litigieuse, conduit à un problème. Sa relation avec la méthode classique du principe d'équivalence rend plus obscure la route à suivre pour le juge national. En effet, il suffit presque de vérifier si la modalité nationale qui pose problème s'applique indépendamment de la nature de la situation en cause. Il n'est alors nul besoin d'identifier un référentiel pertinent puis comparer les traitements. Ces deux méthodes ne sont en rien identiques : la première est davantage précise et rigoureuse que la seconde. La question se pose de savoir, en définitive, quelle méthode doit concrètement être suivie pour appliquer le principe d'équivalence. Les arrêts de la Cour de justice dans lesquels ces deux méthodes sont conjointement mentionnées sont nombreux. Plusieurs avocats généraux font de même dans leurs conclusions²⁸⁴⁹. Ce contexte accentue l'incertitude autour de la démarche à suivre pour le juge national. Le juge français alterne parfois entre l'une et l'autre, même si la méthode simplifiée est la plus courante²⁸⁵⁰. De plus, comme nous le verrons, le fait qu'une modalité nationale s'applique indistinctement à des situations européenne et interne ne peut suffire à considérer le principe d'équivalence respecté. La lecture littérale de la jurisprudence indique pourtant le contraire. La Cour énonce que le respect du

²⁸⁴⁹ Pour exemple, voir M. POIARES MADURO, conclusions sur CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité : « le respect du principe d'équivalence requiert que les conditions imposées par le droit national en matière de réparation des dommages ne soient pas moins favorables lorsque l'action en responsabilité est fondée sur le droit communautaire que lorsqu'elle est fondée sur le droit interne **ou encore** que la modalité procédurale litigieuse s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, étant toutefois entendu qu'un État membre n'est pas tenu d'étendre à l'ensemble des actions en indemnité fondées sur la violation du droit communautaire son régime de responsabilité interne le plus favorable » (pt. 29 – nous soulignons). Dans la même idée, M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 79.

²⁸⁵⁰ Pour exemple, voir Cass., com., 9 juillet 2013, *EDF*, pourvoi n°12-24.551 (inédit) : « le principe d'équivalence doit être apprécié en vérifiant si les délais de recours s'appliquent de la même façon aux actions fondées sur le droit communautaire et à celles fondées sur le droit interne » ; CE, 29 janvier 2003, *Lucet*, req. n°246829, Rec. T. p. 698 et p. 884 : le principe d'équivalence est respecté « dès lors que [le] délai [litigieux] (...) s'applique de la même manière aux demandes de révision de pension qui sont fondées sur le droit communautaire et à celles qui sont fondées sur le droit interne ».

principe d'équivalence « *suppose* »²⁸⁵¹, « *requiert* »²⁸⁵² ou « *exige* »²⁸⁵³ une telle application indifférenciée de la modalité litigieuse²⁸⁵⁴.

693. La présence de cette approche simplifiée se justifie pour faciliter l'application du principe d'équivalence. Certes, la clarté de la méthode générale est quelque peu sapée, mais la mise en œuvre du principe se révèle plus aisée. Concrètement, la Cour de justice avance cette logique pour inviter le juge national à caractériser son *doute* sur le respect du principe d'équivalence. En d'autres termes, le constat selon lequel une modalité nationale ne s'applique pas indistinctement à des situations européennes et internes est un indicateur pour caractériser un doute. L'avocat général J. KOKOTT l'indique en ce que, si une modalité procédurale s'applique « *de la même manière pour les droits déterminés par le droit national et le droit de l'Union, il n'y a pas de doute en ce qui concerne le respect du principe d'équivalence* »²⁸⁵⁵. La méthode simplifiée fait sens si elle reste cantonnée à cette fonction. Dès lors que le juge national est face à une modalité procédurale qui s'applique *spécifiquement* ou *exclusivement* à une situation européenne, et qu'elle engendre une contrainte, le doute est permis quant au respect du principe d'équivalence. Dans un tel contexte, tout incite à approfondir l'analyse. La modalité ne s'applique-t-elle pas également à d'autres situations internes similaires ? La contrainte édictée rend-elle défavorable le traitement accordé à la situation européenne ? La saisine de la Cour de justice pour plus de précisions s'opère dans un cadre favorable : celle-ci disposera logiquement d'éléments lui permettant d'aiguiller le juge national. En outre, cette approche simplifiée adresse un message assez clair aux États membres. Pour respecter le principe d'équivalence, il est préférable de ne pas traiter spécifiquement les situations européennes et, donc, de leur accorder le traitement normalement prévu pour des situations internes similaires. Les cas de violation les plus manifestes du principe d'équivalence, dans lesquels la situation européenne fait explicitement l'objet d'un traitement particulier et défavorable, sont nettement identifiés²⁸⁵⁶.

²⁸⁵¹ CJUE, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13 précité, pt. 61 ; CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-662/13, ECLI:EU:C:2015:89, pt. 30.

²⁸⁵² CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 86 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Kantarev*, aff. C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, pt. 124.

²⁸⁵³ CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité, pt. 30. ; CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité, pt. 38.

²⁸⁵⁴ Pour une formule analogue, voir CJCE, 15 septembre 1998, *Ansaldo Energia e.a.*, aff. jt. C-279/96 à C-281/96, Rec. p. I-5025 : « *une modalité de remboursement nationale respecte le principe d'équivalence dès lors qu'elle s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne, s'agissant d'un même type de taxes ou redevances (...)* » (pt. 29).

²⁸⁵⁵ J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, ord., 2 mars 2020, *Cofidis*, aff. C-616/18, ECLI:EU:C:2020:182, pt. 58.

²⁸⁵⁶ Voir CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité, pt. 34.

694. Cette approche simplifiée ne vaut, toutefois, *que* pour caractériser un doute *légitime* quant au respect du principe d'équivalence. Dès lors, contrairement à ce que laisse entendre la Cour de justice, rien n'interdit au juge national de considérer que ce principe est méconnu alors même que la modalité en cause semble s'appliquer indistinctement aux situations européenne et interne. Dans un tel contexte, en revanche, il lui appartient de livrer une analyse suffisamment approfondie pour étayer cette impression²⁸⁵⁷. En d'autres termes, dans ces conditions, le renvoi préjudiciel à la Cour de justice doit être accompagné d'éléments précis et détaillés de la part du juge national. On comprend les réponses sèches livrées par la Cour de justice à l'occasion de certains arrêts. Si la modalité litigieuse s'applique indifféremment et si aucun autre élément pertinent n'est apporté par le juge national, à quoi bon s'interroger sur le respect du principe d'équivalence²⁸⁵⁸ ? De cette manière, la Cour invite le juge national à ne la saisir sur ce sujet que s'il dispose d'un minimum d'éléments tangibles²⁸⁵⁹.

695. Enfin, cette méthode simplifiée permet d'éviter certains raisonnements trop hâtifs. Le fait qu'une modalité procédurale défavorable s'applique spécifiquement à certains domaines ne pose pas de problème pourvu que le domaine en question ne relève pas exclusivement du droit de l'Union. Autrement dit, il ne suffit pas de constater, dans l'absolu, qu'une modalité procédurale ne s'applique pas indifféremment pour caractériser un doute au principe d'équivalence. Encore faut-il vérifier que l'application différenciée s'opère en fonction de la nature européenne ou interne de la situation – et non sur la base d'autres éléments. En ce sens, dans son arrêt *Aprile*, la Cour de justice indique que le principe d'équivalence « *ne s'oppose pas à l'application d'une disposition nationale tendant à substituer, pour l'ensemble des actions en remboursement en matière douanière, un délai **spécial** de forclusion (...) au délai ordinaire de prescription (...) prévu pour l'action en répétition de l'indu, dès lors que ce délai de forclusion, qui est analogue à celui déjà prévu pour différentes impositions,*

²⁸⁵⁷ L'affaire *Raiffeisen Bank* (aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité) est emblématique. La modalité litigieuse renvoyait à des délais dont la durée est identique entre les recours envisagés. Du reste, la législation nationale n'opère aucune autre différenciation. Le juge national estime toutefois que les règles de *dies a quo* des délais diffèrent (pt. 79-80). Autrement dit, contrairement à ce qui apparaissait de prime abord, les règles applicables relatives aux délais contentieux ne sont pas identiques. Comme l'indique l'avocat général M. SZPUNAR dans ses conclusions, « *le seul fait que le même délai de prescription est applicable aux recours fondés sur le droit de l'Union et à ceux fondés sur le droit national n'est pas suffisant pour déclarer la conformité avec le principe d'équivalence. Ce principe requiert que l'ensemble des règles applicables aux actions en restitution s'applique indifféremment à tous ces recours* » (pt. 83).

²⁸⁵⁸ En ce sens, 317/08, pt. 51.

²⁸⁵⁹ En ce sens, voir not. Y. BOT, conclusions sur CJUE, 14 décembre 2017, *Miravittles Ciurana e.a.*, aff. C-243/16, ECLI:EU:C:2017:969 : « *la juridiction de renvoi n'a pas donné d'information sur des conditions de recevabilité et de procédure plus favorables pour exercer des droits tirés de la législation nationale qui seraient de nature à susciter un doute sur le respect de ce principe. Les textes spéciaux, cités par la juridiction de renvoi (...), organisent des procédures qui ne sont pas comparables dès lors qu'ils ne prévoient pas que la juridiction du travail soit compétente pour statuer sur d'autres demandes, qui ne sont pas liées à l'exécution du contrat de travail. En d'autres termes, il convient de rechercher si la règle litigieuse s'applique **uniquement** aux demandes visant à*

s'applique de la même manière aux actions en remboursement qui sont fondées sur le droit communautaire et à celles qui sont fondées sur le droit interne »²⁸⁶⁰. Bien qu'elle soit simplifiée, cette méthode nécessite malgré tout un minimum d'analyse de la part du juge national pour ne saisir la Cour de justice que lorsque cela est opportun.

2. Une méthode excessivement réductrice

696. Si la méthode simplifiée est un indicateur pertinent pour douter du respect du principe d'équivalence, elle est insuffisante pour permettre sa pleine application. Elle ne doit pas être comprise comme suffisante pour contrôler le principe d'équivalence. La Cour de justice affirme pourtant l'inverse. Par exemple, dans un arrêt *Clean Car*, elle indique que, pour le « principe d'équivalence, il **suffit** de relever qu'il implique que ladite réglementation nationale s'applique indifféremment à la procédure préjudicielle instituée par l'article 234 CE et à des incidents de procédure similaires qui peuvent survenir dans le cadre du litige au principal conformément au droit national »²⁸⁶¹. Ce raisonnement ne tient que si le contrôle opéré reste assez superficiel et n'entre pas dans le détail – ce qui, hélas, est souvent le cas lorsqu'il s'agit de l'application concrète du principe d'équivalence²⁸⁶². En effet, cette méthode se limite à rechercher, dans la réglementation nationale, une différence de traitement accordée uniquement *en fonction de la nature européenne ou interne de la situation*²⁸⁶³. Ainsi présenté, le principe d'équivalence se fonde, à l'instar d'autres déclinaisons du principe de non-discrimination, sur un critère discriminant : la nature européenne ou interne de la situation. En ce sens, l'avocat général J. KOKOTT considère le principe d'équivalence respecté dès lors que « aucune des dispositions mentionnées par la juridiction de renvoi **ne distingue dans son libellé** selon que la responsabilité de l'État est fondée sur une

engager la responsabilité solidaire de l'administrateur, alors que, pour d'autres demandes, un seul recours devant la juridiction du travail suffirait » (pt. 65 – nous soulignons).

²⁸⁶⁰ CJCE, *Aprile*, aff. C-228/96 précité, pt. 34. Voir not. les conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMBER : en l'espèce, il rappelle que « [le] juge de renvoi demande si l'on peut considérer comme compatible avec le droit communautaire une norme qui fixe un (...) délai de forclusion [de cinq ans] pour le remboursement de sommes indûment versées, lorsque ce remboursement est effectué en raison d'une infraction à une norme communautaire, alors que les actions analogues de répétition de l'indu sont soumises en droit commun (...) au délai de prescription de dix ans » (pt. 18). À ses yeux, « [posée] en ces termes, la question contient en elle-même sa réponse : il s'agirait d'une discrimination contraire au droit communautaire » (pt. 19). En réalité, la méconnaissance du principe d'équivalence ainsi abordée est trompeuse : « le problème se pose autrement [en ce] que, selon les éléments du dossier de la procédure au principal, la norme précitée s'applique indistinctement à tout type d'action en répétition de sommes versées en matière douanière, qu'elles soient fondées sur le droit interne ou sur le droit communautaire » (pt. 19).

²⁸⁶¹ CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, Rec. p. I-9687, pt. 30 – nous soulignons. Le problème portait sur « les règles applicables en matière de liquidation des dépens exposés par les parties au principal dans le cadre d'une procédure préjudicielle et, notamment, les conditions et modalités selon lesquelles ces dépens peuvent être mis à la charge de l'une des parties ou répartis entre celles-ci ou, au contraire, doivent rester à la charge de chacune des parties qui les a exposés » (pt. 27).

²⁸⁶² Cf. *infra*, pt. 787 et suivants.

²⁸⁶³ Voir CJUE, 9 novembre 2017, *Ispas*, aff. C-298/16, ECLI:EU:C:2017:843 : « En ce qui concerne le principe d'équivalence, il est constant que les règles de procédure roumaines applicables aux contrôles des obligations en matière de TVA **ne sont pas spécifiques à ce domaine**, si bien qu'une violation dudit principe peut être exclue » (pt. 30 – nous soulignons).

violation du droit de l'Union ou du droit national»²⁸⁶⁴. Limiter l'application du principe d'équivalence à la simple interdiction d'un tel critère discriminant serait trop réducteur selon nous.

697. Le principal problème de cette méthode simplifiée est qu'elle repose sur un raisonnement insuffisant pour appliquer *pleinement* le principe d'équivalence. En premier lieu, une modalité qui s'applique indistinctement à des situations européenne et interne ne respecte pas automatiquement le principe d'équivalence. Cette idée est plus complexe à envisager et plus difficile encore à illustrer. Elle renvoie en réalité à des discriminations indirectes. Pour paraphraser M. DOUGAN, un régime procédural défavorable « *qui, de prime abord, s'applique à des recours en général, mais qui **en pratique** s'applique uniquement à des demandes fondées sur le droit de l'Union plutôt qu'à des demandes fondées sur le droit interne* » méconnaît le principe d'équivalence²⁸⁶⁵. La méthode classique du principe d'équivalence permet de remédier à ces types de traitements discriminatoires. La méthode simplifiée, elle, en est incapable. Affirmer une telle chose est cependant délicat. La jurisprudence de la Cour de justice n'offre aucun arrêt qui confirme cette optique. Nous détaillerons donc ce point ultérieurement²⁸⁶⁶.

698. En second lieu, une modalité qui s'applique distinctement aux situations européenne et interne ne méconnaît pas nécessairement le principe d'équivalence. Les illustrations sont nombreuses et renvoient aux arrêts déjà étudiés pour lesquels la Cour de justice applique la méthode classique du principe d'équivalence. D'une part, la modalité litigieuse s'applique uniquement pour une situation européenne et pas pour une situation interne : le principe d'équivalence n'est évidemment pas méconnu si ces deux situations ne sont pas similaires. D'autre part, cette modalité peut être sans conséquence sur l'équivalence des traitements accordés à ces situations. C'est le cas lorsqu'elle impose une contrainte minimale sur la situation européenne. Comme l'affirme l'avocat général N. WAHL, « *il serait erroné d'examiner les exigences procédurales en cause isolément* »²⁸⁶⁷. Il convient toujours de comparer les traitements *in globo* et *in abstracto*. Gardons à l'esprit que, comme nous l'avons vu, l'exigence d'équivalence ne se limite pas à interdire toute différenciation entre les traitements accordés aux situations européenne et interne même

²⁸⁶⁴ J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, *Kantarev*, aff. C-571/16 précité, pt. 108 – nous soulignons. L'avocat général précise justement son raisonnement en estimant « [qu'il] ne ressort pas non plus de la demande de décision préjudicielle que les situations relevant du droit de l'Union seraient moins bien traitées que les situations internes » (pt. 108).

²⁸⁶⁵ M. DOUGAN, *op. cit.* : « *an unfavourable procedural restriction which on its face applies to generic categories of action, but which **in practice** applies only to claims derived from Community law rather than to those based upon domestic law, would be contrary to the Treaty* » (p. 25 – nous soulignons).

²⁸⁶⁶ Cf. *infra*, pt. 703 et suivants.

²⁸⁶⁷ N. WAHL, conclusions sur CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 47.

similaires²⁸⁶⁸. Si les traitements sont « *dans leur ensemble* »²⁸⁶⁹ équivalents entre eux, le principe d'équivalence est respecté – et ce même si une modalité procédurale particulière s'applique distinctement à des situations européenne et interne similaires.

699. Le problème de la méthode simplifiée se cristallise dans la variété et l'incomplétude des formules retenues par la Cour de justice. Le défaut majeur de cette approche tient en ce qu'elle néglige ou minimise l'appréciation de la similitude des situations en cause. De plus, le raisonnement se focalise sur *une seule* modalité procédurale et non sur *l'ensemble* des traitements accordés aux situations européenne et interne similaires. Or ignorer ces étapes pour appliquer le principe d'équivalence pose problème. Certes, plusieurs arrêts en font mention plus ou moins explicitement. Par exemple²⁸⁷⁰, dans l'arrêt *Land Sachsen-Anhalt*, la Cour de justice indique que « [le] principe d'équivalence requiert que **l'ensemble** des règles applicables aux recours s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et aux recours **similaires** fondés sur la méconnaissance du droit interne »²⁸⁷¹. La méthode d'application du principe d'équivalence est certes simplifiée, mais les étapes fondamentales apparaissent. D'autres sont en revanche incomplets. Dans un premier cas, seule la similitude des situations est présente, quoiqu'assez implicitement affirmée. L'appréciation de l'ensemble du traitement, elle, est absente. On lit notamment que « le respect [du principe d'équivalence] requiert que **la règle nationale en cause** s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne **ayant un objet et une cause semblables** »²⁸⁷². L'inverse est plus rare, mais existe²⁸⁷³. Dans les deux cas, l'accent est toujours mis sur l'application indifférenciée d'une modalité procédurale à des situations

²⁸⁶⁸ L'avocat général M. BOBEK (conclusions sur CJUE, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16 précité) le rappelle : « La jurisprudence apparaît relativement ambiguë sur le point de savoir en quoi consiste un traitement « équivalent » ou « similaire ». La Cour a parfois adopté une approche « stricte » en semblant exiger un traitement identique (appliqué « indifféremment » aux recours fondés sur le droit de l'Union comme sur ceux fondés sur le droit national). Dans d'autres affaires (en fait, le plus souvent), la Cour utilise une formulation plus « flexible » en exigeant un traitement « non moins favorable » pour les recours fondés sur le droit de l'Union. Cette dernière variante permet clairement certains écarts entre les traitements, pourvu que ces différences n'aient pas d'impact négatif sur les recours fondés sur le droit de l'Union si on les compare aux recours fondés sur le droit national » (pt. 42).

²⁸⁶⁹ *Ibid.*, pt. 50.

²⁸⁷⁰ Pour une autre formulation, voir CJUE, *Starjakob*, aff. C-417/13 précité : « le principe d'équivalence requiert que **l'ensemble** des règles applicables aux recours s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux, **similaires**, fondés sur la méconnaissance du droit interne » (pt. 71 – nous soulignons). Voir également CJUE, 15 mars 2017, *Aquino*, aff. C-3/16, ECLI:EU:C:2017:209, pt. 50 ; CJUE, *Kantarev*, aff. C-571/16 précité, pt. 214 ; CJUE, *El Hassani*, aff. C-403/16 précité, pt. 29 ; CJUE, 12 décembre 2019, *Aktiva Finants*, aff. C-433/18, ECLI:EU:C:2019:1074, pt. 30.

²⁸⁷¹ CJUE, *Land Sachsen-Anhalt (Rémunération des fonctionnaires et juges)*, aff. jt. C-773/18 à C-775/18 précité, pt. 79 – nous soulignons. Voir également CJUE, 27 février 2014, *Pobotovost*, aff. C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101, pt. 47 ; CJUE, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13 précité, pt. 61 ;

²⁸⁷² CJUE, *Surgicare*, aff. C-662/13 précité, pt. 30 ; CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité, pt. 29 ; CJUE, 20 septembre 2018, *Rudiger*, aff. C-518/17, ECLI:EU:C:2018:757, pt. 62 ; CJUE, *Raiffeisen Bank e.a.*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 76.

²⁸⁷³ CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité : « le respect du principe d'équivalence exige l'application indifférenciée des règles nationales aux procédures fondées sur le droit de l'Union et à celles fondées sur le droit national » (pt. 38).

européenne et interne *apparemment similaires*. L'importance des étapes qui, pourtant, sont primordiales à l'application du principe d'équivalence en pâtit. L'appréciation de la similitude des situations et la comparaison *in abstracto* et *in globo* des traitements apparaissent comme des préoccupations secondaires pour l'application du principe d'équivalence, lorsqu'elles ne sont pas totalement occultées.

B. Une méthode ignorant les discriminations indirectes

700. Les propos précédents montrent que la méthode simplifiée est insuffisante pour garantir une application optimale du principe d'équivalence. Le juge qui se limiterait à suivre cette méthode ne peut opérer qu'un contrôle limité et le respect du principe d'équivalence resterait alors incertain. Ce défaut est regrettable en soi puisqu'il ne fait que minimiser la portée, et donc la fonction, du principe d'équivalence. Certaines pratiques normalement interdites échapperaient à toute sanction. Le problème prend de l'ampleur au travers du concept des discriminations indirectes. Ce type de discriminations est traditionnellement reconnu en droit de l'Union²⁸⁷⁴ et sanctionné par la Cour de justice²⁸⁷⁵. Elles désignent « *les mesures en apparence neutres, qui, même sans référence aucune aux critères prohibés, aboutissent cependant, dans la pratique, au même résultat* »²⁸⁷⁶. Le juge ne se limite pas à vérifier si la mesure discriminatoire repose exclusivement sur un critère discriminant prohibé. Dans une « *approche pragmatique* »²⁸⁷⁷, il étudie les *effets* de la mesure. Si celle-ci, bien que ne reposant pas sur le critère discriminant interdit, produit des effets « *identiques ou du moins analogues* »²⁸⁷⁸, elle est sanctionnée. Selon la Cour de justice, il s'agit de « *formes dissimulées de discrimination qui, par application d'autres critères de distinction, aboutissent en fait au même résultat* »²⁸⁷⁹.

701. Le principe d'équivalence est évidemment confronté à de telles discriminations. En l'occurrence, elles renvoient à des différences de traitements qui ne reposeraient pas explicitement sur la nature européenne ou interne des situations étudiées. Selon la méthode simplifiée, le principe d'équivalence est respecté : le droit

²⁸⁷⁴ Voir not. l'article 2 de la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique (*JOCE*, L 180, 19 juillet 2000, p. 22) ou l'article 2, §2 de la directive 2000/78/CE précitée.

²⁸⁷⁵ Voir not. P. GARRONE, « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE* 1994, pp. 425-449 ; D. MARTIN, v^o « Article 19 TFUE, article 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 602, 11 mai 2017, spéc. par. 81 et suivants.

²⁸⁷⁶ A. ILIOPOULOU-PENOT, « Le principe d'égalité et de non-discrimination » précité, p. 608.

²⁸⁷⁷ *Ibid.*

²⁸⁷⁸ K. LENAERTS, *op. cit.* : « *bien que n'appliquant pas de critère de distinction prohibé, une réglementation communautaire ou nationale applique d'autres critères de distinctions dont les effets sont identiques ou du moins analogues à ceux auxquels aboutirait l'application du critère de distinction prohibé* » (p. 12).

²⁸⁷⁹ CJCE, 12 février 1974, *Soگیu*, aff. C-152/73, *Rec.* p. 153, pt. 11.

interne prévoit que les modalités procédurales s'appliquent à une situation donnée, indépendamment de sa nature européenne ou interne. La discrimination indirecte se manifeste si, en réalité, la situation étudiée s'avère être principalement ou exclusivement une situation européenne. En un tel cas, l'application indifférenciée n'est qu'illusoire. En dépit des apparences, la situation européenne reçoit *de fait* un traitement différent et potentiellement défavorable.

702. Cette brève présentation montre la nécessité de relativiser la portée de la méthode simplifiée du principe d'équivalence. Elle ne permet pas de sanctionner des discriminations indirectes. Pourtant, il ne fait aucun doute que ce principe sanctionne ou doit sanctionner de telles discriminations (1.). Dès lors, l'effet utile du principe d'équivalence, c'est-à-dire sa capacité à garantir *effectivement* une équivalence des traitements entre situations européenne et interne similaires, serait fortement remis en cause s'il n'était pas susceptible d'interdire de telles discriminations (2.).

1. Des discriminations indirectes évidemment prohibées par le principe d'équivalence

703. La sanction de discriminations indirectes par le principe d'équivalence n'est que peu traitée par la doctrine. Seuls de rares auteurs évoquent, quoiqu'assez brièvement, le sujet. Tel est le cas de M. DOUGAN pour qui le principe d'équivalence doit prohiber des traitements procéduraux qui s'appliquent « *en pratique (...) uniquement* »²⁸⁸⁰ à des situations européennes. T. TRIDIMAS fait le même constat en affirmant qu'« *il devrait être admis que l'exigence du principe d'équivalence interdise les discriminations pas seulement directes **mais aussi indirectes** à l'encontre [de situations européennes]* »²⁸⁸¹. Il poursuit : « *là où une règle procédurale s'applique à certaines catégories de recours **dont l'essentiel** [renvoie à des] recours basés sur le droit de l'Union, et que des règles plus favorables s'appliquent à d'autres catégories de recours basés sur le droit national, la première règle irait à l'encontre du principe d'équivalence* »²⁸⁸². Nous partageons la vision de ces auteurs mais force est d'admettre que la jurisprudence de la Cour de justice n'offre pas d'exemple qui en atteste²⁸⁸³. Au contraire, telle que formulée, la méthode simplifiée du principe d'équivalence indique le contraire.

²⁸⁸⁰ M. DOUGAN, *op. cit.*, p. 25.

²⁸⁸¹ T. TRIDIMAS, « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments », in C. KILPATRICK, T. NOVITZ et P. SKIDMORE (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 35-50, spéc. p. 39.

²⁸⁸² *Ibid.* – nous soulignons.

²⁸⁸³ Pour un exemple, très implicite, voir CJCE, *Dilexport*, aff. C-343/96 précité. La Cour admet le respect au principe d'équivalence par une législation nationale posant des délais (plus courts) pour une demande en répétition de l'indu. Elle justifie notamment cette appréciation en ce que « *la législation en cause ne peut pas être considérée comme une*

704. Deux arguments incitent à affirmer que, contrairement à ce que laisse entendre la méthode simplifiée, le principe d'équivalence sanctionne des discriminations indirectes. Autrement dit, même lorsque le droit interne n'accorde pas de traitement différencié en fonction de la nature européenne ou interne – qui constitue le critère discriminant interdit –, il ne respecte pas pour autant le principe d'équivalence. Le premier argument s'appuie sur les résultats de la méthode classique. À l'inverse de la méthode simplifiée, celle-ci ne repose sur aucun critère discriminant particulier. Pour mémoire, la méthode classique nécessite l'identification d'une situation européenne et de son traitement, puis d'un référentiel pertinent et de son traitement et enfin la comparaison entre ces deux traitements. Jamais il n'est question de rechercher si les traitements accordés aux situations européenne et interne le sont en fonction de leur nature européenne ou interne.

705. Envisageons un exemple théorique : un individu engage la responsabilité de l'État pour avoir méconnu le droit de l'Union. Conformément à ce que prévoit le droit national, le juge lui applique exactement les mêmes conditions que s'il avait engagé la responsabilité de l'État pour avoir violé une disposition interne – une loi ou une convention internationale. Le principe d'équivalence semble respecté, mais pour des raisons différentes selon la méthode retenue. La méthode simplifiée s'appuie sur le constat de ce que le droit interne ne prévoit pas de règles différentes pour engager la responsabilité de l'État en fonction du fondement retenu – le droit de l'Union ou le droit interne²⁸⁸⁴. La méthode classique, elle, nécessite de rechercher si, effectivement, des situations internes similaires reçoivent un traitement identique. Ici, si aucun référentiel n'est identifiable, c'est-à-dire si aucun *autre* recours visant à engager la responsabilité de l'État pour violation du droit interne n'existe, alors le principe d'équivalence est présumé respecté. À l'inverse, si le juge estime qu'un régime de responsabilité particulier, qui s'applique par exemple si l'État a méconnu la Constitution, est un référentiel pertinent et jouit de conditions plus libérales, le principe d'équivalence peut être méconnu²⁸⁸⁵. Dans

mesure destinée à limiter spécifiquement les conséquences des constatations effectuées par la Cour dans ses arrêts relatifs à l'impôt de consommation sur les bananes » (pt. 41). Autrement dit, la législation ne vise pas, même indirectement, à accorder un traitement défavorable à des demandes en répétition de l'indu fondées sur ces arrêts de la Cour de justice. On y voit là une forme de prise en compte du caractère indirect de la discrimination interdite par le principe d'équivalence.

²⁸⁸⁴ Pour exemple, CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec. p.* I-577 : « les règles (...) applicables aux litiges mettant en cause la responsabilité de l'État en vue d'une indemnisation n'opèrent pas de distinction selon que cette responsabilité découle de la violation de règles de droit interne ou de droit communautaire » (pt. 70).

²⁸⁸⁵ En un sens, c'est ce que l'on peut déduire de l'arrêt *Transportes Urbanos* (aff. C-188/08 précité). Reprenant les éléments fournis par le juge de renvoi, la Cour de justice indique que la règle d'épuisement des voies de droit – la modalité litigieuse – s'applique exclusivement à des recours en responsabilité fondés sur le droit de l'Union. Si l'on

ce cas, il serait trompeur de considérer que la situation européenne ne subit aucune discrimination. Le fait de lui avoir imposé le régime normal de responsabilité, en apparence d'application indifférenciée, conduit malgré tout à traiter d'une manière moins favorable le recours fondé sur le droit de l'Union par rapport à un recours similaire fondé sur le droit interne. Cet exemple montre que la méthode classique du principe d'équivalence permet de sanctionner n'importe quel traitement discriminatoire accordé à une situation européenne, qu'il soit direct ou indirect, manifeste ou plus subtil.

706. Le second argument repose sur une comparaison avec la jurisprudence de la Cour de justice à propos de discriminations indirectes étrangères au principe d'équivalence. Certes, en dépit de leur proximité, le principe d'équivalence et le principe de non-discrimination ne sont pas identiques et doivent être dissociés²⁸⁸⁶. Toutefois, la jurisprudence européenne paraîtrait assez incohérente si elle interdisait des discriminations indirectes à la seule exception du principe d'équivalence – tel que formulé dans sa méthode simplifiée. D'un côté, elle considère que le principe d'équivalence suppose « *une application indifférenciée* »²⁸⁸⁷ d'un régime national aux situations européenne et interne similaires. De l'autre, elle estime par exemple que « *doivent être regardées comme indirectement discriminatoires les conditions du droit national qui, **bien qu'indistinctement applicables** selon la nationalité, affectent essentiellement ou dans leur grande majorité les travailleurs migrants* »²⁸⁸⁸. Une contradiction de méthode se manifeste ici, alors même que l'exigence des principes d'équivalence et de non-discrimination en raison de la nationalité est analogue : interdire des traitements nationaux discriminatoires qui reposeraient sur la nature européenne ou interne de la situation pour le premier et sur la nationalité pour le second. Dans ce contexte, rien ne justifie qu'une discrimination indirecte prohibée ne soit pas sanctionnée. La logique voudrait donc que le principe d'équivalence sanctionne de telles discriminations, *a contrario* de ce que laisse entendre la méthode simplifiée.

707. Lorsqu'elle vérifie qu'une réglementation nationale n'est pas discriminatoire, la Cour de justice ne s'arrête pas à une différence de traitement qui

imagine que cette règle s'applique également pour des recours fondés sur le droit de la Convention EDH, les choses sont différentes : de façade, la règle de l'épuisement s'applique à des situations européenne et interne qui semblent similaires entre elles. Néanmoins, si l'on considère que le recours fondé sur le droit de l'Union est similaire, en réalité, non pas sur celui fondé sur la Convention EDH mais celui fondé sur la Constitution, le principe d'équivalence est méconnu.

²⁸⁸⁶ Cf. *supra*, pt. 286 et suivants.

²⁸⁸⁷ CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité, pt. 38.

²⁸⁸⁸ CJUE, 5 décembre 2019, *Bocero Torrico*, aff. jt. C-398/18 et C-428/18, ECLI:EU:C:2019:1050, pt. 41.

reposerait sur un critère discriminant identifié et interdit. Elle s'assure que, dans les faits, la différence de traitement qui s'appuie sur d'autres éléments ne constitue pas *indirectement* une discrimination interdite. En matière d'entrave à la libre circulation des marchandises, un critère discriminant normalement prohibé est le franchissement de la frontière par le produit : une réglementation nationale ne peut traiter différemment des produits uniquement parce qu'ils ont été importés. Néanmoins, dès son arrêt *Cassis de Dijon*, elle souligne qu'une réglementation qui frappe *en pratique et essentiellement* des produits importés, en raison de leurs caractéristiques particulières, revient à instituer une discrimination équivalente²⁸⁸⁹. De plus, la liberté de circulation d'un travailleur peut être entravée si le droit interne prévoit une différence de traitement selon que sa famille réside ou non sur le territoire national²⁸⁹⁰. Ce raisonnement se retrouve pour la non-discrimination en raison de la nationalité. Si la différence de traitement repose, par exemple²⁸⁹¹, sur le lieu de résidence, la Cour estime qu'elle produit les mêmes effets qu'une discrimination fondée sur la nationalité²⁸⁹². La non-discrimination en raison du sexe suit la même logique²⁸⁹³.

708. Dans tous les cas, le constat selon lequel la réglementation nationale litigieuse « *ne conditionne pas directement* »²⁸⁹⁴ des situations européennes ou qu'elle s'applique également à des situations internes²⁸⁹⁵ n'est jamais suffisant. La Cour de justice s'assure ainsi que, au-delà des apparences, les règles de non-discrimination sont *effectivement* respectées. Pour reprendre les mots d'E. DUBOUT, cette approche « *est destinée*

²⁸⁸⁹ CJCE, 20 février 1970, *Rewe (Cassis de Dijon)*, aff. 120/78, *Rec.* p. 649 : bien que la réglementation allemande s'applique de manière générale, la Cour souligne que « *l'effet pratique de prescriptions de ce genre consiste principalement à assurer un avantage aux boissons spiritueuses à forte teneur alcoolique, en éloignant du marché national les produits d'autres États membres ne répondant pas à cette spécification* » (pt. 14).

²⁸⁹⁰ Voir CJCE, 15 janvier 1986, *Pinna*, aff. C-41/84, *Rec.* p. 1, pt. 23-24. Le régime français reposé sur une disposition d'un règlement européenne et avait une législation interne conforme à celui-ci. Malgré tout, la France fut condamnée parce qu'instituant un régime discriminatoire pour les travailleurs ayant leur famille dans un État tiers. Comme le note K. LENAERTS (*op. cit.*), « [bien] que les règles instituées par la législation française, qui étaient conformes à l'article 73, §2, faisaient application du même critère pour déterminer le droit à des prestations familiales d'un travailleur français ou d'un travailleur exerçant une activité professionnelle en France – à savoir le lieu de résidence des membres de sa famille, en France ou à l'étranger –, la Cour a estimé que ce critère ne revêt nullement la même importance pour les travailleurs français "car c'est essentiellement pour les travailleurs migrants que se pose le problème d'une résidence des membres de la famille hors de la France" » (p. 5).

²⁸⁹¹ Pour d'autres exemples, voir CJCE, 29 juin 1999, *Commission c. Belgique*, aff. C-172/98, *Rec.* p. I-3999, pt. 14 ; CJCE, 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*, aff. C-147/03, *Rec.* p. I-5969, pt. 47.

²⁸⁹² Voir CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, aff. C-279/93, *Rec.* p. I-225. Le raisonnement de la Cour y est particulièrement univoque. Elle note que la réglementation nationale en cause s'applique « *indépendamment* » de la nationalité de l'individu concerné (pt. 27). Cependant, elle souligne que, à travers le critère de la résidence, cette législation provoque à une « *une discrimination indirecte selon la nationalité* » (pt. 29).

²⁸⁹³ Voir CJCE, 31 mars 1981, *Jenkins*, aff. 96/80, *Rec.* p. 911, pt. 11 et pt. 13 ; CJCE, 13 mai 1986, *Bilka*, aff. 170/84, *Rec.* p. 1607, pt. 29-30. Voir not. M. MINE, *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, spéc. pp. 131 et suivantes.

²⁸⁹⁴ Pour exemple, CJCE, 10 juillet 1980, *Commission c. France*, aff. 152/78, *Rec.* p. 2299, pt. 11.

²⁸⁹⁵ *Ibid.* : « *s'il est vrai que le système institué par le code a pour effet de soumettre à des prohibitions ou restrictions de publicité un certain nombre de produits nationaux, et parmi eux des produits de grande consommation, il n'en reste pas moins qu'il comporte en même temps d'incontestables traits discriminatoires* » (pt. 13).

à garantir la pleine efficacité du principe de non-discrimination en adoptant une approche concrète des conséquences d'une mesure *prima facie* anodine qui viderait en pratique de son effet utile les interdictions posées par le droit communautaire »²⁸⁹⁶. Dans ce contexte, pourquoi renoncer, comme l'indique la méthode simplifiée, à ce que le principe d'équivalence sanctionne, à son niveau, des discriminations indirectes ? Une telle chose est difficilement concevable. Cela reviendrait alors à assumer le fait que la Cour de justice ne cherche pas à garantir réellement une équivalence entre les traitements nationaux, pour préserver l'effet utile du droit de l'Union. S'il est admis que le principe d'équivalence occupe un rôle *utile* à l'ordre juridique de l'Union, il serait étonnant qu'il soit incapable de sanctionner des discriminations indirectes. La méthode simplifiée doit donc être fortement relativisée.

2. Les dangers d'un principe d'équivalence insusceptible de sanctionner des discriminations indirectes

709. Les risques inhérents à la méthode simplifiée du principe d'équivalence sont loin d'être hypothétiques. Si les éléments présents dans la jurisprudence de la Cour de justice sont encore discrets, ils relèvent malgré tout d'une timide prise en compte de ce danger (a.). L'exemple de compatibilité de l'article L. 190 du Livre des Procédures Fiscales, en droit français, avec le principe d'équivalence l'illustre (b.).

a. Une prise en compte timorée des risques de la méthode simplifiée

710. Au-delà de simples considérations théoriques, il est important que le principe d'équivalence interdise des discriminations indirectes. À défaut, son utilité serait réduite à peau de chagrin. En effet, à la lumière des différentes affaires dans lesquelles le principe d'équivalence est appliqué, il est exceptionnel qu'un traitement soit *explicitement* accordé à une situation en raison de sa nature européenne et que celui-ci soit *nettement* défavorable en comparaison de celui accordé à des situations internes. Pour le dire autrement, les discriminations qui se fonderaient sur un critère *apparent* tenant *uniquement* à la nature européenne ou interne des situations restent exceptionnelles – ou traduisent un comportement réfractaire assumé de l'État membre. L'essentiel des discriminations sanctionnées par le principe d'équivalence est rarement aussi manifeste. La différence de traitement est parfois dissimulée. De plus, elle ne résulte pas, en général, d'une intention affichée de l'État membre de discriminer les situations européennes²⁸⁹⁷. Par exemple,

²⁸⁹⁶ E. DUBOUT, « Entrave et discrimination », in L. AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles Bruylant, 2011, pp. 137-168, spéc. p. 148.

²⁸⁹⁷ En ce sens, M. POIARES MADURO, conclusions sur CJUE, 17 juillet 2008, *Coleman*, aff. C-303/06, *Rec.* p. I-5603 (cité par E. DUBOUT, *op. cit.*, p. 148) : « [dans] la discrimination indirecte, en revanche, l'intention (...) et les motifs qui

dans l'affaire *Transportes Urbanos*²⁸⁹⁸, l'application de la règle de l'épuisement préalable des voies de recours pour le recours fondé sur le droit de l'Union et exclue pour le recours fondé sur la Constitution s'opère non pas en raison de la nature européenne ou interne du recours, mais pour d'autres considérations²⁸⁹⁹. De plus, dans les affaires *XC* et *Călin*²⁹⁰⁰, la fermeture du recours en révision pour appliquer un arrêt de la Cour de justice ne se déduit, indirectement, que de l'ouverture de ce recours pour tirer les conséquences des seuls arrêts de la Cour européenne des droits de l'Homme ou de la cour constitutionnelle nationale. Dans toutes ces hypothèses, jamais le droit interne n'indique explicitement que les situations européennes subissent un traitement spécifique et uniquement en raison de leur nature européenne. La différence de traitement se manifeste à la lumière d'autres éléments – affaire *Transportes Urbanos* – ou indirectement – affaires *XC* et *Călin*.

711. L'application du principe d'équivalence s'opère *in fine* dans un contexte dans lesquels les discriminations indirectes sont courantes. Seule la méthode classique est en mesure de les appréhender et les prohiber. Retenir uniquement la méthode simplifiée serait dès lors risquée. Ce danger est notamment évoqué très tôt par l'avocat général G. FEDERICO MANCINI dans ses conclusions sur l'arrêt *San Giorgio*. En l'occurrence, le gouvernement défendeur estimait le principe d'équivalence respecté dès lors qu'il ne « *ne frappe pas (...) les dispositions nationales qui établissent une réglementation différente pour des secteurs fiscaux déterminés, mais uniquement les règles qui régissent diversement le droit au remboursement de redevances internes et celui de prélèvements liés au système communautaire dans le cadre du même secteur* »²⁹⁰¹. En un mot, rien ne semble problématique dans l'approche envisagée par le gouvernement défendeur. Cette affirmation paraphrase presque la jurisprudence postérieure de la Cour de justice²⁹⁰². L'avocat général y voit un

l'animent (...) sont sans pertinence. En fait, c'est là la raison pour laquelle les actes de discrimination indirecte sont interdits : même des mesures neutres, innocentes ou prises de bonne foi, ainsi que des actions décidées sans la moindre intention discriminatoire, tomberont sous le coup de l'interdiction s'ils affectent plus que d'autres des personnes présentant une caractéristique particulière (...) » (pt. 19).

²⁸⁹⁸ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité.

²⁸⁹⁹ L'avocat général M. POIARES MADURO, dans ses conclusions, les étudie. Il s'agit, d'une part, des effets des arrêts du Tribunal constitutionnel et de la Cour de justice qui constateraient une loi contraire au droit constitutionnel ou au droit de l'Union (pt. 32-34). D'autre part, la contestation d'une loi au regard de la Constitution et au regard du droit de l'Union est plus difficile dans le premier cas par rapport au second (pt. 35-37).

²⁹⁰⁰ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/16 précité et CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité.

²⁹⁰¹ G. FEDERICO MANCINI, conclusions sur CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 11, p. 3634.

²⁹⁰² Pour exemple, CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité : « *Le respect du principe d'équivalence suppose que la règle nationale en cause s'applique indifféremment aux recours fondés sur la violation du droit communautaire et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant un objet et une cause semblables (...). Toutefois, ce principe ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites dans le domaine du droit du travail* » (pt. 45).

risque d'« affaiblir »²⁹⁰³ la portée du principe d'équivalence. Il note que « *fractionner le système d'imposition en de nombreux secteurs, peut-être étroits, pour ensuite circonscrire à chacun d'eux l'effet de ce principe signifie non pas tant l'affaiblir que tendre à le supprimer* »²⁹⁰⁴. Indirectement, l'avocat général pointe le danger d'une méthode simplifiée qui se limite à appréhender un critère discriminant reposant sur la seule nature européenne ou interne de la situation envisagée. Si l'ordre juridique interne multiplie les traitements pour régir une même matière, et même s'il s'assure que chacun de ses traitements s'applique indifféremment de la nature européenne ou interne de la situation en cause, le principe d'équivalence peut malgré tout être méconnu. L'avocat général F. G. JACOBS l'affirme en ce « [qu'il] *est important de vérifier que les circonstances factuelles ou procédurales ne transforment une règle, à première vue neutre et indistinctement applicable, en une règle qui affecte en réalité un même type de demande de manière beaucoup plus importante qu'un autre* »²⁹⁰⁵.

712. Les données offertes par la jurisprudence de la Cour de justice sont insuffisantes pour confirmer cette présentation. Nous l'avons vu, les indications apportées sont trop imprécises pour montrer que le principe d'équivalence prend en compte des discriminations indirectes. Un exemple se trouve discrètement les conclusions de l'avocat général N. JÄÄSKINEN sur l'arrêt *Orizzonte Salute*²⁹⁰⁶. En l'espèce, le droit italien prévoit une augmentation de 2 000 à 4 000 euros des frais de justice dès lors que le montant du marché public contesté est supérieur à 200 000 euros. De prime abord, la violation du principe d'équivalence semble absente. La Commission estime toutefois que cette augmentation, d'apparence neutre, touche en réalité uniquement les recours fondés sur le droit de l'Union. Selon elle, ce seuil de 200 000 euros « *correspond "en substance" au seuil établi à l'article 7 de la directive 2004/18* »²⁹⁰⁷. Autrement dit, en pratique, l'essentiel des recours concerné par les frais de justice plus importants porterait sur des marchés publics encadrés par le droit de l'Union, tandis que les recours qui porteraient sur d'autres marchés publics n'y seraient pas soumis. En bref, cette différence de frais de justice, bien que reposant sur un critère neutre – le seuil de 200 000 euros du marché public attaqué – est susceptible de constituer une discrimination indirecte au regard du principe d'équivalence. L'avocat général répond en considérant qu'« *il y a manifestement beaucoup de situations relevant du droit national (des marchés*

²⁹⁰³ G. FEDERICO MANCINI, conclusions sur CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 11, p. 3634.

²⁹⁰⁴ *Ibid.*

²⁹⁰⁵ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Weber's Wine World e.a.*, aff. C-147/01 précité, pt. 33.

²⁹⁰⁶ N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14 précité.

²⁹⁰⁷ *Ibid.*, pt. 29.

exemptés) dans lesquelles ces frais de justice majorés s'appliquent »²⁹⁰⁸. Il est erroné d'affirmer, comme le fait la Commission, que le seuil de 200 000 euros aboutit indirectement à traiter différemment des situations européenne et interne similaires. Cette réponse de l'avocat général N. JÄÄSKINEN montre qu'une éventuelle discrimination indirecte doit être envisagée sérieusement. La Cour de justice – hélas – se limite à affirmer sur ce sujet qu'« aucun élément soulevé devant la Cour n'est susceptible d'étayer l'argument selon lequel le système de la contribution unifiée italienne s'appliquerait différemment aux recours fondés sur les droits que les justiciables tirent du droit de l'Union relatif aux marchés publics qu'à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne ayant le même objet »²⁹⁰⁹.

b. L'exemple de la comptabilité de l'article L. 190 du Livre des procédures fiscales avec le principe d'équivalence

713. L'article L. 190 du Livre des procédures fiscales²⁹¹⁰, combiné avec l'article R. 196-1 du même Livre, illustre en France des problèmes inhérents au respect du principe d'équivalence, tel qu'il découle de sa méthode simplifiée. Cette disposition est à l'origine de l'affaire *Deville*, à propos du régime des recours en répétition de l'indu de la taxe dite « *supervignette* »²⁹¹¹. Malgré des évolutions, la rédaction et l'interprétation de cet article ont toujours été appréhendées avec prudence. Le risque d'une violation du principe d'équivalence reste aujourd'hui encore présent. De prime abord, cette disposition ne semble en rien problématique. À l'époque de l'affaire *Deville*, les demandes en répétitions de l'indu fiscal faisaient l'objet d'un régime assez chaotique et incertain. Le législateur est notamment sanctionné par la Cour de justice pour avoir méconnu le principe d'équivalence en accordant un traitement spécifique – et défavorable – aux demandes en répétition de la taxe « *supervignette* ». Par une loi de finances rectificative de 1989²⁹¹², le législateur en tire les conséquences et harmonise ce régime. L'article L. 190 prévoit ainsi que les demandes en répétition « *fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure* » subissent le même traitement que les autres demandes en répétition de l'indu fiscal²⁹¹³. Il est juste précisé que, si « *cette non-*

²⁹⁰⁸ *Ibid.*, pt. 30.

²⁹⁰⁹ CJUE, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14 précité, pt. 68.

²⁹¹⁰ Cette disposition porte uniquement sur les demandes en répétition de l'indu. Une disposition similaire – l'article L. 190 A LPF – encadre les actions « *en réparation du préjudice subi fondée sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure* ». Les problèmes sont globalement similaires entre l'art. L. 190 et L. 190 A. Pour éviter d'être trop exhaustif, nous nous focaliserons uniquement sur l'art. L. 190.

²⁹¹¹ Cf. *supra*, pt. 410-412.

²⁹¹² Voir art. 36 de la loi n°89-936 du 29 décembre 1989 de finances rectificative.

²⁹¹³ La version actuelle, résultant d'une loi 2016-1918, est la suivante : « [sont] *instruites et jugées selon les règles du présent chapitre toutes actions tendant à la décharge ou à la réduction d'une imposition ou à l'exercice de droits à déduction ou à la restitution d'impositions indues, fondées sur la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure, révélée par une décision juridictionnelle ou par un avis rendu au contentieux* ».

conformité a été révélée par une décision juridictionnelle », la période répétable « *ne peut porter que sur la période postérieure au 1er janvier de la quatrième année précédant celle où la décision révélant la non-conformité est intervenue* »²⁹¹⁴. Enfin, au titre de l'article R. 196-1, la demande de répétition doit être présentée « *au plus tard le 31 décembre de la deuxième année suivant celle (...) [le versement de l'impôt concerné ou] [de] la réalisation de l'événement qui motive la réclamation* »²⁹¹⁵.

714. Ainsi présenté, le principe d'équivalence paraît pleinement respecté. La Cour de justice, dans son arrêt *Roquette Frère*, le reconnaît. À propos de la période répétable, elle estime que le « *délai (...) prévu à l'article L. 190 (...) du livre des procédures fiscales s'applique indifféremment aux recours fondés sur le droit communautaire et à ceux fondés sur le droit interne* »²⁹¹⁶. Reprenant la vision défendue par le gouvernement français, elle note que ce régime s'applique à toute demande en répétition de l'indu « *fondée sur la non-conformité, constatée par une décision d'une juridiction nationale, internationale ou communautaire, de la règle de droit nationale qui justifiait ledit prélèvement avec une règle de droit supérieure, qu'elle soit nationale, internationale ou communautaire* »²⁹¹⁷. Sur ce point, l'appréciation de la Cour de justice se limite à appliquer la méthode simplifiée. Nous sommes donc assez sceptiques sur cette solution. En réalité, la Cour de justice semble avoir ignoré l'éventualité d'une discrimination indirecte. En apparence, le régime de l'article L. 190 s'applique bien indifféremment. Toutefois, en pratique, le doute est permis. M.-C. BERGERES considère par exemple que « [l'action] *en répétition de l'indu reste parfaitement marginale sur le terrain du strict droit interne (...). [Elle] portera dans la quasi-totalité des hypothèses sur le remboursement d'impositions nationales qui ont été déclarées non conformes à la règle communautaire* »²⁹¹⁸. Si c'est une réalité²⁹¹⁹, alors une violation du principe d'équivalence est sérieusement envisageable – et indépendamment des intentions et des objectifs d'harmonisation affichés par l'État²⁹²⁰. En effet, fonder la demande de répétition de l'indu « *sur la non-*

²⁹¹⁴ L'article 117 de la loi n°2005-1719 du 30 décembre 2005 de finances pour 2006 (JORF, n°304, 31 décembre 2005, p. 20597) a réduit cette période à la « troisième année ».

²⁹¹⁵ Nous simplifions, là encore, la présentation du droit positif pour plus de clarté. En effet, une distinction doit être faite entre les impôts directs locaux et les autres impositions. Les premières sont soumises à l'art. R. 196-2 LPF et seules les secondes relèvent de cet article R. 196-1.

²⁹¹⁶ CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, Rec. p. I-10465, pt. 32.

²⁹¹⁷ *Ibid.* Les conclusions de l'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMBER ne vont guère plus loin. Il se contente, assez sommairement, d'affirmer que « *la législation française litigieuse est conforme au principe de l'équivalence, puisque la procédure applicable à l'action en répétition de l'indu est la même, lorsque l'illégalité découle d'une règle communautaire, que celle qui s'applique aux voies de recours similaires à caractère interne* » (pt. 33).

²⁹¹⁸ M.-C. BERGERES, « Le remboursement des impositions perçues en violation d'une directive », *LPA*, novembre 1998, n°141, pp. 22-28. Voir également N. PETON, v° « Action en cas de non-conformité à une règle de droit supérieure », *JurisClasseur Procédures fiscales*, fasc. 775, 25 octobre 2017, par. 67 et par. 69.

²⁹¹⁹ Pour une approche plus nuancée, voir P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *Rev. Droit fiscal* 1998, n°11, 100113.

²⁹²⁰ Pour exemple, voir l'instruction du 1^{er} août 2006 (BOI 13 O-1-06, n°135, 10 août 2006), pt. 30.

conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure » renvoie essentiellement à des lois fiscales inconvencionnelles²⁹²¹ – la question prioritaire de constitutionnalité n'existant pas encore. Or l'interprétation qu'en fait le Conseil d'État²⁹²² semble exclure ces conventions internationales²⁹²³. Dès lors, concrètement, seules les demandes fondées sur le droit de l'Union sont concernées²⁹²⁴. La période répétitive de 4 ans ne s'applique en pratique que pour des demandes en répétition fondées sur une décision juridictionnelle qui constate la violation du droit de l'Union. Le respect du principe d'équivalence est très incertain, contrairement à ce qu'en dit la Cour de justice.

715. La comptabilité reconnue par la Cour de justice entre le principe d'équivalence et l'article L. 190 demeure encore fragile suite à plusieurs modifications²⁹²⁵. Une loi de 2012²⁹²⁶ apporte des changements importants. D'une part, la période répétitive est supprimée et seules les règles relatives au délai de réclamation encadrent les demandes en répétition de l'indu, quel que soit le fondement de la demande. Le contribuable doit, avec ce nouveau système, saisir l'administration de sa demande au plus tard le 31 décembre de la 2^e année suivant le versement de l'impôt ou de la réalisation de l'évènement – comme le prévoit l'article R. 196-1. Un décret²⁹²⁷ d'application de cette loi de 2012 apporte une précision en ce que, désormais, « [ne] constitue pas un tel évènement une décision juridictionnelle » mentionnée à l'article L. 190. Autrement dit, une décision qui se borne²⁹²⁸ à constater l'irrégularité de la règle de droit n'ouvre plus²⁹²⁹ un nouveau délai

²⁹²¹ Voir N. PETON, *op. cit.*, par. 62 et suivants.

²⁹²² La Cour de cassation ne retient pas cette interprétation : pour exemple, Cass., Com., 5 oct. 1999, *Société Sounoune*, n° 97-13.122, *Bull. civ.* 1999, IV, n° 160.

²⁹²³ CE, 9 juillet 2010, *Société Jas Hennessy et compagnie*, req. n°314406, *Rec.* p. 289 : « si les stipulations d'une convention fiscale peuvent conduire à écarter l'application des dispositions législatives fondant une imposition afin de prévenir une double imposition, les dispositions nationales ne sauraient pour autant être regardées, dans une telle hypothèse, comme non conformes à une règle de droit supérieure, au sens de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales ». Voir à ce titre P. DIBOUT, « Incompatibilité avec une convention internationale n'est pas non-conformité. Précision sur le champ d'application de l'article L. 190, al. 3 à 5 du LPF », *Rev. Droit fiscal* 2010, n°45, comm. 554, pp. 39-48, où y figurent les conclusions du rapporteur public E. GEFFRAY qui n'a pas été suivi par la formation de jugement. Ce dernier estime pourtant que, en retenant cette position, le Conseil d'État établit une « distinction entre le droit communautaire et les conventions fiscales, pour l'application de l'article L. 190 du LPF, nous semble en effet très largement artificielle, et finalement assez peu pragmatique » (p. 42). Le principe d'équivalence, qui n'est pas évoqué par le rapporteur public, aurait été plus encore pertinent pour conforter ses conclusions. P. DIBOUT, dans son commentaire, l'envisage incidemment (pp. 47-48).

²⁹²⁴ Les seuls autres cas concernent les hypothèses dans lesquelles la règle de droit qui fonde l'imposition est un acte réglementaire et qu'il est reconnu par le juge administratif comme inconstitutionnel. Le droit de la Convention EDH ne semble même pas abordé.

²⁹²⁵ Sur ce sujet, voir E. DAVOUDET et O. EL ARJOUN, « Action en restitution de l'article L. 190 du LPF : deux réformes et de nombreuses interrogations », *Rev. Droit fiscal* 2014, n°21, 334, pp. 9-14.

²⁹²⁶ Article 26 de la loi n° 2012-1510 du 29 décembre 2012 de finances rectificative pour 2012 (*JORF*, n°304, 30 décembre 2012, p. 20920).

²⁹²⁷ Article premier du décret n° 2013-643 du 18 juillet 2013 relatif aux délais de réclamation applicables aux actions mentionnées aux troisième et cinquième alinéas de l'article L. 190 du livre des procédures fiscales (*JORF*, n°167, 20 juillet 2013, p. 12129).

²⁹²⁸ La doctrine fiscale (BOI-CTX-PREA-10-30) précise qu'« une décision de justice fixant, avec effet rétroactif, la véritable situation du contribuable ou la nature réelle d'un élément d'imposition » constitue toutefois un « évènement ».

²⁹²⁹ En ce sens, J.-G. HUGLO, « La répétition de l'indu communautaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000 (lien en bibliographie) : « le prononcé d'un arrêt d'une Cour suprême (Cour de justice des Communautés européennes, Cour de

pour demander la répétition de l'indu fiscal. Pour l'essentiel des cas, seul le versement de l'impôt constitue le *dies a quo* pour demander répétition. L'harmonisation est ici totale : aucune différenciation n'est faite selon que la demande repose ou non sur une décision juridictionnelle. Le respect du principe d'équivalence ne fait aucun doute.

716. Des problèmes réapparaissent à la suite d'une loi de 2013²⁹³⁰. Le législateur introduit une modification étonnante²⁹³¹ quant aux différents délais. Si le régime du délai de réclamation est inchangé, la période répétable est, elle, modifiée : uniquement pour les actions qui s'appuient sur une décision juridictionnelle, elles « *se prescrivent par deux ans, selon le cas, à compter de la mise en recouvrement du rôle ou de la notification de l'avis de mise en recouvrement ou, en l'absence de mise en recouvrement, du versement de l'impôt contesté ou de la naissance du droit à déduction* ». Le point de départ des deux délais – réclamation et période répétable – est toujours le même, à savoir le versement de l'impôt. Toutefois, la période répétable est nécessairement plus réduite que le délai de réclamation. Or, ce régime ne s'applique *que* pour les demandes en répétition de l'indu fondées sur une décision juridictionnelle. Une fois encore, plusieurs observateurs indiquent que si ce régime « *visé les impôts déclarés non conformes à toutes les normes supérieures sans se borner au droit de l'Union européenne, son application est, en pratique, limitée aux actions en restitution des impositions déclarées non conformes au droit de l'Union européenne* »²⁹³². Partant, « *le respect du principe d'équivalence semble plus douteux* »²⁹³³ : la période répétable applicable, dans les faits, aux répétitions de l'indu fondées sur le droit de l'Union s'avère moins favorable que pour d'autres demandes similaires et fondées sur le seul droit interne.

cassation, Conseil d'Etat) déclarant incompatible le fondement de l'imposition avec une norme de droit supérieure constituée "un événement qui motive la réclamation" au sens de l'article R 196-1 c) du Livre des procédures fiscales, ouvrant dès lors y compris pour les tiers un nouveau délai de réclamation ».

²⁹³⁰ Article 48 de la loi n°2013-1117 du 6 décembre 2013 relative à la lutte contre la fraude fiscale et la grande délinquance économique et financière (JORF, n°284, 7 décembre 2013, p. 19941).

²⁹³¹ La modification est introduite par un amendement gouvernemental (Sénat, première lecture, séance publique, n°152). Les motifs indiquent qu'« [il] est donc proposé, pour une plus grande sécurité juridique, d'indiquer explicitement dans la loi, plutôt que par renvoi au règlement, le délai de prescription de deux ans de la période de remboursement, ou période répétable de l'indu des créances d'origine fiscale décompté à partir du paiement de l'impôt ou de la mise en recouvrement des impositions ». Il s'agit là d'une confusion assez grossière – et donc étonnante : le gouvernement, en parlant du « renvoi au règlement » semble faire référence au délai de réclamation. Toutefois, il introduit bien un délai de prescription (ou période répétable). La doctrine fiscale (BOI-CTX-DG-20-10-40) confirme que, à l'issue de cette réforme, deux délais différents doivent être pris en compte.

²⁹³² E. DAVOUDET et O. EL ARJOUN, *op. cit.*, p. 13.

²⁹³³ *Ibid.* Nous paraphrasons leur constat : « *l'action ouverte par cet article se prescrit par deux ans à compter du paiement ou de la mise en recouvrement de l'impôt, alors que l'action de droit commun, fondée sur des règles de droit interne, se prescrit le 31 décembre de la deuxième année suivant le paiement ou la mise en recouvrement de l'impôt. Dans certains cas, l'action de droit commun peut permettre au contribuable de bénéficier d'une année supplémentaire afin d'obtenir le remboursement de l'impôt indu (par exemple si l'impôt est payé ou mis en recouvrement au 1er janvier)* » (p. 13).

717. Cette incertitude quant au respect du principe d'équivalence est entretenue par le sort accordé aux décisions du Conseil constitutionnel. Depuis l'avènement en 2010 de la question prioritaire de constitutionnalité, le Conseil constitutionnel est pourtant devenu un organe juridictionnel apte à rendre des décisions juridictionnelles qui constatent « la non-conformité de la règle de droit dont il a été fait application à une règle de droit supérieure » – à savoir, la Constitution. Or, ses décisions ne sont pas mentionnées dans le cadre de l'article L. 190 et de l'article R. 196-1. En effet, depuis une loi de 2005, il est indiqué que seules les décisions du Conseil d'État, de la Cour de cassation, du Tribunal des conflits et de la Cour de justice de l'Union européenne constituent « une décision juridictionnelle » au sens de l'article L. 190. Le sort à réserver aux décisions du Conseil constitutionnel qui reconnaissent l'inconstitutionnalité de l'impôt reste à déterminer. Une partie de la doctrine leur accorde un traitement spécifique²⁹³⁴. Autrement dit, une demande en répétition de l'indu fondée sur une décision du Conseil constitutionnel ne se verrait pas appliquer le régime – défavorable – qui est accordé aux autres demandes fondées sur une décision juridictionnelle. Concrètement, la période répétable de deux ans n'est pas opposable et la décision peut constituer un événement qui ouvre un nouveau délai de réclamation. Bref, s'il s'agit d'un référentiel pertinent²⁹³⁵, le principe d'équivalence est manifestement violé : le traitement accordé à une demande fondée sur une décision qui reconnaît – dans les faits – la contrariété de la loi au droit de l'Union est moins favorable qu'une demande similaire fondée sur une décision du Conseil constitutionnel qui reconnaît l'inconstitutionnalité de la loi. Un avis contentieux *SCI Maximoise de création*²⁹³⁶ du Conseil d'État atténue ce problème. Le juge administratif y affirme qu'une décision du Conseil constitutionnel « ne constitue pas en elle-même un (...) événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation ». Seul²⁹³⁷ le rapporteur public M.-G. MERLOZ souligne que cette solution « semble la plus

²⁹³⁴ N. PETON, *op. cit.*, par. 63.

²⁹³⁵ Implicitement, considérant que les situations ne sont pas vraiment comparables, voir S. AUSTRY, « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps », *NCCC* 2011, n°33 : « les **particularités** des déclarations d'inconstitutionnalité [doivent] conduire, contrairement aux autres décisions juridictionnelles révélant la non-conformité de la loi fiscale à une norme de droit supérieur, à l'ouverture d'un nouveau délai de réclamation ».

²⁹³⁶ CE, avis, 11 janvier 2019, *SCI Maximoise de création e.a.*, req. n°424819. Position confirmée : CE, avis, 6 février 2019, *SAS Bourgogne primeurs*, req. n°425509.

²⁹³⁷ Nous sommes étonnés que, même très brièvement, le droit de l'Union et notamment le principe d'équivalence ne soient pas évoqués par les commentateurs et observateurs ayant étudié cet avis... Voir L. DE FONTENELLE, « La déclaration d'inconstitutionnalité d'une imposition n'ouvre pas un nouveau délai de réclamation », *AJDA* 2019, p. 1301-1303 ; L. KOUOMOU SIMO, « Déclaration d'inconstitutionnalité et réouverture du délai de réclamation en matière fiscale : l'embaras du Conseil d'État ? », *Constitutions* 2019, pp. 101-106. Pour une analyse qui, au contraire, y fait largement référence, voir V. VILLETTE, « Conséquences des décisions du Conseil constitutionnel : le Conseil d'État ménage ses effets », *RJF* 4/2019, doctrine.

conforme au droit de l'Union européenne, et plus particulièrement au principe d'équivalence »²⁹³⁸. Si un risque existe toujours, notamment si le Conseil constitutionnel prévoit explicitement que sa décision ouvre un nouveau délai de réclamation²⁹³⁹, l'essentiel du problème est résorbé au regard de ce principe.

718. L'article L. 190 montre bien les limites et dangers du principe d'équivalence appliqué par sa méthode simplifiée. Le régime procédural qu'il prévoit pour les demandes en répétition de l'indu paraît caractéristique d'une discrimination indirecte. Si les recours fondés sur le droit de l'Union ne sont jamais désignés en tant que tels, tout laisse à penser que, indirectement, ils font – ou ont fait – l'objet d'un traitement spécifique et défavorable. Nous constatons que, en général, les observateurs et acteurs juridiques n'ont pas conscience de ce risque. La Cour de justice elle-même semble concernée en ce qu'elle a accordé trop rapidement un brevet de conformité avec le principe d'équivalence dans l'arrêt *Roquette Frères*. En outre, en se bornant à appliquer sa méthode simplifiée, le principe d'équivalence est respecté puisque les modalités en cause (période répétable et délai de réclamation) s'appliquent indistinctement selon que la règle de droit méconnaît le droit de l'Union ou une autre règle supérieure. La méthode simplifiée est à l'origine de tous ces problèmes parce qu'elle passe sous silence l'ensemble des incertitudes que nous avons évoquées. La méthode classique, au contraire, permet une analyse plus rigoureuse et, *in fine*, au principe d'équivalence de jouer pleinement son rôle.

²⁹³⁸ M.-G. MERLOZ, « Les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel sont-elles un événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation ? », conclusions sur CE, avis, *SCI Maximoise de création* précité, RJF 4/19, n°301 : « [La] solution inverse à celle qui est proposée aurait pour effet de réserver un traitement moins favorable aux justiciables invoquant la méconnaissance du droit de l'Union qu'à ceux se prévalant d'une inconstitutionnalité, ce qui risquerait de fragiliser un dispositif qui a été jugé compatible avec le droit communautaire (...) ».

²⁹³⁹ Au-delà, l'absence de mention expresse des décisions du Conseil constitutionnel à L. 190 LPF risquerait d'être mal acceptée par la Cour de justice. En effet, concrètement, les décisions visées reconnaissent l'irrégularité de l'imposition sur le volet conventionnel, que cette reconnaissance soit faite par le Conseil d'État, de la Cour de cassation, du Tribunal des Conflits ou de la Cour de justice de l'Union. Dès lors, le volet constitutionnel est exclu du dispositif et peut poser problème, malgré les palliatifs du Conseil d'État dans cet avis.

Conclusion du chapitre 1

719. Une part importante des problèmes qui nuisent au principe d'équivalence prend origine dans sa méthode d'application qui, dans son ensemble, demeure insaisissable. Si l'exigence d'équivalence se conçoit avec aisance, sa mise en œuvre rencontre des obstacles qui, en l'état actuel de la jurisprudence de la Cour de justice, demeurent insurmontables. En effet, pour envisager un contrôle suffisamment effectif du respect du principe d'équivalence, deux éléments méthodologiques doivent être définis avec précision. Le premier porte sur l'appréciation de la similitude des situations ; le second sur la comparabilité des traitements accordés aux situations européenne et interne reconnues similaires. Or l'un et l'autre ne bénéficient pas d'une jurisprudence suffisamment accessible et claire. La Cour de justice échoue à proposer des orientations générales sur cette méthode compte tenu de la trop grande hétérogénéité des situations et traitements soumis au principe d'équivalence. La Cour de justice a certes tenté de préciser cette méthode vis-à-vis des recours contentieux, avec les critères de l'objet, la cause et des éléments essentiels. Cela étant, ces indications ne clarifient pas assez la méthode du principe d'équivalence. Dans son ensemble, cette méthode demeure trop vague, trop peu opératoire.

720. Ces problèmes inhérents à la méthode du principe d'équivalence se manifestent également eu égard à certains choix retenus par la Cour de justice. Ces derniers tendent à amoindrir les potentialités offertes par le principe d'équivalence, à le rendre moins apte à préserver l'effet utile du droit de l'Union. Pour certains, cette conclusion se discute. Le fait d'exclure les situations européennes "similaires" comme référentiels et de retenir une méthode éloignée de celle du principe d'égalité sont de ceux-là. Une position différente de la Cour de justice sur ces deux sujets est envisageable et pourrait faciliter la mise en œuvre du principe d'équivalence. Cependant, des inconvénients ou incohérences pourraient tout aussi bien en résulter et saper ces effets bénéfiques. En revanche, la présence de ce que nous appelons la méthode "simplifiée" du principe d'équivalence constitue un choix beaucoup plus critiquable. Tel est le cas lorsque la Cour de justice se contente de présumer le principe d'équivalence respecté, dès lors que la modalité litigieuse s'applique *indistinctement* à des situations européennes et internes. Si cette méthode se comprend pour certaines hypothèses particulières, elle ne saurait à elle seule suffire. À défaut, le principe d'équivalence ne parviendrait plus à

assurer sa fonction. L'ensemble des problèmes inhérents à la méthode du principe d'équivalence rend ainsi plus complexe son application.

Chapitre 2 : Une vérification inaboutie

721. Pour remplir effectivement son rôle de garant de l'effet utile du droit de l'Union, le principe d'équivalence doit être correctement et pleinement respecté. Affirmer une telle évidence permet de cerner les enjeux qui pèsent sur l'application concrète du principe. Sa seule existence et sa présence régulière dans la jurisprudence de la Cour de justice ne peuvent suffire. Son respect doit être vérifié à l'issue d'un contrôle aussi précis que possible. À défaut, le principe d'équivalence risque de s'apparenter à une simple coquille vide. De prime abord, tel semble être le cas à la lecture de la jurisprudence européenne et nationale. Certes, le fait qu'il soit assez rarement appliqué et presque jamais reconnu comme violé ne doit pas amener à y voir une défaillance dans le contrôle des juges. Le principe d'équivalence constitue une garantie et une exigence minimale, qui n'impose pas une contrainte importante aux États membres. En un sens, il s'agit d'un garde-fou, qui n'intervient que de manière occasionnelle pour leur rappeler de ne pas traiter défavorablement la mise en œuvre du droit de l'Union. Dans ce contexte, la rareté de sa sanction ou même de son application se comprend. Cependant, lorsque cela est nécessaire, un contrôle trop superficiel ou tolérant n'est pas suffisant. La souplesse de l'exigence d'équivalence devient alors disproportionnée et l'utilité du principe en pâtit logiquement.

722. L'analyse de la jurisprudence européenne et interne laisse entendre que le contrôle du principe d'équivalence reste en deçà du nécessaire pour que celui-ci remplisse pleinement son rôle. Certes, à certaines occasions, des examens approfondis et rigoureux existent, mais ils restent trop rares à notre sens pour compenser le problème. Contrairement à ce qu'avaient anticipé certains auteurs, l'application concrète du principe d'équivalence rencontre des obstacles insoupçonnés et, à certains égards, indépassables. L'imprécision de la méthode d'application²⁹⁴⁰ y contribue pour beaucoup, mais elle ne fait qu'accentuer des problèmes plus importants. Comme le note O. DUBOS, le fait que la Cour de justice détaille la manière d'apprécier la similitude de recours « *ne fait (...) que repousser la vraie question qui est celle de savoir à qui la comparaison est confiée : en principe cela relève du*

²⁹⁴⁰ Cf. *supra*, pt. 592 et suivants.

juge national, mais en pratique c'est parfois la Cour de justice qui y procède »²⁹⁴¹. En effet, malgré une jurisprudence plus fournie à la suite de l'arrêt *Palmisani*²⁹⁴², l'application du principe d'équivalence n'a gagné en importance que de manière très timorée et sporadique. Pour S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « *il est devenu clair que l'application du principe d'équivalence peut s'avérer bien plus compliquée qu'initialement prévu* »²⁹⁴³. Le principal obstacle repose sur la répartition des compétences entre la Cour de justice et le juge national. Pour classique qu'elle soit, elle ne permet pas d'assurer une mise en œuvre efficace du principe d'équivalence (**Section 1**). Ce problème, couplé à une méthode d'application évasive, conduit à ce que la vérification de son respect reste globalement insuffisante (**Section 2**).

Section 1 : Une application compromise par les rôles respectifs des juridictions européenne et interne

723. Le respect du principe d'équivalence ne concerne pas exclusivement les juridictions européennes ou internes. Des personnes privées²⁹⁴⁴ ou des entités non juridictionnelles, comme la Commission²⁹⁴⁵ ou les autorités nationales législatives ou exécutives²⁹⁴⁶, ont aussi leur rôle à jouer. Cela étant, les missions des juges sont bien plus importantes puisqu'eux seuls disposent de la compétence pour vérifier si le principe est ou non respecté²⁹⁴⁷. La bonne mise en œuvre du principe d'équivalence dépend donc, pour l'essentiel, de leur action. Or cette application juridictionnelle est compromise. En effet, le caractère hybride du principe d'équivalence nécessite une

²⁹⁴¹ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181, spéc. p. 164.

²⁹⁴² CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025.

²⁹⁴³ S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611 : « *As from a case decided by the European Court of Justice (ECJ) in 1997 [avec Palmisani], it has become clear that the application of the principle of equivalence may turn out to be far more complicated than was initially believed* » (p. 590).

²⁹⁴⁴ Le rôle des personnes privées dans la mise en œuvre effective du droit de l'Union a été déjà évoqué (cf. *supra*, pt. 193) et il est évident que le principe d'équivalence est concerné. Pour l'essentiel, c'est essentiellement en exerçant un recours devant le juge national et, à cette occasion, en développant des prétentions relatives au principe d'équivalence, qu'elles permettent son respect. Dans cette optique, elles jouent un rôle non négligeable.

²⁹⁴⁵ La Commission intervient au titre de la procédure en manquement lorsqu'elle estime que la violation du principe d'équivalence constitue le manquement ; pour exemple, CJCE, 11 mai 2006, *Commission c. Italie*, aff. C-197/03, *Rec. p.* I-60, pt. 24. Elle propose également des analyses sur le principe d'équivalence à l'occasion des renvois préjudiciels étudiés par la Cour de justice (cf. *infra*, pt. 794). Cette dernière rappelle toutefois que « *la Commission n'a aucune compétence pour prendre des décisions quant à [l'interprétation du droit de l'Union à appliquer], mais seulement la possibilité d'exprimer son opinion, qui ne lie pas les autorités nationales* » (pour exemple, CJCE, 27 mars 1980, *Sucrimes*, aff. 133/79, *Rec. p.* 1299, pt. 16). Elle ne peut donc nullement conclure, de sa propre autorité, que le principe d'équivalence est violé ou respecté.

²⁹⁴⁶ Cf. *infra*, pt. 815 et suivants.

répartition particulière des compétences entre les juges européen et national. Son application fait intervenir des éléments de droit de l'Union, comme la caractérisation de la situation européenne, la vérification de l'absence d'un encadrement direct de son traitement ou les critères permettant d'identifier un référentiel national et d'opérer une comparaison. Le reste regroupe des éléments de droit interne, à savoir l'identification de la situation interne similaire et la délimitation des traitements qui devront être comparés. Dans ce contexte, le juge européen et le juge national ont vocation à jouer un rôle dans la détermination de ces éléments en fonction de leur nature. Ensemble, en combinant leur compétence respective, ceux-ci rendent possible la vérification du respect du principe d'équivalence. Or cette imbrication peine à se faire et la bonne application du principe en souffre. Le partage des compétences entre la Cour de justice et le juge national soulève des difficultés qui apparaissent comme proprement indépassables (§1). Le seul remède serait une meilleure synchronisation des actions de ces juridictions. En étant pleinement en phase l'une avec l'autre, elles pourraient estomper ces problèmes liés à ce partage des compétences. La relation très classique de coopération qui existe entre la Cour de justice et le juge national, y compris pour l'application du principe d'équivalence, ne le permet pas suffisamment (§2).

§1 : Les difficultés liées au partage des fonctions entre la Cour de justice et le juge national

724. Les rôles joués par le juge national et la Cour de justice dans la mise en œuvre du droit de l'Union sont largement connus. Leur importance respective n'est plus à démontrer²⁹⁴⁸. En reconnaissant aux juges nationaux leur qualité "juge de droit commun du droit de l'Union", la Cour de justice s'en est fait des alliés pour s'assurer que le droit de l'Union ait une portée réelle, concrète et effective dans les ordres juridiques nationaux²⁹⁴⁹. Cette instrumentalisation²⁹⁵⁰ des juges nationaux, pour en

²⁹⁴⁷ Voir not. O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, pp. 166 et suivantes.

²⁹⁴⁸ Voir not. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170 : « *Constituées par le droit, les Communautés se sont consolidées et développées principalement au moyen de droit. Ayant pour mission de dire le droit, le juge a été, plus que dans toute autre organisation internationale d'intégration, le principal moteur de l'enracinement et du développement de l'intégration communautaire. Le juge a en effet réussi, quelle que fût la position des autorités politiques des Communautés et des États membres, à conférer une effectivité et une efficacité à la règle de droit* » (p. 141).

²⁹⁴⁹ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 665 et suivantes.

faire des agents veillant à la bonne mise en œuvre du droit de l'Union, n'a été possible que par l'intermédiaire du mécanisme du renvoi préjudiciel²⁹⁵¹. Le sujet est là encore largement connu. En exploitant le mécanisme prévu à l'article 267 TFUE²⁹⁵², la Cour de justice a toujours affiché une volonté de coopérer avec le juge national. Ce dernier ne doit jamais être entravé dans sa mission de faire respecter le droit de l'Union et doit pouvoir compter sur l'aide de la Cour s'il venait à rencontrer des obstacles²⁹⁵³. A ce titre, la Cour indique que le renvoi préjudiciel a notamment « *pour but d'assurer (...) d'assurer [la] cohérence, [le] plein effet et [l']autonomie [du droit de l'Union]* »²⁹⁵⁴. Cette brève présentation révèle l'existence d'une nécessaire répartition des rôles entre la Cour de justice et le juge national²⁹⁵⁵. La mise en œuvre nationale du droit de l'Union nécessite une action complémentaire de ces deux juridictions.

725. L'agencement des compétences entre le juge national et la Cour de justice permet au droit de l'Union d'être correctement appliqué. Or, pour ce qui est du principe d'équivalence, il pose des problèmes conséquents. Plus encore, les effets néfastes provoqués par ce partage des rôles nous semblent sous-estimés. De prime abord, pourtant, la répartition des compétences entre la Cour de justice et le juge national pour l'application du principe d'équivalence est très classique et paraît s'accommoder sans mal avec ses spécificités (A.). En réalité, un problème d'une ampleur insoupçonnée et presque indépassable en découle et sape la mise en œuvre de ce principe. En effet, concrètement, cette répartition des compétences aboutit à ce

²⁹⁵⁰ B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 565-593, spéc. p. 570.

²⁹⁵¹ Voir O. DUBOS, *op. cit.*, qui parle d'une « utilisation intensive de sa compétence préjudicielle par la Cour de justice » (p. 665).

²⁹⁵² Voir not. CJCE, 1^{er} décembre 1965, *Schwarze*, aff. 16/65, Rec. p. 1081 : la Cour parle d'un « cadre très particulier de coopération judiciaire instituée par l'article 177 par laquelle juridiction nationale et Cour de justice, dans l'ordre de leurs compétences propres, sont appelées à contribuer directement et réciproquement à l'élaboration d'une décision en vue d'assurer l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des États membres » (p. 1095).

²⁹⁵³ Pour exemple, CJCE, 27 juin 1991, *Mecanarte*, aff. C-348/89, Rec. p. I-3277 : « Les compétences reconnues à la Cour de justice par l'article 177 ont essentiellement pour objet d'assurer une application uniforme du droit communautaire par les juridictions nationales. À cet effet, l'article 177 fournit au juge national un moyen d'éliminer les difficultés que pourrait soulever l'exigence de donner au droit communautaire son plein effet dans le cadre des systèmes juridictionnels des États membres » (pt. 43). Derrière cette idée, il s'agit de s'assurer que l'action du juge national reste en adéquation avec les principes d'effet direct, de primauté et d'uniformité du droit de l'Union.

²⁹⁵⁴ Pour exemple, CJUE, 18 décembre 2013, *Adhésion de l'Union à la CEDH*, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454, pt. 176 – nous soulignons.

²⁹⁵⁵ B. BERTRAND et J. SIRINELLI, *op. cit.* : « La Cour de justice paraît partager avec le juge national sa fonction traditionnelle d'assurer le respect du droit dans l'application des traités (...). Il en résulte la complémentarité et l'unité des fonctions attribuées aux juridictions nationales et à la Cour, indispensables à la préservation de la nature même du droit de l'Union » (pp. 570-571).

qu'aucune juridiction, ni la Cour de justice, ni le juge national, ne soit *pleinement* compétente pour vérifier si le principe d'équivalence est respecté (B.).

A. Une répartition des compétences classique et a priori opérante

726. D'une manière générale, la répartition des compétences entre le juge national et la Cour de justice est présentée assez simplement. Chaque juridiction est censée agir dans son propre champ de compétence, sans que l'une empiète sur l'autre. Dans le silence des traités, la Cour de justice détermine cette séparation. Elle se dessine notamment dans son arrêt *Salgoil* dans lequel la Cour affirme que le renvoi préjudiciel est « *basé sur une nette séparation des fonctions entre juridictions nationales et la Cour* »²⁹⁵⁶. Elle repose – en substance – sur la distinction entre l'*interprétation* et l'*application* du droit de l'Union. Schématiquement, la Cour de justice *interprète* le droit de l'Union et le juge national *l'applique*²⁹⁵⁷. La logique du renvoi préjudiciel en interprétation se comprend dans cette perspective. Le juge national saisit la Cour de justice de questions préjudicielles afin de demander l'interprétation à retenir du droit de l'Union qui est susceptible de s'appliquer dans le cadre de son litige. Parallèlement, si la Cour est compétente pour interpréter le droit de l'Union, elle ne doit pas s'immiscer dans la résolution du litige pendant devant lui, et notamment dans l'application concrète du droit de l'Union²⁹⁵⁸. En ce sens, la saisine de la Cour de justice par le juge national s'opère bien "à titre préjudiciel"²⁹⁵⁹.

727. Évidemment, une telle présentation reste approximative. La doctrine n'a pas manqué de souligner l'ambivalence de ce partage de compétences qui ne fait pas l'objet d'une frontière étanche. Comme le résume J. PERTEK, « [dans] *le cadre du fonctionnement du mécanisme préjudiciel*, [la répartition des compétences] *trouve des limites particulières qui tiennent aux préoccupations légitimes des deux juridictions qui se trouvent engagées*

²⁹⁵⁶ CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec.* p. 661, spéc. p. 672. L'idée était déjà présente dans CJCE, 27 mars 1963, *Da Costa*, aff. jt. 28/62 à 30/62, *Rec.* p. 61, spéc. p. 76 ou dans CJCE, *Schwarze*, aff. 16/65 précité, p. 1095.

²⁹⁵⁷ Sur cette distinction, voir R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2008), pp. 267-268.

²⁹⁵⁸ Voir CJCE, 11 septembre 2003, *Anormar e.a.*, aff. C-6/01, *Rec.* p. I-8621 : « *si la Cour n'a pas compétence, aux termes de l'article 234 CE, pour appliquer la règle communautaire à un litige déterminé et, ainsi, pour qualifier une disposition de droit national au regard de cette règle, elle peut cependant, dans le cadre de la coopération judiciaire instaurée par cet article, à partir des éléments du dossier, fournir à la juridiction nationale les éléments d'interprétation du droit communautaire qui pourraient lui être utiles dans l'appréciation des effets de cette disposition* » (pt. 37). Pour d'autres exemples, voir CJCE, 28 mars 1979, *ICAP*, aff. 222/78, *Rec.* p. 1163, pt. 11-12 ; CJCE, 18 décembre 1986, *VAG France c. Magne*, aff. 10/86, *Rec.* p. 4071, pt. 7.

²⁹⁵⁹ Voir not. J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 23-31 : « *ces trois mots (...) déterminent, en technique juridique, la nature de la compétence qui lui est ici attribuée, partant en fixe, sinon la vocation, du moins les conditions d'exercice* » (p. 23).

dans cette relation de coopération, le juge de renvoi et la Cour de justice »²⁹⁶⁰. Par exemple, à l'issue de son arrêt *CILFIT*, la Cour de justice admet²⁹⁶¹ qu'un juge national, même statuant en dernier ressort, s'abstienne à certaines conditions de la saisir d'un renvoi préjudiciel en interprétation²⁹⁶². Plus fondamentalement, la distinction entre "interprétation" et "application" se révèle très schématique. L'application d'une règle de droit nécessite toujours une interprétation et l'interprétation de la règle n'a d'intérêt que pour en permettre l'application²⁹⁶³. Dès lors, la Cour de justice s'imisce, au moins en partie, dans l'office du juge national lorsqu'elle délivre une interprétation du droit de l'Union.

728. Ce système de répartition des compétences se retrouve dans la jurisprudence de la Cour de justice relative au principe d'équivalence²⁹⁶⁴. Cependant, l'ambivalence évoquée ne paraît pas poser problème. En effet, il est rare que la Cour de justice s'imisce dans l'appréciation du juge national sur le respect du principe d'équivalence. De même, il est improbable que le juge national s'éloigne trop de l'interprétation retenue du principe d'équivalence par la jurisprudence de la Cour de justice. Dans un cas comme dans l'autre, la séparation entre les compétences de la Cour et du juge national est claire et nette. La Cour de justice a pour rôle de livrer son interprétation du principe d'équivalence et d'aider le juge national (1.). Ce dernier

²⁹⁶⁰ J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel. Droit, liberté ou obligation de coopération des juridictions nationales avec la CJUE*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2021, p. 217. Nous paraphrasons par la suite son propos : « Du côté de la juridiction nationale, qui a pour but d'obtenir une interprétation aussi précise et complète que possible, la tentation est forte de formuler la ou les questions portées par sa demande de sorte que les conséquences de la réponse de la Cour de justice puissent aisément être tirées. Du côté de la Cour de justice, est toujours présente la volonté de donner une réponse utile pour la solution du litige, et non pas une interprétation abstraite ou trop générale » (p. 217).

²⁹⁶¹ La Cour précise toutefois que cela ne reste qu'une possibilité : « même en présence d'une jurisprudence de la Cour résolvant le point de droit en cause, les juridictions nationales conservent l'entière liberté de saisir la Cour si elles l'estiment opportun sans que la circonstance que les dispositions dont l'interprétation est demandée ont déjà été interprétées par la Cour ait pour conséquence de faire obstacle à ce que la Cour statue de nouveau » (CJUE, 17 juillet 2014, *Torresi*, aff. jt. C-58/13 et C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088, pt. 32).

²⁹⁶² CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, Rec. p. 3415, pt. 10.

²⁹⁶³ La jurisprudence de la Cour de justice insiste sur cette idée : pour exemple, CJUE, 24 octobre 2013, *Stoilov i Ko*, aff. C-180/12, ECLI:EU:C:2013:693 : la Cour refuse de délivrer une interprétation du droit de l'Union dès lors que l'objet du litige *a quo* a disparu. La Cour estime que « la présente demande de décision préjudicielle ne porte plus sur une interprétation du droit de l'Union qui réponde à un besoin objectif de la juridiction de renvoi pour prendre sa décision (...). En effet, cette demande, à défaut d'objet, ne permet pas de dégager les éléments d'interprétation de droit de l'Union que la juridiction de renvoi pourrait appliquer utilement pour résoudre, en fonction de ce droit, le litige pendant devant elle » (pt. 46). Dans la même veine, voir CJUE, 7 décembre 2010, *Vebic*, aff. C-439/08, Rec. p. I-12471 : « la Cour est (...), en principe, tenue de statuer, à moins qu'il ne soit manifeste que la demande de décision préjudicielle tend, en réalité, à (...) à formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques » (pt. 42).

²⁹⁶⁴ Voir not. CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, Rec. p. I-10467 : « ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour, il n'appartient pas à cette dernière de se prononcer sur l'interprétation du droit interne, cette mission incombant exclusivement à la juridiction de renvoi, laquelle doit, en l'occurrence, déterminer si les exigences d'équivalence et d'effectivité sont satisfaites par les dispositions de la réglementation nationale pertinente (...). Toutefois, la Cour, statuant sur renvoi préjudiciel, peut, le cas échéant, apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son appréciation (...) » (pt. 49). En apparence, ce système joue également pour l'application du principe d'effectivité – cf. *infra*, pt. 879.

est, quant à lui, chargé d'appliquer concrètement le principe d'équivalence, ce qui implique de manipuler et confronter les éléments de droit interne pertinents (2.).

1. Rôle de la Cour de justice : interprétation du principe d'équivalence et assistance du juge national

729. Le rôle joué par la Cour de justice dans l'application concrète du principe d'équivalence n'a rien d'original. Sa jurisprudence le traite comme n'importe quel principe non-écrit²⁹⁶⁵ du droit de l'Union européenne qui doit être mis en œuvre par les juridictions nationales. Dès lors, la Cour de justice assure à son égard plusieurs tâches. La première est celle de l'avoir identifié²⁹⁶⁶. En tant que règle non-écrite dégagée par la jurisprudence, le principe d'équivalence devait être proclamé, pour ne pas dire "révélé"²⁹⁶⁷, par la Cour. La deuxième, comme conséquence à la première, est d'en préciser les aspects fondamentaux. Concrètement, la Cour de justice doit en livrer une *interprétation*²⁹⁶⁸, c'est-à-dire lui donner une signification²⁹⁶⁹. Concrètement, elle affirme que le principe d'équivalence implique que le traitement accordé à une situation européenne soit au moins équivalent aux traitements accordés à des situations internes similaires²⁹⁷⁰. Ce point ne soulève aucun enjeu particulier. Le rôle de la Cour de justice prend davantage d'importance vis-à-vis de la détermination

²⁹⁶⁵ Nous écartons le débat sur la qualification de « principe *général* du droit » pour le principe d'équivalence (cf. *supra*, pt. 69). Voir not. B. BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA* 2013, pp. 1217-1230, spéc. p. 1229.

²⁹⁶⁶ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec.* p. 1989 et p. 2043.

²⁹⁶⁷ Si tant est qu'un tel principe non-écrit soit "révélé" par le juge. Une large partie de la doctrine administrative minimise, pour une raison ou une autre, l'idée selon laquelle l'identification d'un principe général du droit n'est pas l'œuvre de la volonté du juge. B. PLESSIX (*Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020) estime par exemple que le juge est contraint « à révéler, à découvrir, à mettre en évidence des règles qui n'étaient jusqu'alors contenues dans l'ordre juridique que sous une forme sous-jacente et implicite » (p. 43). Voir également J. RIVERO, « Le juge administratif, un juge qui gouverne ? », *D.* 1951, pp. 21-24, spéc. p. 22. Pour ce qui est de la jurisprudence de la Cour de justice, cette idée semble moins répandue : la doctrine reconnaît (voire admire) le volontarisme pragmatique de la Cour de justice pour avoir reconnu certains principes fondamentaux – voir not. R. LECOURT, « Quel eut été le droit des communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

²⁹⁶⁸ Voir not. CJCE, 27 mars 1980, *Denkavit italiana*, aff. 61/79, *Rec.* p. 1205 : « L'interprétation que (...) la Cour de justice donne d'une règle de droit communautaire, éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur » (pt. 16). Cette notion d'interprétation reste évidemment polysémique et largement discutée en doctrine (pour exemple, M. TROPER, v^o « Interprétation », in D. ALLAND et S. RIALS (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, PUF, 2003, pp. 843-847). La Cour l'aborde indirectement en ce que, dans ses arrêts en interprétation, elle « a dit pour droit » (pour exemple, CJUE, 12 décembre 2019, *Parquet général du Grand-Duché de Luxembourg (Procureurs de Lyon et Tours)*, aff. jt. C-566/19 PPU et C-626/19 PPU, ECLI:EU:C:2019:1077, pt. 52). Pour J. PERTEK (v^o « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 360, 4 avril 2018), les arrêts qui en font mention « se différencient des arrêts rendus sur recours direct » (par. 23), où l'office de la Cour n'est pas d'interpréter mais de statuer sur un litige particulier.

²⁹⁶⁹ Voir not. M. BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, pp. 835-836 ; F.-V. GUIOT, *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2016, pp. 779 et suivantes.

²⁹⁷⁰ La Cour de justice a pu affirmer sans ambiguïté que « ce principe **doit être interprété** en ce sens qu'il s'oppose à une réglementation nationale qui soumet l'intervention des associations de consommateurs dans les litiges relevant du droit de l'Union à des

du champ d'application du principe d'équivalence. En effet, elle en a retenu un particulièrement étendu. Dès lors qu'une modalité nationale participe, même indirectement, à la mise en œuvre du droit de l'Union, elle se rattache au traitement soumis au principe d'équivalence.

730. Lorsqu'elle est saisie d'un renvoi préjudiciel, cette mission de la Cour de justice se traduit de deux manières. En premier lieu, il lui appartient, en premier lieu, de vérifier si le traitement litigieux est accordé à une situation "européenne"²⁹⁷¹, c'est-à-dire, déterminer si une règle de droit de l'Union a vocation à s'appliquer dans le litige au principal. Ce genre de vérification n'est en rien spécifique à la mise en œuvre du principe d'équivalence²⁹⁷². En outre, le respect du principe d'équivalence s'examine en réaction de cette vérification. C'est parce que la Cour de justice a considéré que la règle européenne est bien susceptible de s'appliquer qu'il convient de vérifier si le traitement qui lui est accordé dans l'ordre juridique interne respecte le principe d'équivalence.

731. En second lieu, il revient à la Cour de justice de constater l'absence de réglementation européenne qui encadrerait directement le traitement accordé à la situation européenne. Cette vérification reste nécessaire pour définir le champ d'application du principe d'équivalence. Même si ce principe est invoqué devant la Cour de justice, il ne saurait être contrôlé si, en réalité, le traitement accordé à la situation européenne fait déjà l'objet d'un encadrement. Tel est le problème posé dans son arrêt *T-Mobile Netherlands*²⁹⁷³. L'affaire portait sur l'application nationale de l'article 81 TCE (l'actuel article 101 TFUE) relatif aux ententes entre entreprises. Le juge national s'interroge sur la manière d'identifier une pratique concertée. La Cour de justice considère des entreprises en infraction à trois conditions : « *premièrement, une concertation entre les entreprises en cause, deuxièmement, un comportement sur le marché faisant suite à cette concertation et, troisièmement, un lien de cause à effet entre ces deux éléments* »²⁹⁷⁴. Un

conditions moins favorables que celles applicables en cas de litiges relevant exclusivement du droit interne » (CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745, pt. 39 – nous soulignons).

²⁹⁷¹ En ce sens, O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité : « *Dans la mesure où la Cour de justice est maître de ce que doivent être l'effectivité et l'efficacité du droit de l'Union, c'est essentiellement elle qui module le champ laissé au droit procédural national* » (p. 162).

²⁹⁷² Voir la jurisprudence sur l'applicabilité des principes généraux du droit ; cf. *supra*, pt. 240 et suivants.

²⁹⁷³ CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec.* p. I-4529.

²⁹⁷⁴ J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *T-Mobile Netherlands*, aff. C-8/08 précité, pt. 74.

doute subsiste sur l'appréciation du lien de causalité devant le juge national. La Cour de justice avait établi « *une présomption réfragable selon laquelle (...) les entreprises participant à la concertation et qui demeurent actives sur le marché tiennent compte des informations échangées avec leurs concurrents pour déterminer leur comportement sur ce marché* »²⁹⁷⁵. Or, de prime abord, cette présomption ne joue que devant les autorités européennes²⁹⁷⁶. Les entreprises requérantes estiment que l'action du juge national s'inscrit dans le cadre du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale – et nécessite donc l'application du principe d'équivalence²⁹⁷⁷. La Cour de justice estime toutefois que cette présomption de causalité s'impose également au juge national²⁹⁷⁸. Sur cette question²⁹⁷⁹, le principe d'équivalence n'est donc pas applicable. Une fois encore, cette vérification n'a rien d'original. Cette recherche de l'absence de réglementation européenne afin de déterminer si le principe d'équivalence est susceptible de s'appliquer s'opère souvent sans que soit directement en cause ledit principe²⁹⁸⁰.

732. La dernière tâche pour la Cour de justice est d'apporter des éléments de réponses *utiles*²⁹⁸¹ au juge national pour mettre en application le principe d'équivalence. Elle se manifeste essentiellement dans les éléments de méthode qui transparaissent dans la jurisprudence²⁹⁸². Si nous l'avons critiquée parce qu'elle reste assez imprécise²⁹⁸³, nous ne pouvons nier le fait qu'elle existe et qu'elle traduit la volonté de la Cour de justice de donner une interprétation utile du principe

²⁹⁷⁵ *Ibid.*, pt. 75.

²⁹⁷⁶ Voir not. CJCE, 9 juillet 1999, *Commission c. Anic Partecipazioni*, aff. C-49/92 P, *Rec. p.* I-4125, pt. 121.

²⁹⁷⁷ CJCE, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08 précité, pt. 47.

²⁹⁷⁸ *Ibid.*, pt. 51-52.

²⁹⁷⁹ L'avocat général J. KOKOTT (conclusions précitées) prend soin de noter que le principe d'équivalence ne s'applique pas uniquement pour cette question. La charge de la preuve, notamment pour renverser la présomption (pt. 81), reste dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États (pt. 82), et donc soumise au respect du principe d'équivalence (pt. 83).

²⁹⁸⁰ CJUE, 27 juin 2018, *Diallo*, aff. C-246/17, ECLI:EU:C:2018:499, pt. 45. Ici, la Cour de justice reconnaît qu'une directive ne contient « aucune disposition régissant les conséquences qui découlent du dépassement du délai visé [par l'une de ses dispositions] » (pt. 45) pour simplement indiquer que « cette question relevant, en principe, de l'autonomie procédurale des États membres sous réserve du respect des principes d'effectivité et d'équivalence » (pt. 45). Toujours dans ce même arrêt, elle arrive au même constat « concernant les effets de l'annulation juridictionnelle de décisions adoptées par les autorités nationales compétentes refusant la délivrance de cartes de séjour de membre de la famille d'un citoyen de l'Union, notamment, la question de savoir de quel délai disposent ces autorités pour adopter une nouvelle décision à la suite d'une telle annulation » (pt. 58). Elle évoque ainsi le nécessaire respect des principes d'équivalence et d'effectivité (pt. 59), mais estime « seule se pose la question du respect du principe d'effectivité » (pt. 60).

²⁹⁸¹ Pour exemple, CJUE, 8 décembre 2011, *Banco Bilbao Vizcaya Argentaria*, aff. C-157/10, *Rec. p.* I-13023 : « il est de jurisprudence constante qu'il appartient à la Cour, dans le cadre de la procédure de coopération avec les juridictions nationales instituée à l'article 267 TFUE, de donner au juge de renvoi une réponse utile qui lui permette de trancher le litige dont il est saisi (...) » (pt. 18).

²⁹⁸² P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102 : « L'intervention de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière ne peut qu'être limitée à la formulation de principes de nature à faciliter l'examen du juge national » (pp. 79-80).

²⁹⁸³ Cf. *supra*, pt. 643 et suivants.

d'équivalence. Elle l'affirme, par exemple, dans son arrêt *Preston* : « en vue de l'appréciation à laquelle la juridiction nationale devra procéder [pour appliquer le principe d'équivalence], la Cour peut lui fournir certains éléments tenant à l'interprétation du droit communautaire »²⁹⁸⁴. L'arrêt *Transportes Urbanos* le confirme sans ambiguïté. Le cœur du problème portait sur le principe d'équivalence. En préambule, la Cour de justice délimite classiquement sa compétence : « s'il n'appartient pas à la Cour de se prononcer, dans le cadre de la procédure préjudicielle, sur la compatibilité de dispositions du droit national avec les règles de droit de l'Union [ici, le principe d'équivalence], elle a itérativement jugé qu'elle est compétente pour fournir à la juridiction de renvoi tous les éléments d'interprétation relevant de ce droit qui peuvent permettre à celle-ci d'apprécier une telle conformité pour le jugement de l'affaire dont elle est saisie »²⁹⁸⁵. Cette attitude de la Cour de justice n'est en rien originale²⁹⁸⁶. Le fait que l'interprétation porte sur un principe non-écrit et issu de la jurisprudence européenne n'a aucune conséquence. La Cour accepte volontiers d'apporter des précisions au juge national lorsqu'il s'agit pour lui d'appliquer des principes généraux du droit²⁹⁸⁷ ou de tenir compte des arrêts de la Cour de justice²⁹⁸⁸. Elle adopte la même position avec le principe d'équivalence en répondant aux questions préjudicielles qui portent spécifiquement sur lui²⁹⁸⁹ ou pour expliciter la portée d'arrêts qui en font application²⁹⁹⁰.

733. Enfin, la Cour de justice s'abstient de trop s'immiscer dans l'appréciation du juge national pour l'application du principe d'équivalence. En général, la doctrine souligne qu'il est fréquent que la Cour empiète sur cette compétence réservée du juge national²⁹⁹¹. Il lui arrive, au détour de formules

²⁹⁸⁴ CJCE, 16 mai 2000, *Preston*, aff. C-78/98, *Rec. p.* I-3201, pt. 50.

²⁹⁸⁵ Voir CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08, *Rec. p.* I-635, pt. 23.

²⁹⁸⁶ Voir not. F. PICOD et J. RIDEAU, v^o « Renvoi préjudiciel », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2006 (actualisé en octobre 2013), pt. 66-67.

²⁹⁸⁷ Pour exemple, CJCE, 26 avril 1986, *Hauptzollamt Hamburg-Jona c. Krücken*, aff. 316/86, *Rec. p.* 2213, à propos du principe de protection de confiance légitime (pt. 19 et suivants) ; CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-2271, à propos du principe de protection juridictionnelle effective (pt. 36 et suivants), faisant intervenir, par ricochet, le principe d'équivalence. Sur cette question, voir not. L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 178-179.

²⁹⁸⁸ Pour exemple, CJCE, *Da Costa*, aff. jt. 28/62 à 30/62 précité, à propos de l'arrêt *Van Gend en Loos* (aff. 26/62 précité) – pp. 76-77 ; CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783, à propos de l'arrêt *Emmott* (CJCE, 25 juillet 1991, aff. C-208/90, *Rec. p.* I-4269) – pt. 45 et suivants.

²⁹⁸⁹ CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 24 et suivants.

²⁹⁹⁰ Voir not. CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, *Rec. p.* I-7141. La Cour de justice procède à une interprétation de son arrêt *Deville* (CJCE, 29 juin 1988, aff. 240/87, *Rec. p.* 3513) qui mobilise – certes implicitement – le principe d'équivalence (pt. 25).

²⁹⁹¹ Pour exemple, J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales » précité ; F. PICOD, « La coopération juridictionnelle », in F. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris,

péremptoires, de porter une appréciation sur la compatibilité du droit national ou de la situation litigieuse avec le droit de l'Union²⁹⁹², ce pour quoi elle est normalement incompétente²⁹⁹³. Au-delà de cette hypothèse un peu extrême, la Cour de justice laisse parfois une marge d'appréciation²⁹⁹⁴ limitée au juge national pour tirer les conséquences de l'interprétation du droit de l'Union qu'elle a retenu²⁹⁹⁵. En tout hypothèse, cette attitude de la Cour se révèle contradictoire avec la logique du renvoi préjudiciel²⁹⁹⁶. Tel n'est pas le cas lors de l'application du principe d'équivalence. Les arrêts dans lesquels la Cour de justice tranche sans équivoque la question de savoir si ce principe est ou non respecté demeurent exceptionnels²⁹⁹⁷. Au-delà, la Cour de justice lie rarement l'appréciation du juge national. Elle s'évertue à conditionner ses propres appréciations en rappelant qu'il revient au juge national de « vérifier »²⁹⁹⁸ si l'approche qu'elle retient s'avère ou non pertinente – et ce même si son raisonnement apparaît assez directif²⁹⁹⁹. Par exemple, dans son arrêt *Raiffeisen Bank*, la Cour considère le principe d'équivalence méconnu « sous réserve de la similitude des actions en

LGDJ, 2002, pp. 199-232, spéc. pp. 223-224 ; M. BLANQUET, *Droit général de l'Union* précité, pp. 836-837 ; F.-V. GUIOT, *op. cit.*, pp. 796 et suivantes.

²⁹⁹² Pour exemple, CJCE, 16 décembre 2008, *Michaniki*, aff. C-213/07, *Rec. p.* I-9999, pt. 61 et suivants ; la Cour note par exemple que certains arguments avancés par l'État en défense « [ne sont] pas de nature à réconcilier la disposition nationale en cause au principal avec [le droit de l'Union] » (pt. 65). Dans la même veine, voir CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95, *Rec. p.* I-285, pt. 26.

²⁹⁹³ Voir not. CJCE, 23 novembre 1977, *Enka BV*, aff. 38/77, *Rec. p.* 2203 : « dans le cadre de l'article 177 du traité, la Cour n'est compétente ni pour interpréter des dispositions du droit national, ni pour se prononcer sur leur éventuelle incompatibilité avec le droit communautaire » (pt. 20). Voir également, pour exemple, CJCE, 7 juillet 1994, *Lamaira*, aff. C-130/93, *Rec. p.* I-3215, pt. 10 ; CJCE, 13 novembre 2003, *Nerz*, aff. C-153/02, *Rec. p.* I-13555, pt. 34 ; CJCE, 6 octobre 2005, *MyTravel*, aff. C-291/03, *Rec. p.* I-8477, pt. 43 ; CJUE, 10 juin 2010, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, aff. C-140/09, *Rec. p.* I-5243, pt. 22-23.

²⁹⁹⁴ Sur cette idée, voir not. E. NEFRAMI, « Le rôle du juge national dans le cadre du renvoi préjudiciel : une marge d'appréciation ? », in *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national* précité, pp. 20-36, spéc. pp. 23-24.

²⁹⁹⁵ Voir notamment le débat sur l'autorité à accorder aux arrêts de la Cour de justice rendus à l'occasion de renvoi préjudiciel en interprétation : O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 656 et suivantes ; A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 366 et suivantes.

²⁹⁹⁶ La doctrine montre alors que la Cour de justice adopte une position qui rappelle celle des recours en manquement : J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel* précité, p. 218 ; N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, pp. 266-268 ; F.-V. GUIOT, *op. cit.*, pp. 803-804.

²⁹⁹⁷ CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec. p.* I-2119 : « Force est, dès lors, de constater que le principe d'équivalence est respecté par une réglementation nationale [comme celle de l'espèce] (...) » (pt. 45). La Cour nuance toutefois indirectement ce constat : elle note que cette conclusion ne tient que si le juge national vérifie (ou plutôt confirme) certains points (pt. 35 et pt. 41). Dans la même idée, voir CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec. p.* I-3189, pt. 27 ; CJUE, 18 mars 2010, *Alasini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à C-320/08, *Rec. p.* I-2213 : la Cour affirme que « il apparaît que le principe d'équivalence est respecté » (pt. 50).

²⁹⁹⁸ Pour des exemples explicites, voir CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec. p.* I-577, pt. 59-60 et pt. 65 ; CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec. p.* I-6515, pt. 65 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec. p.* I-9579, pt. 50 et pt. 56 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec. p.* I-7003, pt. 34 ; CJUE, ord., 18 janvier 2011, *Berkizgi-Nikolakaki*, aff. C-272/10, *Rec. p.* I-3, pt. 44 ; CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 48 ; CJUE, 27 juin 2013, *Agroconsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432, pt. 46-47 ; CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494, pt. 52 ; CJUE, 31 mai 2018, *Szjiber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367, pt. 47 ; CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, pt. 63.

²⁹⁹⁹ Voir not. CJCE, 10 septembre 2002, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99, *Rec. p.* I-6761, pt. 78 ou CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 55 et pt. 59.

cause que seule la juridiction de renvoi est en mesure de vérifier »³⁰⁰⁰. De cette manière, elle rappelle que le juge national reste maître de l'application concrète du principe d'équivalence.

2. Rôle du juge national : application concrète du principe et manipulation des éléments pertinents de droit interne

734. À l'instar de la Cour de justice, le rôle du juge national dans la mise en œuvre du principe d'équivalence est en tout point classique. En sa qualité de juge *de droit commun* du droit de l'Union, sa compétence est logiquement de principe³⁰⁰¹. Autrement dit, le juge national est³⁰⁰² compétent là où la Cour de justice ne l'est pas. Aussi traditionnel soit-il, son rôle reste toutefois assez peu développé dans la jurisprudence européenne relative au principe d'équivalence. Toutefois, en comparant avec sa jurisprudence générale sur l'office du juge national, rien ne laisse entendre que sa mission présente des spécificités pour l'application du principe d'équivalence.

735. Son rôle prend trois aspects. Le premier, assez évident, n'est que la conséquence des compétences de la Cour de justice. Pour appliquer correctement le principe d'équivalence, il revient au juge national de solliciter la Cour de justice³⁰⁰³ pour qu'elle lui apporte les éléments d'interprétation utiles. À cet égard, il doit *veiller* à ce que le droit de l'Union européenne soit respecté. En effet, un manque de vigilance du juge national sur ce point aurait pour risque de rendre la procédure de renvoi préjudiciel – et, par extension, le rôle de la Cour de justice – artificielle³⁰⁰⁴. Cette idée se manifeste indirectement dans la jurisprudence européenne. Sans parler des “sanctions” des défaillances du juge national³⁰⁰⁵, on la trouve dans la très grande liberté qui lui est reconnue pour décider de l'opportunité³⁰⁰⁶ et du moment³⁰⁰⁷ pour

³⁰⁰⁰ CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, pt. 80.

³⁰⁰¹ J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère “préjudiciel” de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales » précité : « *La compétence du juge communautaire étant nécessairement d'attribution, elle implique l'existence d'une compétence naturelle ou de droit commun. Ainsi est-il clair que si la Cour se voit attribuer une compétence préjudicielle c'est que le juge national dispose naturellement d'une compétence au principal qui l'investit du pouvoir de donner à des litiges, dont il est seul saisi, leur solution au fond* » (p. 25).

³⁰⁰² Pour exemple, voir CJUE, 29 novembre 2012, *Econord*, aff. C-182/11, ECLI:EU:C:2012:758, pt. 21.

³⁰⁰³ Voir not. V. SKOURIS (cité par L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles », in *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national* précité, pp. 101-155, spéc. p. 103) : « *C'est en grande partie grâce aux préoccupations et aux sollicitations des juridictions nationales que s'est forgée la jurisprudence communautaire* ».

³⁰⁰⁴ R. LECOURT, *L'Europe des juges* précité : « *N'est-ce pas le juge national qui (...) a été d'abord l'artisan, discret mais efficace [de l'épanouissement de l'Union et de son droit] ? N'est-ce pas lui qui a fait entrer le droit communautaire dans la pratique quotidienne comme par doses homéopathiques et lui assuré vie en tous les États ? (...) C'est (...) de lui que dépendait finalement le sort du Marché commun. Qu'il néglige d'en appliquer les règles et c'en était fait des plus fermes prescriptions des traités* » (p. 306).

³⁰⁰⁵ Cf. *infra*, pt. 756 et suivants.

³⁰⁰⁶ CJCE, *Da Costa*, aff. jt. 28/62 à 30/62 précité, p. 76 ; CJUE, 12 octobre 2010, *Rosenblatt*, aff. C-45/09, Rec. p. I-9391, pt. 31 ; CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 64-66.

opérer un renvoi préjudiciel, ainsi que dans la présomption de pertinence³⁰⁰⁸ dudit renvoi. Lorsqu'il s'agit du principe d'équivalence, aucune particularité n'est à relever dans la jurisprudence. Tout laisse entendre que le juge national est bien investi d'une telle mission³⁰⁰⁹.

736. La deuxième tâche du juge national est celle de procéder à l'application *concrète* du principe d'équivalence. Il revient au juge national – et à lui seul – de décider définitivement³⁰¹⁰ si le principe d'équivalence est ou non respecté. Certes, la Cour de justice est en mesure de faire de même dans le cadre de recours en manquement. Toutefois, l'extrême rareté des arrêts en manquement dans lesquels le principe d'équivalence est tout juste évoqué nous incite à minimiser cette hypothèse. Sa jurisprudence sur la nécessité pour le juge national de « *vérifier* » si le principe d'équivalence est respecté nous semble plus représentative. Cette situation se révèle totalement classique. Comme le souligne J. PERTEK, la Cour de justice « *laisse à la juridiction nationale le soin de tirer les conséquences de sa décision préjudicielle en appliquant, dans le litige pendant devant elle le droit commun tel qu'il doit être interprété, ou, le cas échéant, pour, au contraire, laisser inappliquées dans ce litige les dispositions de l'acte dont l'invalidité a été déclarée* »³⁰¹¹. La mise en œuvre du principe d'équivalence par le juge national s'inscrit dans cette optique. Par exemple, nous avons montré³⁰¹² que, sauf pour de rares exceptions, la Cour de justice laisse le juge national relativement libre quant aux conséquences à tirer d'une violation du principe d'équivalence. Si un strict alignement du traitement accordé à la situation européenne sur celui accordé à la situation interne similaire est la sanction logique à adopter, la Cour se montre parfois plus souple. Elle indique notamment que le juge national reste libre de retenir, « *parmi*

³⁰⁰⁷ CJUE, 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jt. C-188/10 et C-189/10, *Rec.* p. I-5667, pt. 44 ; CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889, pt. 26.

³⁰⁰⁸ Pour exemple, CJUE, 15 septembre 2011, *Unió de Pagesos de Catalunya*, aff. C-197/10, ECLI:EU:C:2011:590, pt. 17 ; CJUE, 13 mai 2015, *Dimensione Direct Sales et Labianca*, aff. C-516/13, ECLI:EU:C:2015:315, pt. 17.

³⁰⁰⁹ Voir notamment CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 : « *De la même façon que, dans le cadre des modalités procédurales de son ordre juridique interne, il est appelé, aux fins d'identifier la règle de droit national applicable, à procéder à la qualification des éléments de droit et de fait qui lui ont été soumis par les parties, le cas échéant en invitant ces dernières à apporter toute précision utile, le juge national est tenu, en vertu du principe d'équivalence, de procéder à la même opération aux fins de déterminer si une norme du droit de l'Union est applicable* » (pt. 39).

³⁰¹⁰ Voir, en ce sens, CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, *Rec.* p. I-579 : « *C'est (...) au juge national qu'il revient en définitive de s'assurer [du respect du principe d'équivalence] (...)* » (pt. 32).

³⁰¹¹ J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel* précité, p. 219.

³⁰¹² Cf. *supra*, pt. 552.

les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont appropriés pour sauvegarder les droits individuels conférés par le droit de l'Union »³⁰¹³.

737. L'ultime tâche qui incombe au juge national est un pendant de la précédente³⁰¹⁴. Il lui revient de manipuler certains éléments de droit interne nécessaires à la mise en œuvre du droit de l'Union. En effet, la Cour de justice affirme qu'elle ne peut appréhender des situations relevant du seul droit interne³⁰¹⁵. Elle refuse ainsi de « *qualifier une disposition de droit national au regard [du droit de l'Union]* »³⁰¹⁶. Elle précise également qu'il « *incombe à la juridiction de renvoi de déterminer, dans les affaires dont elle est saisie, quelle est l'interprétation correcte du droit national* »³⁰¹⁷. Enfin, elle rappelle qu'elle n'a pas vocation à vérifier « *l'exactitude* » du « *cadre réglementaire et factuel* » litigieux que seul le juge national « *définit sous sa responsabilité* »³⁰¹⁸. Cette position se retrouve à l'identique lorsqu'est en cause le principe d'équivalence³⁰¹⁹. Toutefois, une particularité mérite d'être notée : contrairement à sa jurisprudence classique, la Cour de justice souligne et insiste avec force sur cette mission du juge national. La délimitation de cadre réglementaire et factuel s'avère indispensable pour procéder à un examen du principe d'équivalence. Nous le verrons³⁰²⁰, à défaut, la Cour de justice se voit incapable de mener un raisonnement susceptible d'apporter une réponse utile au juge national. Tel est le cas si aucune situation interne similaire ne se dégage ou si aucune différence significative entre les traitements n'apparaît. Or tout ceci relève d'éléments de droit interne qu'il revient au juge national de déterminer ou, à tout le moins, d'exposer. Si la Cour de justice s'autorise parfois et avec beaucoup de prudence à proposer des raisonnements en l'absence de tels éléments, elle martèle que seul le juge national est en mesure de les identifier avec certitude. Rares sont les arrêts dans lesquels il n'est pas mentionné

³⁰¹³ CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 33.

³⁰¹⁴ Voir not. G. C. RODRIGUEZ IGLESIAS, « Le droit interne devant le juge international et communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 583-600, spéc. pp. 593 et suivantes.

³⁰¹⁵ Si l'on omet l'hypothèse particulière – quoique fréquente – où « *une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues dans le droit de l'Union* » (126/10, pt. ?). Ici, il ne s'agit en réalité que d'interpréter indirectement le droit interne. Sur cette idée, voir not. A. BARAV, « Une anomalie préjudicielle », in *Mélanges en l'honneur de Gny Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, t. 2, pp. 773-801 (reproduit dans F. PICOD (dir.), *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 161-190).

³⁰¹⁶ CJCE, *Anomar e.a.*, aff. C-6/01 précité, pt. 37.

³⁰¹⁷ CJUE, *Melki et Abdeli*, aff. jt. C-188/10 et C-189/10 précité, pt. 49.

³⁰¹⁸ Pour exemple, CJUE, 4 juin 2020, *C.F. (Contrôle fiscal)*, aff. C-430/19, ECLI:EU:C:2020:429, pt. 22.

³⁰¹⁹ Pour exemple, CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 16.

³⁰²⁰ Cf. *infra*, pt. 740.

que la juridiction nationale « est seule à avoir une connaissance directe des modalités procédurales des recours dans le domaine du droit interne »³⁰²¹.

B. Une répartition en réalité problématique : l'absence d'une juridiction pleinement compétente

738. La répartition des rôles entre les juges nationaux et la Cour de justice pour l'application du principe d'équivalence ne présente aucune réelle spécificité. Le contrôle de la compatibilité du droit interne avec ledit principe s'opère de manière tout à fait classique. Aussi, à l'instar de l'application de toute règle issue du droit de l'Union, des problèmes sont prévisibles pour la mise en œuvre du principe d'équivalence. De telles difficultés ne seraient pas propres au principe d'équivalence. Pour J. PERTEK, « [la] relation [entre juge national et Cour de justice] se noue sur la base de la distinction entre interprétation et application du droit de l'Union. C'est une distinction commode dans son principe, mais qui n'est pas toujours aisée à opérer. Sa mise en œuvre ne va pas sans créer quelques **incertitudes et difficultés**, et elle s'accompagne de certains aménagements »³⁰²². Ce constat doit logiquement se transposer pour ce qui est du principe d'équivalence. En réalité, les « incertitudes et difficultés » qu'évoque J. PERTEK nous paraissent exacerbées pour le principe d'équivalence. Plus que pour toute autre règle de droit de l'Union, la répartition des compétences entre le juge national et la Cour de justice contribue à enliser le contrôle³⁰²³. En caricaturant le trait, ce système aboutit à ce qu'aucune juridiction, ni la Cour de justice, ni le juge national, ne soit *pleinement* en mesure de faire ce contrôle. Les particularités propres au principe d'équivalence ne leur permettent pas de jouer, de manière satisfaisante, leur rôle respectif. La Cour de justice rencontre des difficultés pour livrer une interprétation

³⁰²¹ Voir, par exemple, CJCE, *Preston*, aff. C-78/98 précité, pt. 49 ; CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec.* p. I-9687, pt. 31 ; CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 45 ; CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88, pt. 44 ; CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 41 ; CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 77.

³⁰²² J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel* précité, p. 34 (nous soulignons). Pour J. BOULOUIS (« Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales » précité), ces problèmes résultent d'une « sorte de contradiction résultant de l'existence de deux ordres juridiques et des conditions particulières dans lesquelles s'établissent leur rapport » (p. 25).

³⁰²³ Voir G. F. MANCINI, conclusions sur CJCE, 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, aff. 314/85, *Rec.* p. 4199, spéc. p. 4219. L'avocat général explique les raisons qui, selon lui, doivent conduire à ce que seule la Cour de justice soit compétente pour apprécier la régularité du droit de l'Union. L'une d'elles est assez accessoire et d'ordre pratique, mais présente malgré tout une certaine « importance ». L'avocat général note : « Nous dirons d'abord que le contrôle de la validité des actes communautaires est une opération délicate **qui implique une connaissance parfaite** des dispositions de référence, souvent rédigées dans un jargon difficile, voire ésotérique, ou de données économiques qui ne sont pas facilement accessibles (...) ; donc, une opération pour laquelle le juge national **est peu outillé** ou, en tout cas, beaucoup moins outillé que la Cour de justice ». Cette idée nous semble se transposer pour ce qui est du principe d'équivalence : le juge national ne peut pas disposer d'une connaissance parfaite du principe et doit, pour cela, s'adresser à la Cour de justice. Pour ce qui est du

utile et opérationnelle du principe puisqu'elle est dépendante des éléments fournis par le juge national – et qui font souvent défaut (1.). Parallèlement, le juge national peine à en faire une mise en œuvre concrète puisqu'il est tributaire d'une méthode opérationnelle d'application du principe d'équivalence fournie par la Cour de justice (2.).

1. La Cour de justice, dépendante des éléments fournis par le juge national

739. Il serait exagéré de considérer que, d'une manière générale, la Cour de justice est *dépendante* des éléments fournis par le juge national pour livrer une interprétation du droit de l'Union. Certes, le renvoi préjudiciel n'a pas vocation à intervenir dans une perspective purement abstraite. L'interprétation fournie par le Cour de justice n'a pas à être hypothétique. Dans ce contexte, la Cour veille à ce que le renvoi soit un minimum motivé par le juge national³⁰²⁴. Elle rappelle traditionnellement qu'elle refuse de répondre « *s'il apparaît de manière manifeste que l'interprétation sollicitée du droit de l'Union n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige au principal, lorsque le problème est de nature hypothétique ou encore lorsque la Cour ne dispose pas des éléments de fait et de droit nécessaires pour répondre de façon utile aux questions qui lui sont posées* »³⁰²⁵. Cela étant, ces précisions ne doivent pas être surinterprétées. En aucune manière elles n'attestent d'une totale dépendance de la Cour de justice envers les informations offertes par le juge national. Dans l'absolu, rien ne l'empêche de donner une interprétation du droit de l'Union, y compris si l'ordonnance du juge de renvoi est mal ou pas motivée. La Cour n'impose ces exigences que pour garantir *l'utilité* de l'interprétation délivrée³⁰²⁶.

740. Cette présentation ne vaut pas pour le principe d'équivalence³⁰²⁷. La Cour de justice a proprement besoin des indications fournies par le juge national pour livrer une interprétation opérationnelle du principe d'équivalence. L'enjeu n'est

principe d'équivalence, le problème tient justement en ce que ces deux éléments relèvent de juges différents : la Cour est seule à avoir une connaissance parfaite du principe ; le juge est le seul à être outillé pour l'appliquer.

³⁰²⁴ Voir not. A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices, Revue Générale de Droit Processuel* 1997, n°6, Paris, Dalloz, pp. 1-14 (reproduit dans *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne* précité, pp. 1-17, spéc. pp. 10 et suivantes) ; L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles » précité.

³⁰²⁵ Pour exemple, CJUE, 26 juillet 2017, *Persidera*, aff. C-112/16, ECLI:EU:C:2017:597, pt. 24.

³⁰²⁶ En ce sens, J. BOULOIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales » précité, pp. 29-30.

³⁰²⁷ Cette logique se manifeste également dans d'autres contentieux : voir, pour un exemple relatif au principe de neutralité fiscale en matière de TVA, CJUE, 17 juin 2017, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16, ECLI:EU:C:2017:454, pt. 22.

pas le même. En l'absence d'éléments apportés par le juge national, la Cour de justice est *incapable* d'apporter des précisions sur le principe d'équivalence. Au mieux, elle se contente de considérations très générales³⁰²⁸. Au pire, elle élude la question en affirmant qu'elle « *ne dispose d'aucun élément permettant de douter de la conformité de la réglementation nationale en cause (...) [au principe d'équivalence]* »³⁰²⁹ et elle présume le principe d'équivalence respecté³⁰³⁰. Les acteurs autorisés à intervenir³⁰³¹ devant la Cour, comme la Commission ou les États membres, voire les parties du litige au principal, peuvent suppléer le juge national en proposant eux-mêmes des éléments permettant le contrôle du principe d'équivalence. Toutefois, si certaines affaires montrent une prise en compte de ces éléments³⁰³², la Cour de justice se montre assez réservée à leur égard³⁰³³. Généralement, elle ne les retient que s'ils sont corroborés par le juge national³⁰³⁴. En outre, il est fréquent que le gouvernement de l'État membre concerné présente son droit interne d'une manière à dissiper tout doute au regard du principe d'équivalence³⁰³⁵. Dans une telle hypothèse, la Cour de justice évite de trancher et laisse le soin au juge national de vérifier si la présentation retenue par l'État est ou non véridique³⁰³⁶. Enfin, cette idée se confirme y compris si la Cour de justice dispose d'éléments pertinents pour l'application du principe d'équivalence. En effet, elle renvoie systématiquement au juge national le soin de « *vérifier* » si son appréciation sur le respect du principe d'équivalence est ou non pertinente. Cette prudence peut se comprendre comme un signe de l'incompétence de la Cour de justice.

³⁰²⁸ Pour exemple, CJUE, 22 mai 2014, *Érsekcsanádi Mezőgazdasági*, aff. C-56/13, ECLI:EU:C:2014:352, pt. 61-64.

³⁰²⁹ Pour exemple, CJUE, 4 juin 2020, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431, pt. 33.

³⁰³⁰ Cf. *infra*, pt. 797 et suivants.

³⁰³¹ Sur ce sujet, voir not. F. PICOD, « La transparence dans la procédure juridictionnelle », in J. RIDEAU (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 147-174, spéc. pp. 153 et suivantes.

³⁰³² Pour exemple, CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 45-47.

³⁰³³ Voir CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. BOBEK. Ce dernier souligne que des référentiels nationaux pourraient être identifiés ; « [comme] l'a indiqué le gouvernement polonais lors de l'audience, d'autres types de décisions prises par les consuls font l'objet de procédures de contrôle différentes » (pt. 56). Toutefois, il considère que « **vu le peu d'informations fournies à la Cour à ce sujet, il appartient à la juridiction de renvoi de déterminer quels sont les recours similaires traités par les consuls et si ces recours font l'objet d'un traitement différent** » (pt. 58 – nous soulignons). En résumé, les informations complémentaires apportées ne semblent avoir qu'un poids relatif. Dans d'autres contextes, la Cour retient la même position : pour exemple, voir CJCE, 28 juin 2000, *Laguillaumie*, aff. C-116/00, *Rec. p.* I-4979, pt. 23-24.

³⁰³⁴ En ce sens, CJUE, *Alasini e.a.*, aff. jt. C-317/08 à C-320/08 précité, pt. 51 ; CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 26.

³⁰³⁵ Pour exemple, CJUE, *Câmpean*, aff. C-200/14 précité : « *Afin de démontrer que ces modalités procédurales sont analogues à celles qui sont applicables aux recours similaires, fondés sur la méconnaissance du droit national, le gouvernement roumain a exposé, dans ses observations écrites, le mécanisme [national litigieux] (...)* » (pt. 49).

³⁰³⁶ Pour exemple, CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 55-56 ; CJUE *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 40 ; CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité, pt. 40.

741. Cette attitude très en retrait de la Cour de justice a été expliquée par l'avocat général JACOBS. À l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *BP Soupergaz*³⁰³⁷, il a évoqué le rôle de la Cour de justice vis-à-vis du principe d'équivalence : « [nous] *ne pensons pas qu'il soit nécessaire de se livrer à l'exercice difficile et quelque peu artificiel qui consiste à rechercher une demande comparable fondée sur le droit interne. En effet, une telle approche ne découle pas de la jurisprudence de la Cour en la matière* »³⁰³⁸. Implicitement, l'avocat général considère qu'un tel « *exercice* » ne revient qu'au juge national. Certes, à partir de son arrêt *Palmisani*³⁰³⁹, la Cour a adapté cette jurisprudence. Dans une certaine mesure, elle s'autorise à étudier des référentiels pertinents³⁰⁴⁰. Il ne s'agit toutefois que d'un infléchissement de la position de l'avocat général JACOBS. La Cour s'autorise à mener de telles recherches seulement grâce aux éléments fournis par la juridiction nationale³⁰⁴¹. En définitive, l'identification d'une situation interne similaire ou la comparaison des traitements en cause échappent à la compétence de la Cour de justice, ce qui l'empêche de développer une jurisprudence assez claire et étoffée sur la mise en œuvre du principe d'équivalence.

2. Le juge national, tributaire d'une méthode d'application opérationnelle de la Cour de justice

742. L'incompétence de la Cour de justice pour appliquer le principe d'équivalence n'est en rien étonnante puisque seule la juridiction nationale est en mesure de contrôler réellement le respect du principe d'équivalence. Nos propos précédents ne révéleraient alors aucun problème. En réalité, le juge national n'est pas mieux armé que ne l'est la Cour de justice pour appliquer le principe d'équivalence. Lui aussi se trouve dans une situation qui le rend incapable d'y parvenir. Certes, cette position du juge national n'a rien d'original³⁰⁴². Cependant, elle produit des effets indésirés et insoupçonnés lorsqu'il s'agit de la mise en œuvre du principe d'équivalence. Le nœud du problème se trouve dans la dépendance du juge national

³⁰³⁷ CJCE, 6 juillet 1995, *BP Soupergaz*, aff. C-62/93, *Rec.* p. I-1883.

³⁰³⁸ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *BP Soupergaz*, aff. C-62/93 précité, pt. 58.

³⁰³⁹ CJCE, *Palmisani*, aff. C-261/95 précité.

³⁰⁴⁰ A. BIONDI, « European Court of Justice and Certain National Procedural Limitations: Not Such a Tough Relationship », *CMLR* 1999, n°36, pp. 1271-1287, spéc. p. 1274-1276.

³⁰⁴¹ Pour exemple, CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez c. Jennings*, aff. C-326/96, *Rec.* p. I-7835, pt. 45 et suivants. En effet, même lorsque certains éléments apparaissent à la suite de l'audience, le cadre offert par le juge national reste primordial (pour exemple, voir CJUE, 8 mars 2017, *Euro Park Service*, aff. C-14/16, ECLI:EU:C:2017:177, pt. 39).

³⁰⁴² M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire », *RTDE* 1974, pp. 268-297 : « *la sagesse recommande au juge national de ne refuser qu'avec prudence le renvoi pour interprétation du [droit de l'Union], ce juge étant moins qualifié que s'il s'agissait d'un texte interne pour apprécier dans toute leur ampleur les divers aspects de l'application d'une disposition [européenne] (...)* » (p. 288).

vis-à-vis des indications et interprétations fournies par la Cour de justice. Celui-ci ne saurait être reconnu compétent – au sens juridique du terme – pour appliquer le droit de l'Union de sa propre autorité et à partir de sa propre interprétation. Le renvoi préjudiciel en interprétation permet justement de contourner ce problème³⁰⁴³. Toutefois, il nécessite que le juge national à l'origine du renvoi soit en mesure – ou techniquement compétent – d'y procéder³⁰⁴⁴. En d'autres termes, il doit avoir une connaissance minimale et préalable de la règle européenne pour envisager une saisine de la Cour de justice par un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation de cette règle³⁰⁴⁵. Cette connaissance est tout aussi nécessaire pour que le juge national transmette dans son ordonnance de renvoi les éléments pertinents pour que la Cour livre une interprétation utile du droit de l'Union³⁰⁴⁶.

743. Cette idée selon laquelle le juge national doit disposer d'une connaissance minimale du droit de l'Union européenne relève de l'évidence, même si elle est rarement soulignée en doctrine. J. PERTEK note que « [quelle] *que soit la juridiction concernée, c'est toujours de sa propre autorité, et éventuellement de son propre mouvement, que le juge national évalue la nécessité de l'interprétation, ou de l'appréciation de validité, pour les besoins du litige [et] cette évaluation comporte nécessairement une **première opération d'interprétation**, fût-elle hypothétique, que le juge fait de lui-même ou en utilisant la jurisprudence qui peut être disponible* »³⁰⁴⁷. Partant, cette connaissance minimale et

³⁰⁴³ En ce sens, A. BARAV, « Le renvoi préjudiciel communautaire » précité : « Il est incontestable que sa mise en œuvre et les circonstances dans lesquelles il se déroulait ont permis aux juges nationaux d'acquérir les connaissances d'une discipline qui leur paraissait, parfois, éloignée et à la Cour de justice, par une sorte d'intendance, non seulement de les instruire mais aussi de dégager et d'élucider les principes les plus essentiels de l'ordre juridique communautaire » (p. 15).

³⁰⁴⁴ Voir not. M. LAGRANGE, conclusions CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. Enel*, aff. 6/64, Rec. p. 1141 : « Ce n'est (...) pas "les yeux fermés" et en quelque sorte automatiquement que le juge saisi d'une demande de renvoi doit prononcer celui-ci ; il est tenu d'exercer un certain contrôle (...). En l'espèce, le juge [de renvoi] a effectivement exercé ce contrôle (...). Il a eu, à notre avis, parfaitement raison, car nous estimons que, malgré [l'incertitude sur le droit de l'Union], un contrôle a priori portant sur la pertinence de la question d'interprétation par rapport à la solution du litige (...) est indispensable si l'on veut éviter les exceptions purement dilatoires et l'encombrement par notre Cour par des renvois inconsidérés » (pp. 1181-1182).

³⁰⁴⁵ Sur cette idée, J. PERTEK, v° « Renvoi préjudiciel en interprétation », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 361, 13 février 2019 : l'auteur évoque un « diagnostic du besoin d'interprétation du droit de l'Union dans le litige pendant devant [la juridiction nationale], après qu'elle a constaté, d'elle-même ou à l'initiative d'une partie, l'existence d'une règle de droit de l'Union dans le champ de ce litige » (par. 51). Dans la même optique, M. LAGRANGE (« L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire » précité) note que le « problème du contrôle par le juge national de la pertinence de l'exception soulevée (...) présente deux aspects (...). Le premier, de caractère préalable, porte sur le point de savoir si le litige ne peut pas être résolu sans **application** du [droit de l'Union] ; le second, qui suppose qu'une réponse affirmative a été donnée sur ce point, est de savoir si et dans quelle mesure l'on se trouve bien en présence d'une "question" d'interprétation ou de validité » (p. 286 – il insiste).

³⁰⁴⁶ En ce sens, A. BARAV (*La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983) estime que « les juridictions nationales investies d'une mission communautaire désirent avoir plus de précisions quant à leur fonction. Surtout, elles souhaitent connaître les conséquences concrètes de l'effet direct du droit communautaire à l'intégrité duquel elles doivent veiller à l'intérieur de l'ordre juridique national » (p. 429).

³⁰⁴⁷ J. PERTEK, *Le renvoi préjudiciel* précité, p. 35 – nous soulignons.

préalable s'acquiert par le juge national, notamment par l'intermédiaire de la jurisprudence de la Cour de justice³⁰⁴⁸.

744. Ces remarques sont classiques et ne se limitent pas à la mise en œuvre du principe d'équivalence. Toutefois, la dépendance du juge national aux interprétations et indications fournies par la Cour de justice revêt une ampleur sous-évaluée. En dehors du principe d'équivalence, la connaissance minimale et préalable du juge national est souvent facilement acquise. Sauf s'il adopte une attitude réfractaire au droit de l'Union européenne³⁰⁴⁹, l'existence de la règle européenne suffit à ce qu'il en prenne connaissance. De plus, l'existence d'une jurisprudence européenne relativement établie aide le juge national à mieux cerner la manière d'appréhender la règle européenne. Dans tous les cas, les besoins d'éclaircissement s'identifient relativement facilement. Le juge national peut dès lors saisir la Cour de justice en lui apportant les éléments nécessaires à ce qu'elle livre une interprétation utile de la règle européenne.

745. Les spécificités du principe d'équivalence empêchent de suivre ce schéma. Certes, l'existence du principe est établie et ne fait plus aucun doute. Cependant, nous sommes réticents à affirmer que les juges nationaux en ont une connaissance minimale et préalable. Nous le verrons³⁰⁵⁰, sous réserve que ces illustrations jurisprudentielles soient vraiment représentatives, le juge national peine souvent à appliquer en toute connaissance de cause le principe d'équivalence. Quand il ne l'occulte pas totalement, il en fait généralement une application très approximative ou difficilement lisible. Si des exceptions existent pour certains contentieux, c'est surtout parce que la Cour de justice a livré une jurisprudence relativement claire et opérationnelle³⁰⁵¹. Dans son ensemble, en revanche, nous avons montré que la méthode d'application du principe d'équivalence reste beaucoup trop

³⁰⁴⁸ Évidemment, le rôle des parties à ce titre est loin d'être négligeable. Il reste que seule la juridiction nationale est en mesure d'apprécier si un renvoi est opportun ou non et – surtout – d'affirmer quels éléments permettent de le justifier.

³⁰⁴⁹ Comme l'a été le Conseil d'État français jusqu'à (notamment) sa décision *Nicolo* (CE, ass., 20 octobre 1989, *Rec.* p. 190). Pour exemple, voir B. STIRN, « La construction d'une politique jurisprudentielle du Conseil d'État concernant les rapports entre ordres juridiques », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 916-925.

³⁰⁵⁰ Cf. *infra*, pt. 803 et suivants.

³⁰⁵¹ Pour un exemple en droit français, à propos de la répétition de l'indu fiscal, voir les jugements de tribunaux de grande instance avant que la Cour de justice ne se prononce dans son arrêt *Deville* (aff. 240/87 précité) : TGI Angers, 3 février 1987, *Decelle*, *RJF* 6/1987, n°716 ; TGI Chambéry, 11 juin 1987, *Marcel Gorlier*, *Rev. Droit fiscal* 1988, n°15, comm. 803.

indéterminée et peu opérationnelle³⁰⁵². Ce contexte montre à quel point le juge national est dépendant des indications offertes par la Cour de justice. En outre, aucun équivalent n'existe au principe d'équivalence dans les ordres juridiques nationaux. Même le principe d'égalité, que ce soit dans son essence³⁰⁵³ ou dans sa méthode³⁰⁵⁴, s'en distingue. La seule manière pour le juge national d'acquérir une connaissance minimale et préalable est donc d'assimiler la jurisprudence de la Cour de justice sur le principe d'équivalence. Or celle-ci ne le permet pas pleinement. Impossible pour la juridiction nationale de savoir quels éléments prendre en compte concrètement pour identifier les traitements en cause, apprécier la similitude des situations européenne et interne et comparer lesdits traitements. Dans ce contexte, tout laisse à penser que le renvoi préjudiciel n'apportera aucun éclairage au juge national. *In fine*, la juridiction nationale n'est pas mieux armée qu'elle ne l'était avant le renvoi préjudiciel pour appliquer le principe d'équivalence. Nous nuancerons par la suite ce tableau assez terne. Il reste qu'il révèle bien la profonde dépendance du juge national envers les informations et interprétations offertes par la Cour de justice.

§2 : Les failles d'une simple relation de "collaboration" entre Cour de justice et juge national

746. Les propos précédents sur la répartition des compétences entre Cour de justice et juge national laissent entrevoir ce qui nous paraît être le principal problème qui frappe l'application du principe d'équivalence. Aucune juridiction n'est pleinement compétente pour le mettre en œuvre et chacune a besoin de l'autre. Une relation particulière, qui se traduit par un va-et-vient, un « *dialogue* »³⁰⁵⁵ entre le juge national et la Cour de justice, devient une nécessité pour que le principe d'équivalence s'applique convenablement. L'effet utile du principe d'équivalence³⁰⁵⁶ dépend de la nature de cette relation. Elle se crée et s'entretient par l'action respective de ces juridictions. Or, à nos yeux, cette relation n'est pas suffisamment aboutie à l'heure actuelle vis-à-vis du principe d'équivalence. Ce dysfonctionnement explique en grande partie pourquoi ce dernier ne parvient pas à s'appliquer

³⁰⁵² Cf. *supra*, pt. 643 et suivants.

³⁰⁵³ Cf. *supra*, pt. 268 et suivants.

³⁰⁵⁴ Cf. *supra*, pt. 674 et suivants.

³⁰⁵⁵ Pour exemple, CJUE, *Križan e.a.*, aff. C-416/10 précité, où est mentionné l'idée d'un « *dialogue de juge à juge* » (pt. 66).

³⁰⁵⁶ C'est-à-dire sa capacité à concrètement s'appliquer et être respecté dans les ordres juridiques internes.

concrètement. La jurisprudence de la Cour de justice manque de clarté pour que le juge national ait une connaissance minimale du principe d'équivalence pour l'appliquer ou pour saisir la Cour en lui indiquant les éléments de droit interne pertinents. Le juge national, quant à lui, n'apporte pas assez d'éléments de droit interne quand il procède à un renvoi préjudiciel, empêchant la Cour de justice de détailler et d'éclairer sa jurisprudence sur le principe d'équivalence.

747. Ces propos liminaires méritent d'être précisés. La relation qui lie le juge national et la Cour de justice est une chose connue et largement étudiée par la doctrine³⁰⁵⁷. La jurisprudence de la Cour insiste sur la « coopération » qui unit les deux juridictions pour la mise en œuvre du droit de l'Union³⁰⁵⁸. Dire qu'une telle coopération n'existerait pas lorsqu'il est question du principe d'équivalence n'est évidemment pas tenable. En réalité, il nous semble qu'une telle relation n'est pas suffisante en elle-même pour l'application du principe d'équivalence. Elle doit être d'une autre ampleur³⁰⁵⁹. Une telle idée n'est pas totalement novatrice. La Cour de justice a développé une jurisprudence, principalement pour ce qui est de la recevabilité des renvois préjudiciels, qui atteste d'une forme nouvelle de la relation entre elle et le juge national³⁰⁶⁰. La Cour de justice a été amenée à porter une « attention »³⁰⁶¹ plus prononcée sur l'office du juge national. Aussi controversée soit-elle³⁰⁶², cette jurisprudence met l'accent sur la mission du juge national et sur la

³⁰⁵⁷ Pour exemple, voir A. BARAV, « Transmutations préjudicielles » précité : « Qualifiée parfois de “directe”, parfois d’“étroite”, la coopération entre les juridictions nationales et la Cour de justice dans le cadre de la procédure préjudicielle est articulée autour d’une répartition “impérative” de fonctions dont le respect mutuel constitue la sève. C’est, sans doute, cet esprit de dialogue confiant entre protagonistes qui explique, en partie du moins, le succès du renvoi préjudiciel, même si certains ont pu se demander si ce dernier n’en était pas devenu victime » (p. 20). Voir également F. PICOD, « La coopération juridictionnelle » précité ; J. PERTEK, v° « Renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 360, 4 avril 2018, par. 37 et suivants.

³⁰⁵⁸ Voir pour exemple CJCE, ord., 18 octobre 1979, *Sirena*, aff. 40/70, *Rec. p.* 3169, p. 3170 ; CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, *Rec. p.* 2727, pt. 10 ; CJCE, 27 octobre 1993, *Enderby*, aff. C-127/92, *Rec. p.* I-5535, pt. 10 ; CJCE, 6 juillet 2000, *ATB e.a.*, aff. C-402/98, *Rec. p.* I-5501, pt. 29 ; CJUE, 30 octobre 2011, *Interedil*, aff. C-396/09, *Rec. p.* I-9915, pt. 20 ; CJUE, *Unió de Pagesos de Catalunya*, aff. C-197/10 précité, pt. 16-17.

³⁰⁵⁹ Généralisant cette idée à la mise en œuvre générale du droit de l'Union, voir N. FENGER et M. BROBERG, *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne* précité : « En exerçant son pouvoir d'appréciation, la juridiction nationale, en collaboration avec la Cour de justice, remplit une mission dont elles sont toutes les deux investies et tendant à ce que le droit de l'Union est respecté dans son interprétation et application. Tandis que l'esprit de coopération qui doit présider à l'exécution des missions conférées par l'article 267 TFUE, d'une part, aux juridictions nationales et, d'autre part, à la Cour de justice, exige que cette dernière respecte les responsabilités propres aux juridictions nationales, cet esprit de coopération implique également que, dans l'usage qu'elles font de l'article 267 TFUE, ces juridictions nationales aient égard au propre fonctionnement de la Cour de justice dans ce domaine » (p. 201).

³⁰⁶⁰ Voir G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 619-648, spéc. pp. 620-621 ; D. O'KEEFFE, « Is The Spirit of Article 177 Under Attack ? Preliminary References and Admissibility », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, vol. 2, pp. 695-729.

³⁰⁶¹ M. ROCCATI, *op. cit.*, p. 444.

³⁰⁶² Pour exemple, à ce stade, voir G. VANDERSANDEN, *op. cit.* : « L'appréciation de la recevabilité des questions préjudicielles se pose (...) en d'autres termes que ceux qui valent pour d'autres contentieux, surtout que l'article 177 n'aborde pas la question de la recevabilité et que l'esprit de collaboration qui anime l'usage de la procédure préjudicielle, ne peut s'exercer pleinement que si le juge

nécessité pour lui de bien l'accomplir. À l'évidence, le principe d'équivalence n'a pas fait l'objet d'une telle jurisprudence : la Cour de justice paraît, à certains égards, presque indifférente à l'action du juge national (A.). Dans ces conditions, seule la relation de "coopération" classique unit le juge national et la Cour de justice pour la mise en œuvre du principe d'équivalence. Or, celle-ci ne suffit pas. Dans l'idéal, il faudrait une véritable "symbiose" entre eux, qui passerait par une attitude très volontaire de leur part (B.).

A. Une jurisprudence européenne presque indifférente à l'action du juge national

748. Confrontée à l'application du principe d'équivalence, la Cour de justice est souvent amenée à apporter une réponse assez évasive au juge national. Nous l'avons vu, la grande hétérogénéité des systèmes nationaux et des situations et traitements internes la contraint à retenir des indications et précisions suffisamment souples et générales pour permettre une homogénéité dans l'application du principe d'équivalence³⁰⁶³. Cependant, sa jurisprudence laisse entendre qu'il vaut toujours mieux apporter des éléments de réponse au juge national³⁰⁶⁴. Le refus de répondre ne serait pas une option. Cette attitude de la Cour n'apparaît pas étonnante. La logique de coopération et de bonne volonté véhiculée par sa jurisprudence justifie que la Cour cherche, dans la mesure du possible, à répondre au juge national dès lors que celui-ci l'a saisi d'un tel renvoi³⁰⁶⁵. Quand bien même le juge national ne fournit pas à la Cour de justice des éléments de droit interne pertinents pour étudier le respect du principe d'équivalence, elle choisit de répondre. Ce n'est que dans des cas proprement « *exceptionnels* »³⁰⁶⁶ qu'elle s'y refuse.

749. Cette position de la Cour de justice est certes très classique mais elle témoigne d'une forme d'indifférence sur la nécessité d'assurer une bonne application du principe d'équivalence. Le fait que la Cour accepte aussi facilement de répondre, même lorsqu'elle ne dispose pas d'éléments de droit interne pertinents, nous paraît

national ne se sent pas contraint, dans l'exercice de ses pouvoirs et de sa mission, par une éventuelle intervention de la Cour de justice, qui pourrait même être ressentie comme une sanction » (p. 623).

³⁰⁶³ Cf. *supra*, pt. 630 et suivants.

³⁰⁶⁴ Même s'ils s'avèrent assez limités pour guider le contrôle du juge national.

³⁰⁶⁵ En ce sens, CJCE, *Costa c. Enel*, aff. 6/64 précité, p. 1152.

³⁰⁶⁶ Pour exemple, CJUE, 25 juin 2020, *Ministerio Fiscal (Autorité susceptible de recevoir une demande de protection internationale)*, aff. C-36/20 PPU, ECLI:EU:C:2020:495, pt. 45.

ainsi discutable. En effet, dans une jurisprudence initiée à partir du controversé arrêt *Foglia c. Novello*³⁰⁶⁷, et qui s'est largement développée dans les années 1990³⁰⁶⁸, la Cour a pu présenter au juge national un autre visage³⁰⁶⁹. Dans cette nouvelle jurisprudence, elle hésite moins à refuser de répondre aux questions posées, notamment – pour ce qui nous intéresse – lorsque le juge national s'abstient de lui apporter suffisamment d'éléments de droit interne pertinents. De cette manière, la Cour de justice tente de responsabiliser³⁰⁷⁰ l'action du juge national (1.). L'objectif d'une telle jurisprudence est de lutter contre les négligences des juridictions nationales dans la mise en œuvre du droit de l'Union, notamment dans le cadre du renvoi préjudiciel. Elle reste évidemment discutée en doctrine tant elle s'éloigne de la logique de coopération qui relie juge national et Cour de justice. En tout état de cause, nous nous étonnons que cette position ne se retrouve pas pour le principe d'équivalence (2.).

1. La politique jurisprudentielle européenne traditionnelle de responsabilisation de l'action du juge national

750. En dehors de la mise en œuvre du principe d'équivalence, la doctrine est relativement unanime : elle constate une approche renouvelée du lien qui unit la Cour de justice et le juge national³⁰⁷¹. Le rapport de coopération ou de collaboration qui existait dès l'origine s'est altéré ou a partiellement muté vers autre chose³⁰⁷², notamment à la suite de l'arrêt *Foglia*. Certes, cette affaire reste assez exceptionnelle en elle-même³⁰⁷³. Il demeure qu'elle a constitué un « *épicentre* »³⁰⁷⁴ de ce qu'A. BARAV appelle un « *séisme jurisprudentiel* »³⁰⁷⁵. La *bienveillance*³⁰⁷⁶ dont faisait la preuve la Cour de justice cesse dès lors que le juge national fait preuve de négligences manifestes lors

³⁰⁶⁷ CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Novello*, aff. 104/79, *Rec.* p. 745.

³⁰⁶⁸ Voir P. OLIVER, « La recevabilité des questions préjudicielles : la jurisprudence des années 1990 », *CDE* 2001, pp. 15-43.

³⁰⁶⁹ F. PICOD, « La coopération juridictionnelle » précité : « [de] telles prises de position ont pour effet d'introduire des rapports de hiérarchie entre les juridictions nationales et la Cour de justice qui paraissent étrangers à ce type de procédure et s'éloignent ainsi de l'esprit de coopération ou de collaboration si souvent souligné par la Cour » (p. 222).

³⁰⁷⁰ Nous reprenons ici l'expression de C. BARNARD et d'E. SHARPSTON, « The Changing Face of Article 177 References », *CMLR* 1997, pp. 1113-1171 : les auteurs traitent d'une jurisprudence qui encourage « *the national court to take greater responsibility* » (p. 1167).

³⁰⁷¹ Voir O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 686 et suivantes ; M. ROCCATI, *op. cit.*, pp. 444 et suivantes.

³⁰⁷² Pour une approche plus nuancée, voir C. BARNARD et E. SHARPSTON, *op. cit.* : « *In principle there is nothing wrong, in a system of collaboration between courts, in deciding that one or other partner should do more work. There are, indeed, good reasons for suggesting that the national court, familiar as it is with the factual context of the case and with national law, is better placed than the Court of Justice to work out and summarize relevant facts and national law in its order for reference* » (p. 1167).

³⁰⁷³ Pour exemple, voir G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, pp. 622 et suivantes.

³⁰⁷⁴ A. BARAV, « Transmutations préjudicielles » précité, p. 23.

³⁰⁷⁵ *Ibid.*

de la mise en œuvre du droit de l'Union et dans le cadre du renvoi préjudiciel. Le lien qui rattache la Cour de justice et le juge national dépasse désormais la simple coopération. Il présente des aspects d'un lien de subordination, voire de hiérarchie. Plus clairement, la Cour de justice ne fait plus seulement que reconnaître des prérogatives au juge national ; elle lui impose des obligations³⁰⁷⁷. L'étude de cette jurisprudence est nécessaire pour mieux voir à quel point cette approche ne se retrouve pas pour le principe d'équivalence. Elle se manifeste essentiellement à deux égards : d'une part, par l'accentuation³⁰⁷⁸ des conditions de recevabilité du renvoi préjudiciel (a.) ; d'autre part, dans la reconnaissance de la possibilité pour la Cour de contrôler, voire sanctionner, les jugements des juridictions nationales (b.).

a. L'accentuation des conditions de recevabilité du renvoi préjudiciel

751. De prime abord, il est évident que la Cour de justice limite l'accès à son prétoire, y compris dans le cadre d'un renvoi préjudiciel. La question portait surtout sur les *motifs* retenus pour déclarer un renvoi préjudiciel irrecevable. Durant les premières décennies de fonctionnement du mécanisme, l'argument retenu tenait surtout³⁰⁷⁹ dans l'incompétence³⁰⁸⁰ de la Cour pour répondre à la question³⁰⁸¹. Tel est le cas si elle ne porte manifestement³⁰⁸² pas sur l'interprétation du droit de

³⁰⁷⁶ C. O. LENZ, conclusions sur CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman e.a.*, aff. C-415/93, *Rec.* p. I-4921 : l'avocat général parle d'une « *approche bienveillante* » (pt. 75) de la Cour de justice pour accepter de répondre aux questions posées.

³⁰⁷⁷ De ce point de vue, cette jurisprudence de la Cour de justice atteste d'un « contentieux de troisième génération ». Schématiquement, la première génération a permis à la Cour de justice d'affirmer le *principe* selon lequel le droit de l'Union s'applique et doit s'appliquer dans les États membres (principes d'effet direct et de primauté). La deuxième génération vise à préciser *comment* le droit de l'Union doit s'appliquer (principes d'équivalence, d'effectivité, de protection juridictionnelle effective, de proportionnalité, etc.). La troisième génération, enfin, a vocation à vérifier que les juges nationaux respectent effectivement les principes issus des contentieux des deux premières générations. Voir not. E. DUBOUT, « Le « contentieux de la troisième génération » ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007, pp. 427-443.

³⁰⁷⁸ Ou une « *intensité croissante de l'examen de la pertinence des questions* [posées] » (N. FENGER et M. BORBERG, *op. cit.*, p. 204).

³⁰⁷⁹ On n'évoque pas ici la jurisprudence relative à la notion de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE (voir not. CJCE, 17 septembre 1997, *Dorsch Consult*, aff. C-56/96, *Rec.* p. I-4961). Cette condition est explicitement prévue par le traité pour que la saisine de la Cour de justice soit recevable. Nous la passons sous silence ici puisqu'elle ne préjuge pas de la relation entretenue par la Cour de justice vis-à-vis des autorités qui la saisissent.

³⁰⁸⁰ A. BARAV (« Transmutations préjudicielles » précité) note que, « [par] *confusion des genres*, la Cour emploie indifféremment les expressions *incompétence*, *irrecevabilité* et *non-lieu à statuer* » (p. 20). Pour exemple, voir CJCE, 6 avril 1962, *Bosch e.a.*, aff. 13/61, *Rec.* p. 89 : le renvoi doit se faire, dans le silence des textes, « *dans une forme directe et simple qui permette à la Cour d'exercer sa compétence* » (p. 102).

³⁰⁸¹ R. LECOURT (*op. cit.*) : « *la Cour* [se refusera] à apprécier les motifs pour lesquels le juge national l'interroge et [s'interdira] de rechercher la pertinence des questions qu'il lui pose. Dans cet esprit elle rejette toute objection d'irrecevabilité, fût-elle présentée par les États membres et, lorsque la question posée échappe manifestement à l'emprise des traités, **elle se retranche derrière sa propre compétence** (...). Tout marque son souci de discrétion à l'égard du juge national en même temps que son désir de l'aider dans sa tâche nouvelle de juge communautaire » (p. 273 – nous soulignons).

³⁰⁸² Dans la mesure du possible, la Cour s'efforce de reformuler les questions posées pour les purger de leurs éventuels défauts. Pour exemple, CJCE, 6 mai 1980, *Lee*, aff. 152/79, *Rec.* p. 1495 : « *Il n'appartient* (...) *pas à la Cour*

l'Union³⁰⁸³. De même, il arrive qu'elle s'abstienne de répondre à certains juges qui manquent de motiver un minimum leur renvoi. Ce refus s'appréhende³⁰⁸⁴ comme l'impossibilité³⁰⁸⁵ pour la Cour d'apporter une réponse *utile* au juge national. Dans ces cas, elle juge « *regrettable que la juridiction nationale n'ait donné aucune motivation à ses ordonnances de renvoi (...)* »³⁰⁸⁶. Elle considère que, sauf si ce défaut de motivation éclipse tout intérêt pour la Cour de répondre³⁰⁸⁷, « *il serait contraire à l'économie de la procédure de ne pas répondre, **pour cette seule raison**, aux questions posées par la juridiction nationale* »³⁰⁸⁸. Plus généralement, elle ne juge irrecevable un renvoi que « *dans des cas exceptionnels où il est manifeste que la disposition (...) dont l'interprétation est demandée n'est pas applicable au litige* »³⁰⁸⁹ ou n'a « *aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige* »³⁰⁹⁰.

752. Ce paradigme, caractérisé par la grande « *souplesse* »³⁰⁹¹ dans l'appréciation de la recevabilité du renvoi préjudiciel, se modifie³⁰⁹² à partir de l'arrêt *Foglia c. Novello*. La Cour de justice, ici, refuse de répondre à un renvoi préjudiciel parce qu'elle considère le litige au principal comme « *fictif* ». Loin d'être anodin, « [cet] *arrêt est fondamental* »³⁰⁹³. G. VANDERSANDEN souligne que, « *en effet, [il modifie] non seulement la technique d'utilisation [du renvoi préjudiciel], mais également sa nature. Modification de la technique dans la mesure où le juge national doit désormais “**rendre des comptes**” à la Cour de justice, éventuellement en transmettant le dossier de procédure et en répondant à des questions de la Cour (...). Modification conceptuelle, en ce sens que le juge national (...) est désormais soumis au contrôle de la Cour qui (...) se réserve le droit exclusif*

de justice d'interpréter, dans le cadre de la fonction qu'elle est appelée à exercer en vertu de l'article 177 du traité, le droit interne d'un État membre. La question posée doit dès lors être comprise dans ce sens qu'elle demande quelles obligations la directive impose aux États membres (...) » (pt. 11).

³⁰⁸³ Pour exemple, CJCE, 20 février 1973, *Fonderie Officine Riunite*, aff. 54/72, Rec. p. 193 : « *la Cour, dans le cadre de l'article 177, n'a pas de compétence pour trancher un litige relatif à l'interprétation d'une loi nationale* » (pt. 8).

³⁰⁸⁴ Pour une approche plus nuancée, voir not. L. COUTRON (« La motivation des questions préjudicielles » précité, pp. 110-111) : reprenant le constat d'A. TIZZANO, il voit dans cette jurisprudence des « *signes avant-coureurs* » (p. 111) de l'arrêt *Foglia* et ceux qui suivront.

³⁰⁸⁵ En ce sens, CJCE, 11 juin 1987, *Pretore di Salò*, aff. 14/86, Rec. p. 2545 : « *compte tenu de la généralité de la question et en l'absence d'éléments concrets permettant d'identifier les doutes du juge de renvoi, la Cour se trouve dans l'impossibilité de répondre à la question posée* » (pt. 16).

³⁰⁸⁶ CJCE, 12 juin 1986, *Bertini*, aff. jt. 98/85, 162/85 et 258/85, Rec. p. 1885, pt. 7.

³⁰⁸⁷ *Ibid.*, pt. 8.

³⁰⁸⁸ *Ibid.*, pt. 7 – nous soulignons.

³⁰⁸⁹ Pour exemple, CJCE, 26 septembre 1985, *Thomasdünger*, aff. 166/84, Rec. p. 3001, pt. 11.

³⁰⁹⁰ Pour exemple, CJCE, 16 juin 1981, *Salonia*, aff. 126/80, Rec. p. 1563, pt. 6.

³⁰⁹¹ En ce sens, F. PICOD, « La coopération juridictionnelle » précité : « *de tels principes ont été le plus souvent considérés avec une certaine souplesse (...)* » (p. 220).

³⁰⁹² D. O'KEEFE, « Is The Spirit of Article 177 Under Attack ? Preliminary References and Admissibility » précité : « *in fact, the Court interpreted its role as being an active one, encouraging the dialogue with national courts and eschewing recourse to formalism* » (p. 708).

³⁰⁹³ G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 622.

d'apprécier le bon usage [du renvoi préjudiciel] (...) »³⁰⁹⁴. Certains auteurs ont tenté de nuancer cette vision des choses. La Cour elle-même estime qu'il s'agit toujours d'entretenir une relation de collaboration avec le juge national. Elle indique ainsi que « *l'esprit de collaboration qui doit présider au fonctionnement du renvoi préjudiciel implique également que, de son côté, le juge national ait égard à la fonction confiée à la Cour (...)* »³⁰⁹⁵, et soit donc tenu de ne pas la saisir de « *questions générales ou hypothétiques* »³⁰⁹⁶. Tout dépend *in fine* de la manière d'appréhender cette jurisprudence³⁰⁹⁷ : s'agit-il simplement d'une limitation de la recevabilité du renvoi préjudiciel ou, en réalité, d'une forme de remontrance de la Cour de justice à l'égard du travail des juges nationaux ?

753. Pour l'étude du principe d'équivalence, il convient de s'attarder sur la motivation des ordonnances de renvoi. Traditionnellement, la Cour de justice invite le juge national à lui indiquer les éléments de fait et de droit qui caractérisaient le litige au principal. Ce n'est que dans des situations très exceptionnelles que la Cour estime la motivation de l'ordonnance insuffisante. Elle arrive à cette conclusion si cette insuffisance risque d'affecter le débat contradictoire³⁰⁹⁸ ou si elle ne permet pas à la Cour de livrer une interprétation utile du droit de l'Union. En un mot, cette jurisprudence ne s'appréhendait pas comme une critique de la Cour vis-à-vis de la *qualité* du travail effectué par le juge national pour lui apporter les éléments pertinents de droit interne.

754. L'affaire *Telemarsicabruzzi*³⁰⁹⁹ rompt avec cette vision. La motivation de cet arrêt est pourtant assez sobre. La Cour de justice rappelle classiquement sa volonté de livrer une interprétation du droit de l'Union « *qui soit utile* »³¹⁰⁰, ce qui exige du juge national qu'il « *définisse le cadre factuel et réglementaire* »³¹⁰¹ de son litige. Elle constate ensuite que « *les ordonnances de renvoi ne contiennent aucune indication à cet*

³⁰⁹⁴ *Ibid.* – nous soulignons.

³⁰⁹⁵ CJCE, 16 juillet 1992, *Lourenço Dias*, aff. C-343/90, *Rec.* p. I-4673, pt. 17.

³⁰⁹⁶ *Ibid.* Voir également CJCE, 6 juillet 1992, *Meilicke*, aff. C-83/91, *Rec.* p. I-4871, pt. 25.

³⁰⁹⁷ Voir G. TESAURO, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and National Courts », *YEL* 1993, n°13, pp. 1-17, spéc. pp. 12 et suivantes.

³⁰⁹⁸ La motivation du juge de renvoi permet aux intervenants devant la Cour de justice de disposer à égalité d'informations suffisantes pour débattre. Voir N. FENGER et M. BROBERG, *op. cit.*, p. 385, citant comme exemples l'arrêt *Holdijk* (CJCE, 1^{er} avril 1982, aff. jt. 141/81 à 143/81, *Rec.* p. 1299, pt. 6) ; F. PICOD et J. RIDEAU, v^o « Renvoi préjudiciel » précité, par. 163.

³⁰⁹⁹ CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzi e.a.*, aff. jt. C-320/90 à C-322/90, *Rec.* p. I-393.

³¹⁰⁰ *Ibid.*, pt. 6.

³¹⁰¹ *Ibid.*

égard»³¹⁰² et que cette lacune peut difficilement être compensée par d'autres moyens³¹⁰³. En réalité, ce sont les conclusions de l'avocat général GULMANN qui se présentent comme des remontrances à l'égard du juge de renvoi. Rappelant l'esprit qui guidait la jurisprudence jusqu'alors sur ce sujet, il affirme qu'« *on peut se demander si la Cour ne devrait pas refuser de répondre **plus fréquemment** (...)* »³¹⁰⁴. Il précise même que « *les raisons [traditionnellement apportées à ces refus de répondre] suffisent déjà à fonder une attitude un peu plus restrictive de la part de la Cour sur ce point* »³¹⁰⁵. Cette suggestion a été, de toute évidence, suivie par la Cour³¹⁰⁶. Comme le résume A. BARAV, cet arrêt « *représente le point de départ d'une avalanche d'ordonnances déclarant irrecevables des demandes de décision préjudicielle* »³¹⁰⁷. Certes, la justification avancée par la Cour de justice reste classique : elle ne fait que rappeler son besoin de connaître les éléments de droit interne pour donner une interprétation utile au droit de l'Union³¹⁰⁸. Le message caché, voire subliminal³¹⁰⁹, est toutefois assez clair : pour reprendre les termes d'A. BARAV, « [s']érigeant en **censeur**, la Cour s'autorise à s'immiscer dans le domaine réservé au juge national, devenu un **subalterne** comparse et à apprécier, par une sorte de vicariance, aussi bien la nécessité des questions posées que leur pertinence »³¹¹⁰. L'avocat général GULMANN l'affirme ainsi : « *c'est justement parce que [le renvoi préjudiciel] présuppose une coopération étroite entre les juridictions nationales et la Cour qu'il est nécessaire que les premières **soient conscientes de l'importance décisive** de ce que la Cour connaisse suffisamment le contexte matériel et juridique dans lequel s'inscrivent les questions déferées* »³¹¹¹.

755. Cette approche se confirme toujours aujourd'hui. L'article 101 du règlement de procédure a reconnu explicitement à la Cour de justice la possibilité de demander des éclaircissements. Implicitement, c'est donc qu'il y avait besoin de pallier un problème latent tenant aux mauvaises motivations des ordonnances de renvoi. Cette disposition n'a été quasiment pas utilisée et la Cour préfère encore

³¹⁰² *Ibid.*, pt. 8.

³¹⁰³ *Ibid.*, pt. 9.

³¹⁰⁴ C. GULMANN, conclusions sur CJCE, *Telemarsicabruzgo e.a.*, aff. jt. C-320/90 à C-322/90 précité, pt. 20 – nous soulignons.

³¹⁰⁵ *Ibid.*

³¹⁰⁶ Pour exemple, CJCE, 19 mars 1993, *Pretore di Genova*, aff. C-157/92, *Rec.* p. I-1085, pt. 4-6 ; CJCE, 23 mars 1995, *Saddik*, aff. C-458/93, *Rec.* p. I-511, pt. 12 et pt. 14.

³¹⁰⁷ A. BARAV, « Transmutations préjudicielles » précité, p. 31.

³¹⁰⁸ Voir P. OLIVER, *op. cit.*, pp. 28-29.

³¹⁰⁹ En ce sens, D. O'KEEFFE, « Is The Spirit of Article 177 Under Attack ? Preliminary References and Admissibility » précité, p. 711.

³¹¹⁰ A. BARAV, *op. cit.*, p. 34 – nous soulignons.

³¹¹¹ C. GULMANN, conclusions sur CJCE, *Telemarsicabruzgo e.a.*, aff. jt. C-320/90 à C-322/90 précité, pt. 19 – nous soulignons.

déclarer le renvoi irrecevable³¹¹². Elle reste ainsi réticente à accepter de répondre aux renvois préjudiciels mal motivés, alors même qu'elle dispose d'un moyen pour y remédier. Évidemment, les choses sont assez nuancées. La Cour de justice continue de rappeler qu'elle veut conserver une approche assez libérale et tolérante vis-à-vis du juge national³¹¹³, en compensant les défauts d'une ordonnance trop peu motivée³¹¹⁴. Elle justifie toujours, formellement, les irrecevabilités sur l'impossibilité pour elle de donner une interprétation qui soit *utile* au juge national³¹¹⁵. Enfin, elle fonde cette jurisprudence moins libérale toujours sur « *l'esprit de collaboration* »³¹¹⁶ – et non sur une logique de subordination – qui unit, de manière réciproque, le juge national et la Cour de justice. Malgré tout, elle affirme sans équivoque qu'« [il] *est indispensable que la Cour dispose du cadre factuel et réglementaire du litige au principal (...)* »³¹¹⁷. Il demeure que, à travers cette jurisprudence, le juge national se voit pleinement investi de la responsabilité de porter à la connaissance de la Cour de justice les éléments pertinents de droit interne. Une éventuelle défaillance de sa part sur ce sujet aurait pour effet de paralyser la compétence de la Cour de justice pour interpréter le droit de l'Union.

b. La reconnaissance d'une forme de contrôle et de sanction du jugement des juridictions nationales

756. Dans une moindre mesure, la Cour de justice cherche à *responsabiliser* l'action du juge national en se reconnaissant la possibilité de contrôler, voire

³¹¹² Pour exemple, CJCE, 23 février 2003, *Simoncello et Boerio*, aff. C-445/01, *Rec. p. I-1807*, pt. 22-23.

³¹¹³ L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles » précité : même récemment, « [la] *jurisprudence de la Cour de justice sur la recevabilité des questions préjudicielles n'est toutefois pas monolithique. C'est ainsi que l'irrecevabilité cède parfois la place à l'incompétence ou que la Cour vérifie occasionnellement d'office sa compétence alors qu'il découle implicitement d'autres affaires que cette question n'est pas d'ordre public* » (p. 115).

³¹¹⁴ *Ibid.*, pp. 116 et suivantes.

³¹¹⁵ En ce sens, pour exemple, voir CJCE, ord., 2 février 1996, *Bresle*, aff. C-257/95, *Rec. p. I-233* : « la *nécessité de parvenir à une interprétation du droit communautaire qui soit utile pour le juge national exige, selon une jurisprudence constante, que celui-ci définisse le cadre factuel et réglementaire dans lequel s'insèrent les questions [posées] (...)* » (pt. 16 – nous soulignons). Dans la même idée, voir CJCE, 21 décembre 1995, *Max Marra*, aff. C-307/95, *Rec. p. I-5083*, pt. 9 ; CJCE, 8 juillet 1998, *Agostini*, aff. C-9/98, *Rec. p. I-4261*, pt. 6 et pt. 9.

³¹¹⁶ Ce *dictum* est employé par la Cour de justice pour rappeler qu'elle a pour mission « *de contribuer à l'administration de la justice dans les États membres et non pas de formuler des opinions consultatives sur des questions générales ou hypothétiques* » (pour exemple, CJUE, 5 septembre 2019, *Eli Lilly and Company*, aff. C-239/19, ECLI:EU:C:2019:687, pt. 16). Pour un exemple où ce *dictum* se rattache explicitement à la nécessité d'une bonne motivation du renvoi préjudiciel, voir CJUE, 24 mars 2011, *Abt e.a.*, aff. C-194/10, ECLI:EU:C:2011:182, pt. 30-32.

³¹¹⁷ CJUE, 9 décembre 2010, *Fluxys*, aff. C-241/09, *Rec. p. I-12773*, pt. 30 – nous soulignons. La citation complète est : « *Il est indispensable que la Cour dispose du cadre factuel et réglementaire du litige au principal, car les informations fournies dans les décisions de renvoi servent non seulement à permettre à la Cour de fournir des réponses utiles, mais également à donner aux gouvernements des États membres ainsi qu'aux autres parties intéressées la possibilité de présenter des observations conformément à l'article 23 du statut de la Cour de justice. Il incombe à la Cour de veiller à ce que cette possibilité soit sauvegardée, compte tenu du fait que, en vertu de cette disposition, seules les décisions de renvoi sont notifiées aux parties intéressées. Partant, si la Cour doit pouvoir s'en remettre de la façon la plus large à l'appréciation du juge national en ce qui concerne la nécessité des questions qui lui sont adressées, elle doit être mise en mesure de porter toute appréciation inhérente à l'accomplissement de sa propre fonction, no tamment en vue de vérifier, le cas échéant, comme toute juridiction en a l'obligation, sa propre compétence* ».

sanctionner, les jugements des juridictions nationales. Certes, l'idée d'une subordination des juges nationaux à la Cour de justice a toujours été un sujet sensible. Très tôt, si certains auteurs l'ont envisagée, ils reconnaissent qu'elle reste irréaliste³¹¹⁸. M. LAGRANGE, par exemple³¹¹⁹, pose ce diagnostic, rappelant que « *l'harmonie entre l'application du droit communautaire et celle du droit interne ne peut se réaliser d'une manière satisfaisante que par l'effet d'une collaboration loyale nette entre les juges nationaux et les juges des Communautés* »³¹²⁰, et non par des mécanismes de hiérarchies et de sanctions. En d'autres termes, si la Cour de justice cherche à responsabiliser les juges nationaux dans leur office de juge de droit commun du droit de l'Union, elle ne le fait concrètement qu'à travers l'accentuation des conditions de recevabilité du renvoi préjudiciel.

757. Cette présentation est dépassée à la lecture de l'arrêt *Köbler*³¹²¹ de la Cour de justice. Celle-ci admet explicitement que la responsabilité de l'État membre puisse être engagée du fait d'un acte juridictionnel violant le droit de l'Union. Une juridiction nationale faisant une mauvaise application de ce droit pourra être indirectement réprimandée si la responsabilité de l'État membre est engagée. Certes, la Cour de justice limite les conditions de cette responsabilité³¹²². En outre, parallèlement, dans un arrêt *Commission c. Italie*³¹²³, la Cour rappelle qu'un manquement peut être imputé à une « *institution constitutionnellement indépendante* »³¹²⁴. Cela sous-entend qu'il puisse s'agir d'un juge. Là encore, le ton est très mesuré³¹²⁵. En l'occurrence, la Cour ne fait que reprocher assez subtilement et avec beaucoup de prudence le fait que certaines juridictions nationales n'aient pas interprété une législation interne de manière conforme avec le droit de l'Union³¹²⁶. Malgré ces

³¹¹⁸ Une sanction de la défaillance d'un juge national est théoriquement possible – principalement par la constatation d'un manquement ou en engageant la responsabilité de l'État membre –, elle reste impossible à infliger en pratique, voire contre-productive. Sur cette option, voir la présentation qu'en fait O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, pp. 638 et suivantes.

³¹¹⁹ Dans la même idée, voir R. LECOURT, *L'Europe des juges* précité, pp. 266-267.

³¹²⁰ M. LAGRANGE, « L'action préjudicielle dans le droit interne des États membres et en droit communautaire » précité, p. 290.

³¹²¹ CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, Rec. p. I-10239.

³¹²² Seules les violations commises par un juge statuant en dernier ressort sont retenues (*ibid.*, pt. 52). De même, la responsabilité de l'État ne peut « être engagée que dans le cas exceptionnel où le juge a méconnu de manière manifeste le droit applicable » (*ibid.*, pt. 53).

³¹²³ CJCE, 9 décembre 2003, *Commission c. Italie*, aff. C-129/00, Rec. p. I-14637.

³¹²⁴ *Ibid.*, pt. 29.

³¹²⁵ Nous comprenons cet arrêt comme imputant le manquement à la législation nationale litigieuse qui « n'est pas suffisamment claire pour assurer une application compatible avec le droit communautaire » (*ibid.*, pt. 33).

³¹²⁶ *Ibid.* : « des décisions de justice isolées ou fortement minoritaires dans un contexte jurisprudentiel marqué par une autre orientation, ou encore une interprétation démentie par la juridiction suprême nationale, ne sauraient être prises en compte. Il n'en est

réerves, comme le souligne E. DUBOUT, « rien ne semble s'opposer à ce que le pas soit définitivement franchi, et que l'activité des juridictions suprêmes nationales puisse être constitutive d'un manquement »³¹²⁷. La Cour de justice l'admet à l'occasion de son arrêt *Précomptes mobiliers*, dans lequel elle constate que le Conseil d'État français, en faisant une application erronée du droit de l'Union et en s'étant abstenu d'opérer un renvoi préjudiciel, a été à l'origine d'un manquement de l'État français³¹²⁸.

758. La portée de cette jurisprudence qui cherche à mieux surveiller l'action des juges nationaux doit rester nuancée³¹²⁹. Une fois encore, la logique de coopération et d'entraide qui les unit à la Cour de justice doit prévaloir. Dans les faits, il s'agit surtout pour la Cour de justice de poser des garde-fous pour prévenir d'éventuels et excessifs abus et moins de se proclamer comme une autorité supérieure³¹³⁰. Il reste que le principe d'un juge national absolument intouchable, bénéficiant d'une confiance indéfectible, disparaît. En somme, la Cour de justice dispose des outils nécessaires, sinon contraindre le juge national à accomplir sa mission, du moins pour vérifier et s'assurer qu'il le fasse convenablement. Plus simplement, elle s'autorise à lui indiquer, d'une manière ou d'autre, plus ou moins diplomatiquement, qu'il n'a pas effectué le travail qui lui incombe en sa qualité de juge de droit commun du droit de l'Union.

2. Une position jurisprudentielle visiblement évitée pour le principe d'équivalence

759. La jurisprudence précédemment décrite reste discutée par la doctrine. Certains y voient un changement de logique inapproprié et une incohérence dans le discours de la Cour de justice relatif à sa relation avec le juge national³¹³¹. Il reste que,

pas de même d'une interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême, voire confirmée par celle-ci » (pt. 32).

³¹²⁷ E. DUBOUT, « Le "contentieux de la troisième génération" ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire » précité, p. 438.

³¹²⁸ CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France (Précompte mobilier)*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.

³¹²⁹ Outre les références déjà citées, voir M. ROCCATI, *op. cit.*, pp. 450-452.

³¹³⁰ E. DUBOUT, *op. cit.* : ce contentieux de troisième génération « stigmatise la difficulté pour la Cour de justice de contraindre les juges internes à respecter son autorité. En eux-mêmes, ces arrêts ne sauraient être considérés comme proprement coercitifs, car, ultimement, la collaboration nationale reste nécessaire à leur effectivité. Le contentieux de la troisième génération n'a donc pas vocation à en être vraiment un : il ne peut encore s'agir que d'une incitation et non d'une soumission » (p. 443).

³¹³¹ Pour exemple, A. BARAV, « Transmutations préjudicielles » précité : « La portée et les effets de cette jurisprudence vont au-delà du rejet de telle ou telle demande de décision préjudicielle. Ils constituent, en réalité, une palinodie et se répercutent, inéluctablement, aussi bien sur le caractère fondamental que sur l'authenticité de la procédure préjudicielle et remettent en cause son efficacité » (p. 21).

pour d'autres auteurs³¹³², l'objectif poursuivi est difficilement contestable. En responsabilisant l'action du juge national, en veillant à ce que celui-ci exerce son office de manière satisfaisante, la Cour cherche à ne plus dépendre de son seul bon vouloir. Elle incite les juges nationaux à saisir de renvois préjudiciels qui présentent certaines qualités. Le lien entre la Cour de justice et le juge national se renforce et leur interdépendance dans l'application du droit de l'Union s'accroît. Enfin, la méthode retenue par la Cour reste assez douce : à aucun moment le juge national ne fait l'objet de directes et franches remontrances sur la manière dont il exerce son office. Si une réprobation se perçoit, ce n'est que très tacitement.

760. Dans ce contexte, il aurait été logique que la Cour de justice suive cette ligne jurisprudentielle relative à l'application du principe d'équivalence. Tel n'est toutefois pas le cas. La Cour retient une approche excessivement tolérante vis-à-vis de l'action du juge national (a.). Cette position jurisprudentielle se justifie difficilement et nous paraît discutable, voire regrettable (b.).

a. Une attitude excessivement tolérante de la Cour de justice vis-à-vis du juge national

761. Nous l'avons vu, afin d'apporter une réponse utile au juge national sur le principe d'équivalence, la Cour de justice a nécessairement besoin que celui-ci lui apporte un minimum d'éléments de droit internes. En leur absence, la réponse de la Cour de justice sera fatalement évasive. Dans ces conditions, la question se pose : si le juge national ne précise pas suffisamment le cadre factuel et réglementaire de son litige pour permettre à la Cour de lui donner une réponse utile, ne faudrait-il pas déclarer le renvoi irrecevable ? La jurisprudence *Telemarsicabruzzzo*³¹³³ invite à répondre positivement. La sanction d'une ordonnance du juge national qui ne permet pas à la Cour de justice d'offrir une réponse *utile* au juge national est l'irrecevabilité du renvoi préjudiciel. Cette sanction s'imposerait d'autant plus que, pour l'application du principe d'équivalence, la Cour serait contrainte à livrer une réponse "*non utile*" au juge. Or, lorsque le principe d'équivalence est en jeu, l'irrecevabilité n'est pas

³¹³² Pour exemple, G. VANDERSANDEN (*op. cit.*) souligne justement que « cette jurisprudence – qui a suscité de vives critiques de la doctrine – n'est pas en soi choquante. N'est-il par normal, en effet, que la Cour de justice, appelée à se prononcer sur une question préjudicielle examine au préalable la recevabilité de cette question, comme chaque juridiction le fait à l'occasion de toute action dont elle est saisie ? » (pp. 622-623).

³¹³³ CJCE, *Telemarsicabruzzzo e.a.*, aff. jt. C-320/90 à C-322/90 précité.

prononcée, voire pas évoquée, pour des raisons tenant au manque d'informations fournies par le juge national.

762. La position de la Cour de justice sur le principe d'équivalence s'avère, de ce point de vue, très tolérante. Elle admet la recevabilité du renvoi, y compris si sa réponse fait état d'une insuffisance d'éléments de droit interne³¹³⁴. La Cour constate fréquemment « *qu'aucun élément du dossier soumis à la Cour ne permet de douter de la compatibilité de ces dispositions de droit allemand avec le principe d'équivalence* »³¹³⁵. Cette affirmation doit évidemment être précisée. En elle-même, elle ne préjuge en rien de l'action du juge national. Si aucun élément n'a été apporté à la connaissance de la Cour de justice, c'est peut-être parce qu'il n'en existe aucun³¹³⁶. Le juge national n'a donc pas mal motivé son renvoi ; il n'a fait que révéler l'état du droit interne qui respecte le principe d'équivalence. Cette vision mérite surtout d'être retenue dans les arrêts de la Cour de justice pour lesquels la question préjudicielle ne porte pas, même indirectement, sur le principe d'équivalence³¹³⁷. On peut éventuellement regretter que la Cour de justice, dans ces circonstances, n'explique pas en quoi le droit interne, tel que présenté par le juge de renvoi, lui paraît respecter le principe d'équivalence³¹³⁸.

763. Une autre lecture de ce *dictum* de la Cour de justice est possible. Lorsque la question posée porte incidemment – voire explicitement et directement – sur le principe d'équivalence, il devient pour le moins problématique que la Cour ne dispose d'aucun élément pour vérifier si ce principe est ou non respecté³¹³⁹. Pourtant, l'irrecevabilité du renvoi n'est pas reconnue en raison de la motivation incomplète de

³¹³⁴ Nous mettons de côté les arrêts où le principe d'équivalence n'est que mentionné et où il est manifestement respecté. Comme l'indique, par exemple, l'avocat général M. BOBEK (conclusions sur CJUE, 21 juin 2017, *W e.a.*, aff. C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484), « [à] défaut d'informations détaillées sur les règles de preuves applicables à des cas analogues en droit national, [on se] limite ici à des observations sur le principe d'effectivité sans aborder le principe d'équivalence » (note 15). Dans cette idée, voir CJUE, *Diallo*, aff. C-246/17 précité, pt. 59-60 ; CJUE, 5 mars 2019, *Eesti Pagar*, aff. C-349/17, ECLI:EU:C:2019:172, pt. 137-138.

³¹³⁵ Pour exemple, CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-276/01, *Rec. p.* I-3735, pt. 65.

³¹³⁶ Implicitement, dans cette idée, voir CJUE, 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979.

³¹³⁷ En ce sens, voir CJUE, 26 juin 2019, *Addiko Bank*, aff. C-407/18, ECLI:EU:C:2019:537 : « [s']agissant (...) du principe d'équivalence, **qui ne fait pas l'objet de la demande de décision préjudicielle**, il y a lieu de relever (...) que la Cour ne dispose d'aucun élément de nature à susciter un doute quant à la conformité avec ce principe de la réglementation nationale en cause au principal. » (pt. 47 – nous soulignons). Dans la même idée, voir CJUE, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19 précité : la Cour évoque rapidement sa jurisprudence sur le principe d'équivalence (pt. 32) et note qu'aucun doute n'apparaît (pt. 33). Elle fait après avoir étudié la recevabilité de la question préjudicielle (pt. 22). Cependant, le principe d'équivalence ne posait absolument aucun problème ; il était même considéré comme respecté par le juge de renvoi (pt. 17). Pour un autre exemple, CJUE, 6 octobre 2020, *La Quadrature du Net e.a.*, aff. jt. C-511/18, C-512/18 et C-520/18, ECLI:EU:C:2020:791, pt. 222 et suivants.

³¹³⁸ Sur cette critique, cf. *supra* (pt. 644 et suivants) sur la nécessité pour la Cour de préciser la méthode d'application du principe d'équivalence dès lors qu'elle dispose des éléments lui permettant de le faire.

l'ordonnance du juge national. Si les questions préjudicielles sont déclarées irrecevables, d'autres motifs sont invoqués, comme le caractère hypothétique de la question³¹⁴⁰ ou l'absence de rapport avec l'objet ou la réalité du litige³¹⁴¹. Il demeure que, à notre étonnement, la Cour de justice s'abstient de déclarer irrecevables des renvois préjudiciels portant sur le principe d'équivalence, alors même qu'aucun élément ne permet de douter de son respect. Elle accepte de fournir une réponse évasive sur le principe d'équivalence y compris lorsqu'elle prend le temps d'étudier la recevabilité du renvoi³¹⁴². L'arrêt *Santoro*³¹⁴³ est topique du problème que nous décrivons. La seconde question posée par le juge national dans cette affaire porte exclusivement sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence en droit du travail³¹⁴⁴. La Cour étudie et reconnaît succinctement la recevabilité du renvoi. Elle note même que « *la décision de renvoi expose le cadre factuel et juridique de manière suffisante pour permettre de déterminer la portée des questions posées* »³¹⁴⁵. Cependant, elle indique plus loin, après avoir fait de légères précisions à ce son sujet, que « *la Cour ne dispose pas d'éléments permettant de douter de la compatibilité des dispositions en cause au principal avec le principe d'équivalence* »³¹⁴⁶.

764. Nous restons donc assez surpris de cette position visiblement contradictoire de la Cour de justice : d'un côté, elle déclare recevable le renvoi préjudiciel, laissant entendre que l'ordonnance est suffisamment motivée pour qu'elle puisse fournir une réponse utile ; de l'autre côté, elle affirme ne disposer d'aucun élément lui permettant d'étudier le respect du principe d'équivalence. Cette approche est insatisfaisante : ou bien le renvoi préjudiciel est recevable parce que le juge national apporte suffisamment d'éléments de droit interne, ce qui offre en conséquence à la Cour la possibilité d'opérer un contrôle sur le principe

³¹³⁹ Pour d'autres exemples, voir CJUE, 10 septembre 2014, *Kušionová*, aff. C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189, pt. 51 ; CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 49 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Kantarev*, aff. C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, pt. 131.

³¹⁴⁰ CJUE, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17 précité, pt. 30-33.

³¹⁴¹ CJUE, 28 mars 2019, *Cogeco Communications*, aff. C-637/17, ECLI:EU:C:2019:263, pt. 56-60.

³¹⁴² Pour exemple, CJUE, 6 octobre 2015, *East Sussex County Council*, aff. C-71/14, ECLI:EU:C:2015:656, pt. 48 et suivants.

³¹⁴³ CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166.

³¹⁴⁴ *Ibid.* : « *Le principe d'équivalence (...) doit-il être interprété en ce sens que, lorsque l'État membre décide de ne pas appliquer au secteur public la conversion de la relation de travail (reconnue dans le secteur privé), il est, en tout état de cause, tenu de garantir au travailleur le même avantage, le cas échéant sous la forme d'une réparation du dommage dont l'objet consiste nécessairement e n la valeur du poste à durée indéterminée ?* » (pt. 18).

³¹⁴⁵ *Ibid.*, pt. 22.

³¹⁴⁶ *Ibid.*, pt. 41.

d'équivalence ; ou bien elle considère ne pas disposer d'aucun élément pour y parvenir, ce qui doit logiquement conduire à l'irrecevabilité de la question préjudicielle posée spécifiquement sur le principe d'équivalence.

765. Une nuance mérite d'être faite puisqu'il est fréquent que le principe d'équivalence n'apparaisse que de manière incidente ou inattendue dans l'affaire traitée par la Cour de justice. Le juge national n'avait forcément pas anticipé cet aspect du problème et ne pouvait donc pas fournir les éléments de droit interne adéquats à la Cour. Aussi, il aurait été excessif que la Cour déclare irrecevable le renvoi³¹⁴⁷. En revanche, si le principe d'équivalence est évoqué par le juge national dans son ordonnance et qu'aucun élément pertinent n'est apporté, à quoi bon accepter de répondre, si ce n'est pour indiquer qu'aucun élément ne permet de douter du respect du principe d'équivalence ? Nous restons donc interloqués par cette position de la Cour de justice qui préfère fournir une réponse au juge national plutôt que de lui faire comprendre – comme elle le fait dans sa jurisprudence *Telemarsicabruzzzo* – qu'il n'a pas fait ce qui était nécessaire pour permettre l'application du principe d'équivalence.

b. Une position jurisprudentielle discutabile et même regrettable

766. Cette attitude très tolérante de la Cour de justice vis-à-vis du juge national semble d'autant plus regrettable qu'une responsabilisation de l'action du juge national apparaît souhaitable. Elle s'est imposée pour adapter la relation entre la Cour et le juge national au développement et à la complexification du droit de l'Union européenne et de sa mise en œuvre³¹⁴⁸. Néanmoins, cette responsabilisation présente un enjeu plus important vis-à-vis du principe d'équivalence. L'exigence de motivation des ordonnances de renvoi, telle qu'elle découle de la jurisprudence *Telemarsicabruzzzo*³¹⁴⁹, ne vise pas seulement à éviter le « *risque que sa réponse soit en décalage avec ces circonstances, ce qui peut se traduire en une application erronée du droit de l'Union dans l'affaire au principal* »³¹⁵⁰. Elle va au-delà³¹⁵¹. Nous l'avons vu, pour étayer

³¹⁴⁷ Pour exemple, CJUE, 21 avril 2016, *Radlinger et Radlingerová*, aff. C-377/16, ECLI:EU:C:2016:283.

³¹⁴⁸ T. KOOPMANS, « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357 : « *L'évolution de la jurisprudence elle-même a pour effet de susciter de nouvelles difficultés d'interprétation du droit communautaire. Il s'agit des problèmes que Mertens de Wilmars a qualifiés de "problèmes de deuxième génération" (...). Tout ceci fait partie de l'évolution normale d'un système de droit en pleine croissance, mais on se saurait sous-estimer les efforts qu'il faut y consacrer* » (p. 349).

³¹⁴⁹ CJCE, *Telemarsicabruzzzo e.a.*, aff. jt. C-320/90 à C-322/90 précité.

³¹⁵⁰ N. FENGER et M. BROBERG, *op. cit.*, p. 381.

sa jurisprudence sur le principe d'équivalence, la Cour de justice dépend totalement du juge national. Dès lors, la bonne motivation des ordonnances de renvoi se révèle être une condition indispensable³¹⁵² à l'application du principe d'équivalence.

767. Dans ces conditions, tout incite la Cour de justice à faire preuve d'une certaine sévérité lorsqu'il est question du principe d'équivalence. Si le juge de renvoi n'apporte pas un minimum d'éléments de droit interne, ne serait-ce que pour montrer en quoi le respect du principe d'équivalence mérite d'être étudié³¹⁵³, la Cour est proprement incapable de fournir une réponse au juge national. Dans de telles circonstances, il serait plus logique, notamment au regard de sa jurisprudence *Telemarsicabruzzo*, que le renvoi préjudiciel – ou la question faisant intervenir le principe d'équivalence – soit purement et simplement déclaré irrecevable. Par cette position, la Cour de justice rappelle au juge national la responsabilité qui est la sienne de motiver ses ordonnances d'une manière adéquate lorsqu'est en jeu le principe d'équivalence.

768. Ce débat est indirectement présent dans le discours doctrinal. Des auteurs l'abordent en étudiant la question suivante : l'irrecevabilité du renvoi préjudiciel est-elle la bonne réaction à une mauvaise motivation du juge national ? N. FENGER et M. BROBERG résument parfaitement le problème. L'irrecevabilité est jugée inappropriée par certains observateurs³¹⁵⁴ puisqu'elle laisse le juge national isolé. « *En effet, à moins qu'elle ne choisisse de faire un nouveau renvoi préjudiciel après que son premier renvoi a été rejeté comme irrecevable, une juridiction nationale est livrée à elle-même pour résoudre son problème d'interprétation du droit de l'Union. Cela induit le risque qu'elle puisse rendre une décision basée sur une application erronée du droit de l'Union* »³¹⁵⁵ notent ces

³¹⁵¹ On peut nuancer cette idée eu égard à l'affirmation de N. FENGER et M. BROBERG, (*op. cit.*) selon laquelle « *il arrive fréquemment que la Cour de justice admette la recevabilité d'une question préjudicielle, même s'il est difficile de voir l'utilité de l'arrêt préjudiciel pour le jugement à venir au principal. Tant que la Cour ne peut pas exclure la possibilité qu'un arrêt préjudiciel soit pertinent, elle répond à la question posée* » (p. 202).

³¹⁵² Dans la conception classique de la jurisprudence *Telemarsicabruzzo*, même en l'absence d'informations fournies par le juge national, la Cour de justice serait malgré tout en mesure d'apporter une réponse. Voir

³¹⁵³ La Cour de justice rappelle régulièrement que « *la juridiction de renvoi doit indiquer les raisons précises qui l'ont conduite à s'interroger sur l'interprétation de certaines dispositions du droit de l'Union et à estimer nécessaire de poser des questions préjudicielles à la Cour. Celle-ci a déjà jugé qu'il est indispensable que la juridiction nationale donne un minimum d'explications sur les raisons du choix des dispositions du droit de l'Union dont elle demande l'interprétation ainsi que sur le lien qu'elle établit entre ces dispositions et la réglementation nationale applicable au litige qui lui est soumis* » (CJUE, 9 mars 2017, *Milkova*, aff. C-406/13, ECLI:EU:C:2017:198, pt. 73). Comment donc ne pas transposer cette position pour le principe d'équivalence ?

³¹⁵⁴ Pour exemple, G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 637.

³¹⁵⁵ N. FENGER et M. BROBERG, *op. cit.*, p. 387.

auteurs. Malgré tout, ils estiment – avec raison selon nous – que l'« *alternative* »³¹⁵⁶ à une irrecevabilité a des effets sérieux et indésirés. Selon eux, cette « *alternative au rejet du renvoi serait pour la Cour de rendre une réponse vague, n'ayant que peu de sens, et qui, en tout état de cause, ne fournirait guère d'indications utiles à la juridiction nationale pour trancher son litige* »³¹⁵⁷. Force est d'admettre que cette hypothèse, envisagée par N. FENGER et M. BROBERG, est une réalité pour le principe d'équivalence. Nous avons montré à quel point l'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice apporte des réponses vagues au juge national sur la méthode et la manière d'appliquer le principe d'équivalence.

769. Cette question a été évoquée par M. BOBEK, à l'occasion de ses conclusions sur l'arrêt *Hochtief Solutions*³¹⁵⁸. Le contexte de cette affaire est particulièrement complexe et obscur³¹⁵⁹. L'avocat général rappelle, certes, les grands principes qui guident l'appréciation souple et bienveillante de la recevabilité des renvois préjudiciels par la Cour de justice³¹⁶⁰. Toutefois, il admet que « [la] présente affaire met ces principes sérieusement à l'épreuve à un certain nombre d'égards »³¹⁶¹. Même si la reformulation des questions posées par le juge national atténue ces problèmes, M. BOBEK reconnaît que la pertinence de certaines fait débat³¹⁶². L'irrecevabilité est donc clairement une option. Il s'y refuse toutefois : « [il] éprouve des difficultés à faire [sienne] une logique aussi stricte. Au niveau structurel, celle-ci serait contraire à l'approche plutôt généreuse de la Cour au sujet de la pertinence des questions posées par les juridictions nationales »³¹⁶³. Pour résumer, il vaut mieux faire l'effort de répondre, y compris sur les aspects des questions portant sur le principe d'équivalence. Nous comprenons cette position : l'avocat général développe de pertinents et utiles développements sur le principe

³¹⁵⁶ *Ibid.*

³¹⁵⁷ *Ibid.* – nous soulignons.

³¹⁵⁸ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17 précité.

³¹⁵⁹ A. TURMO, « Immutabilité des actes juridictionnels et droit de l'Union européenne : poursuite de l'exploration des mécanismes nationaux de révision et de réexamen par la Cour de justice », *RAE* 2019, n°3, pp. 639-652 : « L'affaire hongroise qui a donné lieu à l'arrêt *Hochtief* est particulièrement complexe et sa compréhension est desservie par une présentation particulièrement nébuleuse de l'état du droit national par la juridiction auteure du renvoi » (p. 641).

³¹⁶⁰ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17 précité : « Il est de jurisprudence constante que les questions d'interprétation du droit de l'Union déférées par un juge national dans le cadre réglementaire et factuel qu'il définit sous sa responsabilité et dont il n'appartient pas à la Cour de vérifier l'exactitude bénéficient d'une présomption de pertinence. Par conséquent, lorsque les questions soumises concernent l'interprétation d'une disposition du droit de l'Union, la Cour est en principe tenue de statuer. Ce faisant, la Cour doit fournir à la juridiction nationale une réponse utile qui lui permettra de trancher le litige dont elle est saisie » (pt. 30).

³¹⁶¹ *Ibid.*, pt. 31.

³¹⁶² Le problème portait surtout sur le rapport avec la réalité ou l'objet du litige (*ibid.*, pt. 38) et moins sur l'exhaustivité et la qualité de la motivation du juge de renvoi.

³¹⁶³ *Ibid.*, pt. 39.

d'équivalence dans ses conclusions³¹⁶⁴, notamment en systématisant la portée des arrêts *Transportes Urbanos* ou *XC*. Malgré tout, il reconnaît lui-même « [être] *quelque peu perdu* »³¹⁶⁵ pour apporter des appréciations susceptibles d'éclairer le juge national. Qui plus est, M. BOBEK estime le renvoi préjudiciel recevable et s'efforce d'apporter autant d'indications utiles que possible³¹⁶⁶. La Cour de justice reconnaît bien la recevabilité du renvoi mais s'abstient de faire de même³¹⁶⁷. Dès lors, à quoi bon apporter une réponse si celle-ci ne fournit « *guère d'indications utiles à la juridiction nationale* » ?

770. Nous soulignons toutefois que, dans de récentes conclusions, l'avocat général J. KOKOTT a proposé de déclarer irrecevable une question préjudicielle portant sur le principe d'équivalence. L'une des raisons avancées tient en ce que « [les] *indications* [permettant de douter de son respect] *ne sont pas exposées suffisamment clairement dans la demande de décision préjudicielle* »³¹⁶⁸. Il reste que, malgré tout, cette position de la Cour de justice nous semble poser problème. En tolérant les imprécisions du juge national, elle entretient le cercle vicieux que nous avons décrit. Dans cette dynamique, la juridiction nationale n'est pas invitée à fournir d'éléments qui permettraient à la Cour de justice d'étoffer sa jurisprudence sur le principe d'équivalence et de dissiper des incertitudes sur sa méthode d'application.

B. La nécessité d'une relation de symbiose entre la Cour de justice et le juge national

771. La position tolérante de la Cour de justice vis-à-vis du juge national dans l'application du principe d'équivalence rend nécessaire une collaboration plus étroite entre eux. Nous dirions que, pour que le principe d'équivalence soit appliqué d'une manière optimale, une véritable symbiose doit exister entre Cour de justice et juge national. Cette idée de « symbiose » n'est pas inédite en soi ; certains auteurs l'avaient déjà utilisée pour parler de l'interpénétration des ordres juridiques nationaux

³¹⁶⁴ *Ibid.*, pt. 94 et suivants.

³¹⁶⁵ *Ibid.*, pt. 102.

³¹⁶⁶ A. TURMO, *op. cit.*, p. 647.

³¹⁶⁷ CJUE, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17 précité, pt. 60 et suivants.

³¹⁶⁸ J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, 3 mars 2020, *Tesco-Global Áruházak*, aff. C-323/18, ECLI:EU:C:2020:140, pt. 178. La Cour ne traitera pas de cette question, estimant avoir répondu au problème à partir des réponses aux autres questions (pt. 77).

et européen³¹⁶⁹ ou même pour qualifier les rapports entre la Cour de justice et le juge national³¹⁷⁰. Pour ce qui nous intéresse, nous y voyons une relation faisant que chaque acteur fait spontanément, sans y être particulièrement invité, le nécessaire pour aider l'autre. Nous convenons que cette idée peut paraître artificielle. Après tout, il s'agirait toujours d'une coopération entre eux³¹⁷¹ ; une coopération particulièrement renforcée ou très étroite certes, mais une simple coopération malgré tout³¹⁷². De même, la Cour de justice elle-même reste fidèle à cet *esprit de coopération*, y compris lorsqu'elle se montre plus intrusive sur le travail du juge national³¹⁷³.

772. Parler d'une symbiose entre la Cour de justice et le juge national nous semble malgré tout judicieux pour mieux comprendre les enjeux autour de la relation qui doit les unir pour que l'application du principe d'équivalence gagne en efficacité. Le cadre traditionnel de la collaboration révèle ses limites et aboutit à une impasse. Pour qu'une évolution soit possible, il faut que, spontanément, la Cour de justice et le juge national agissent pour instituer un cercle vertueux dans l'application du principe d'équivalence. Concrètement, pour la Cour de justice, il s'agit pour elle d'étayer et de clarifier sa jurisprudence pour rendre sa mise en œuvre plus simple ; et ce même si elle ne dispose pas de suffisamment d'éléments de droit interne fournis par le juge national. Pour ce dernier, la symbiose se traduit dans le fait qu'il propose directement à la Cour de justice une appréciation, même timorée ou prudente, sur le principe d'équivalence à l'occasion du renvoi préjudiciel ; et ce même si la jurisprudence européenne n'est pas claire sur ce point.

773. Cette relation de symbiose entre la Cour de justice et le juge national reste encore insuffisante. Certes, elle tend à se développer. D'abord,

³¹⁶⁹ P. PESCATORE, *Droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau des relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2005), p. 59 : l'auteur parle d'un rapport « *d'osmose et de symbiose* ».

³¹⁷⁰ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 716. L'auteur en parle pour expliquer comment la Cour de justice parvient à se faire obéir des juges nationaux en dépit de l'absence de lien hiérarchique ou d'autres moyens de contrainte directe.

³¹⁷¹ En ce sens, F. PICOD (« La coopération juridictionnelle » précité) note bien que, dans le cadre de cette relation de collaboration, « *la Cour de justice peut (...) faire preuve d'une grande sollicitude à l'égard de la juridiction nationale* » (p. 222).

³¹⁷² Voir M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen* précité : « [l'application] des principes d'équivalence et d'effectivité semble être une opération effectuée "à quatre mains", qui révèle une collaboration étendue entre la Cour de justice et le juge de renvoi. Cette collaboration part de la prémisse selon laquelle les juges nationaux sont finalement les mieux à même d'apprécier les principes d'équivalence et d'effectivité, ancrés dans un contexte national. C'est particulièrement vrai pour le principe d'équivalence, qui nécessite une connaissance approfondie des recours nationaux (...). La Cour aurait pu opter pour une logique plus directive et contraignante pour le juge national. Elle préfère reconnaître qu'il est en l'occurrence mieux placé pour interpréter l'étendue des principes d'équivalence et d'effectivité, préférant encourager une attitude pro-européenne des juges nationaux » (p. 461).

³¹⁷³ Cf. *supra*, pt. 747.

spontanément³¹⁷⁴, la Cour de justice a opéré des précisions utiles sur l'application du principe d'équivalence à l'occasion de plusieurs arrêts récents. On pense surtout à l'arrêt *Benallal* à propos des moyens d'ordre public³¹⁷⁵, de l'arrêt *Scialdone* sur le droit des sanctions nationales³¹⁷⁶, de l'arrêt *Dimos Zagorion* sur le droit national matériel³¹⁷⁷ ou encore sur des arrêts *XC*³¹⁷⁸ et *Călin*³¹⁷⁹ sur l'autorité de chose jugée. La symbiose requiert néanmoins davantage. Elle passe par une acculturation et une implication du juge national dans les problèmes et enjeux tenant à l'application du principe d'équivalence (1.). Elle s'épanouit également par certains arrêts de la Cour de justice qui reprennent *in extenso* des raisonnements des juges nationaux tout en les précisant, les rectifiant, voire en les validant (2.).

1. Une symbiose par l'acculturation et l'implication des juges nationaux

774. La relation de symbiose implique que ce juge national agisse *de sa propre initiative* et fasse *spontanément* le nécessaire pour permettre la mise en œuvre effective du principe d'équivalence. En un mot, il lui faut plus qu'une simple connaissance minimale du principe d'équivalence et de ses modalités d'application. Il doit être acculturé ou accoutumé à ce sujet et faire preuve d'implication dans la mise en œuvre du principe d'équivalence³¹⁸⁰. Ce n'est qu'à cette condition qu'il sera en mesure de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel dans de bonnes conditions. Cette d'acculturation apparaît, en un sens, être une réelle nécessité pour que le principe d'équivalence s'applique effectivement. La comparaison avec le droit de l'Union européenne en général et sa mise en œuvre par le juge national le montre. En effet, c'est parce que le juge national s'est acculturé au droit de l'Union qu'il a pu pleinement jouer son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union et assurer son application effective dans les ordres juridiques internes (a.). Les problèmes

³¹⁷⁴ Certes, la Cour de justice était saisie de questions portant assez précisément sur le principe d'équivalence. Toutefois, à la différence d'autres arrêts où le principe d'équivalence était également au cœur du problème, les précisions mentionnées par la Cour ont été spontanées et permettent de mieux cerner et comprendre le principe d'équivalence. De ce point de vue, les clarifications apportées l'ont été sans que la Cour y ait été invitée par le juge à le faire. Sur ces sujets, cf. *infra*, pt. 784 et suivants.

³¹⁷⁵ CJUE, 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175.

³¹⁷⁶ CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295.

³¹⁷⁷ CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841.

³¹⁷⁸ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité.

³¹⁷⁹ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité. La Cour considère ne pas être pleinement en mesure de vérifier si le principe d'équivalence est ou non respecté. Plus précisément, elle s'estime incapable d'apprécier la similitude des recours envisagés (pt. 40). Toutefois, elle pointe assez clairement le point incertain qui lui permettrait de réponse (pt. 39). De cette manière, elle indique au juge national ce sur quoi il devra porter son attention et, éventuellement, revenir vers la Cour de justice si besoin (pt. 41).

³¹⁸⁰ Sur ce thème, voir not. L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles » précité, pp. 127 et suivantes.

relatifs à la mise en œuvre du principe d'équivalence découlent en partie du fait que le juge national soit – pour des raisons légitimes – encore trop peu accoutumé à celui-ci (b.).

a. Une acculturation nécessaire à une mise en œuvre effective du droit de l'Union par les juges nationaux

775. L'effectivité de l'application du droit de l'Union européenne en général doit beaucoup à l'action du juge national. Par sa mission de juge de droit commun du droit de l'Union, il lui revient d'être le « *pivot fondamental de l'application effective du droit [de l'Union]* »³¹⁸¹. Cependant, si la Cour de justice a œuvré pour lui reconnaître cet office, cette logique ne fonctionne que parce que, à un moment ou un autre, le juge national a souverainement accepté de remplir ce rôle. « *On n'a, peut-être, pas assez insisté sur le fait que tant la primauté du droit communautaire que son effet direct constituent, avant tout, des interpellations des juridictions nationales* » note justement A. BARAV³¹⁸². Tout le « *trait de génie* »³¹⁸³ du renvoi préjudiciel est, justement, d'avoir permis à la Cour de justice d'inciter les juges nationaux à remplir d'eux-mêmes ce rôle. L'arrêt *Simmenthal* le montre. La Cour de justice reconnaît la possibilité à un juge national de la saisir à tout moment, de manière totalement libre, d'un renvoi préjudiciel. En outre, elle habilite le juge national à écarter, le cas échéant, « *de sa propre autorité, toute disposition [nationale qui entrave l'application du droit de l'Union] (...), sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel* »³¹⁸⁴. Ultérieurement, la Cour de justice autorise de la même manière n'importe quel juge national à s'émanciper de l'autorité d'une juridiction supérieure³¹⁸⁵ ou constitutionnelle³¹⁸⁶ qui ne lui permettrait pas de faire une bonne application du droit de l'Union.

776. Cette jurisprudence très ouverte de la Cour de justice envers le juge national, qui l'investit de cette mission et qui lui attribue des prérogatives pour la remplir, a permis au droit de l'Union d'être effectivement respecté dans les ordres

³¹⁸¹ M. DARMON et J.-G. HUGLO, « La formation des juges en droit communautaire », *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck* précité, pp. 303-312, spéc. p. 303.

³¹⁸² A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, p. 1.

³¹⁸³ G. VANDERSANDEN, *op. cit.*, p. 619.

³¹⁸⁴ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629, pt. 24.

³¹⁸⁵ Pour exemple, CJUE, 5 octobre 2010, *Elchinov*, aff. C-173/09, *Rec.* p. I-8889, pt. 26-27.

³¹⁸⁶ Pour exemple, CJUE, 15 janvier 2013, *Križan e.a.*, aff. C-416/10, ECLI:EU:C:2013:8, pt. 70.

juridiques nationaux³¹⁸⁷. Toutefois, aussi important soit-elle, elle n'y serait pas parvenue si le juge national n'avait pas volontairement accepté ce rôle³¹⁸⁸. En effet, les juges nationaux se sont intéressés au droit de l'Union et tournés à ce titre vers la Cour de justice en la sollicitant de renvois préjudiciels. Ils se sont *acculturés* aux questions et problèmes posés par le droit de l'Union et ont ainsi permis à la Cour de justice de développer sa jurisprudence pour fertiliser et entretenir cette acculturation³¹⁸⁹. C'est seulement dans ce contexte³¹⁹⁰ que nous partageons le constat de T. KOOPMANS selon lequel « [la] *procédure préjudicielle a (...) été une réussite* [parce qu']*elle a permis aux juridictions des États membres de s'accoutumer à la dimension européenne des problèmes juridiques qui leur sont soumis (...)* »³¹⁹¹. Évidemment, le fait que les parties devant le juge national lui soumettent des questions tenant au droit de l'Union européenne les incite également à se saisir de ces problèmes. Toutefois, comme le note L. COUTRON, si le juge national reste passif, en restant une « *simple courroie de transmission* » des questions posées par les parties, il ne joue pas pleinement son rôle de juge de droit commun³¹⁹².

777. Cette acculturation témoigne, à nos yeux, de la symbiose entre la Cour de justice et le juge national qui permet au droit de l'Union d'être effectivement appliqué dans les ordres juridiques internes. Toutefois, elle n'a rien d'évident ou d'anodin³¹⁹³. Plus qu'une action simplement volontaire de la part du juge national, elle se traduit presque par « *une certaine éthique juridictionnelle* »³¹⁹⁴. Plusieurs auteurs ont insisté sur l'implication requise du juge national pour jouer pleinement son rôle de juge de droit commun du droit de l'Union. L. TRUCHOT note, par exemple, que le

³¹⁸⁷ Voir G. TESAURO, *op. cit.*, pp. 7 et suivantes.

³¹⁸⁸ J. PERTEK, *op. cit.* : « *la Cour a besoin de la coopération active des juridictions nationales. Non seulement c'est de leur volonté que dépend l'exercice de sa compétence préjudicielle, mais elles constituent le relais indispensable des solutions dégagées par la Cour. Le fait même que ce soit un juge national qui décide finalement, en respectant la réponse de la Cour de justice, de l'issue du litige est un élément essentiel de l'acceptation de ces solutions par les juridictions nationales saisies de l'affaire, par les autres juridictions et par leur environnement administratif et politique comme par les justiciables* » (par. 70).

³¹⁸⁹ Voir M. ROCCATI, *op. cit.*, pp. 496 et suivantes.

³¹⁹⁰ Pour une vision moins reluisante, voir J. BAQUERO CRUZ, « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in L. AZOULAI et L. BURGORGUE-LARSEN (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 241-266, spéc. pp. 246 et suivantes.

³¹⁹¹ T. KOOPMANS, *op. cit.*, p. 348.

³¹⁹² L. COUTRON, « La motivation des questions préjudicielles » précité, pp. 128 et suivantes. L'auteur note certes qu'il « *n'est toutefois pas exclu que le "perroquet" répète une bonne question* » (p. 131) et que la question posée sans qu'il ait à s'en saisir soit très pertinente, offrant une occasion à la Cour de justice de développer sa jurisprudence. Toutefois, il souligne que « *c'est (...) dans cette configuration qu'apparaissent les questions les plus fantaisistes* » (p. 132).

³¹⁹³ Sur cette idée, voir not. B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, pp. 774-775.

³¹⁹⁴ F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, pp. 297-310, spéc. pp. 302 et suivantes.

juge national « est un juge **plus actif**, un juge qui doit parfois **raisonner autrement**, et un juge qui ne peut plus toujours décidé seul »³¹⁹⁵. Le juge national doit en conséquence être alerte, attentif et réceptif au droit de l'Union européenne, notamment compte tenu de son « caractère dynamique »³¹⁹⁶. Il doit notamment rester un tant soit peu vigilant aux évolutions du droit matériel ou de la jurisprudence de la Cour de justice pour conserver une connaissance minimale du droit de l'Union. M. DARMON et J.-G. HUGLO notent qu'« [une] connaissance générale des principes du droit communautaire et de son probable champ d'action est à elle seule à même de conférer au juge national, quel qu'il soit, le "réflexe communautaire" sans lequel l'application uniforme du droit [de l'Union] ne serait que vaine exigence théorique »³¹⁹⁷. Ils soulignent ainsi que « la Cour de justice ne saurait être considérée comme un organisme permanent d'aide à la décision [et qu'il] appartient au juge national **d'identifier réellement** une question de droit communautaire dans le litige dont il est saisi et s'il est nécessaire de poser une question »³¹⁹⁸. Pour L. COUTRON enfin, il est même pertinent que, par ses questions préjudicielles, il soit « force de questionnement »³¹⁹⁹ ou même « force de proposition »³²⁰⁰ ; bref, qu'il montre son intérêt pour les questions européennes.

778. La nécessité qu'une telle relation de symbiose existe mérite d'être soulignée. Elle prend racine dans l'attitude volontariste du juge national. Spontanément, de sa propre initiative et en bonne intelligence, il sollicite la Cour de justice de questions et de problèmes à résoudre pour garantir l'effectivité de l'application du droit de l'Union. L'acculturation et la symbiose sont suffisamment épanouies en ce que la Cour de justice n'a pas besoin d'inciter explicitement ou de contraindre de le juge national à agir de la sorte³²⁰¹. Certes, sa jurisprudence évoquée de responsabilisation des juridictions nationales tempère cette idée. Cela étant, la Cour rappelle avec constance que le juge national reste par principe le seul à apprécier l'opportunité d'un renvoi préjudiciel et de la nécessité d'appliquer le droit

³¹⁹⁵ L. TRUCHOT, « Le juge national et le droit de l'Union européenne », Cour de cassation, colloque « Les 60 ans des traités de Rome », 28 avril 2017, pp. 1-7 (lien en bibliographie), spéc. p. 2.

³¹⁹⁶ M. DARMON et J.-G. HUGLO, *op. cit.*, p. 305.

³¹⁹⁷ *Ibid.*, p. 306.

³¹⁹⁸ *Ibid.*, p. 310.

³¹⁹⁹ L. COUTRON, *op. cit.*, pp. 132 et suivantes.

³²⁰⁰ *Ibid.*, pp. 140 et suivantes.

³²⁰¹ Ce qui peut avoir des effets potentiellement pervers ; voir J. BOULOUIS, « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales » précité : « [à] bien le considérer, [le] comportement [de la Cour] est de nature fondamentalement "pédagogique" mais d'une pédagogie quelque peu dépassée dans la mesure où ses excès de sollicitude ont moins contribué à acheminer le

de l'Union européenne³²⁰². Dans ce contexte, le rôle de la Cour de justice est d'entretenir cette relation de symbiose, en favorisant l'acculturation des juridictions nationales par une jurisprudence claire, accessible et pertinente.

b. Une acculturation légitimement entravée pour le principe d'équivalence

779. La relation de symbiose entre la Cour de justice et le juge national, qui passe par une acculturation du second, se constate sans mal pour le droit de l'Union en général. Elle explique en partie le succès du renvoi préjudiciel et le constat selon lequel le juge national remplit généralement son office de juge de droit commun. Cette acculturation est également un processus continu, comme le fruit d'une implication volontaire et croissante du juge national dans les questions européennes. Pour ce qui est de l'application du principe d'équivalence, le problème repose sur le fait que le juge national est encore assez loin d'y être un minimum acculturé. S'il est évidemment délicat de démontrer cette impression, la qualité des renvois préjudiciels opérés dans une majorité d'affaires permet de le penser. Nous l'avons vu, eu égard à la position très attentiste de la Cour de justice, le juge national n'est pas proprement invité à apporter les éléments de droit interne pertinents pour contrôler le principe d'équivalence. Un tel travail est pourtant indispensable. Dès lors, s'il est fait, il résulte d'une action volontaire et spontanée du juge national³²⁰³.

780. Cette capacité identifier les éléments *pertinents* pour l'étude du principe d'équivalence nécessite que le juge national ait plus qu'une connaissance minimale de ses méthodes d'application. Il doit proprement anticiper le raisonnement que conduirait la Cour de justice. Plus encore, il lui faut presque opérer un *pré-*contrôle

juge national vers la majorité qu'exigeait son nouvel état, dont il avait effectivement tout à apprendre, qu'à le maintenir dans une situation de minorité dont il a dû s'accommoder alors même qu'il voulait en sortir » (p. 31).

³²⁰² Pour une approche plus nuancée, voir J. PERTEK, *op. cit.* : « La recherche de l'état du droit s'accommode d'une coopération **purement volontaire**, jusqu'au moment où le litige se trouve éventuellement porté devant une juridiction statuant en dernière instance, ce qui se vérifie intégralement dans la branche interprétation du renvoi » (par. 56 – nous soulignons). L'auteur fait ici référence à l'obligation de renvoi prévu à l'article 267, alinéa 3, TFUE. Il reste que, nonobstant l'arrêt *Précompte mobilier* (aff. C-416/17 précité), la Cour de justice n'a aucun moyen pour sanctionner cette obligation. Sa jurisprudence *CILFIT* (aff. 238/81 précité) tend également à rendre cette obligation moins contraignante, laissant une marge de manœuvre au juge national pour apprécier la nécessité d'un renvoi. *In fine*, c'est bien la bonne volonté du juge national qui prédomine, y compris lorsqu'il s'agit d'une juridiction statuant en dernier ressort. Voir en ce sens M. BOBEK, conclusions rendues le 15 avril 2021 sur CJUE, *Consorzio Italian Management e Catania Multiservizi*, aff. C-561/19, ECLI:EU:C:2021:291, pt. 147, pt. 150 et suivants et pt. 166 et suivants.

³²⁰³ Le rôle des parties devant le juge national est évidemment important (cf. *infra*, pt. 806-808). Il reste que le problème posé par elles sur le principe d'équivalence ne peut conduire à un examen et un contrôle approfondi que si le juge national y est, au préalable, familier.

du respect du principe d'équivalence. Très clairement, pour reprendre les termes de la L. COUTRON, lorsqu'est en cause le principe d'équivalence, il semble nécessaire que le juge national soit une « *force de questionnement* »³²⁰⁴ : « [il] *ne se considère pas contraint d'interroger la Cour mais estime une telle interrogation appropriée, afin d'être rassuré ou d'obtenir sa caution* »³²⁰⁵. Pour y parvenir, le juge national doit se montrer particulièrement attentif et réceptif à la jurisprudence de la Cour de justice sur la manière d'appliquer le principe d'équivalence. Il doit donc, préalablement à tout renvoi préjudiciel, s'appropriier et faire sienne la méthode d'application du principe d'équivalence. Plus encore, il doit y parvenir même s'il ne dispose pas d'une jurisprudence relativement claire sur un domaine donné, comme en matière de délais de recours en répétition de l'indu³²⁰⁶ ou le statut des moyens d'ordre public³²⁰⁷. Son implication requiert qu'il ait une vision globale du principe d'équivalence. Ce n'est que dans ces conditions que le juge national pourra identifier les éléments pertinents de droit interne nécessaires pour que la Cour de justice puisse l'aider à contrôler le respect du principe d'équivalence.

781. Or, dans ce contexte, l'acculturation du juge national n'est en rien favorisée. Difficile de le blâmer tant la jurisprudence de la Cour de justice ne permet pas d'avoir une conception claire et opérationnelle du principe d'équivalence. La méthode d'application exposée par la Cour de justice est loin d'être accessible pour le juge national. La position trop tolérante de la Cour sur la recevabilité des renvois préjudiciels contribue au problème. Elle préfère délivrer des réponses nécessairement évasives et elle n'explique pas quels éléments auraient dû lui être communiqués. En définitive, elle entretient un flou qui nuit à l'acculturation du juge national au principe d'équivalence.

782. Plusieurs auteurs avaient souligné ce problème. Il insiste sur la nécessité pour la Cour de faire davantage pour impliquer le juge national. Très tôt, F. HUBEAU le souligne : « [une] *solution communautaire entièrement jurisprudentielle, qui se serait dégagée litige après litige, aurait (...) perpétué un état d'insécurité et provoqué un grand nombre de questions à titre préjudiciel. Même la solution communautaire minimaliste [de Rewe-*

³²⁰⁴ L. COUTRON, *op. cit.*, p. 132.

³²⁰⁵ *Ibid.*

³²⁰⁶ Pour exemple, CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec.* p. I-4951.

³²⁰⁷ Outre l'arrêt *Benallal* (aff. C-161/15 précité), voir CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, *Rec.* p. I-4705.

Comef] retenue par la Cour est déjà, en elle-même, de nature à susciter de nombreuses controverses que les juridictions nationales devront trancher »³²⁰⁸. Dans un cas comme dans l'autre, il convenait à la Cour d'apporter les précisions nécessaires au risque de laisser le juge national dans l'impossibilité de se familiariser avec ce principe. À cet égard, comme le souligne C. VAJDA, la jurisprudence postérieure à l'arrêt *Palmisani*, qui avait vocation à apporter ces clarifications utiles au juge national, portait en elle de grands enjeux³²⁰⁹. À défaut, « *il n'y a aucune raison de supposer qu'une juridiction nationale est mieux équipée pour appliquer, par exemple, la direction exposée par la Cour (...) pour déterminer si une action nationale et une action [fondée sur le droit de l'Union] sont similaires dans leur nature et, le cas échéant, si son traitement (...) est plus favorable (...)* »³²¹⁰. Dans l'ensemble, ce constat s'impose encore aujourd'hui. Comme le résume T. EILMANSBERGER, « *aussi longtemps qu'il n'y a pas de directives claires relatives au contenu exact [du principe d'équivalence], la question décisive du recours approprié [pour le respecter] reste indéterminée, dans un no man's land entre l'ordre juridique de l'Union et national* »³²¹¹. Dans ce contexte, l'implication demandée du juge national prend une ampleur plus importante. On comprend logiquement que celui-ci ait plus de mal à s'acculturer aux enjeux du principe d'équivalence et ait des difficultés à saisir la Cour de justice en lui apportant les éléments de droit interne pertinents.

2. Une relation de symbiose en récent épanouissement par certains arrêts de la Cour de justice

783. Bien qu'inaboutie, une relation de symbiose existe entre le juge national et la Cour de justice. Dans le cas contraire, si le juge national ne s'était jamais vraiment accoutumé à ce principe, si la relation de symbiose n'existait pas un minimum, jamais la Cour de justice n'aurait eu l'opportunité de développer sa jurisprudence. Ces initiatives de la part de la juridiction nationale ont contribué à instituer un cercle vertueux dans la relation avec la Cour de justice. Certes, nous

³²⁰⁸ F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE* 1981, pp. 442-470

³²⁰⁹ C. VAJDA, « The compatibility of national limitation periods with Community law », in *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck* précité, pp. 577-618, spéc. pp. 617-618. L'auteur mise beaucoup, à l'époque, sur l'arrêt *Preston* qui était en instance devant la Cour de justice.

³²¹⁰ *Ibid.*, p. 618 – nous insistons : « *there is no reason to suppose that a national court is any better equipped to apply, for example, the guidance laid down by the Court in Levez in determining whether a domestic action and a Community action are similar in nature and, if so, whether proceedings in one court are more favourable than in another court* ».

³²¹¹ T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246 : « *As long as there is no clear directive regarding the exact content of these rights, the decisive question of appropriate remedies remains undecided, in the no man's land between the Community and the national legal order* » (p. 1218).

avons montré que la Cour de justice a souvent raté des occasions de perpétuer ce cercle³²¹². Cette critique trouve heureusement plusieurs contre-exemples qui permettent de relativiser ce constat. Dans certains arrêts, la Cour de justice reprend *in extenso* et opportunément le raisonnement ou l'appréciation que le juge national a opéré sur le principe d'équivalence. Qu'elle l'infirmes ou le confirme, elle contribue de cette manière à la relation de symbiose avec le juge national. L'implication dont il a fait preuve est reconnue puisque la Cour de justice y porte une attention. Soulignons également que la Cour apporte une réponse diplomate³²¹³. La confirmation ou l'infirmité du raisonnement du juge national n'a rien de définitif. Rien ne lui interdit de « vérifier » si, à la lumière des éclaircissements apportés par la Cour, sa première appréciation doit être revue. En agissant de cette manière, la Cour de justice permet véritablement d'instituer un cercle vertueux qui favorise l'acculturation et l'implication du juge national et, en conséquence, l'application optimale du principe d'équivalence.

784. Plusieurs arrêts de la Cour de justice peuvent ainsi être évoqués. Dans certains, l'infirmité ou la validation de l'appréciation du juge national n'est qu'implicite. La Cour ne fait que reprendre ou nier le raisonnement du juge sans le commenter. Dans son arrêt *Sziber*³²¹⁴, par exemple, le juge national identifie deux traitements procéduraux relatifs à l'examen de certaines clauses abusives en droit de la consommation, où l'un s'avère plus contraignant que l'autre. Il estime que le traitement favorable ne s'applique que dans le cadre d'un recours dirigé contre le contrat qui « ne [contient] pas de clause relative à l'écart du taux de change ou à l'option de modification unilatérale »³²¹⁵. En substance, le juge national estime que cette particularité permet d'identifier une situation européenne et une situation interne similaires. La Cour de justice reprend de manière tacite cette appréciation. Après avoir rappelé sa position classique sur la similitude des situations, elle affirme que, « **à supposer leur similitude établie**, il y a lieu d'examiner si les modalités procédurales des recours fondés [sur le droit de l'Union] (...) sont moins favorables que celles des recours fondés exclusivement sur le

³²¹² Cf. *supra*, pt. 642 et suivants. Pour un exemple, voir not. CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité, pt. 34 ou CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17 précité, à la lecture des conclusions de l'avocat général N. WAHL, pt. 95 et suivants.

³²¹³ En ce sens, N. WAHL, conclusions sur CJUE, 3 octobre 2019, *Westphal*, aff. C-378/18, ECLI:EU:C:2019:832, « la Cour ne peut remettre en question une conclusion de la juridiction de renvoi concernant le principe d'équivalence qu'à titre exceptionnel, lorsqu'il est manifeste que cette appréciation est faussée » (pt. 99).

³²¹⁴ CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité.

³²¹⁵ *Ibid.*, pt. 39.

droit national »³²¹⁶. Autrement dit, même si la Cour reste prudente dans son appréciation, elle ne remet pas en cause l'appréciation de la similitude faite par le juge national. En effet, aucun élément de son arrêt ne laisse entendre que celui-ci se serait trompé sur ce point. L'arrêt *EOS KSI Slovensko*³²¹⁷ est un autre exemple. La Cour de justice y rappelle l'appréciation faite par le juge national, qui constate l'application d'un traitement défavorable pour des recours fondés sur le droit de l'Union comparativement à des recours identiques fondés sur le droit interne³²¹⁸. Sans aucun commentaire, sinon un très bref rappel de l'exigence du principe d'équivalence³²¹⁹, la Cour valide ce raisonnement en jugeant que « *ce principe doit être interprété en ce sens qu'il s'oppose à [la] réglementation nationale [litigieuse] (...)* »³²²⁰. Autrement dit, l'ensemble du raisonnement du juge national est validé.

785. D'autres arrêts montrent une confirmation ou infirmation de l'appréciation du juge national plus explicite. La Cour de justice prend ici le temps de détailler ce qui va ou ce qui ne va pas dans cette appréciation. L'arrêt *Sziber* peut à nouveau être mentionné puisque la Cour explique pourquoi le juge national a tort de penser que le traitement accordé à la situation européenne est moins favorable que celui accordé à la situation interne³²²¹. L'arrêt *Scialdone*³²²² est également une bonne illustration. Pour identifier un référentiel aux sanctions pénales relatives au non-versement de montants de TVA, le juge national suggérait l'infraction relative à « *l'omission de versement des retenues à la source relatives à l'impôt sur le revenu* »³²²³. La Cour de justice invalide cette position en identifiant des spécificités propres à chaque infraction³²²⁴. Enfin, dans son arrêt *Valoris*³²²⁵, la Cour de justice vient confirmer la globalité du raisonnement proposé par le juge national. Elle souligne que « *la juridiction de renvoi effectue elle-même la comparaison entre [le traitement accordé à une situation européenne et celui accordé à une situation interne]* ». L'ensemble sera validé et même conforté par la Cour de justice. Tout en restant prudente sur la similitude des situations, elle apporte des éléments permettant d'affirmer que « *les*

³²¹⁶ *Ibid.*, pt. 42 – nous soulignons.

³²¹⁷ CJUE, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17 précité.

³²¹⁸ *Ibid.*, pt. 37.

³²¹⁹ *Ibid.*, pt. 38.

³²²⁰ *Ibid.*, pt. 39.

³²²¹ CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 45-48.

³²²² CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité.

³²²³ *Ibid.*, pt. 54.

³²²⁴ *Ibid.*, pt. 57-59.

demandes formées au titre [du droit de l'Union] et les demandes formées au titre [du droit interne] ont un objet et une cause semblables »³²²⁶. De même, elle reprend le constat « *relevé en substance (...) [par] la juridiction de renvoi dans sa décision* »³²²⁷ selon lequel ces traitements ne sont pas équivalents, toujours en relevant des arguments qui le confirment³²²⁸.

786. Ces illustrations montrent que la Cour de justice parvient de plus en plus à se saisir des raisonnements proposés par les juges nationaux et à leur accorder l'attention nécessaire pour développer leur acculturation au principe d'équivalence. Couplée avec sa jurisprudence récente et volontaire visant à clarifier la méthode d'application du principe d'équivalence, la symbiose avec le juge national tend à s'épanouir. Les difficultés issues de la relation entre ces juridictions auraient donc vocation à se dissiper progressivement en faveur d'une meilleure application du principe d'équivalence. Un bref *dictum* de l'arrêt *Călin* nous semble résumer parfaitement cette dynamique. Après une analyse détaillée sur le principe d'équivalence, la Cour de justice fait très opportunément la précision suivante : « *c'est à la juridiction de renvoi qu'il appartient de vérifier le respect du principe d'équivalence dans l'affaire au principal à la lumière de la jurisprudence [et des éléments exposés dans] le présent arrêt, étant rappelé que **cette juridiction conserve la faculté de soumettre une nouvelle demande de décision préjudicielle lorsqu'elle sera en mesure de fournir à la Cour l'ensemble des éléments permettant à celle-ci de statuer sur la question du respect du principe d'équivalence*** »³²²⁹. Par cette affirmation d'apparence anodine³²³⁰, la Cour adopte une approche visant à rendre plus intelligible et accessible le principe d'équivalence. Le dialogue entre elle et le juge national, qui résulte du partage entre leurs compétences respectives, est ici encouragé et même souligné. Dans ce contexte, le portrait pessimiste que nous avons dressé sur l'application du principe d'équivalence a de bonnes chances de devenir obsolète. En

³²²⁵ CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825. Certes, dans cet arrêt, la Cour de justice procède à cette validation grâce aux observations présentées dans le même sens par la Commission européenne.

³²²⁶ *Ibid.*, pt. 32.

³²²⁷ *Ibid.*, pt. 34.

³²²⁸ *Ibid.*, pt. 36.

³²²⁹ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 41 – nous soulignons.

³²³⁰ Cette idée n'est évidemment pas inédite. La Cour de justice rappelle, de manière générale, qu'un juge national peut librement saisir une seconde fois la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel « *lorsque le juge national se heurte à des difficultés de compréhension ou d'application de l'arrêt, lorsqu'il pose à la Cour une nouvelle question de droit, ou encore lorsqu'il lui*

attendant, toutefois, ce contexte sape une vérification optimale du respect du principe d'équivalence.

Section 2 : Un contrôle insuffisant du respect du principe d'équivalence

787. Ces difficultés inhérentes à la répartition des compétences entre juges européen et national nuisent à la bonne application du principe d'équivalence. Il est attendu que son respect soit vérifié à l'issue d'un contrôle plutôt approfondi. Or ce contrôle reste en deçà du nécessaire. Les juges s'estiment, chacun à leur manière, insuffisamment compétents pour procéder à une mise en œuvre optimale du principe d'équivalence. Logiquement, les contrôles qui en découlent se limitent à des appréciations timorées, voire elliptiques ; rares sont les exemples dans lesquels des examens plus minutieux sont menés. Pour ce qui concerne la Cour de justice, quand elle est amenée à le faire, son contrôle reste très prudent, voire trop tolérant (§1). Le juge national, sur qui pèse normalement la responsabilité d'appliquer pleinement le principe d'équivalence, ne fait guère mieux. Sa position est loin d'être enviable³²³¹. Dans les faits, le principe d'équivalence est devenu « *trop compliqué et opaque pour être appliqué convenablement par la plupart des juridictions nationales* »³²³². Ce constat se généralise même au-delà des seuls juges et peut y inclure les autorités législatives. Dès lors, au niveau interne, le principe d'équivalence reste globalement mal maîtrisé (§2).

§1 : Point de vue de l'Union européenne : un contrôle tolérant et en demi-teinte

788. La vérification du respect du principe d'équivalence ne relève normalement pas de la compétence de la Cour de justice. Nous l'avons vu, celle-ci reconnaît le juge national comme l'unique organe chargé de faire ce contrôle. Le rôle de la Cour est simplement de l'aider dans cette tâche. Il demeure que, en agissant de

soumet de nouveaux éléments d'appréciation susceptibles de conduire la Cour à répondre différemment à une question déjà posée » (pour exemple, CJUE, 30 juin 2016, *Sokoll-Seebacher e.a.*, aff. C-634/15, ECLI:EU:C:2016:510, pt. 19).

³²³¹ S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, *op. cit.* : à propos de la similitude des recours, les auteurs estiment que « *the position of the national court involved in such a comparison is not enviable !* » (p. 591).

³²³² T. HEUKELS et J. TIB (« Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies : Convergence and Divergence », in P. BEAUMONT *et al.* (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 111-128) selon laquelle « *the "Rewe-doctrine" of being too complicated and opaque to be applied properly by most domestic courts (...)* » (p. 117).

la sorte, la Cour livre une appréciation sur le respect du principe d'équivalence³²³³. La portée de cette appréciation est évidemment relative. D'abord, elle repose sur les éléments de droit interne qui lui sont accessibles, qu'ils soient fournis par le juge national ou suggérés par les intervenants à l'audience, comme les gouvernements des États membres ou la Commission. Ensuite, il arrive également que cette appréciation soit peu aboutie, voire assez implicite. Enfin, elle doit être vérifiée par le juge national. Cela étant, une *appréciation* est délivrée par la Cour de justice³²³⁴. Elle est amenée à se prononcer elle-même sur la similitude des situations européenne et interne et éventuellement sur la comparaison à faire entre les traitements qui leur sont accordés. En un mot, à son échelle, elle contrôle le respect du principe d'équivalence.

789. La question est alors de savoir quelle tendance se dégage de cette appréciation faite par la Cour de justice. La réponse est assez claire : le contrôle opéré par la Cour s'avère particulièrement souple et tolérant. D'une manière générale, les arrêts constatant la méconnaissance du principe d'équivalence sont rares. Y figurent surtout des violations particulièrement manifestes. Le contrôle opéré par la Cour de justice paraît ainsi limité à la sanction de ces seules incompatibilités graves et flagrantes avec le principe d'équivalence (A.). Parallèlement, dans l'ensemble de ses autres arrêts, la Cour fait montre d'une très grande souplesse. Si aucune violation claire du principe n'apparaît, sa conclusion est, en substance, que celui-ci est "présumé respecté". Si cette position se justifie et se comprend à plusieurs égards, nous regrettons qu'elle ne permette pas de faire une vérification optimale du respect du principe d'équivalence (B.).

A. Un contrôle aboutissant à la seule sanction des violations manifestes du principe d'équivalence

790. Le contexte dans lequel la Cour de justice apprécie le respect du principe d'équivalence la contraint à la prudence. Parce qu'elle doit manipuler des éléments de droit interne, il lui est pratiquement impossible de procéder à des

³²³³ Voir O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité : « [comme] *bien souvent à l'origine des questions préjudicielles en interprétation (...), il existe un problème de compatibilité entre le droit national et le droit de l'Union ; en interprétant le droit de l'Union, la Cour de justice est appelée indirectement, mais inéluctablement, à se prononcer sur la compatibilité entre le droit national et le droit de l'Union* » (pp. 169-170).

analyses détaillées. M. BOBEK y voit là le plus « *grand problème* » auquel est confrontée la Cour de justice pour l'application du principe d'équivalence³²³⁵. L'analyse des juges européens s'appuie nécessairement sur des apparences, des impressions, des informations apportées par d'autres. Il leur faut tenir pour vrais ces éléments afin d'envisager une appréciation sur le respect du principe d'équivalence. Enfin et surtout, il faut que ces éléments permettent aisément à la Cour d'identifier un éventuel problème. Dans ces conditions, on comprend sans mal que les appréciations faites par la Cour de justice ne donnent pas lieu à un contrôle minutieux du principe d'équivalence. Logiquement, les violations du principe d'équivalence constatées par la Cour de justice demeurent particulièrement rares. Ce résultat n'est en rien étonnant : la Cour de justice ne peut arriver à cette conclusion que s'il est relativement évident que le principe d'équivalence apparaît méconnu. Autrement dit, seules les violations manifestes sont reconnues par la Cour.

791. Ce caractère manifeste de la violation du principe d'équivalence se constate de différentes manières. Il arrive que le droit national méconnaisse avec évidence le principe d'équivalence. Tel est le cas lorsqu'un traitement procédural défavorable est *spécifiquement* accordé à des demandes fondées sur le droit de l'Union. Dans ces cas, la Cour de justice reconnaît sans mal la violation. Il s'agit surtout de délais spéciaux en répétition de l'indu fiscal instaurés par des États membres, en réaction à un arrêt de la Cour de justice qui juge une taxe contraire au droit de l'Union, pour éviter un afflux de demandes en remboursement. La méconnaissance du principe d'équivalence apparaît évidente : nul besoin d'entrer dans des subtilités du droit interne. Le traitement national accordé à la demande en répétition se fondant sur l'arrêt de la Cour de justice s'avère nettement moins favorable que celui

³²³⁴ Pour une vision plus nuancée, F. MARTUCCI, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2^e édition, 2019 : « Dans la plupart de ses arrêts, la Cour de justice laisse le soin au juge national d'apprécier si l'équivalence est garantie (...). Plus rarement, elle peut, en égard aux circonstances de l'affaire, se prononcer elle-même sur l'équivalence » (p. 629).

³²³⁵ M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323 : « (...) [The] perhaps greatest problems for the Court of Justice in assessing the equivalence of national procedural rules are of practical nature. To carry out similar comparisons, one must have a very detailed knowledge of the national law, its various procedural regimes and their functioning. With all due respect to the Court, this will normally be framed by the preliminary ruling in question, which sometimes contains more, sometimes however less information on the national law, normally however limited to the case at hand. A horizontal or diagonal comparison of different legal regimes in the national law would require quantitatively more time and information » (p. 315).

qui aurait été accordé à une demande identique sur un autre fondement. La jurisprudence issue de son arrêt *Deville*³²³⁶ en atteste.

792. Une petite particularité pourrait toutefois être relevée. Le fait que la Cour de justice reconnaisse, dans ces situations, avec autant de facilité l'incompatibilité de ces régimes nationaux a une autre explication. Dans son arrêt *Prisco*, la Cour affirme qu'« un État membre ne peut adopter de dispositions soumettant le remboursement d'une imposition, qui a été déclarée contraire au droit communautaire (...), à des conditions concernant spécifiquement cette imposition et qui sont moins favorables que celles qui se seraient appliquées, en leur absence, au remboursement de l'imposition en cause »³²³⁷. D. SIMON y voit une exigence distincte de celle du principe d'équivalence³²³⁸, plus aisée à mettre en œuvre. Si l'on suit cette présentation, cette jurisprudence ne renverrait pas à des violations du principe d'équivalence³²³⁹. Ceci expliquerait pourquoi, dans ces situations, la Cour de justice est aussi directe et péremptoire dans son appréciation. Cependant, cette position de la Cour de justice n'est qu'une précision relative à ce qu'implique le principe d'équivalence. Il est toujours question d'appliquer ce principe, et pas une autre exigence. La Cour n'en retient qu'une formulation adaptée pour sanctionner plus aisément ce genre de traitements nationaux. En effet, inutile ici de rechercher un référentiel et d'opérer une comparaison. Il suffit simplement de constater que, si le régime en question n'existait pas – et donc, si le régime *normalement prévu* pour ce type de demandes s'appliquait –, la situation européenne ne subirait aucun traitement défavorable. Le récent arrêt *Valoris* nous incite à retenir cette approche. Confrontée à un tel régime de délais spéciaux, la Cour de justice l'invalide explicitement sur le fondement du principe d'équivalence³²⁴⁰.

793. Les exemples précités restent des cas assez particuliers. La violation du principe d'équivalence relève de l'évidence, simplement par l'observation du droit national. En dehors de ces hypothèses, il est nécessaire que la violation soit mise en exergue par le juge national ou par des interventions de parties devant la Cour de justice. Autrement dit, c'est la manière dont est présenté le droit national qui est

³²³⁶ CJCE, *Deville*, aff. 240/87 précité, pt. 12-13.

³²³⁷ CJCE, 10 septembre 2002, *Prisco et CASER*, aff. jt. C-216/99 et C-222/99, *Rec.* p. I-6761, pt. 77.

³²³⁸ D. SIMON, « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en septembre 2012), pt. 33-35.

³²³⁹ En ce sens, CJUE, 30 juin 2016, *Campean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494, pt. 40 et *Ciup*, aff. C-288/14, ECLI:EU:C:2016:495, pt. 27.

³²⁴⁰ CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité, pt. 34.

déterminante. Dès lors que l'incompatibilité avec le principe d'équivalence apparaît avec suffisamment de certitude, la Cour de justice est en mesure de la reconnaître. C'est à cette occasion que la position très tolérante de la Cour se manifeste. Il est fréquent que le juge national, le requérant ou la Commission cherche à montrer une violation du principe d'équivalence. En revanche, il est très rare que la Cour soit convaincue par leur présentation. Seule la parole du juge national entraîne parfois son adhésion sur une méconnaissance du principe d'équivalence³²⁴¹. Dans l'arrêt *Pontin*, la Cour confirme les doutes émis par la juridiction nationale à partir des éléments fournis par cette dernière³²⁴² et conclut à la violation du principe d'équivalence³²⁴³. Les arrêts *Transportes Urbanos*³²⁴⁴ et *VALE Építési*³²⁴⁵ suivent en substance le même schéma. Enfin, dans l'arrêt *Raiffeisen Bank*, la Cour de justice informe même la juridiction nationale que l'interprétation qu'elle entend faire du droit national aboutirait à violer le principe d'équivalence³²⁴⁶.

794. Ces exemples restent *in fine* très isolés. Pour les autres arrêts, la Cour de justice ne conclut pas à une violation du principe d'équivalence, même si des arguments pertinents lui sont présentés³²⁴⁷. Visiblement, les observations en défense de l'État membre concerné ou celles d'autres États membres, qui l'invitent à retenir une vision du droit national en phase avec le principe d'équivalence, sont régulièrement entendues, voire reprises, par les juges de la Cour. L'arrêt *Barth*³²⁴⁸ en donne une bonne illustration. Le requérant et la Commission cherchaient à démontrer qu'une règle nationale violait le principe d'équivalence³²⁴⁹. La présentation proposée du droit national ne convainc pas la Cour de justice³²⁵⁰ : s'appuyant sur les observations d'États membres³²⁵¹, elle estime alors que « [dans] ces conditions, une règle

³²⁴¹ En ce sens, M. BOBEK, *op. cit.* : « (...) it is perhaps non surprising that the Court of Justice only scarcely carries out such comparisons. In those cases, where comparisons are attempted, it will be because of an express invitation to this effect by the referring court » (p. 315).

³²⁴² CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 56-58.

³²⁴³ *Ibid.*, pt. 59.

³²⁴⁴ CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 42-46.

³²⁴⁵ CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 : « le refus de faire figurer sur le registre des sociétés hongrois la mention VALE Costruzioni en tant que "prédécesseur en droit" est incompatible avec le principe d'équivalence » (pt. 57). Cet arrêt est toutefois assez exceptionnel puisque même l'avocat général N. JÄÄSKINEN dans ses conclusions ne développe pas ce point.

³²⁴⁶ CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 82.

³²⁴⁷ Outre les exemples cités, voir CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, *Rec. p.* I-10465, pt. 32 (sur ce sujet, cf. *supra*, pt. 714) ; CJCE, 16 juillet 2009, *Visciano*, aff. C-69/08, *Rec. p.* I-6741, pt. 40-42 ; CJUE, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13 précité, pt. 47-48.

³²⁴⁸ CJUE, *Barth*, aff. C-542/08 précité.

³²⁴⁹ CJUE, *Barth*, aff. C-542/08 précité, pt. 23-24.

³²⁵⁰ *Ibid.*, pt. 25.

³²⁵¹ *Ibid.*, pt. 26.

de prescription, telle que celle opposée au requérant au principal, ne saurait être considérée comme contraire au principe d'équivalence »³²⁵². Cette même position se retrouve dans les arrêts *Scialdone* ou *Sziber*. Dans le premier, elle considère que « ainsi que le fait valoir, en l'occurrence, le gouvernement italien, [les infractions européennes et internes envisagées] (...) se distinguent tant par leurs éléments constitutifs que par la difficulté à les découvrir »³²⁵³. La similitude des situations avancées par le juge national est donc écartée³²⁵⁴, comme la violation du principe d'équivalence qu'il envisageait³²⁵⁵. Dans le second, elle juge que « [l'exigence litigieuse] qui, selon le gouvernement hongrois, ne serait qu'une expression spécifique de la règle générale applicable en droit civil procédural (...), ne semble pas être moins favorable que les règles applicables aux recours similaires fondés sur le droit national, ce qu'il revient cependant à la juridiction de renvoi de vérifier »³²⁵⁶.

795. Dans une moindre mesure, la Cour de justice évite toute appréciation trop précise sur le respect du principe d'équivalence eu égard à l'incertitude planant sur la manière d'appréhender le droit national³²⁵⁷. L'arrêt *Bulicke* en est un exemple. Tandis que la juridiction de renvoi semblait convaincue d'une violation du principe d'équivalence³²⁵⁸, une observation du gouvernement a rendu la Cour de justice dubitative³²⁵⁹. Elle n'affiche pas de position tranchée sur le sujet en se limitant à affirmer « [qu'il] appartient au juge national de vérifier si l'interprétation (...) proposée par le gouvernement allemand peut être confirmée »³²⁶⁰. Il arrive également que la prétendue violation du principe d'équivalence ne soit simplement pas assez développée ou démontrée. On l'observe, par exemple³²⁶¹, dans l'arrêt *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*. Le requérant estimait une réglementation nationale contraire au principe d'équivalence³²⁶². Pourtant, la Cour s'abstient de tout commentaire et se contente de répondre « [qu'il] appartient à la juridiction de renvoi de vérifier, à la lumière de la jurisprudence

³²⁵² *Ibid.*, pt. 27.

³²⁵³ CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/15 précité, pt. 57.

³²⁵⁴ *Ibid.*, pt. 21 et pt. 59.

³²⁵⁵ *Ibid.*, pt. 60.

³²⁵⁶ CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 47.

³²⁵⁷ Voir également CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine*, aff. C-147/01, *Rec.* p. I-11365, pt. 108.

³²⁵⁸ CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité, pt. 30-32.

³²⁵⁹ *Ibid.*, pt. 33.

³²⁶⁰ *Ibid.*, pt. 34.

³²⁶¹ Pour une autre illustration en ce sens, voir CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 40-45.

³²⁶² CJUE, 9 septembre 2020, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681, pt. 40.

de la Cour évoquée [dans le] présent arrêt, si la réglementation nationale en cause au principal respecte le principe d'équivalence »³²⁶³.

B. Le résultat d'un principe simplement considéré “présumé respecté”

796. La position adoptée par la Cour de justice, consistant à ne reconnaître que des violations manifestes du principe d'équivalence, a pour conséquence de présumer le principe respecté si un tel constat n'est pas possible. Autrement dit, dès lors qu'il n'apparaît pas de manière évidente que le principe d'équivalence est méconnu, la Cour présume qu'il ne l'est pas. Évidemment, cette présomption peut être renversée par le juge national qui, lui, ne doit pas se contenter d'un contrôle aussi superficiel. Il est, en revanche, difficile d'attendre davantage de la Cour de justice. Une fois encore, rappelons qu'elle n'est pas pleinement compétente pour contrôler véritablement si le principe d'équivalence est respecté. Si aucun référentiel pertinent ne lui est suggéré ou ne se dégage du droit national, son contrôle ne peut être approfondi et développé. Le même problème se rencontre pour la comparaison des traitements nationaux s'ils ne sont pas délimités avec assez de précisions par le juge national³²⁶⁴. La doctrine anglophone est relativement unanime sur ce sujet³²⁶⁵. « Si un référentiel approprié ne peut être trouvé, l'équivalence est considérée comme étant remplie, et il n'y a aucun besoin d'engager une étude plus poussée du régime procédural national » note par exemple un auteur³²⁶⁶. De même, comme le remarque N. POLTORAK³²⁶⁷, si le traitement procédural en cause semble s'appliquer indistinctement aux situations

³²⁶³ *Ibid.*, pt. 41.

³²⁶⁴ Pour exemple, voir CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776 :

« En tout état de cause, le dossier dont dispose la Cour ne contient aucun élément permettant d'apprécier si les appels formés dans ces domaines sont comparables, sous l'angle de leur objet, de leur cause et de leurs éléments essentiels, à celui en cause au principal, ni d'examiner si les premiers appels doivent être considérés comme étant plus favorables que le second en tenant compte des éléments visés au point 44 du présent arrêt » (pt. 45). Voir également CJUE, 7 novembre 2019, *Flausch e.a.*, aff. C-280/18, ECLI:EU:C:2019:928, pt. 28.

³²⁶⁵ Voir M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004 : « It is possible that no appropriate national comparator can be located in respect of the relevant Community action. In such cases, the principle of equivalence is deemed to have been fulfilled » (p. 25).

³²⁶⁶ K. SOWERY, « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Tarsia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726 : « If an appropriate comparator cannot be found, equivalence is considered to have been fulfilled, and there is no need to engage in further scrutiny of national procedural arrangements » (p. 1724).

³²⁶⁷ N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, p. 77.

européennes et internes³²⁶⁸, le principe d'équivalence paraît dès lors respecté aux yeux de la Cour de justice³²⁶⁹.

797. La jurisprudence de la Cour de justice exprime de manière diverse cette présomption de respect. Nous insistons toutefois sur ce point : les arrêts dans lesquels la Cour constate une violation du principe d'équivalence reposent, eux-aussi, sur une "présomption" qu'il reviendra au juge national d'éprouver. Toutefois, pour ces cas, il semble assez peu probable que le juge national s'éloigne de l'appréciation de la Cour. Ce n'est envisageable que si les éléments de droit interne qui lui ont été présentés s'avèrent, en réalité, erronés et rendent son raisonnement caduc. Dans ces situations, ces éléments ont été justement apportés par le juge national : il serait dès lors étonnant que le juge national les remette en cause et, ainsi, renverse la présomption de non-respect posée par la Cour de justice. Ce contexte nous pousse à dire que les arrêts constatant la violation du principe d'équivalence, même s'ils formulent une "présomption", apportent une réponse quasi définitive. Ils donnent donc lieu à un contrôle suffisant³²⁷⁰ du respect du principe d'équivalence. Tel n'est absolument pas le cas, à nos yeux, pour les présomptions de respect que nous étudions ici. Dans ces hypothèses, la Cour de justice ne préjuge pas véritablement, elle n'opère pas un plein contrôle sur son respect. Comme l'illustre M. BOBEK sur cette question, ses arrêts véhiculent le message formaté « *I don't wish to deal with this (now)* »³²⁷¹ : la Cour ne souhaite pas se prononcer et, dans ces conditions, présume le principe d'équivalence respecté si rien ne permet d'affirmer le contraire. Il revient alors au juge national, de manière presque totalement libre, d'éprouver pleinement cette présomption.

798. Dans les faits, cette "présomption" apparaît plus ou moins explicitement dans la jurisprudence. Dans plusieurs arrêts, dont certains ont déjà été évoqués, la Cour de justice ne procède à aucune appréciation visible sur le principe d'équivalence, renvoyant la totalité du problème au juge national. Les arrêts *Bulicke*³²⁷²

³²⁶⁸ Sur cette approche, et la nécessité de ne pas l'extrapoler, cf. *supra*, pt. 687 et suivants.

³²⁶⁹ Pour un exemple récent, voir CJUE, 10 décembre 2020, *Euromin Holdings (Cyprus)*, aff. C-735/19, ECLI:EU:C:2020:1014, pt. 96.

³²⁷⁰ À défaut d'être optimal ou parfait.

³²⁷¹ M. BOBEK, *op. cit.* : « *On the whole (...), if invoked, the principle of equivalent in the area of procedures and remedies serves rather as a type of a shorthand message "I don't wish to deal with this (now)" and for ferring the decision back onto the national level* » (pp. 315-316).

³²⁷² CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité.

ou *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*³²⁷³ précités le montrent. Elle ne livre aucune appréciation ou ne donne aucun début de réponse, même lorsqu'elle y est invitée par le juge national³²⁷⁴. Certes, la Cour de justice peut apporter plusieurs précisions intéressantes et qui seront utiles au juge national pour faire son contrôle, mais sans apporter une vraie réponse pour autant³²⁷⁵. Enfin, elle peut simplement résumer ce qu'implique le principe d'équivalence, sans toutefois déterminer si, en l'occurrence, il est respecté ou non. Dans son arrêt *Surgicare*, par exemple, la Cour se limite à indiquer « [qu'il] ne saurait être exclu que le respect du principe d'équivalence nécessite l'application de la procédure [nationale normalement prévue] »³²⁷⁶. Les arrêts *Faber*³²⁷⁷ ou *AW (Appels au 112)*³²⁷⁸ en sont également des illustrations³²⁷⁹. Dans tous ces cas, la Cour de justice ne donne aucune réponse concrète sur le respect du principe d'équivalence. Toutefois, en renvoyant au juge national le soin de faire entièrement cette vérification, elle présume qu'en l'état, rien ne permet sérieusement de douter de son respect. Dans ces conditions, il doit être présumé respecté.

799. Dans d'autres arrêts, la présomption est plus expressément exprimée par la Cour de justice. Certes, à certaines occasions, ses appréciations sont formulées de manière très péremptoire. Tel est le cas dans l'arrêt *Danske*, dans lequel elle affirme que « force est, dès lors, de constater que le principe d'équivalence est respecté par une réglementation nationale (...) »³²⁸⁰. L'arrêt *XC* en donne également un bon exemple puisque la Cour y démontre avec minutie que les situations européenne et interne envisagées ne peuvent pas être considérées comme similaires³²⁸¹. Pour ces arrêts, effectivement, le respect du principe d'équivalence semble être indiscutable. L'approche serait donc la même que pour les arrêts qui reconnaissent la violation du principe : la Cour de justice a opéré un véritable contrôle donnant lieu à une

³²⁷³ CJUE, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19 précité.

³²⁷⁴ CJUE, 17 juillet 2014, *Delphi Hungary*, aff. C-654/13, ECLI:EU:C:2014:2127, pt. 36-39.

³²⁷⁵ CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité : « Il appartient à la juridiction nationale compétente d'examiner si la condition liée au principe d'équivalence est vérifiée dans l'affaire dont elle est saisie. En ce qui concerne plus particulièrement l'affaire au principal, il lui incombe de déterminer si le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par le droit interne, remplit les conditions exigées par le droit national pour être qualifié de moyen d'ordre public » (pt. 34). Voir également CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 41.

³²⁷⁶ CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-662/13, ECLI:EU:C:2015:89, pt. 31.

³²⁷⁷ CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 39.

³²⁷⁸ CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671, pt. 40.

³²⁷⁹ Voir également CJCE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 49-56.

CJUE, *Berkizj-Nikolakaki*, aff. C-272/10 précité, pt. 46-47.

³²⁸⁰ CJCE, *Danske*, aff. C-445/05 précité, pt. 45. Pour un autre exemple, voir CJUE, 14 février 2019, *Nestrade*, aff. C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115 : la Cour y affirme que « [la] différence de traitement [identifiée par le requérant], même si elle était avérée, ne démontrerait aucunement une différence de traitement entre les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union et ceux de nature purement interne » (pt. 39).

appréciation quasi définitive. Toutefois, en dehors de ces hypothèses (assez exceptionnelles), les appréciations faites par la Cour restent bien plus nuancées et prudentes. Elles révèlent une simple *présomption* de respect du principe d'équivalence que le juge national devra éprouver. Dans l'arrêt *Agrokonsulting-04*, par exemple, la Cour considère que « [si] *cette affirmation [sur le droit national] devait s'avérer exacte, au terme des vérifications qu'il appartient à la juridiction de renvoi d'effectuer sur ce point, il ne saurait être conclu à une méconnaissance du principe d'équivalence (...)* »³²⁸². Enfin et surtout, les arrêts sont légions dans lesquels la Cour de justice indique que le principe d'équivalence est présumé respecté puisqu'elle « *ne dispose d'aucun élément de nature à susciter un doute sur la conformité de la réglementation nationale en cause au principal à ce principe* »³²⁸³.

800. Dans ces cas, l'appréciation faite par la Cour de justice n'a pas vocation à être définitive. Tout au plus, elle ne fait qu'augurer du respect du principe d'équivalence. La conformité du droit national à ce principe ne découle pas d'un véritable contrôle. Cette position de la Cour se comprend eu égard à son rôle et à ses compétences dans la mise en œuvre du principe d'équivalence. Une fois encore, nous rappelons qu'une vérification optimale du respect du principe nécessite de manipuler et confronter des éléments de droit interne – chose qu'elle ne peut pas faire spontanément et/ou systématiquement. La lecture des arrêts de la Cour ne permet donc pas de déterminer si, dans les faits, le principe d'équivalence est correctement appliqué et respecté dans l'ordre juridique national. Ce constat se comprend mais peut laisser un sentiment de déception. En effet, comme nous l'avons vu, le fait que la Cour de justice choisisse trop souvent de s'abstenir de répondre ou de développer un raisonnement personnel sur le respect du principe d'équivalence est regrettable³²⁸⁴. Les indications abstraites sur la similitude des situations et sur la comparaison des traitements ne suffisent pas à bien appréhender et maîtriser ce qu'implique ce principe. Au contraire, des appréciations opérées par la Cour de justice, tout en restant conditionnelles et limitées aux seules circonstances de l'espèce, permettraient

³²⁸¹ CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité, pt. 47-48.

³²⁸² CJUE, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12 précité, pt. 47.

³²⁸³ Pour exemple, CJUE, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19 précité, pt. 33.

³²⁸⁴ Cf. *supra*, pt. 651 et suivants.

par accumulation et répétition de mieux y parvenir³²⁸⁵. En caricaturant, le renvoi au juge national confirme l'impression de M. BOBEK pour qui la Cour *ne veut pas* traiter du principe d'équivalence et – presque – cherche à s'en décharger³²⁸⁶. L'arrêt *Hochtief Solutions*³²⁸⁷ révèle ce problème aux yeux de L. COUTRON qui parle d'une « *forme d'apostasie préjudicielle* » de la part de la Cour de justice, dont le « *raisonnement (...) s'avère extrêmement timoré* » qui ne permet pas « *d'aboutir à une conclusion bien plus ferme quant à la violation du principe d'équivalence* »³²⁸⁸. Ce contrôle, qui fait figure de renoncement, se comprend au regard de l'office de la Cour de justice. Il n'aide toutefois pas à ce que le principe d'équivalence soit bien appréhendé et compris dans les ordres juridiques nationaux.

§2 : Point de vue interne : un principe mal maîtrisé

801. Apprécier le contrôle opéré par le juge national présente des problèmes importants et presque indépensables. Un travail rigoureux de notre part impliquerait d'avoir accès à un panel suffisant de décisions rendues dans les différents États membres dans l'espoir d'avoir une vision représentative du travail des juridictions nationales. Pour des raisons évidentes, cet accès nous est très compromis³²⁸⁹. L'appréciation que nous porterons prend donc le risque d'être biaisée ou en partie incorrecte. En effet, nous nous appuierons essentiellement sur des (rares) références jurisprudentielles fournies par les juges français et, éventuellement, par les juges belges. Leur attitude vis-à-vis du principe d'équivalence est – nous le verrons – assez réservée. Nous généralisons donc ce constat à l'ensemble des juges nationaux. Certains éléments permettent déjà de relativiser ce choix. Le juge anglais est notamment décrit par plusieurs auteurs comme un juge plus attentif au respect du principe d'équivalence³²⁹⁰. Malgré tout, à notre connaissance, la rareté de l'intérêt de la doctrine européenne sur le principe d'équivalence apprécié par un juge national nous conforte dans la perspective choisie. Ce désintérêt nous semble bien

³²⁸⁵ Voir par exemple, à propos du principe d'équivalence tel qu'appliqué dans l'arrêt *Edis* (aff. C-231/96 précité), S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005 : « *the Court analysed the various possible actions under Italian law, but it was finally quite easily – perhaps too easily – satisfied* » p. 175).

³²⁸⁶ Cf. *supra*, pt. 797.

³²⁸⁷ CJUE, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17 précité.

³²⁸⁸ L. COUTRON, « Autorité de chose jugée d'une décision juridictionnelle nationale et autorité d'un arrêt préjudiciel de la Cour de justice : une symétrie gênante », *RTDE* 2020, p. 291. Pour une vision plus nuancée, A. TURMO, « Immutabilité des actes juridictionnels et droit de l'Union européenne : poursuite de l'exploration des mécanismes nationaux de révision et de réexamen par la Cour de justice » précité, p. 647.

³²⁸⁹ Cf. *infra*, pt. 80.

³²⁹⁰ Pour le juge anglais, voir M. ROCCATI, *op. cit.*, pp. 119-120.

représentatif de l'attitude générale du juge national. Confronté au principe d'équivalence, il retient une position très en retrait par rapport à ce qui est attendu de lui. Dans ces conditions, l'analyse de la jurisprudence française et belge permet de le constater.

802. Le juge national ne parvient pas à assurer un contrôle à la hauteur des enjeux qui pèsent sur lui. Une fois encore, nous ne pensons pas que cela résulte d'une mauvaise volonté ou d'une attitude consciente de sa part. Il est fréquent que les parties elles-mêmes ne lui donnent pas l'occasion de procéder à un tel contrôle, en développant un argumentaire pertinent à ce sujet. Le droit national est, également, dans son ensemble plutôt respectueux du principe d'équivalence. La rareté de décisions juridictionnelles donnant lieu à un contrôle approfondi s'explique en grande partie pour ces deux raisons. Néanmoins, le caractère satisfaisant de ce contrôle, qui justifie les examens très sommaires de la Cour de justice, reste incertain. Dans ces conditions, l'effet utile du principe d'équivalence en devient douteux. Plus encore, sa fonction en devient presque illusoire. En effet, à l'instar de la Cour de justice, il est extrêmement rare que le non-respect du principe d'équivalence soit reconnu par le juge national. Le cœur du problème tient en ce que le contrôle national peine à être suffisamment approfondi et reste, dans l'ensemble, trop évasif (A.). Ce contexte conduit à ce que le principe d'équivalence soit peu pris en compte et fasse l'objet d'une relative indifférence de la part des autorités nationales (B.).

A. Un contrôle juridictionnel national globalement évasif

803. Eu égard à la position de la Cour de justice, la mise en œuvre concrète du principe d'équivalence repose essentiellement sur les épaules du juge national. Comme elle le rappelle régulièrement, la juridiction nationale « *a une connaissance directe des modalités procédurales applicables* »³²⁹¹. Elle est la seule à pouvoir identifier des référentiels et opérer la comparaison entre les traitements. C'est bien à ce titre qu'il lui revient de *vérifier* les appréciations faites par la Cour de justice. Le juge national est donc le seul et unique organe compétent pour contrôler le respect du principe d'équivalence et, à ce titre, trancher définitivement toute question à son sujet³²⁹². Dans ce contexte, l'effet utile du principe d'équivalence dépend de l'intensité et de la

³²⁹¹ Pour exemple, CJUE, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19 précité, pt. 38.

rigueur du contrôle opéré par le juge national. Aucun remède n'existe pour pallier un contrôle insuffisant. L'enjeu qui pèse sur le travail du juge national est donc considérable. A nos yeux, si des contre-exemples existent (2.), le contrôle reste souvent superficiel (1.).

1. Une vérification souvent superficielle

804. L'intensité et la nature du contrôle opéré par la Cour de justice ne permettent pas d'assurer une vérification satisfaisante du respect du principe d'équivalence. Nous l'avons vu, cette situation découle de la position et du rôle de la Cour, qui ne peuvent être similaires à ceux du juge national. Autrement dit, il n'est pas normal que le contrôle fait par la Cour de justice soit identique à celui attendu du juge national. Pour la première, il est compréhensible que la vérification du principe d'équivalence repose sur des apparences ou des impressions et n'aboutisse à des appréciations tranchées que dans des situations pour lesquelles son non-respect (ou son respect) est assez évident. Pour le second, rien ne le justifie. Puisqu'il dispose des compétences juridiques et techniques pour identifier un référentiel pertinent, délimiter précisément les traitements envisagés et les comparer, il lui revient bien de vérifier de manière détaillée si le principe d'équivalence est ou non respecté. Les illustrations que nous relevons montrent que tel n'est pas le cas. Le juge national se contente de reprendre presque à l'identique ce que fait la Cour de justice. Plus encore, il est fréquent que la motivation opérée par des juges nationaux soit même plus évasive et courte que celle de la Cour.

805. Pour une grande partie de la jurisprudence nationale, l'application du principe d'équivalence se fait en utilisant, en substance, la méthode simplifiée. Pour mémoire, cette méthode nécessite de vérifier uniquement que la modalité procédurale litigieuse s'applique indistinctement en fonction de la nature européenne ou nationale de la situation envisagée. Nous l'avons vu, le contrôle qui en découle est loin d'être suffisant et laisse des angles morts importants, notamment lorsqu'il est question de sanctionner des discriminations indirectes au titre du principe d'équivalence³²⁹³. Malheureusement, cette méthode est reproduite et appliquée dans l'essentiel des

³²⁹² Cf. *supra*, pt. 736.

³²⁹³ Sur ces questions, cf. *supra*, pt. 700 et suivants.

décisions rendues. Le principe d'équivalence est reconnu respecté *exclusivement* à partir du constat que les modalités litigieuses « *s'appliquent de la même façon aux actions fondées sur le droit communautaire et à celles fondées sur le droit interne* »³²⁹⁴. Cette citation provient d'un arrêt de la Cour de cassation qui laisse entendre que cette vérification suffit pour contrôler le principe d'équivalence. Pour un autre exemple, dans une jurisprudence constante, la Cour de cassation considère que « *l'article L. 190, alinéa 3, du Livre des procédures fiscales, d'application générale, est compatible avec l'ordre juridique communautaire* »³²⁹⁵. La simple et discrète mention de « *application générale* » de la disposition laisse donc entendre que le principe d'équivalence est respecté. Le Conseil d'État reprend également cette position³²⁹⁶. Certes, dans ces illustrations, les juges agissent en leur qualité de juge de cassation, ce qui expliquerait la brièveté de leur appréciation. Or les juges du fond, judiciaires³²⁹⁷ comme administratifs³²⁹⁸, reprennent également une telle méthode.

806. Cet état de la jurisprudence nous paraît représentatif du travail opéré par le juge national. Celui-ci ne procède pas, contrairement à ce qui est attendu de lui, à une vérification précautionneuse du respect du principe d'équivalence, en cherchant notamment un référentiel pertinent. Il se contente – de manière regrettable – du constat de l'application indistincte de la modalité litigieuse³²⁹⁹. Nous admettons que le contrôle du principe d'équivalence opéré par le juge national dépend, évidemment, de la qualité des moyens des parties au procès. Il est fréquent que le juge ne fasse qu'évoquer le principe d'équivalence, sans l'étudier, en raison de l'argumentation très approximative du requérant³³⁰⁰. Inutile donc d'attendre un contrôle approfondi du juge national³³⁰¹. Ce sur quoi nous voulons insister ici est la faiblesse et la maladresse du contrôle lorsqu'il est bel et bien opéré par le juge national. Quand cela s'avère

³²⁹⁴ Cass., Com., 9 juillet 2013, *Société EDF*, n°12-24.551.

³²⁹⁵ Voir not. Cass., Com., 4 décembre 2001, *Société CHP*, n°00-13.351.

³²⁹⁶ Voir CE, 1er mars 2004, *M. Castaing*, req. n°243592 ; CE, 4 février 2005, *Société J.T. International GmbH*, req. n°249551.

³²⁹⁷ CA Colmar, 4 mars 2013, n° 12/03237 ; CA Lyon, 21 janvier 2014, n° 13/03623 ; CA Montpellier, 5 décembre 2017, 14/09098.

³²⁹⁸ CAA Douai, 2 octobre 2012, *Cie de transports de la porte Océane (CTPO)*, req. n°10DA01250 ; CAA Versailles, 23 avril 2013, *Régie mixte des transports toulonnais*, req. n°11VE02535 ; CAA Marseille, 17 juin 2016, req. n° 14MA02486.

³²⁹⁹ Pour exemple, N. CHAYIALLE, conclusions sur CAA Versailles, 15 décembre 2019, *Société DII Industries*, req. n°18VE00031, R/JF 1/2020, n°C19 : « *cette solution serait contraire au principe d'équivalence dès lors qu'une telle limitation n'est pas applicable aux recours fondés sur le droit interne* » ; E. BOKDAM-TOGNETTI, conclusions sur CE, 25 octobre 2017, *SAS Sodisac*, req. n°394413, R/JF 1/2018, n°C12 : « *Exiger un tel accord exprès ne méconnaît [pas] (...) le principe d'équivalence – un tel accord étant également requis par la législation interne dans le cas des intégrations verticales entre sociétés résidentes* ».

³³⁰⁰ Pour exemple, CAA Paris, 21 décembre 2012, *Viatel Equipment Limited*, req. n°10PA03715 ; CAA Bordeaux, 25 février 2014, *SARL Furnival Belles Maisons*, req. n°12BX03275.

nécessaire, le travail du juge se limite à cette jurisprudence très évasive et qui ne révèle pas une vérification suffisante du respect du principe d'équivalence.

807. Ce constat mérite évidemment des précisions. Dans certaines décisions, l'appréciation faite par le juge national va parfois en deçà d'un contrôle superficiel³³⁰². Dans un contentieux porté par EDF devant plusieurs juridictions judiciaires en 2014, certaines s'abstiennent de toute réponse un minimum explicite sur le respect du principe d'équivalence. Après des rappels plus ou moins évasifs de la jurisprudence de la Cour de justice, elles n'apportent aucune démonstration³³⁰³. On comprend néanmoins que cette situation soit exceptionnelle, puisque le moyen développé par EDF sur le respect du principe d'équivalence était erroné. Il reste que certaines juridictions judiciaires ont relevé ce problème sans livrer un véritable contrôle. La cour d'appel de Bastia³³⁰⁴ et la cour d'appel de Lyon ont écarté ce moyen en expliquant que « *la comparaison [avancée par EDF] entre une action en indemnisation et une action en remboursement toutes deux fondées sur le droit [de l'Union] n'est pas pertinente* »³³⁰⁵. Rien ne transparait quant aux motifs justifiant cette appréciation.

808. Une dernière situation très problématique est celle dans laquelle le principe d'équivalence est totalement oublié alors même que son respect posait question. Dans l'affaire *Euro Park*, le Conseil d'État, à l'occasion de son renvoi préjudiciel, ne le traite nullement³³⁰⁶, bien que, comme le souligne O. FOUQUET, « *il était évident que le principe d'équivalence était violé* »³³⁰⁷. En effet, une législation française conditionnait un avantage fiscal à l'obtention d'un agrément exclusivement au titre d'une fusion transfrontalière de sociétés. Le problème a été traité au titre de la directive 90/434, qui le permet pour des motifs de lutte contre l'évasion fiscale, et de la liberté de circulation des capitaux de l'article 49 TFUE. La Cour de justice opère

³³⁰¹ D'autant que, à l'évidence, le respect du principe d'équivalence n'est pas un moyen d'ordre public ; voir CE, 15 juin 2016, *Société Frère Bourgeois*, req. n°381196.

³³⁰² Voir CE, 28 octobre 2009, *VINIFLOHR*, req. 302030, *Rec.* p. 400. Le Conseil d'État sanctionne un arrêt de cour administrative d'appel pour ne pas avoir vérifié si une règle nationale pouvait s'interpréter de manière conforme avec le droit de l'Union, et notamment le principe d'équivalence. Cependant, le principe est simplement évoqué quand le juge rappelle l'arrêt *Deutsche Milchkontor* de la Cour de justice (21 septembre 1983, aff. jt. C-205/82 à C-215/82, *Rec.* p. 2633) et sa portée. Aucune mention n'est faite par la suite, même très implicitement, quand le Conseil d'État juge l'affaire au fond.

³³⁰³ CA Rennes, 4 mars 2014, n° 13/05322 ; CA Aix-en-Provence, 8 avril 2014, n° 13/04775.

³³⁰⁴ CA Bastia, 3 avril 2013, n° 12/00051.

³³⁰⁵ CA Lyon, 21 janvier 2014, n° 13/03623.

³³⁰⁶ CE, 30 décembre 2015, *Euro Park*, req. n°369311.

³³⁰⁷ O. FOUQUET, « Droit des fusions transfrontalières européennes : le législateur français a mal interprété le droit dérivé et le droit primaire de l'Union », *RTD Com.* 2017, pp. 733-738, spéc. p. 736.

logiquement une réponse axée sur ces points, ne faisant qu'évoquer discrètement le principe d'équivalence. Certes, ces bases juridiques restent pertinentes pour contrôler, et même invalider, la législation française³³⁰⁸. Nous restons toutefois interpellés par l'indifférence totale accordée au principe d'équivalence. Cela étant, nous admettons que, dans ses conclusions rendues à l'occasion de la décision de renvoi, le rapporteur public F. ALADJIDI souligne qu'« [on] aurait pu s'attendre à ce que la requérante (...) soutienne que l'exigence d'agrément (...) méconnaît le "principe d'équivalence" auquel sont soumises les "modalités procédurales" retenues par les États membres pour "refuser d'appliquer" le régime des fusions »³³⁰⁹. Le problème reposerait en somme plus sur les parties qui se sont abstenues de soulever clairement la violation du principe d'équivalence.

2. De rares applications abouties

809. Dans des arrêts très isolés, en revanche, le juge national procède à une analyse légèrement plus minutieuse ou, à tout le moins, qui manifeste une meilleure compréhension du principe d'équivalence. Les exemples sont une fois encore très rares³³¹⁰. Dans son arrêt *M. Abdelsohn* du 13 décembre 1994³³¹¹, la Cour de cassation livre une appréciation sur la compatibilité du nouveau régime de répétition de l'indu fiscal avec le principe d'équivalence. Pour mémoire³³¹², suite à sa condamnation par la Cour de justice dans son arrêt *Deville*³³¹³, le législateur a fait en sorte que le délai de prescription de droit commun ne constitue plus un référentiel pertinent pour être comparé au délai en répétition de l'indu applicable – notamment – aux demandes

³³⁰⁸ CE, 20 juin 2016, *Euro Park*, req. n°369311, RJF 10/2017, n°916. Le rapporteur public E. BOKDAM-TOGNETTI, dans ses conclusions (*ibid.*), le note : « S'agissant du principe d'équivalence, elle s'est estimée insuffisamment informée pour répondre, et a renvoyé à la juridiction nationale – c'est-à-dire vous, **mais compte tenu des multiples points de non-conformité soulevés par ailleurs par la Cour, quelle que soit la réponse que vous apporteriez sur ce point, elle serait sans incidence sur la solution du litige** – le soin d'apprécier si les opérations de fusion transfrontalières sont traitées d'une manière moins favorable que les opérations internes » (nous soulignons).

³³⁰⁹ F. ALADJIDI, conclusions sur CE, 30 décembre 2015, *Euro Park* précité, RJF 3/2016, n°C227.

³³¹⁰ Pour un autre exemple, voir CAA Versailles, 21 juin 2011, req. 10VE00124 : « (...) le principe d'équivalence ne saurait être interprété comme obligeant un Etat membre à prévoir des modalités identiques de recours en justice pour les résidents et non résidents dès lors que ces deux catégories de demandeurs, se trouvent, à raison même de leur domicile, dans des situations objectivement différentes eu égard aux contraintes de l'instruction et, notamment, à la nécessité qui s'attache, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, au bon accomplissement des diligences qui incombent tant au Tribunal qu'aux parties ; qu'ainsi et dès lors que l'obligation prévue par les dispositions de l'article R. 431-8 du code de justice administrative s'applique à l'ensemble des non résidents, sans distinction de nationalité, que leur demande soit fondée sur la méconnaissance du droit communautaire ou d'une norme purement interne et ce, en outre, quel que soit l'objet du litige, l'obligation en cause ne méconnaît pas le principe d'équivalence ». Voir également CA Paris, 27 février 2014, n°10/18285..

³³¹¹ Cass., com., 13 décembre 1994, *M. Abdelsohn*, RJF 2/1995, n°284.

³³¹² Cf. *supra*, pt. 713.

³³¹³ CJCE, *Deville*, aff. 240/87 précité.

fondées sur le droit de l'Union. La Cour de cassation considère d'elle-même³³¹⁴ cette modification bien conforme au principe d'équivalence. Elle le justifie en ce que « *ces nouvelles dispositions, (...) qui ne sont pas moins favorables que les recours similaires de droit interne, lesquels ne sont pas tous régis par la prescription trentenaire, sont applicables, aux termes de la loi, à tous les litiges engagés (...)* ». La formule est laconique et implicite mais elle exclut bien le référentiel qui posait un problème avant la modification législative. Notons également que cet arrêt est rendu à une période durant laquelle le principe d'équivalence n'était pas encore nommé ainsi. Quoique timoré, le raisonnement de la Cour de cassation montre une bonne compréhension du principe d'équivalence tel qu'il a été exposé par la Cour de justice dans son arrêt *Deville*.

810. Un autre exemple est la décision *M. Reynaerts* du Conseil d'État du 26 janvier 2018³³¹⁵. Une fois encore, le raisonnement est implicite mais se révèle bien plus détaillé que ceux traditionnellement présents dans les décisions du juge administratif. Le Conseil d'État considère que l'article R. 197-3 du Livre des procédures fiscales respecte le principe d'équivalence. Cet article institue une irrecevabilité de réclamations fiscales si certains documents ne sont pas fournis par le contribuable. Le juge administratif n'y voit aucune violation du principe d'équivalence implicitement dès lors que ces dispositions « *s'imposent indistinctement à toutes les actions tendant à la restitution d'une imposition qui n'a pas donné lieu à l'émission d'un rôle ou d'un avis de mise en recouvrement, quel que soit le fondement juridique sur lequel elles sont introduites* ». Là encore, le raisonnement est bref et implicite mais l'essentiel y figure. Le Conseil d'État laisse bien entendre que tout référentiel pertinent est exclu puisque la modalité en cause s'applique à toutes les actions qui ont, en substance, le même objet. Ce laconisme se comprend aussi en ce que le principe d'équivalence n'était pas le cœur du problème soumis au juge. Il reste que la motivation du juge administratif montre une meilleure appréhension du principe.

811. Au bout du compte, les seuls exemples que nous identifions dans lesquels le juge national se saisit pleinement du principe d'équivalence et cherche à faire un contrôle poussé se trouvent dans deux situations. Pour la première, la question de la violation du principe d'équivalence se pose avec une certaine évidence.

³³¹⁴ La Cour de cassation se prononce avant que la Cour de justice ne se prononce sur ce sujet dans son arrêt *Roquette Frères* (28 novembre 2000, aff. C-88/99, *Rec.* p. I-10465).

³³¹⁵ CE, 26 janvier 2018, *M. Reynaerts*, req. n°408561, *Rec. T.* p. 640 et p. 659.

Les situations et traitements en cause s'identifient sans mal pour le juge national. Le contrôle qui en découle se révèle *in fine* bien plus approfondi et rigoureux que celui traditionnellement présent. Nous faisons ici référence à l'affaire *Accor* devant le juge administratif français. Le problème portait sur un régime de précompte fiscal concernant l'impôt sur les dividendes délivrés par des filiales à leur société-mère. Le droit français instituait une différence de traitement selon l'origine des dividendes. Pour ceux versés par une filiale française, la société-mère assujettie pouvait d'obtenir la restitution du précompte ; à l'inverse, pour ceux issus d'une filiale se trouvant sur un État membre de l'Union européenne, la restitution du précompte était conditionnée à la production de certains documents. Devant la Cour administrative d'appel de Versailles³³¹⁶, la question du respect du principe d'équivalence par la disposition française qui institue cette exigence se pose sérieusement. La cour note que ce principe « *doit être interprété en ce sens que le groupe défavorisé ne saurait se voir appliquer, pour obtenir la décharge des impositions litigieuses, des conditions auxquelles, s'agissant des mêmes impositions, n'étaient pas soumises les sociétés nationales quand bien même il en résulterait un traitement fiscal plus favorable pour les dividendes issus de pays à bas taux d'imposition que pour les dividendes d'origine française* ». Elle conclut donc que « *le principe d'équivalence fait obstacle à ce que le juge national puisse écarter ces dispositions législatives [litigieuses] pour les dividendes d'origine communautaire et exiger du contribuable lésé de justifier du taux d'imposition de ses filiales non résidentes* », sans avoir besoin de saisir la Cour de justice à ce sujet. La violation du principe d'équivalence est donc bien constatée, à l'issue d'un raisonnement développé et pertinent.

812. En cassation, le Conseil d'État³³¹⁷ souligne également le problème posé par ce principe d'équivalence et, avec raison³³¹⁸, opère un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. La réponse donnée par la Cour de justice dans son arrêt *Accor*³³¹⁹ est assez controversée : pour mémoire³³²⁰, elle considère que la contrainte pesant sur les situations européennes (les dividendes issus d'un État membre) et pas sur les situations internes (dividendes provenant de France), qui consiste à exiger la production de certains documents pour obtenir la restitution du précompte, n'est pas

³³¹⁶ CAA Versailles, 20 mai 2008, *Accor*, req. n°07VE00530.

³³¹⁷ CE, 3 juillet 2009, *Ministre du budget c. Société Accor*, req. n°317075, *Rec.* p. 248.

³³¹⁸ Le renvoi se comprend en ce que, à la différence de la cour administrative d'appel, le Conseil d'État statue ici en dernier ressort et, à ce titre, est soumis à l'obligation de renvoi préjudiciel requis par l'article 267, alinéa 3, TFUE.

³³¹⁹ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115.

³³²⁰ Cf. *supra*, pt. 493.

de nature à rendre le traitement *moins favorable*. La réponse de la Cour de justice est très péremptoire sur ce sujet³³²¹. Elle permet ainsi de résoudre la question du respect du principe d'équivalence. Le Conseil d'État, dans sa décision réceptionnant l'arrêt préjudiciel, ne fait plus qu'évoquer ce principe³³²². Implicitement, et en toute logique, il transpose la solution de la Cour de justice. L'issue de cette affaire, qui aboutit à un contrôle poussé du principe d'équivalence, n'a pu voir le jour qu'en raison du contexte favorable du litige. Les situations européennes et internes similaires s'identifiaient sans mal ; la différence entre leur traitement était également assez claire

813. La seconde situation dans laquelle le contrôle devient plus approfondi se manifeste lorsque le juge national bénéficie d'une jurisprudence parfaitement limpide de la Cour de justice sur ce qu'il doit faire, notamment à l'issue d'un renvoi préjudiciel. L'affaire à l'origine de l'arrêt *Benallal* de la Cour de justice³³²³ l'illustre. Saisie par le Conseil d'État belge, la juridiction européenne devait se prononcer sur la nécessité pour le juge national, pour respecter le principe d'équivalence, de soulever d'office un moyen fondé sur le principe général de droit de l'Union protégeant les droits de la défense. La Cour de justice répond que le principe d'équivalence requiert une telle chose si le moyen fondé sur le droit de l'Union s'assimile à un moyen d'ordre public fondé sur le droit interne. Ici, l'appréciation de la Cour est logiquement très timorée puisqu'elle ne fait que préciser ce qu'implique le principe d'équivalence³³²⁴. La Cour indique simplement et de manière très prudente que tel semble bien être le cas pour le moyen fondé sur les droits de la défense³³²⁵. Elle insiste toutefois sur le fait qu'il « *appartient à la juridiction nationale compétente d'examiner si la condition liée au principe d'équivalence est vérifiée dans l'affaire dont elle est saisie [et en] ce qui concerne plus particulièrement l'affaire au principal, (...) de déterminer si le droit d'être entendu, tel qu'il est garanti par le droit interne, remplit les conditions exigées par le droit national pour être qualifié de moyen d'ordre public* ».

³³²¹ Elle l'est moins sur le respect du principe d'effectivité. L'avocat général P. MENGOZZI, dans ses conclusions, est également un peu plus prudent sur le respect du principe d'équivalence (pt. 109 et suivants).

³³²² CE, 10 décembre 2012, *Ministre du budget c. Société Accor*, req. n°317075 (inédit).

³³²³ CJUE, *Benallal*, aff. C-161/15 précité.

³³²⁴ *Ibid.*, pt. 31.

³³²⁵ *Ibid.* : « *il ne ressort pas clairement de la décision de renvoi que le droit d'être entendu, tel que garanti par le droit belge, constitue, en soi, un principe général du droit belge ressortissant, à ce titre, de l'ordre public interne de cet État membre. Toutefois, la juridiction de renvoi précise à cet égard que les règles d'ordre public sont celles qui revêtent une importance fondamentale dans l'ordre juridique belge, telles les règles relatives à la compétence des autorités administratives, à la compétence des juridictions, au respect des droits de la défense ou concernant d'autres droits fondamentaux* » (pt. 32).

814. L'arrêt du Conseil d'État belge³³²⁶ montre une bonne réception de la réponse de la Cour de justice, notamment en ce qu'il retient une solution différente. En effet, contrairement au juge européen, la juridiction administrative estime que le moyen fondé sur le droit de l'Union et visant à invoquer les droits de la défense ne peut s'assimiler à un moyen d'ordre public en droit interne. Le Conseil d'État le justifie en ce que « [le] *droit d'être entendu, applicable lors de l'adoption d'un tel acte causant grief mais n'ayant pas de caractère punitif, est donc consacré en droit interne par le principe général audi alteram partem et non par le principe général du respect des droits de la défense. Le premier moyen, en tant qu'il est pris de la violation des principes généraux audi alteram partem et du contradictoire, ne revêt pas de caractère d'ordre public* »³³²⁷. Le travail ainsi opéré correspond parfaitement à ce qui était attendu par la Cour de justice. Dans le contexte du litige³³²⁸, le Conseil d'État considère que les droits de la défense protégés par l'Union européenne ne s'assimilent pas aux droits de la défense protégés par le droit interne, qui est un moyen d'ordre public, mais à un autre moyen qui ne l'est pas. Le principe d'équivalence ne requiert donc pas de soulever d'office le moyen fondé sur le droit de l'Union, contrairement à l'appréciation qu'avait la Cour de justice.

B. Une prise en considération très incertaine par les autorités nationales

815. Le contrôle opéré par le juge national demeure insuffisant pour contrôler, avec minutie, le respect du principe d'équivalence. Certes, d'une manière générale, le principe est – heureusement – globalement respecté. En un sens, la rareté des violations constatées ou même des affaires dans lesquelles son respect pose question est plutôt rassurante pour l'Union européenne : les États membres jouent le jeu en ne cherchant pas à traiter défavorablement la mise en œuvre du droit de l'Union. Des examens approfondis ou récurrents dans ce contexte sont sans intérêt. Cet état des choses conduit toutefois au risque de supposer trop rapidement, presque par excès de confiance, que le principe d'équivalence est respecté. Autrement dit,

³³²⁶ CE belge, 17 novembre 2016, n°236.440.

³³²⁷ *Ibid.*, pt. 9.

³³²⁸ Cette particularité est peut-être trop implicitement présentée par le Conseil d'État. Sa position se justifie si l'assimilation des moyens s'opère dans le cadre du recours pendant devant lui. Une analyse plus abstraite et générale aurait sûrement conduit à une solution différente. Cette position reste conforme avec le principe d'équivalence : la Cour de justice rappelle à de multiples reprises que « *pour statuer sur l'équivalence des règles de procédure, il faut vérifier de manière objective et abstraite la similitude des règles en cause en tenant compte de leur place dans l'ensemble de la procédure, du déroulement de ladite procédure et des particularités des règles* » (pour exemple, CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 41 – nous soulignons).

sauf si la différence de traitement se manifeste avec évidence, inutile de prendre en considération ce principe. Si cette attitude se comprend, elle laisse inévitablement des zones d'ombres. Un état d'incertitude en découle. Les questions qui pouvaient légitimement se poser sur son respect sont à peine évoquées, voire ignorées. Il demeure donc difficile de savoir avec certitude si le principe d'équivalence est bel et bien respecté ou non.

816. Pour ce qui concerne le juge, son contrôle trop évasif du principe d'équivalence conduit à une relative incertitude sur son réel respect. En se limitant à une vérification similaire à celle que fait la Cour de justice, le juge national ne peut, au plus, aboutir qu'à une présomption de respect. Faute d'avoir opéré un examen suffisamment approfondi, un doute peut logiquement subsister. Dans une autre mesure, la question même de son respect est éludée ou ignorée. Le cas de la compatibilité de l'article L. 190 LPF avec le principe d'équivalence, que nous avons déjà étudié³³²⁹, est topique de ce problème. Suivant la position³³³⁰ de la Cour de justice dans son arrêt *Roquette Frères*, le juge national a considéré ce régime respectueux du principe d'équivalence³³³¹, faisant fi d'interrogations pertinentes soulevées par certains auteurs de doctrine³³³². Le récent avis du Conseil d'État *SCI Maximoise* tend à considérer ce problème comme toujours d'actualité. Pour mémoire, la question était de savoir si des décisions du Conseil constitutionnel pouvaient ouvrir un nouveau délai en répétition de l'indu – ce qu'un arrêt de la Cour de justice, par exemple, ne permet pas. En répondant par la négative, le Conseil d'État unifie bien les régimes procéduraux et, à en croire son rapporteur public³³³³, s'assure du respect du principe d'équivalence. Pourtant, le principe n'est pas évoqué dans la motivation de l'avis³³³⁴. De même, le Conseil d'État reconnaît la possibilité pour le

³³²⁹ Cf. *supra*, pt. 713 et suivants.

³³³⁰ Nous pouvons nuancer cette idée en ce que, avant cet arrêt de la Cour de justice, le juge national avait déjà validé ce régime au regard du principe d'équivalence. L'arrêt de la Cour de justice n'a donc fait que confirmer cette position. Il demeure que les problèmes posés, notamment ceux relatifs à une discrimination indirecte, ne sont pas envisagés compte tenu des zones d'ombre laissées par cet arrêt.

³³³¹ Pour exemple, Cass., com., 29 janvier 2002, n° 00-16.256.

³³³² M.-C. BERGERES, « Le remboursement des impositions perçues en violation d'une directive », *LPA*, novembre 1998, n°141, pp. 22-28 ; P. DIBOUT, « La restitution des taxes perçues en violation d'une directive communautaire et la prescription », *Rev. Droit fiscal* 1998, n°11, 100113.

³³³³ M.-G. MERLOZ, « Les décisions d'inconstitutionnalité du Conseil constitutionnel sont-elles un événement susceptible d'ouvrir un nouveau délai de réclamation ? », conclusions sur CE, avis, *SCI Maximoise de création* précité, R/JF 4/19, n°301.

³³³⁴ Pour s'en convaincre, voir CE, avis, 6 février 2019, *Société Bourgogne Primeurs*, req. n° 425509, et n° 425511. Le Conseil d'État y confirme la solution de son avis *SCI Maximoise*, toujours sans évoquer le principe d'équivalence. Plus encore, son rapporteur public, dans ses conclusions, n'y fait plus du tout référence (K. CIAVALDINI, « Selon le

Conseil constitutionnel de prévoir autrement et, *in fine*, de prévoir au cas par cas un régime spécifique, et donc potentiellement plus favorable. Autrement dit, cet alignement des traitements procéduraux ne vaut « *à moins* [que la décision du Conseil constitutionnel] *n'en dispose autrement de manière expresse* »³³³⁵. Aussi improbable soit-elle, même pour le rapporteur public, le risque d'une violation du principe d'équivalence est élué. *In fine*, son respect n'est en rien une certitude.

817. Plus récemment, et sur un thème similaire, un récent arrêt de la Cour de cassation en droit du travail³³³⁶ a conduit un auteur à s'interroger sur sa compatibilité avec le principe d'équivalence³³³⁷. La Cour institue, visiblement, un régime favorable pour une salariée qui, licenciée en raison de son état de grossesse, demande sa réintégration en se fondant sur un droit ou une liberté que la Constitution garantit. L'arrêt indique que « *dès lors qu'un tel licenciement caractérise une atteinte au principe d'égalité de droits entre l'homme et la femme, garanti par l'alinéa 3 du préambule de la Constitution du 27 octobre 1946, la salariée qui demande sa réintégration a droit au paiement d'une indemnité égale au montant de la rémunération qu'elle aurait dû percevoir entre son éviction de l'entreprise et sa réintégration, sans déduction des éventuels revenus de remplacement dont elle a pu bénéficier pendant cette période* ». La question se pose logiquement : si le licenciement caractérise une atteinte à une disposition du droit de l'Union européenne³³³⁸, cette indemnité ne peut-elle pas être demandée par la salariée ? Une réponse positive caractériserait sans l'ombre d'un doute une violation du principe d'équivalence³³³⁹. Cette violation aurait même toutes les chances d'être constatée par la Cour de justice compte tenu de sa jurisprudence importante en matière de recours

Conseil d'État, les décisions du Conseil Constitutionnel ne constituent pas des événements », conclusions sur CE, avis, *Société Bourgogne Primeurs* précité, *Droit fiscal*, n°11, 14 mars 2019, comm. 207).

³³³⁵ *Ibid.*

³³³⁶ Cass., Soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.862, *D.* 2020, p. 287.

³³³⁷ D. BAUGARD, « La période d'éviction en cas de réintégration », *Rev. Droit du travail* 2020, pp. 185-190.

³³³⁸ Pour exemple, Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*JOCE*, L 39, 14 décembre 1976, p. 40) ; Directive 92/85/CEE du Conseil, du 19 octobre 1992, concernant la mise en œuvre de mesures visant à promouvoir l'amélioration de la sécurité et de la santé des travailleuses enceintes, accouchées ou allaitantes au travail (*JOCE*, L 348, 28 octobre 1992, p. 1).

³³³⁹ D. BAUGARD, *op. cit.* : « *Assise sur des fondements incertains, cette construction purement prétorienne, dérogatoire au droit commun de la responsabilité, pourrait vaciller davantage. Il n'est pas certain qu'elle soit conforme au principe d'équivalence, en vertu duquel les individus faisant valoir les droits conférés par l'ordre juridique de l'Union ne doivent pas être défavorisés par rapport à ceux faisant valoir des droits de nature purement interne alors qu'elle ne s'applique, par exemple, qu'à des discriminations combattues par la Constitution. Ne pourrait-on pas, au surplus, l'envisager comme une sanction ayant le caractère de punition, ce qui la soumettrait notamment... au principe de légalité ? Ces nombreuses incertitudes et interrogations pourraient au moins inviter la chambre sociale à reconsidérer les arguments favorables à la qualification de salaire* » (p. 190).

en droit du travail³³⁴⁰. Cette incertitude montre une fois encore que la prise en compte du principe d'équivalence, même dans des matières aussi balisées que sont le droit du travail ou le contentieux de la répétition de l'indu, se révèle hasardeuse de la part du juge. Avoir la garantie de son respect s'avère très relatif.

818. De la même manière, pour traiter d'autres autorités que le juge national, le législateur souhaitant remédier à une violation du principe d'équivalence le fait souvent sans vraiment prendre en considération ce principe. S'il le fait, souvent, d'autres raisons sont avancées. L'une d'elles tient dans l'alignement des traitements nationaux afin de conserver un ordre juridique cohérent³³⁴¹. L'éventuelle violation du principe d'équivalence est évitée en généralisant l'application de la modalité procédurale litigieuse pour toutes les situations, interne ou européenne. Il reste que c'est souvent sans évoquer le principe d'équivalence que ces modifications sont opérées. Son respect est donc assuré presque inconsciemment. Le rôle du législateur national ne doit pas pour autant être sous-évalué³³⁴². La bonne compréhension du principe d'équivalence permet justement à l'État membre d'instaurer des réglementations nationales qui permettront au droit de l'Union une application équivalente à celle du droit interne. L'action du juge national, lorsqu'il est confronté à une disposition incompatible avec le droit de l'Union, n'a vocation qu'à être un remède provisoire. Il revient à l'État membre, et notamment son législateur, de tirer les conséquences de telles incompatibilités en modifiant le droit positif³³⁴³. Certes, puisque n'ayant pas la possibilité d'opérer des renvois préjudiciels, cette connaissance du principe d'équivalence apparaît plus délicate. Nous restons toutefois étonnés que sa prise en considération, notamment dans les travaux parlementaires, soit très approximative, voire inexistante.

³³⁴⁰ Voir not. CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec.* p. I-8511 ; CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité.

³³⁴¹ Sur ce sujet, cf. *infra*, pt. 998 et suivants.

³³⁴² Voir not. A. TASH, « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts : Toward a European Standard », *Colum. Jour. Trans. Law*, n°31, 1993, pp. 377-401 : « *Both the vacuum left by inaction at the Community level and the obvious discomfort of national judges asked to transfer nationally developed remedies to claims derived from Community law might have led national legislators or administrators to authorize specific remedies and procedure for European claims by legislative or administrative decrees* » (p. 383 – nous soulignons). Et pourtant, tel n'est pas le cas : « *However, such an exercise would have inevitably required delicate interpretations of Community law and those interpretations might have offended Community institutions. National legislators and administrators preferred to leave the problem to the national courts, which could devise solutions on a cas-by-cas basis with the assistance of the European Court* » (p. 383-384 – nous soulignons).

³³⁴³ *Ibid.* : « *Can the judge claim jurisdiction to disregard, or “disapply”, a national rule (...) ? What if non comparable national claim exists, or only nominal recovery would apply ? Why should a remedy be provided where Community law to provide none ?* » (p. 384).

819. Les modifications législatives des recours en matière fiscale en sont de rares exemples qui méritent d'être exposés. Le contexte invitait particulièrement à une prise en compte du principe d'équivalence, notamment au regard de l'arrêt *Deville* de la Cour de justice³³⁴⁴. La réaction du législateur suite à cet arrêt a été de généraliser à l'ensemble des demandes en répétition de l'indu le régime de prescription qui avait été spécialement instituée pour les demandes relatives à la taxe "supervignette". Le ministre du budget défend cette modification sans faire mention du principe d'équivalence – ou même de l'arrêt *Deville* de la Cour de justice. Sa principale justification tient ce qu'il « *importe de pouvoir opposer à ces demandes de remboursement, dans un souci de bonne administration, une règle de déchéance quadriennale analogue à celle que la loi du 31 décembre 1968 a établie au profit de l'ensemble des créances sur l'État* »³³⁴⁵. Comme nous l'avons vu, cette modification remédie incidemment à l'essentiel de la violation du principe d'équivalence mais en laissant un doute subsister³³⁴⁶. Une incertitude perdure sur le réel respect de ce principe. Même récemment, sur un sujet connexe, cette absence de prise en considération du principe d'équivalence perdure. Ainsi, à l'occasion d'une réforme de 2012, le législateur entend harmoniser l'ensemble des régimes contentieux accordés aux demandes en répétition de l'indu fiscal, en réparation ou en matière douanière³³⁴⁷. L'objectif est « *d'aligner* » ou « *d'unifier* » ces régimes³³⁴⁸. Une fois encore, le principe d'équivalence ne figure pas dans les travaux parlementaires. Seul F. MARC, le rapporteur au Sénat, traite du droit de l'Union mais en se focalisant exclusivement sur le principe d'effectivité³³⁴⁹. Le principe d'équivalence, lui, est éludé. Enfin, pour revenir à l'affaire *Euro Park*, le principe d'équivalence n'est pas appréhendé par le législateur à l'occasion de la modification du droit positif³³⁵⁰. Certes, la disposition litigieuse a été sanctionnée pour d'autres raisons mais la méconnaissance du principe d'équivalence était très probable. Elle aurait été certainement constatée si les parties avaient axé le contentieux autour de lui. Quoiqu'il en soit, le législateur ne l'envisage même pas. L'agrément est supprimé

³³⁴⁴ CJCE, *Deville*, aff. 240/87 précité.

³³⁴⁵ M. CHARASSE, à propos de l'amendement n°53 à la loi de finances rectificative pour 1989 (*JORF*, 20 décembre 1989, Débats parlementaire au Sénat, 54e séance du 19 décembre 1989, p. 5242).

³³⁴⁶ P. AMSELEK, « La répétition de l'indu payé aux personnes publiques », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 5-37, spéc. pp. 28 et suivantes.

³³⁴⁷ Art. 26 (ex-art. 15) de la loi de finances rectificative pour 2012 n°2012-1510 (*JORF* n°0304 du 30 décembre 2012).

³³⁴⁸ Voir l'exposé des motifs sous l'art. 15.

³³⁴⁹ F. MARC, rapport du Sénat n°213, 12 décembre 2012, t. 1, p. 189.

« [afin] *d'assurer une cohérence d'ensemble dans l'application du régime de faveur des fusions* »
selon l'exposé des motifs du projet de loi.

³³⁵⁰ Article 23 (ex-art. 14) de la loi n°2017-1775 du 28 décembre 2017 de finances rectificative pour 2017, *JORF* n°303, 29 décembre 2017, p. 1.

Conclusion du chapitre 2

820. L'application approximative et imparfaite du principe d'équivalence explique son incapacité à remplir pleinement sa fonction. En l'état actuel du droit, sa mise en œuvre reste insuffisamment développée, précise et aboutie. Dans l'essentiel des cas, le principe d'équivalence ne fait pas l'objet d'un contrôle approfondi. La Cour de justice et les juges nationaux présument, à partir de données non exhaustives ou d'impressions incertaines, de son respect. Des exceptions existent à partir d'arrêts dans lesquels un examen plus minutieux est mené. Le respect ou le non-respect du principe d'équivalence est certes affirmé avec certitude mais ces références jurisprudentielles demeurent trop rares. De son côté, la Cour de justice se limite à des appréciations très souples sur le principe d'équivalence. Confrontée à une difficulté sur ce sujet, elle préfère renvoyer au juge national le soin de la surmonter. Tel est le cas lorsqu'il s'agit de vérifier certaines affirmations et contre-affirmations avancées par les parties, les États membres ou la Commission devant elle. Pour ce qui est des autorités nationales, dont les juges, le principe d'équivalence n'est presque jamais évoqué, y compris dans des situations dans lesquelles son respect fait débat.

821. Cette situation s'explique compte tenu du caractère hybride du principe d'équivalence. Pour s'appliquer, des éléments relevant du droit interne et du droit de l'Union européenne doivent être identifiés et déterminés. Or la Cour de justice et le juge national ne peuvent, à eux-seuls, y parvenir. Il en résulte une interdépendance entre ces deux juridictions qui doivent collaborer très étroitement afin que l'une apporte à l'autre les éléments nécessaires. À l'heure actuelle, cette relation reste insuffisante et se traduit presque comme un cercle vicieux : la Cour de justice ne fournit pas assez d'éléments utiles au juge national pour savoir comment contrôler le principe d'équivalence ; ce dernier ne peut ainsi pas déterminer quels doivent être les éléments pertinents de droit interne à communiquer à la Cour de justice afin qu'elle précise sa jurisprudence. Le va-et-vient entre ces deux juges, pourtant nécessaire, à la bonne application du principe, s'enlise, quand bien même certaines affaires récentes laissent augurer d'une évolution bénéfique à ce sujet.

Conclusion du Titre 1

822. Les failles du principe d'équivalence découlent pour beaucoup de problèmes qui lui sont propres. S'il tend à remplir une fonction spécifique, par l'intermédiaire d'une exigence adaptée, il échoue à y parvenir pleinement. Tel qu'il s'applique dans la jurisprudence européenne et nationale, la garantie au profit de l'effet utile du droit de l'Union est moins vérifiée que supposée. En forçant le trait, le principe d'équivalence peine à déployer toutes ses potentialités. Le principal problème découle, à nos yeux, de sa méthode d'application. Imprécise et discutable sur certains aspects, elle rend le contrôle du principe d'équivalence trop complexe à opérer. La Cour de justice renonce à faire un examen approfondi et peine à livrer des indications utiles au juge national. En conséquence, ce dernier a une maîtrise très approximative du principe d'équivalence et s'abstient également de procéder à un contrôle poussé. *In fine*, même si des contre-exemples peuvent être trouvés, il n'y pas jamais vraiment de certitude quant au respect (ou à l'irrespect) du principe d'équivalence. Dans ce contexte, il apparaît légitime de relativiser ou de douter de son utilité ou plutôt de sa réalité.

TITRE 2 : DES PROBLEMES EXTRINSEQUES

823. Les difficultés rencontrées par le principe d'équivalence pour remplir pleinement sa fonction découlent de l'environnement dans lequel il s'inscrit. Nous avons certes démontré qu'il vise à répondre à des besoins spécifiques en instituant des garanties qu'aucune autre exigence ou principe consacré en droit de l'Union ne permet à elle seule d'imposer. Cependant, l'évolution du système juridique européen tend à rendre ces besoins moins impérieux et les garanties apportées par le principe d'équivalence insuffisantes. En effet, d'autres techniques sont privilégiées pour préserver l'effet utile du droit de l'Union et rapprocher les ordres juridiques. Prises isolément, elles n'équivalent pas ni ne surpassent le principe d'équivalence. Néanmoins, leur combinaison et leur développement y parviennent, du moins en partie. Cette situation nuit à l'application du principe d'équivalence puisque d'autres exigences, jugées plus pertinentes, auront vocation à s'appliquer à sa place. *In fine*, son utilité se fragilise. Le principe d'effectivité est en partie responsable de ce contexte en ce qu'il concurrence la place occupée par le principe d'équivalence dans l'ordre juridique européen (**Chapitre 1**). Plus généralement, l'immixtion toujours plus poussée du droit de l'Union européenne dans l'organisation des ordres juridiques nationaux conduit à rendre, parfois, l'application du principe d'équivalence désuète (**Chapitre 2**).

Chapitre 1 : Une place concurrencée par le principe d'effectivité

824. La fonction du principe d'équivalence est en partie entravée à cause du principe d'effectivité. La relation qu'entretiennent ces deux principes peut en un sens se voir comme un rapport de concurrence au détriment du premier. Les principes d'équivalence et d'effectivité ont été identifiés simultanément à l'occasion des arrêts *Rewe* et *Comet*³³⁵¹ de la Cour de justice, de même que les expressions de "principe d'équivalence" et de "principe d'effectivité" ont été toutes deux reconnues dans l'arrêt *Palmisani*³³⁵². De manière quasi systématique, ils sont cumulativement mentionnés dans la jurisprudence de la Cour de justice pour encadrer l'action des États membres au titre de leur autonomie institutionnelle et procédurale. Enfin et surtout, l'un comme l'autre partagent la même fonction : préserver l'effet utile du droit de l'Union, s'assurer que les traitements nationaux prévus par les États membres ne nuisent pas à l'application effective des règles européennes. Le rapport de concurrence apparaît dans la manière dont ils l'imposent. Le principe d'équivalence protège l'effet utile du droit de l'Union en ce qu'il implique que le traitement national accordé à une situation européenne soit au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire. Le principe d'effectivité, lui, garantit cet effet utile en prohibant tout traitement national qui rendrait l'application du droit de l'Union "pratiquement impossible ou excessivement difficile".

825. Les rapports entretenus par les principes d'équivalence et d'effectivité pourraient évidemment s'appréhender autrement que dans une relation de concurrence. D'une certaine manière, ils sont des « *compagnons* »³³⁵³, agissant de concert et de manière complémentaire dans une même finalité. Ils n'auraient pas vocation à s'entraver l'un l'autre. F. PICOD exprime cette idée en ce que « [s'appuyant] sur l'existence d'une règle nationale adéquate, le principe d'équivalence pouvait révéler ses limites dès lors que le droit national de référence se révélait lacunaire. Aussi la Cour s'est-elle engagée dans la voie de l'effectivité dont elle fera un autre principe **complétant utilement** celui d'équivalence »³³⁵⁴. De même, leur relation n'a rien de stable et évolue au fil du temps. Plusieurs auteurs³³⁵⁵ s'accordent pour constater

³³⁵¹ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76, *Rec.* p. 1989 et p. 2043.

³³⁵² CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec.* p. I-40025, pt. 27.

³³⁵³ F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTDE* 2012, pp. 594-29-594-55, spéc. p. 594-39.

³³⁵⁴ F. PICOD, « Article I-29 – La Cour de justice de l'Union européenne », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 384-400, spéc. p. 394 – nous soulignons.

³³⁵⁵ Voir not. M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford

une prévalence du principe d'équivalence sur le principe d'effectivité durant les premières années postérieures aux arrêts *Rewe* et *Comet*. Puis, dans le courant des années 1980, la tendance s'inverse. Enfin, un éventuel rééquilibre se manifeste dans les années 1990. D'autres auteurs se montrent plus dubitatifs sur une telle chronologie, considérant que « [malheureusement], *la jurisprudence de la Cour de justice* [concernant l'autonomie procédurale] *résiste à toute systématisation* »³³⁵⁶.

826. Toutefois, un constat global se dégage de la jurisprudence et de la doctrine : cette évolution tend à ce que la place du principe d'équivalence soit occultée par le principe d'effectivité. La jurisprudence de la Cour de justice, d'une part, est bien plus abondante, quantitativement et qualitativement, au sujet du principe d'effectivité que du principe d'équivalence. Les arrêts dans lesquels le premier est étudié, scruté et contrôlé sont nombreux, variés et relativement développés comparativement à ceux sur le principe d'équivalence. En toute logique, la doctrine s'est saisie de ce principe, en l'étudiant de manière bien plus attentive. Ce contexte amène à une minimisation du rôle et de la place du principe d'équivalence, qui se présenterait comme un principe de second plan. Dans ce contexte, son utilité serait sapée par cette relation qu'il entretient avec le principe d'effectivité. Deux séries de raisons permettent de le soutenir. D'une part, le principe d'effectivité apparaît comme une exigence privilégiée, au détriment du principe d'équivalence, pour encadrer l'action des États membres. Son exigence serait, à ce titre, plus opportune, plus performante, plus intéressante pour la Cour de justice pour régir leur action (**Section 1**). D'autre part, la vérification du respect du principe d'effectivité pose nettement moins de difficultés, notamment pratiques, que pour le principe d'équivalence. L'application du principe d'effectivité s'avère, en un sens, plus aisée et plus facile à faire que le principe d'équivalence (**Section 2**).

University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, spéc. pp. 412 et suivantes ; TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2006, pp. 420 et suivantes. Voir également G. TESAURO, « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts », *YEL* 1993, n°13, pp. 1-17, spéc. pp. 4-5.

³³⁵⁶ Voir M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323 : « Unfortunately, the case law of the Court of Justice in this area resists any conceptualisation » (p. 310).

Section 1 : Un principe d'effectivité privilégié pour encadrer l'action des États membres

827. La concurrence du principe d'effectivité sur le principe d'équivalence repose sur un constat : à la lecture de la jurisprudence de la Cour, ainsi que des analyses doctrinales, le principe d'effectivité occupe une place nettement plus importante que le principe d'équivalence. Cette affirmation peut s'expliquer par la polysémie même de l'expression de "principe d'effectivité". Pour cette étude, nous nous focaliserons exclusivement sur le principe d'effectivité, tel qu'il résulte de la jurisprudence *Rewe-Comet* de la Cour de justice³³⁵⁷. Le principe s'entend donc strictement, comme l'exigence selon laquelle un État membre ne peut accorder un traitement national rendant pratiquement impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union³³⁵⁸. Cela étant, le principe et l'exigence d'effectivité peuvent être entendus plus largement, au point d'être confondus avec l'effet utile du droit de l'Union. En effet, ce dernier renvoie à la nécessité que la règle européenne soit effectivement, pleinement appliquée et respectée, qu'elle produise véritablement ses effets. La confusion entre effet utile et principe d'effectivité devient tangible : il s'agit toujours de garantir l'effectivité de la mise en œuvre du droit de l'Union³³⁵⁹. Le principe d'équivalence a certes pour fonction de préserver également cet effet utile du droit de l'Union, à renforcer l'effectivité de sa mise en œuvre. Le rapprochement reste toutefois moins intuitif et évident que pour le principe d'effectivité.

828. Dans ce contexte, le principe d'effectivité serait mieux à même de protéger l'effet utile du droit de l'Union que le principe d'équivalence. En toute logique, il serait privilégié pour encadrer l'action des États membres. Cette impression se confirme sans mal en analysant la jurisprudence de la Cour de justice : l'exigence d'effectivité se montre plus efficace, plus pertinente pour protéger l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres (§1). Elle l'est d'autant plus en raison de son caractère très malléable. Le

³³⁵⁷ CJCE, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76 précités.

³³⁵⁸ Certains auteurs utilisent à ce titre l'expression de « *Rewe-Effectiveness* » pour le distinguer de « *Effectiveness* » plus générale, qui renvoie en réalité à l'effet utile du droit de l'Union. Voir S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between "Rewe-effectiveness" and Effective Judicial Protection », *Rev. European Public Law*, 2011, n°2, pp. 31-50. ; J. KROMMENDIJK, « Is There Light on the Horizon: The Distinction between Rewe Effectiveness and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1395-1418. Cf. *infra*, pt. 847.

³³⁵⁹ En ce sens, voir O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181 : Le principe d'effectivité « est une conséquence directe du principe de l'effet utile du droit de l'Union » (p. 165).

standard “d’effectivité” est largement indéterminé, ce qui offre une grande souplesse à la Cour de justice pour adapter aux circonstances et aux traitements nationaux contrôlés les contraintes pesant sur les États membres. De cette manière, il permet d’encadrer plus opportunément l’action des États membres (§2).

§1 : Une exigence considérée comme plus efficace dans la protection de l’effet utile du droit de l’Union

829. En reconnaissant simultanément les principes d’équivalence et d’effectivité dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*³³⁶⁰, la Cour de justice identifia deux conditions distinctes et cumulatives pour encadrer l’autonomie des États membres. Ces deux principes n’ont donc pas vocation à faire double-emploi, à régir de la même manière les traitements nationaux accordés aux situations européennes³³⁶¹. Certes, ils servent tous deux un objectif unique, à savoir la préservation de l’effet utile du droit de l’Union européenne. Cela étant, ils jouent ce rôle de manière différente, chacun par l’intermédiaire d’une exigence particulière à laquelle le droit national doit satisfaire. Le traitement national n’est jugé suffisamment protecteur de l’effet utile du droit de l’Union que s’il respecte cumulativement les principes d’équivalence et d’effectivité. Nous insistons sur la combinaison de ces deux exigences. Un État membre ne saurait donc, comme la Cour de justice l’a indiqué dans son arrêt *San Giorgio*³³⁶², s’exonérer du respect du principe d’effectivité au motif qu’il applique un régime strictement équivalent à celui accordé à des situations internes. Inversement, un traitement national jugé pleinement conforme au principe d’effectivité reste inacceptable s’il s’avère contraire au principe d’équivalence³³⁶³. Même si l’un comme l’autre constituent des garanties *minimales* pour encadrer l’autonomie des États membres, leur association permet de remédier à d’assez nombreuses situations dans lesquelles le droit de l’Union risque de ne pas pleinement s’appliquer dans les ordres juridiques internes. Le principe d’effectivité sanctionne les traitements nationaux qui en eux-mêmes sont insuffisants ; le principe d’équivalence, ceux qui le sont en comparaison des avantages et potentialités accordés à des situations internes similaires.

³³⁶⁰ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76 précités.

³³⁶¹ Cf. *supra*, pt. 178.

³³⁶² CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. C-199/82, *Rec.* p. 3595.

³³⁶³ Récemment, voir CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825.

830. Ce bref rappel laisse entendre que les principes d'équivalence et d'effectivité sont « *complémentaires* »³³⁶⁴. Plus encore, aucun n'a vocation à prendre le pas ou empiéter sur l'autre, notamment dans le cadre d'une relation hiérarchique ou de primauté³³⁶⁵. Puisque chacun encadre à sa façon l'autonomie des États membres, et ce sans influencer sur l'autre, leur application se fait de manière autonome et complémentaire. Le cas échéant, si un principe apparaît plus efficace ou pertinent que l'autre pour protéger l'effet utile du droit de l'Union, ceci ne dépendrait que du traitement national en cause et de son contexte. Il est logique que, si le traitement s'avère manifestement défavorable en comparaison du traitement accordé à des situations internes similaires, le principe d'équivalence joue un rôle plus important que le principe d'effectivité. Selon cette présentation, la prévalence de l'un sur l'autre qui se dégagerait de la jurisprudence européenne ne résulterait que des particularités des cas jugés dans lesquels le principe d'effectivité ou d'équivalence s'avérerait plus pertinent que l'autre. Cette optique définit normalement la relation entre ces deux principes : une complémentarité harmonieuse (A.). Toutefois, cette relation s'est déséquilibrée eu égard à la place occupée par le principe d'effectivité au détriment du principe d'équivalence, au point d'instaurer une forme de prévalence généralisée du premier sur le second (B.).

A. Une complémentarité harmonieuse initialement envisagée avec l'exigence d'équivalence

831. La concurrence subie par le principe d'équivalence du fait du principe d'effectivité ne relève pas de l'évidence. Au contraire, cette idée présente, à plusieurs égards, des contradictions ou des incohérences. Il serait en réalité plus approprié d'envisager une relation de complémentarité harmonieuse entre les principes d'équivalence et d'effectivité. Dans l'absolu, « *il n'est pas possible de justifier la minimisation de l'un sur l'optimisation de l'autre* »³³⁶⁶, ce qui aboutirait à ce que l'un prenne le pas sur l'autre *de manière absolue*, au point de l'éclipser un *totalemment*. La jurisprudence de la Cour de justice, même actuellement, semble placer les deux principes sur le même plan, à égalité. Ce n'est qu'en opérant une analyse plus systématique et globale qu'une forme de prévalence de l'effectivité sur l'équivalence se dégage. Cela étant, les *deux* principes sont

³³⁶⁴ M. BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457, spéc. p. 438.

³³⁶⁵ N. POLTORAK, *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, p. 86.

³³⁶⁶ E. PREVEDOUROU, *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, 1999, p. 126.

bien rappelés comme les conditions à l'autonomie procédurale, quand bien même un seul est concrètement appliqué. Cette constance conforte la relation complémentaire et harmonieuse entre eux. Dans le cas contraire, l'effectivité seule serait mentionnée, notamment dans les affaires dans lesquelles le principe d'équivalence n'est absolument pas en cause – ce qui n'est pas le cas³³⁶⁷. Plusieurs raisons justifient et incitent à retenir, comme postulat de départ, une telle relation de complémentarité entre les principes d'équivalence et d'effectivité – relation qui sera, par la suite, déséquilibrée au détriment du principe d'équivalence. D'une part, leur finalité et leur champ d'application sont communs, ce qui leur permet d'assurer, chacun à leur manière, une protection de l'effet utile du droit de l'Union en dépit de l'hétérogénéité des situations en cause (1.). D'autre part, les deux exigences sont autonomes et additionnelles, faisant en sorte que l'une n'a pas à influencer sur l'autre (2.).

1. Une complémentarité par une application combinée des exigences d'équivalence et d'effectivité

832. La différence entre les exigences d'effectivité et d'équivalence ne conduit pas nécessairement à un rapport de concurrence entre elles. Pourtant, elles interviennent dans une même finalité et pour régir les mêmes objets – les traitements nationaux accordés à une situation européenne. Les deux principes visent à préserver l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'autonomie des États membres. Ils affectent tous les deux les traitements nationaux accordés à une situation européenne. En dépit de cette confusion des finalités et des champs d'application, les principes ne s'entravent pas mutuellement. Au contraire, c'est bien leur application conjointe qui leur permet de remplir efficacement leur rôle. La protection de l'effet utile du droit de l'Union est consolidée grâce à leur application combinée (a.). De même, la grande diversité et hétérogénéité des traitements nationaux assujettis à ces deux principes est assez facilement appréhendée (b.).

a. Une protection renforcée de l'effet utile du droit de l'Union

833. La protection de l'effet utile du droit de l'Union assurée par les principes d'équivalence et d'effectivité sort largement renforcée de leur application commune. L'un comme l'autre constituent des déclinaisons du principe de coopération loyale, permettant à la Cour de justice d'encadrer l'autonomie des États membres dans la mise

³³⁶⁷ Pour exemple, CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, pt. 40 et suivants.

en œuvre du droit de l'Union. Dès lors, quand bien même le droit de l'Union resterait silencieux sur ses modalités d'application, le droit national doit lui assurer un traitement national lui permettant de produire *de manière suffisamment effective* ses effets. Autrement dit, il faut « *veiller à ce que l'arsenal national de protection juridique fournisse un degré de protection approprié pour la sauvegarde des droits [reconnus par l'Union européenne]* »³³⁶⁸. La question est alors de vérifier si le droit national le garantit ou non. Pour mémoire, avant ses arrêts *Rewe* et *Comet*, la Cour de justice évoquait la nécessité pour les États membres « *d'appliquer, parmi les divers procédés de l'ordre juridique interne, ceux qui sont le plus appropriés pour sauvegarder les droits [reconnus par l'Union européenne]* »³³⁶⁹. Les principes d'équivalence et d'effectivité sont venus préciser cette idée³³⁷⁰, en cohérence avec le principe de coopération loyale. Un État membre n'accorde pas un traitement *approprié* s'il s'avère en lui-même de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile la mise en œuvre de la règle européenne. Le traitement serait tout autant *inapproprié* s'il traite de manière défavorable la règle européenne en comparaison d'une règle interne similaire.

834. Avoir ainsi dégagé deux exigences différentes pour apprécier le caractère *approprié* du traitement national, par les principes d'équivalence et d'effectivité, renforce la protection de l'effet utile du droit de l'Union. La complémentarité³³⁷¹ des exigences se manifeste ici en ce qu'aucun angle mort n'est – *a priori* – ignoré³³⁷². Le principe d'équivalence garantit, de son côté, que la mise en œuvre du droit de l'Union soit *a minima* alignée sur ce qui existe déjà pour le droit interne similaire. Dès lors, si rien d'analogue n'existe dans l'ordre juridique interne, ou si ce qui existe apparaît insuffisant, le principe d'effectivité permettra d'y remédier³³⁷³. En sens inverse, le principe d'effectivité vérifie que la mise en œuvre du droit de l'Union prévue par l'État membre est en elle-même satisfaisante. Malgré tout, si celle-ci s'avère en deçà de ce que prévoit normalement le droit national pour des situations internes similaires, le principe d'équivalence sanctionnera cette atteinte injustifiée à l'effet utile du droit de l'Union.

³³⁶⁸ J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », CDE 1981, pp. 379-409, spéc. p. 492 – nous soulignons.

³³⁶⁹ CJCE, 3 avril 1968, *Molkerei Zentrale Westfalen-Lippe*, aff. 28/67, Rec. p. 211, spéc. pp. 228-229.

³³⁷⁰ Cf. *supra*, pt. 179.

³³⁷¹ Voir not. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* précité, p. 423.

³³⁷² N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 86.

³³⁷³ Pour un exemple, voir CJUE, 17 novembre 2016, *Stadt Wiener Neustadt*, aff. C-348/15, ECLI:EU:C:2016:882, pt. 47-48.

835. Leur relation complémentaire se justifie également dans la protection qu'ils apportent à l'effet utile du droit de l'Union en comparaison d'autres exigences européennes analogues. Certes, des proximités très fortes peuvent exister avec de telles exigences. Nous l'avons vu, le principe d'équivalence est souvent confondu avec le principe d'égalité, la non-discrimination – notamment en raison de la nationalité – ou la reconnaissance mutuelle³³⁷⁴. Le principe d'effectivité n'y échappe pas, que ce soit avec le principe de protection juridictionnelle effective³³⁷⁵ ou de sécurité juridique³³⁷⁶. Toutes ces exigences concurrentes, qui semblent répétitives avec les principes d'équivalence et d'effectivité, trouvent cependant des limites auxquelles ces derniers ne sont pas soumis. La principale d'entre elles tient, notamment, en ce que les principes d'équivalence et d'effectivité peuvent tout aussi bien être opposés pour protéger davantage les particuliers que pour renforcer les obligations qui pèsent sur eux. L'exemple le plus courant est celui des sanctions nationales : dans son arrêt *Scialdone* notamment, la Cour de justice s'assure que les sanctions auxquelles s'exposent des particuliers pour avoir méconnu le droit de l'Union respectent les principes d'effectivité et d'équivalence³³⁷⁷. Une mesure nationale trop laxiste en elle-même et/ou en comparaison des sanctions du droit interne similaires serait jugée *inappropriée*. Une sanction nationale qui semble suffisante en elle-même – et donc respectueuse du principe d'effectivité – sera malgré tout jugée insatisfaisante si elle s'avère moins sévère que des sanctions nationales similaires³³⁷⁸.

836. Dans ces conditions, il serait incohérent qu'une exigence prenne le pas sur l'autre. Se focaliser principalement sur le principe d'effectivité au détriment de l'équivalence écarterait une protection supplémentaire pour l'effet utile. Nous le répétons, un traitement national jugé effectif pourrait malgré tout entraver injustement l'application du droit de l'Union s'il n'est pas équivalent aux traitements accordés aux situations inverses. Une façon de dépasser ce problème serait d'imposer un standard beaucoup plus exigeant de l'effectivité requise par le traitement national. De cette manière, la prise en compte des autres traitements nationaux existants dans l'ordre juridique interne n'aurait aucune importance puisqu'aucun d'entre eux ne serait considéré suffisamment effectif. Nous le verrons, la jurisprudence de la Cour de justice

³³⁷⁴ Cf. *supra*, pt. 282 et suivants.

³³⁷⁵ Cf. *infra*, pt. 864 et suivants.

³³⁷⁶ Cf. *infra*, pt. 888 et suivants.

³³⁷⁷ CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295, pt. 29-30.

³³⁷⁸ Voir M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2004, pp. 271 et suivantes.

sur le principe d'effectivité s'approche parfois de cette logique, expliquant la prévalence de l'effectivité sur l'équivalence. Il reste que cette situation aboutit à des difficultés ou des controverses, qui permettent de relativiser cette prédominance de l'un sur l'autre. Cette accentuation de l'exigence d'effectivité, à l'origine de ce phénomène, se discute : le principe sortirait alors de son simple rôle de correcteur³³⁷⁹ ou de direction³³⁸⁰ de l'autonomie des États membres pour presque la supplanter³³⁸¹. Si la jurisprudence de la Cour de justice a pu, au nom d'une meilleure protection de l'effet utile du droit de l'Union, supplanter cette autonomie, elle l'a fait en dégagant des exigences spécifiques³³⁸² et autonomes du principe d'effectivité³³⁸³. Il n'est donc plus question d'une prévalence de l'effectivité sur l'équivalence ; en pareille situation, ce sont les deux principes qui, à égalité, s'effacent pour que seule cette exigence spécifique régit le traitement national. À défaut, l'application combinée et à parité des principes d'équivalence et d'effectivité est censée suffire.

b. Une diversité des traitements nationaux aisément appréhendée

837. La complémentarité des deux principes se manifeste également au regard de leur champ d'application. En encadrant l'autonomie des États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union, les principes d'équivalence et d'effectivité sont amenés à encadrer des traitements nationaux particulièrement divers et hétérogènes. Comme cela a été vu, le principe d'équivalence s'applique pour tout type de disposition nationale susceptible de participer à l'application du droit de l'Union³³⁸⁴. Sont concernées des règles procédurales, contentieuses ou non, ou d'ordre institutionnel, et enfin des dispositions proprement matérielles. Le champ d'application du principe d'effectivité est évidemment identique³³⁸⁵. La Cour de justice n'opère à ce titre aucune restriction. Rien ne justifie que, pour un traitement national spécifique, seul le principe d'équivalence ou le principe d'effectivité soit en mesure de s'appliquer. L'ensemble de nos conclusions sur le champ d'application du principe d'équivalence se transpose donc au principe

³³⁷⁹ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2005, p. 173.

³³⁸⁰ J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 229.

³³⁸¹ K. LENAERTS, « The decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Naples, Editoriale Scientifica, t. 2, 2014, pp. 1057-1085 : « *Those two principles operate as a "framework" limiting and directing – but not in the sense supplanting – the procedural autonomy of the Member States* » (p. 1059 – nous soulignons).

³³⁸² Cf. *infra*, pt. 955 et suivants.

³³⁸³ Si elle le fait, c'est au nom de l'effectivité *lato sensu* du droit de l'Union et non proprement en application du principe d'effectivité *stricto sensu* tel que dégagé dans la jurisprudence *Rene-Comet* ; sur cette question, O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 49-62.

³³⁸⁴ Cf. *supra*, pt. 338 et suivants.

d'effectivité. Le droit du contentieux est évidemment concerné³³⁸⁶, que cela concerne l'étendue des prérogatives du juge ou les modalités d'exercice de la voie de droit, tels que les délais³³⁸⁷, le traitement des moyens³³⁸⁸, le régime de preuve³³⁸⁹, les conditions de recevabilité du recours³³⁹⁰ ou encore les frais de justice³³⁹¹. Les questions institutionnelles, comme celles relatives à la détermination du juge compétent³³⁹², ou administratives³³⁹³ sont évidemment traitées par le principe d'effectivité. Nous l'avons vu, les sanctions nationales sont également appréhendées³³⁹⁴. Enfin, le droit matériel national est également concerné³³⁹⁵.

838. Une fois encore, cette identité des champs d'application ne nuit aucunement à la complémentarité des principes d'équivalence et d'effectivité. Bien au contraire, cette diversité des traitements soumis au respect de ces principes est absorbée de telle sorte que, quelle que soit leur particularité, ils ne nuisent pas à l'effet utile du droit de l'Union. Toute disposition nationale qui serait susceptible d'y porter atteinte pourra être sanctionnée sur la base de ces deux principes. C'est bien l'application conjointe de ces principes qui permet réellement d'appréhender cette diversité. En effet, pour des traitements relevant de tel ou tel domaine, le principe d'équivalence ou le principe d'effectivité sera mieux à même de protéger l'effet utile du droit de l'Union. En matière de régime de preuve, par exemple, le principe d'effectivité occupe une place nettement plus importante que le principe d'équivalence. Il est en effet assez improbable que des régimes de preuves nationaux diffèrent selon la nature européenne ou interne du recours. Les modalités de preuve sont souvent contestées en elles-mêmes, notamment en ce qu'elles font peser des charges trop lourdes sur le justiciable³³⁹⁶. Dans d'autres domaines, au contraire, le principe d'équivalence occupe une place plus importante.

³³⁸⁵ À ce titre, les références citées précédemment pour l'étude du champ d'application du principe d'équivalence valent également pour celui du principe d'effectivité.

³³⁸⁶ Voir not. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170, spéc. pp. 154 et suivantes.

³³⁸⁷ Pour un exemple récent, CJUE, 18 mars 2021, *A. (Exercice du droit à déduction)*, aff. C-895/19, ECLI:EU:C:2021:216, pt. 51 et suivants.

³³⁸⁸ Pour exemple, CJUE, 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, aff. C-618/10, ECLI:EU:C:2012:349, pt. 49 et suivants.

³³⁸⁹ Pour exemple, CJUE, 4 juin 2020, *Staatsanwaltschaft Offenburg*, aff. C-554/19, ECLI:EU:C:2020:439, pt. 21.

³³⁹⁰ Pour exemple, CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99, *Rec. p.* I-1395, pt. 35.

³³⁹¹ Pour exemple, CJCE, 6 décembre 2001, *Clean Car Autoservice*, aff. C-472/99, *Rec. p.* I-9687, pt. 29 et suivants.

³³⁹² Pour exemple, CJCE, 15 avril 2008, *Impact*, aff. C-268/06, ECLI:EU:C:2008:223, pt. 51 et suivants.

³³⁹³ Pour exemple, CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec. p.* I-577, pt. 63 et suivants.

³³⁹⁴ Pour exemple, CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/16 précité.

³³⁹⁵ Voir not. M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagoriou*, ECLI:EU:C:2017:841, pt. 83-84.

³³⁹⁶ Voir M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 80-81.

Nous l'avons évoqué, à propos de régimes de responsabilité³³⁹⁷ ou de recours en révision de décision juridictionnelle sous autorité de chose jugée³³⁹⁸, le principe d'équivalence offre une protection potentiellement plus importante pour l'effet utile que le principe d'effectivité. Enfin, pour les autres cas, les deux principes s'appliquent *a priori* de manière égalitaire ; la prévalence de l'un par rapport à l'autre dépend alors seulement des circonstances particulières de l'affaire. Confronté à un délai contentieux, par exemple, ni le principe d'équivalence, ni le principe d'effectivité n'a vocation à s'appliquer *de prime abord* de manière privilégiée. S'il apparaît que ce délai s'avère, en lui-même ou compte tenu du contexte dans lequel il s'inscrit, trop contraignant, le principe d'effectivité sera le mieux placé pour le sanctionner. Le principe d'équivalence le sera si ce délai est jugé moins favorable à des délais appliqués à des recours similaires fondés sur le droit interne.

839. Cette flexibilité, qui permet aux deux principes de s'adapter à tout type de cas, se révèle être un avantage si un doute existe sur la nature européenne ou interne d'une situation similaire à la situation européenne étudiée. Si cette situation est "interne", le principe d'équivalence aura logiquement un rôle à jouer : une telle situation pourra éventuellement constituer un référentiel pertinent. Dans le cas contraire, le principe d'effectivité occupera une place importante. Cette combinaison des deux principes permet de dépasser les éventuels problèmes résultant d'un doute sur la nature de cette situation. La Cour de justice, notamment à partir de son arrêt *Levez*, retient une conception assez large de la situation européenne. Elle estime ainsi qu'une loi nationale adoptée antérieurement à une directive peut malgré tout être considérée comme mettant en œuvre ladite directive.³³⁹⁹ Ainsi, les recours fondés sur cette loi s'assimilent à des situations européennes et ne peuvent donc être considérés comme des référentiels potentiels au titre du principe d'équivalence³⁴⁰⁰. Puisqu'aucune situation interne similaire ne peut être identifiée, l'encadrement des recours se fera principalement sur le fondement du principe d'effectivité. L'arrêt *Impact* en est un exemple plus récent³⁴⁰¹.

³³⁹⁷ Voir not. CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671.

³³⁹⁸ Voir not. CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067.

³³⁹⁹ CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec.* p. I-7835. Pour le gouvernement du Royaume-Uni, « une demande fondée sur l'EPA, loi adoptée antérieurement tant à l'adhésion du Royaume-Uni aux Communautés qu'à l'adoption de la directive, constitue une forme de recours de droit interne comparable à un recours fondé directement sur l'article 119 du traité » (pt. 45). La Cour juge au contraire que « il y a lieu de constater que l'EPA constitue la législation nationale qui met en œuvre le principe communautaire de non-discrimination en raison du sexe en ce qui concerne les rémunérations tel qu'il résulte de l'article 119 du traité et de la directive » (pt. 46).

³⁴⁰⁰ *Ibid.* : « l'EPA constitue la législation par laquelle le Royaume-Uni s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu d'abord de l'article 119 du traité et ensuite de la directive. Elle n'est donc pas susceptible d'être le fondement approprié de la comparaison afin d'assurer le respect du principe de l'équivalence » (pt. 48).

³⁴⁰¹ CJCE, *Impact*, aff. C-268/08 précité, pt. 50 et suivants.

Toutefois, si une appréciation différente avait été portée sur cette loi nationale, l'encadrement du droit national aurait été possible par le principe d'équivalence. L'avocat général J. KOKOTT, dans ses conclusions sur l'arrêt *Impact*, envisage justement cette hypothèse³⁴⁰². Quelle que soit l'appréciation portée par la Cour de justice, la combinaison des principes d'équivalence et d'effectivité permet utilement d'appréhender ces deux hypothèses.

840. Des nuances à cette complémentarité existent évidemment. En fonction de l'appréciation retenue de la jurisprudence de la Cour de justice, il peut être discuté le fait que, pour tel ou tel domaine, le principe d'équivalence ou le principe d'effectivité soit perçu comme l'exigence privilégiée. Cette incertitude ne remet pas en cause leur complémentarité et ne doit pas conduire à la relativiser. Nous le répétons, ce n'est pas parce qu'un principe comme l'effectivité semble s'appliquer plus fréquemment pour un domaine donné que cela impliquerait sa prévalence absolue sur le principe d'équivalence. Si une telle prévalence se constate, elle ne doit pas être extrapolée. C'est bien en permettant l'application simultanée et conjointe des principes d'équivalence et d'effectivité que la Cour de justice peut encadrer efficacement les traitements nationaux. Puisque l'un n'a pas vocation à s'incliner systématiquement face à l'autre, la Cour de justice reste logiquement libre d'opposer celui qui, en fonction des faits de l'espèce, sera le plus pertinent. L'appréciation des principes d'équivalence et d'effectivité se fait toujours au cas par cas, au regard du contexte procédural et substantiel dans lequel s'insère la modalité litigieuse. Dans ces conditions, et compte tenu de la diversité des traitements nationaux en cause, il serait inopportun de faire prévaloir dans l'absolu un principe sur l'autre. Au contraire, c'est bien leur intervention combinée et complémentaire qui permet de les appréhender efficacement afin de s'adapter à leurs particularités.

2. Des exigences autonomes et additionnelles

841. La complémentarité des exigences d'effectivité et d'équivalence se manifeste aussi dans leur différence. Si l'une et l'autre imposent au droit national le respect d'un *seuil minimum d'efficacité*³⁴⁰³, ce seuil n'est pas déterminé de la même

³⁴⁰² J. KOKOTT, conclusions sur CJCE, *Impact*, aff. C-268/08 précité, pt. 69 et suivants.

³⁴⁰³ M. BLANQUET, « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in J. AUVRET-FINCK (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, p. 135, note 81.

manière³⁴⁰⁴. Le principe d'équivalence fixe un seuil nécessairement variable, à partir des traitements existants dans l'ordre juridique interne et du niveau de protection qu'ils offrent³⁴⁰⁵. D'un État membre à l'autre, l'efficacité requise par le principe d'équivalence sera nécessairement différente. Pour ce qui est du principe d'effectivité, le seuil d'efficacité est quant à lui autonome. La Cour de justice apprécie l'efficacité du traitement par rapport à un standard d'effectivité qui lui est propre. Les bienfaits de la complémentarité des deux principes sont évidents puisque le traitement national en cause devra atteindre à la fois le seuil d'efficacité fixé par le principe d'effectivité et celui du principe d'équivalence. Ils forment ainsi un « *double bouclier* »³⁴⁰⁶ conditionnant le droit national. Faire une telle présentation relève de l'évidence et pourrait même sembler répétitif. Il en résulte que les principes d'équivalence et d'effectivité constituent des exigences autonomes et additionnelles. Leur caractère additionnel a déjà largement été démontré³⁴⁰⁷. La violation d'un seul des principes suffit à invalider le traitement national. Ce dernier n'est jugé satisfaisant que s'il passe les deux tests que sont les principes d'équivalence et d'effectivité. Leur caractère autonome en est la conséquence logique : le respect de l'un n'a pas vocation à influencer sur le respect de l'autre. Dans ces conditions, il semble incohérent que l'une prenne le pas sur l'autre. Chacun opère indépendamment.

842. Le caractère additionnel des exigences se constate aisément dans la jurisprudence et n'appelle aucun développement supplémentaire³⁴⁰⁸. Leur autonomie, en revanche, est moins évidente qu'il n'y paraît et mérite de s'y attarder. Nous le répétons, examiner le respect d'un principe ne préjuge pas du respect de l'autre. L'arrêt *San Giorgio* en atteste sans équivoque. La Cour de justice invalide un régime de preuve, qualifié de « *preuve diabolique* » par l'avocat général MANCINI³⁴⁰⁹, sur le fondement du principe d'effectivité. Le gouvernement italien avait pourtant espéré éviter cette sanction en invoquant le strict respect du principe d'équivalence³⁴¹⁰. La Cour de justice réfute sans détour un tel argument : « *l'exigence [du principe d'équivalence] ne saurait être entendue*

³⁴⁰⁴ Voir B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in J.-B. AUBY et J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 565-593, spéc. p. 569.

³⁴⁰⁵ Cf. *supra*, pt. 180-181.

³⁴⁰⁶ T. TRIDIMAS, « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments », in C. KILPATRICK *et al.* (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 35-50 : « *a double shield* » (p. 49).

³⁴⁰⁷ Voir not. M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité, p. 317.

³⁴⁰⁸ Pour une illustration récente, voir CJUE, 3 juin 2021, *Instituto Madrileño de Investigación y Desarrollo Rural, Agrario y Alimentario*, aff. C-726/19, ECLI:EU:C:2021:439, pt. 95 et suivants.

³⁴⁰⁹ G. F. MANCINI, conclusions sur CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 6, p. 3626.

³⁴¹⁰ Voir not. D. WAELBROECK, « La garantie du respect du droit communautaire par les États membres. Les actions au niveau national », *CDE* 1985, pp. 30-48, spéc. p. 45.

comme justifiant des mesures législatives destinées à rendre pratiquement impossible tout remboursement de taxes perçues en violation du droit communautaire »³⁴¹¹.

843. L'autonomie du principe d'effectivité sur le principe d'équivalence se constate clairement. Pourtant, il nous semble exagéré d'affirmer, à l'instar de P. GIRERD³⁴¹², que cet arrêt « *contient en germe la prééminence du principe d'effectivité sur celui d'équivalence* »³⁴¹³. Un État membre ferait effectivement preuve d'une mauvaise foi certaine s'il cherchait à justifier la violation du principe d'équivalence en se targuant de respecter le principe d'effectivité³⁴¹⁴. En règle générale, il cherche plutôt à éviter la reconnaissance de la violation du principe d'équivalence, notamment en faisant douter la Cour de justice. Nous l'avons vu, cette technique est assez fréquente³⁴¹⁵. Cette ligne de défense est la seule proprement efficace puisque, une fois la méconnaissance du principe d'équivalence constatée, absolument rien ne permet à l'État de s'en justifier³⁴¹⁶. D'une certaine manière, il devient coupable d'une « *pratique de protectionnisme* »³⁴¹⁷ contraire au principe de coopération loyale³⁴¹⁸. L'autonomie du principe d'équivalence sur le principe d'effectivité est donc tout aussi vraie.

844. L'autonomie entre ces deux principes est également confirmée par l'inconstance de la Cour de justice dans l'ordre d'examen des principes. Nous l'avons évoqué, à l'instar de certains auteurs de doctrine³⁴¹⁹, la logique voudrait que le principe

³⁴¹¹ CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 17.

³⁴¹² Partageant cette approche, voir également B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, pp. 382 et suivantes.

³⁴¹³ P. GIRERD, « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102, spéc. p. 82.

³⁴¹⁴ Une fois encore, ce n'est que si une exigence spécifique – et donc distincte du principe d'effectivité – vient contraindre l'État à accorder à la situation européenne un traitement différent de celui qu'il accorde normalement aux situations internes similaires que cet argument tient. Du reste, dans une telle hypothèse, le principe d'équivalence n'est d'ailleurs pas proprement violé. Ceci s'explique notamment par son caractère asymétrique (cf. *supra*, pt. 507 et suivants). En ce sens, CJUE, 11 septembre 2014, *A*, aff. C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195 : « *le recours au principe d'équivalence ne saurait avoir pour effet de dispenser les juridictions nationales, lors de l'application des modalités procédurales nationales, du strict respect des exigences découlant de l'article 267 TFUE* » (pt. 45). Partant, le respect de ces exigences, même s'ils conduisent à différencier des recours fondés sur le droit de l'Union et des recours internes similaires, ne conduira pas à une violation du principe d'équivalence.

³⁴¹⁵ Cf. *supra*, pt. 794.

³⁴¹⁶ Voir CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, pt. 80 ; CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité, pt. 35-36.

³⁴¹⁷ Pour reprendre l'expression de l'avocat général ØE (conclusions sur CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853, pt. 68).

³⁴¹⁸ Dans la même idée, H. G. SCHERMERS et D. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 6^e édition, 2001 : « *It would be inconceivable for example that shorter time-limits be applicable when an applicant avails himself of a Community right than if he relies merely on national law* » (pp. 200-201 – nous soulignons).

³⁴¹⁹ Cf. *supra*, pt. 557-558 ; voir not. M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité, p. 318 ; O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité : « *Il est d'ailleurs symptomatique à cet égard que le principe d'effectivité revête un caractère subsidiaire au regard du principe d'équivalence : la Cour n'examine le respect de celui-là que dans la mesure où il n'y a pas violation de celui-ci* » (p. 164).

d'équivalence soit étudié *avant* le principe d'effectivité³⁴²⁰. De fait, une prévalence se manifesterait par cette priorisation de l'examen du principe d'équivalence sur le principe d'effectivité. Selon ce schéma, le traitement national ne sera donc confronté au principe d'effectivité que s'il passe le test du principe d'équivalence. Comme l'indique O. DUBOS, « *la frontière entre principe d'équivalence et principe d'effectivité n'est pas totalement nette. En effet, lors de la mise en œuvre du principe d'équivalence, il est indirectement question d'effectivité (...) Il est d'ailleurs symptomatique à cet égard que le principe d'effectivité revête un caractère subsidiaire au regard du principe d'équivalence : la Cour n'examine le respect de celui-là que dans la mesure où il n'y a pas violation de celui-ci* »³⁴²¹. Ceci fait surtout écho à une jurisprudence de la Cour de justice dans laquelle le respect du principe d'équivalence laisse fortement présager du respect du principe d'effectivité. Certains arrêts de la Cour laissaient presque entendre que la vérification du principe d'équivalence était presque suffisante³⁴²². Nous avons montré toutefois que, si cette optique se justifie ou se comprend en théorie, elle est désormais largement discutable, notamment en ce qu'elle minimise à l'extrême la place du principe d'effectivité. D'une manière générale, la Cour de justice ne suit aucun schéma intangible. Sa jurisprudence révèle une liberté totale dans l'ordre d'examen des deux principes. Une fois encore, si une prévalence de l'un sur l'autre semble se dégager d'un arrêt, elle ne résulte que des circonstances particulières de l'affaire qui ont conduit à la Cour de justice à étudier le principe d'équivalence puis le principe d'effectivité ou inversement³⁴²³. Pour les mêmes raisons, la Cour se limite uniquement à l'étude d'un seul des deux principes, considérant que cet unique examen suffit à répondre au problème qui lui est posé³⁴²⁴.

845. Cette autonomie des principes d'équivalence et d'effectivité trouve, toutefois, une légère faille. Son existence nous semble malgré tout assez bénigne et reste

³⁴²⁰ Pour exemple, en ce sens, CJCE, 3 février 2000, *Dounias*, aff. C-228/98, *Rec. p.* I-577 : « *Si la comparaison avec une procédure interne similaire ne révèle pas un traitement défavorable à l'encontre des produits importés ou s'il n'existe pas de procédure comparable, il appartient au juge national de vérifier, en second lieu, si la procédure applicable rend l'importation de produits en provenance d'autres États membres pratiquement impossible ou excessivement difficile, auquel cas cette procédure serait également contraire au droit communautaire.* » (pt. 60).

³⁴²¹ O. DUBOS, *ibid.*, p. 164.

³⁴²² Cf. *supra*, pt. 556 et suivants. Voir not. CJCE, 6 mai 1982, *BayWa*, aff. jt. 146/81, 192/81 et 193/81, *Rec. p.* 1503, pt. 22.

³⁴²³ Il est délicat de déterminer les raisons pour lesquelles la Cour de justice choisit de traiter un principe avant l'autre. Par exemple, dans son arrêt *Valoris* (aff. C-677/19 précité), la Cour juge un régime de délai contentieux conforme au principe d'effectivité (pt. 24 et suivants) pour considérer, dans un second temps, que ledit régime viole le principe d'équivalence (pt. 29 et suivants). Pourquoi ne pas avoir dès lors répondu uniquement sur la base du principe d'équivalence ? On peut supposer que, en traitant le principe d'effectivité, la Cour prend l'occasion de préciser sa conception. Il reste que, quelle qu'en soit la raison, cet arrêt nous conforte dans l'idée d'accorder une faible importance à l'ordre de traitement des principes d'équivalence et d'effectivité.

³⁴²⁴ M. BOBEK, « *Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States* » précité : « *In a growing number of cases, the Court does not deal with equivalence at all. It only asks itself whether the national rule is effective, i.e.*

exceptionnelle, de sorte qu'elle ne remet pas en cause fondamentalement leur relation. Il arrive en effet que la Cour de justice requière des États membres, et notamment de leur juge, un certain comportement sur le fondement conjoint des principes d'équivalence et d'effectivité alors que, de toute évidence, seul l'un d'entre eux le justifie. Un récent arrêt UR (*Assujettissement des avocats à la TVA*) offre un exemple³⁴²⁵. La Cour de justice y affirme que « *si les règles de procédure internes applicables comportent la possibilité, sous certaines conditions, pour le juge national de revenir sur une décision revêtue de l'autorité de la chose jugée pour rendre la situation compatible avec le droit national, cette possibilité doit, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité, prévaloir, si ces conditions sont réunies, afin que soit restaurée la conformité de la situation en cause au droit de l'Union* »³⁴²⁶. Nous avons pourtant démontré que cette exigence découle uniquement du principe d'équivalence et non du principe d'effectivité. Si cette possibilité est simplement accordée pour rendre une situation compatible avec le droit national, et qu'il s'agit d'en faire bénéficier une situation européenne, le principe d'effectivité est en lui-même incapable de l'exiger³⁴²⁷. Cette confusion, quoiqu'assez discrète et sans réelle conséquence, laisse malgré tout entendre que les deux principes requièrent la même chose. Elle devient plus problématique lorsque, comme dans l'affaire *Paquay* déjà évoquée³⁴²⁸, l'application du principe d'effectivité se fait en suivant la méthode d'application du principe d'équivalence. Cet exemple reste certes exceptionnel mais il laisse entendre une forme d'absorption du principe d'équivalence dans le principe d'effectivité³⁴²⁹. Toutefois, les arrêts qui suivront ne reproduiront pas une telle confusion³⁴³⁰.

B. Une tendance à une prévalence généralisée du principe d'effectivité

846. La relation censée exister entre les principes d'équivalence et d'effectivité n'avait nullement vocation à aboutir à la prévalence généralisée de l'effectivité sur l'équivalence. Pour toutes les raisons évoquées, les deux principes ont vocation à encadrer, à égalité et pour ce qui les concerne, l'autonomie des États membres. Si une

whether it provides individuals with effective judicial protection of their EU law derived rights. This would in logical terms mean that there is a free standing set of "effectiveness" outside the set of equivalence » (p. 318).

³⁴²⁵ Dans la même idée, voir CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 249/87, *Rec.* p. 3513 et les interprétations de la doctrine à son sujet (cf. *supra*, pt. 411-412).

³⁴²⁶ CJUE, 16 juillet 2020, UR (*Assujettissement des avocats à la TVA*), aff. C-424/19, ECLI:EU:C:2020:581, pt. 26.

³⁴²⁷ Cf. *supra*, pt. 562 et suivants.

³⁴²⁸ Cf. *supra*, pt. 664 et suivants.

³⁴²⁹ En ce sens, M. POIARES MADURO, conclusions sur CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08, *Rec.* p. I-635, pt. 17 et suivants.

³⁴³⁰ Voir not. CJUE, 14 septembre 2017, *Petrea*, aff. C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684, pt. 50 et suivants.

prévalence se constate à l'aune de tel ou tel arrêt, sa portée doit rester très relative : elle s'explique eu égard aux circonstances de l'affaire qui conduisent la Cour de justice à privilégier l'un ou l'autre. Insister sur ces éléments nous semble important pour mieux comprendre pourquoi, en dépit de tout ceci, il est presque unanimement admis que le principe d'effectivité occupe une place prédominante au détriment du principe d'équivalence. Les prudences évoquées n'ont à l'évidence pas été retenues par l'essentiel de la doctrine qui conclut à une prévalence généralisée de l'exigence d'effectivité sur l'équivalence. La principale raison renvoie à la disproportion importante des arrêts de la Cour de justice faisant, pour l'essentiel, une application du principe d'effectivité ou, dans une moindre mesure, mettant l'accent sur la nécessité de renforcer l'effectivité du droit de l'Union. Cette part de la jurisprudence conduit à rendre moins visible les arrêts faisant une application – limitée mais intéressante – du principe d'équivalence. Au-delà de l'aspect purement quantitatif de la jurisprudence, l'importance qualitative de certains arrêts relatifs au principe d'effectivité y a évidemment contribué. Contrairement au principe d'équivalence, l'effectivité a pu compter sur un grand « *nombre de décisions fondamentales de la Cour de justice* »³⁴³¹, dont les moindres soubresauts ont interpellé la doctrine, la conduisant à oublier ou négliger le principe d'équivalence³⁴³².

847. Cet état de la jurisprudence peut s'expliquer en raison de la plus grande facilité avec laquelle la Cour de justice traite du principe d'effectivité par rapport au principe d'équivalence – nous y reviendrons³⁴³³. Une autre raison, peut-être plus fondamentale, concerne l'exigence d'effectivité en elle-même. L'interprétation que retient la doctrine de cette jurisprudence, conduisant à cette prévalence généralisée du principe d'effectivité, tient dans la généralité de l'idée même "d'effectivité". Pour mieux en préserver l'effet utile, il est logique d'accorder une importance primordiale à la nécessité que l'exercice des droits issus de l'Union ne soit pas rendu excessivement difficile ou pratiquement impossible. Très tôt, précisément, J. MERTENS DE WILMARS y voit « *une formule apodictique* »³⁴³⁴, sans laquelle il est proprement illusoire d'espérer une

³⁴³¹ H. G. SCHERMERS et D. F. WAELBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 6^e édition, 2001 : « *This "principle of effectiveness" of Community law has been developed in more recent years in a number of fundamental decisions of the Court* » (p. 202).

³⁴³² M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *Whilst it is true that the waxing and waning of the principle of effectiveness has periodically thrust equivalence (by default) out of and back into the academic limelight, the latter principle has in itself enjoyed a much more stable evolution, experiencing none of the great dramas or reversals of fortune associated with its more tempestuous sibling* » (p. 422).

³⁴³³ Cf. *infra*, pt. 879 et suivants.

³⁴³⁴ J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409, spéc. 401.

mise en œuvre effective du droit de l'Union³⁴³⁵. Dans ces conditions, on comprend que le principe d'équivalence n'apparaisse que comme une « *référence accessoire* »³⁴³⁶. Une confusion entre la nécessité de préserver l'effet utile³⁴³⁷ du droit de l'Union, en tant que nécessité³⁴³⁸ ou « *mantra* »³⁴³⁹ pour l'Union européenne, et le principe d'effectivité en résulte. La confusion est telle que la doctrine anglophone emploie le même terme (« *effectiveness* ») pour désigner l'un et l'autre³⁴⁴⁰. Les dissocier s'avère souvent mal aisé. Le principe d'effectivité est dès lors vu comme la traduction juridique logique et directe de l'impératif de préserver l'effet utile du droit de l'Union. Le principe d'équivalence, même s'il y participe également, ne jouit pas d'un tel traitement. Le fait qu'il soit perçu un temps comme une déclinaison du principe d'égalité ou de non-discrimination en est révélateur³⁴⁴¹.

848. Cette conception de l'exigence d'effectivité, jugée davantage efficace pour la préservation de l'effet utile et comme une limite plus efficace de l'autonomie des États membres, invite à apprécier différemment la jurisprudence de la Cour de justice. Certes, comme nous l'avons dit, il convient de relativiser de la portée de l'arrêt *San Giorgio*³⁴⁴². Cependant, celui-ci a été compris comme posant les prémisses d'une prévalence générale du principe d'effectivité, comme le suggérerait P. GIRERD. L'avocat général M. DARMON, à l'occasion de conclusions, l'affirme : « [l']arrêt *San Giorgio* (...) est, selon nous, de portée générale. L'impératif de ne pas rendre pratiquement impossible l'exercice d'un droit communautaire **prime** l'exigence de non-discrimination entre recours fondés sur la méconnaissance des

³⁴³⁵ Sur l'idée même que l'effectivité devient une condition pour l'existence de la règle européenne, voir E. DUBOUT, « *Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne* », in *L'effectivité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 87-119.

³⁴³⁶ F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne » précité, p. 594-39.

³⁴³⁷ Cette confusion s'opère, pour d'autres auteurs, avec le principe de primauté. La logique reste la même : le principe d'effectivité prend logiquement une place prépondérante puisqu'il constitue l'outil le plus efficace pour protéger la primauté du droit de l'Union, notamment en comparaison du principe d'équivalence. En ce sens, voir not. F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056, spéc. 1053 ; A. BOUVERESSE, « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in *L'effectivité du droit de l'Union européenne* précité, pp. 63-85. Le laissant entendre, voir CJCE, 11 décembre 1997, *Magorrian et Cunningham*, aff. C-246/96, *Rec. p. I-7153* : la Cour de justice estime qu'un traitement national violant le principe d'effectivité risquerait de porter atteinte « *à l'essence même des droits conférés par l'ordre juridique communautaire* » (pt. 44). Si tel est le cas, c'est bien le principe de primauté qui viendrait s'opposer à un tel traitement (cf. *supra*, pt. 151-153). Dans cette idée, voir not. CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 : « *Dans de telles conditions, une telle interdiction territoriale constitue la négation même de la liberté de circuler et de séjourner sur le territoire des États membres conférée par le statut de citoyen de l'Union* » (pt. 79 – nous soulignons).

³⁴³⁸ Voir not. M. ACCETTO et S. ZLEPTNIG, « The Principle of Effectiveness : Rethinking Its Role in Community Law », *Eur. Pub. L. Review* 2005, pp. 375-404. Voir également T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* précité, pp. 418 et suivantes.

³⁴³⁹ O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative » précité, p. 49.

³⁴⁴⁰ *Ibid.* Voir not. N. POLTORAK, *op. cit.*, p. 82.

³⁴⁴¹ Voir not. CJCE, 19 juin 2003, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec. p. I-6515*, pt. 57 – cf. *supra*, pt. 28.

³⁴⁴² Cf. *supra*, pt. 842-843.

dispositions communautaires et ceux formés exclusivement en vertu de prescriptions internes »³⁴⁴³. Cette "primauté" n'a pas lieu d'être en théorie. Cependant, en tenant compte du souci de mieux protéger l'effet utile du droit de l'Union, on comprend que le principe d'effectivité soit perçu comme plus important³⁴⁴⁴.

849. Ce contexte conduit ainsi à percevoir de manière disparate l'application des principes d'équivalence et d'effectivité. Le premier est appréhendé comme incertain pour protéger l'effet utile du droit de l'Union, puisque le seuil d'efficacité qu'il impose dépend du droit national existant. De même, son respect ne nécessite aucune modification de l'ordre juridique interne pour mieux répondre aux attentes de la Cour de justice. À côté, de manière prévisible, le principe d'effectivité apparaît comme un principe « *plus actif* »³⁴⁴⁵, une limite « *plus importante* »³⁴⁴⁶, dont l'exigence permet de mieux préserver cet effet utile. Partant, dans un contexte dans lequel la nécessité de renforcer cet effet utile croît, notamment devant les juges nationaux, il devient un outil plus pertinent pour y parvenir. Comme l'indique T. EILMANSBERGER, « [en] attribuant aux titulaires de droits de l'Union des voies de droits concrètes, le principe d'effectivité reçoit une claire [place] centrale. Ainsi, il est lui-même devenu un principe bien plus efficace dans la limitation de l'autonomie procédurale »³⁴⁴⁷. O. DUBOS partage ce même constat : « [le] principe d'effectivité semble ainsi permettre à la Cour d'opérer un contrôle plus rigoureux que le principe d'équivalence. Ce contrôle s'opère en effet à l'aune d'un seuil minimum d'efficacité qui "consiste à fixer le niveau au-dessous duquel la protection incombant au juge national ne saurait descendre". Or ce niveau de protection à la différence de la notion de recours similaires peut être "communautarisé" sans porter atteinte aux classifications nationales. Le principe d'effectivité renforce donc l'encadrement de l'autonomie procédurale des juridictions nationales »³⁴⁴⁸. Évidemment, ce dernier a parfois présenté ses limites, conduisant la Cour de justice à dégager des exigences autonomes et

³⁴⁴³ M. DARMON, conclusions sur CJCE, 2 février 1989, *Commission c. Allemagne*, aff. 94/87, Rec. p. 175, pt. 10.

³⁴⁴⁴ Voir également E. PREVEDOUROU, *op. cit.* : « Si la Cour de justice fait simultanément appel aux principes [d'équivalence et d'effectivité] en tant qu'encadrement de l'autonomie procédurale, elle n'y attache pas la même importance » (p. 128).

³⁴⁴⁵ A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1997, p. 177.

³⁴⁴⁶ A. BARAV, « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20, spéc. p. 18.

³⁴⁴⁷ T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246 : « By providing the holder of a Community right with concrete actions of law, the principle of effectiveness received a clear focal point. Thus it has itself become a much more efficient principle limiting national procedural autonomy » (p. 1231).

³⁴⁴⁸ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, p. 283.

spécifiques pour encadrer le droit national³⁴⁴⁹. Dans tous les cas, cette mise en avant aboutit logiquement à faire ombrager au principe d'équivalence³⁴⁵⁰.

§2 : Une exigence d'effectivité opportunément indéterminée

850. La prévalence du principe d'effectivité sur le principe d'équivalence découle pour l'essentiel de son exigence. Celle-ci a pour objet de garantir l'*effectivité* du traitement national accordé à la situation européenne – là où le principe d'équivalence vise à garantir l'*équivalence* dans la protection accordée par le traitement national à la situation européenne par rapport à une situation interne similaire. Une telle exigence paraît évidemment très abstraite et indéterminée. Déterminer si un traitement litigieux s'y conforme relève de l'appréciation souveraine du juge qui étudie la question. Le vague qui entoure ce standard d'*effectivité* compromet, de prime abord, toute tentative de systématiser ou délimiter avec précision ce principe. La Cour de justice a pourtant – et ce bien avant d'avoir qualifié ce principe d'*effectivité* – expliqué sa signification dès ses arrêts *Rewe* et *Comet*³⁴⁵¹. Sa formulation reste d'ailleurs assez constante. Le principe d'effectivité requiert que « [des] règles procédurales nationales ne doivent pas être de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union »³⁴⁵². Ces précisions ne font, en définitive, que déplacer les difficultés pour systématiser ce principe. Déterminer ce qui est pratiquement impossible ou excessivement difficile pour mettre en œuvre le droit de l'Union ne peut que relever d'une appréciation au cas par cas par le juge³⁴⁵³. Nous y reviendrons, un délai de prescription de 5 ans peut contrevenir au principe d'effectivité alors même que, dans des affaires antérieures, la Cour de justice avait pu affirmer le contraire pour des délais de trois ou deux ans³⁴⁵⁴. De même, l'appréciation portée par la Cour de justice sur ces concepts de “pratiquement impossible” ou “excessivement difficile” a pu varier selon les époques³⁴⁵⁵.

³⁴⁴⁹ Pour une vision encore plus globale, voir F. SNYDER, « The Effectiveness of European Community Law : Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Mod. L. Review* 1993, pp. 19-54.

³⁴⁵⁰ Voir, pour une vision assez extrême, F. GAZIN, « L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne : le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit », *Rev. UE* 2013, pp. 475-480 : le principe d'équivalence « correspond au degré zéro d'intégration du droit européen dans les ordres juridiques nationaux » (p. 477).

³⁴⁵¹ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76 précité.

³⁴⁵² Pour exemple, CJUE, 4 octobre 2018, *Kantarev*, aff. C-571/16, ECLI:EU:C:2018:807, pt. 125.

³⁴⁵³ M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité : « In the context of review national procedure rules, it is not always evident what the requirement of effectiveness means in the particular cases » (p. 316).

³⁴⁵⁴ Pour exemple, CJUE, 16 juillet 2020, *Caixabank*, aff. C-224/19, ECLI:EU:C:2020:578, pt. 87.

³⁴⁵⁵ Certains auteurs estiment, par exemple, que la Cour se montre plus stricte à leur égard depuis ses arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel*. Voir J. DELICOSTOPOULOS et E. M. SZYSZCZAK, « Intrusions into national procedural

851. Cette profonde indétermination de l'exigence d'effectivité pourrait *prima facie* constituer un handicap face à l'exigence d'équivalence. « *L'approche contextuelle et ad hoc de la Cour du principe d'effectivité a parfois donné lieu à de sérieuses difficultés de prévisibilité et de cohérence* »³⁴⁵⁶ note M. DOUGAN. En parallèle, comme nous l'avons vu, en dépit de ses formulations variées, l'exigence d'équivalence apparaît plus stable et prévisible³⁴⁵⁷. Toutefois, l'indétermination de l'exigence d'effectivité lui est largement favorable et l'handicape finalement assez peu. Elle offre à la Cour de justice tous les avantages que procurent sa malléabilité. Le principe d'équivalence présente alors le défaut d'être trop rigide, laissant une marge d'appréciation trop limitée à la Cour de justice. De même, l'indétermination autour de l'exigence d'effectivité pourrait poser problème lorsqu'elle est rapprochée du principe de protection juridictionnelle effective. Le débat est classique dans la doctrine : les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective sont-ils les deux faces d'une même pièce, un seul et même principe ? Dans la négative, la question se pose de savoir comment les distinguer. Cette proximité très poussée pourrait *in fine* se faire au détriment du principe d'effectivité. Il nous faudrait plutôt traiter de la concurrence entre le principe d'équivalence et le principe de protection juridictionnelle. Une fois encore, dans sa relation avec le principe d'équivalence, le principe d'effectivité ne souffre aucunement de son lien avec la protection juridictionnelle effective. Il en sort même renforcé puisque, en se confondant avec elle, il permet à la Cour de justice d'encadrer davantage l'autonomie des États membres³⁴⁵⁸. Le principe d'équivalence, lui, ne peut suivre ce chemin. En d'autres termes, le principe d'effectivité concurrence le principe d'équivalence grâce aux avantages tirés de la malléabilité de son exigence (A.) et de sa proximité avec la protection juridictionnelle effective (B.).

A. Les avantages d'une exigence malléable

852. Les avantages que tire le principe d'effectivité de sa malléabilité tiennent dans la grande liberté dont dispose la Cour de justice pour contrôler les traitements

autonomy : the French paradigm », *ELR* 1997, n°22/2, pp. 141-149 : « *we see the Court placing new emphasis on the "impossible or excessively difficult" test, giving the test a new dimension and creating new openings for intrusions into national procedural autonomy* » (p. 2). Voir également E. PRÉVÉDOUROU, *op. cit.*, pp. 138 et suivantes.

³⁴⁵⁶ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *the Court's contextual and ad hoc approach of the principle of effectiveness has sometimes given rise to serious difficulties of predictability and consistency* » (p. 410).

³⁴⁵⁷ Cf. *supra*, pt. 496 et suivants.

³⁴⁵⁸ Pour un exemple, voir M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700 : « *L'article 47 de la Charte (le droit à un recours effectif et à accéder à un tribunal impartial) peut donner une impulsion supplémentaire à l'examen de l'exigence d'effectivité, en particulier s'agissant de la notion de recours effectif devant une juridiction nationale* » (pt. 42 – nous soulignons).

nationaux des situations européennes. Le principe d'équivalence laisse, en effet, une marge de manœuvre bien plus réduite. Nous l'avons vu, en dépit des formulations variables de l'exigence d'équivalence dans la jurisprudence, elle conserve une substance unique et constante³⁴⁵⁹. Que la Cour de justice requière un traitement "identique", "analogue" ou "non défavorable" à celui accordé à une situation interne similaire, l'exigence reste en substance la même. La contrainte qui pèse sur le droit national ne varie pas. La Cour de justice peut évidemment retrouver une certaine marge de liberté dans l'appréciation de la similitude des situations et dans la comparaison des traitements. Cependant, pour les raisons que nous avons détaillées, elle préfère rester très distante à cet égard. Enfin, il est évident que le seuil d'efficacité n'est pas fixé par la Cour de justice puisqu'il dépend de ce qui existe déjà dans l'ordre juridique national.

853. Pour toutes ces raisons, l'exigence d'équivalence apparaît bien moins souple et malléable que celle du principe d'effectivité. Pour ce dernier, il semble presque impossible de rechercher une unique exigence³⁴⁶⁰. Déterminer avec précision ce qu'il faut entendre par "effectif", voire par "pratiquement impossible ou excessivement difficile", se révèle irréalisable tant la jurisprudence apparaît fluctuante. En fonction de la conception retenue par la Cour de justice³⁴⁶¹, l'exigence peut être vue comme peu ou très contraignante³⁴⁶² selon les arrêts étudiés. D'une manière générale³⁴⁶³, la position de la Cour de justice reste assez prudente : l'exigence d'effectivité est appréciée *in concreto* et n'impose qu'une obligation négative et souple à l'État membre (1.). Malgré tout, de manière assez fréquente, la Cour de justice l'applique *in abstracto* de manière à imposer une obligation positive, accentuant ainsi significativement la contrainte sur l'État membre (2.).

³⁴⁵⁹ Cf. *supra*, pt. 496 et suivants.

³⁴⁶⁰ Voir not. M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, qui étudie le ou les « *principle(s) of Effectiveness* » (p. 26).

³⁴⁶¹ Le seuil d'effectivité est même perçu comme excessivement discrétionnaire. L'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER (conclusions sur CJCE, 17 juin 2004, *Recheio - Cash & Carry*, aff. C-30/02, *Rec.* p. I-6051) fait le constat suivant : « *Il est certes admis, dans les considérants des arrêts Edis et Spac, qu'«un délai national de forclusion de trois ans qui court à compter de la date du paiement contesté apparaît raisonnable», et que le droit communautaire ne s'oppose donc pas à ce qu'un État membre l'invoque». Mais, outre qu'il s'agit d'obiter dicta qui ne se reflètent pas sur le dispositif des arrêts, il s'agit d'assertions tautologiques, dépourvues de toute motivation, qui n'explicitent pas pour quelles raisons de fond un délai de cette durée satisferait au principe d'effectivité. Pour la Cour, le droit communautaire admet les délais raisonnables, et un délai de trois ans l'est, sans autre explication* » (pt. 24).

³⁴⁶² Pour exemple, T. TRIDIMAS, « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments » précité : « *Although this requirement was traditionnally understood as one minimum protection, in fact the standard required by the case-law is high and any national rule of procedure or substance which unduly restricts the protection of Community rights will be struck down* » (p. 41).

³⁴⁶³ Sur cette présentation selon la dimension positive ou négative du principe d'effectivité, voir V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 434 et suivantes.

1. L'approche dominante : une obligation négative, souple et appréciée in concreto

854. L'exigence d'effectivité apparaît traditionnellement comme limitée, n'imposant qu'une contrainte relativement faible sur les traitements nationaux. Elle ne fait qu'imposer une obligation négative, une simple interdiction à l'encontre de l'État membre. Celui-ci doit s'abstenir de prévoir un traitement qui contiendrait des obstacles importants, voire indépassables, à la mise en œuvre du droit de l'Union. À l'origine, dans ses arrêts *Rewe* et *Comet*, la Cour de justice interdisait des modalités procédurales qui « aboutissaient à rendre, **en pratique, impossible** l'exercice de droits que les juridictions nationales ont l'obligation de sauvegarder »³⁴⁶⁴. Elle complète cette formule dans son arrêt *San Giorgio*, en indiquant que « seraient incompatibles avec le droit communautaire toutes modalités (...) dont l'effet est de rendre **pratiquement impossible ou excessivement difficile** [l'exercice des droits conférés par l'Union] »³⁴⁶⁵. Cette formulation est celle qui apparaît encore à l'heure actuelle dans la jurisprudence³⁴⁶⁶. On perçoit une différence de signification entre les expressions de “pratiquement impossible” et “excessivement difficile”. Le second apparaît moins souple que le premier. À nos yeux, l'idée reste la même dans les deux cas : la Cour de justice vérifie si le traitement national n'entrave pas *concrètement* la mise en œuvre du droit de l'Union de manière *excessive*. Des obstacles mineurs ou d'une faible portée peuvent évidemment exister et nuire, en pratique, à la mise en œuvre du droit de l'Union. La Cour de justice rappelle régulièrement, par exemple, que des délais jugés raisonnables « ne sauraient être considérés comme étant de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée »³⁴⁶⁷ – et donc, empêche la mise en œuvre du droit de l'Union.

855. L'appréciation opérée par la Cour de justice apparaît généralement prudente. L'exigence d'effectivité est, selon cette approche, assez peu contraignante. À l'instar de celle du principe d'équivalence, elle n'a vocation qu'à sanctionner des traitements nationaux qui imposent des obstacles *manifestement excessifs*³⁴⁶⁸. Tel est le cas dans l'arrêt *Fallimento Olimpiclub* dans lequel la Cour de justice constate que « l'application du principe de l'autorité de la chose jugée aurait (...) pour conséquence que (...) l'application incorrecte

³⁴⁶⁴ CJCE, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76, pt. 5 et pt. 16.

³⁴⁶⁵ CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 14.

³⁴⁶⁶ Pour exemple, CJUE, 21 janvier 2021, *Whiteland Import Export*, aff. C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47, pt. 46.

³⁴⁶⁷ Récemment, voir CJUE, 2 juillet 2020, *Terracult*, aff. C-835/18, ECLI:EU:C:2020:520, pt. 32.

³⁴⁶⁸ Pour un autre exemple, voir CJCE, 24 septembre 2002, *Grundig Italiana*, aff. C-255/00, *Rec. p. I-8003*, pt. 39. Envisageant également une telle hypothèse, voir CJUE, 20 mai 2021, *X (Véhicules-citernes GPL)*, aff. C-120/19, ECLI:EU:C:2021:398, pt. 77-78.

de ces règles se reproduirait [systématiquement], **sans qu'il soit possible** de corriger cette interprétation erronée »³⁴⁶⁹. Elle fait de même dans son arrêt *Faber* pour des « modalités procédurales de l'ordre juridique interne [qui] ne fourniraient **aucun moyen** au juge national lui permettant de donner aux faits et aux actes litigieux leur exacte qualification »³⁴⁷⁰. De tels obstacles sont explicitement sanctionnés en raison de leur « caractère insurmontable »³⁴⁷¹.

856. La contrainte de l'exigence d'effectivité s'accroît lorsque la Cour de justice juge l'obstacle trop « important »³⁴⁷², d'une trop grande « envergure »³⁴⁷³. Autrement dit, le traitement national ne rend pas impossible la mise en œuvre du droit de l'Union, mais l'entrave d'une manière *excessive*. L'avantage de l'exigence du principe d'effectivité sur le principe d'équivalence se concrétise dès lors plus nettement. En effet, pour le vérifier, la Cour de justice ne s'arrête pas à des traitements nationaux qui s'avèrent « *prima facie* »³⁴⁷⁴ effectifs, c'est-à-dire qui ne rendent pas absolument impossible l'application du droit de l'Union. Certes, la Cour de justice rappelle « [le] respect de ces deux principes doit être examiné en tenant compte de la place des règles concernées dans l'ensemble de la procédure, du déroulement de celle-ci et des particularités de ces règles devant les diverses instances nationales »³⁴⁷⁵. Cependant, comme nous l'avons vu, la Cour reste très réservée dans cette appréciation pour ce qui est du principe d'équivalence³⁴⁷⁶, à la différence du principe d'effectivité³⁴⁷⁷. Elle vérifie si, « dans la pratique »³⁴⁷⁸, concrètement, presque de manière *ad hoc*³⁴⁷⁹, le traitement national est suffisamment effectif. Cela peut concerner des régimes de preuves, comme dans l'arrêt *San Giorgio*, qui imposent à un justiciable des preuves pratiquement impossibles à apporter³⁴⁸⁰. Il en va de même en matière de délais de recours³⁴⁸¹. La Cour de justice peut les considérer, en eux-mêmes, comme raisonnables. Cependant, au regard du contexte dans lequel ils s'inscrivent, ils seront prohibés en ce qu'ils conduisent à « [priver] purement et simplement les individus (...) du droit de demander le

³⁴⁶⁹ CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, *Rec.* p. I-7501, pt. 30.

³⁴⁷⁰ CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, pt. 41.

³⁴⁷¹ Expression tirée de l'arrêt *Kantarev* (aff. C-571/16 précité), pt. 135.

³⁴⁷² *Ibid.*, pt. 138.

³⁴⁷³ CJUE, 11 novembre 2015, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14, ECLI:EU:C:2015:742, pt. 45.

³⁴⁷⁴ G. F. MANCINI, conclusions sur CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 6, p. 3624.

³⁴⁷⁵ Pour exemple, CJUE, 9 juillet 2020, *Vueling Airlines*, aff. C-86/19, ECLI:EU:C:2020:538, pt. 40.

³⁴⁷⁶ Cf. *supra*, pt. 790 et suivants.

³⁴⁷⁷ En ce sens, N. POLTORAK, *op. cit.* : « The point is to determine whether the application of the measure in question in a specific case will meet the requirement of effectiveness and not merely whether the as such observes the requirement » (p. 83).

³⁴⁷⁸ *Ibid.*

³⁴⁷⁹ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, p. 419.

³⁴⁸⁰ Position confirmée dans CJCE, 25 février 1988, *Bianco et Girard*, aff. jt. 331/85, 376/85 et 378/85, *Rec.* p. 1099, pt. 12.

³⁴⁸¹ Pour un exemple récent et portant sur l'ensemble des aspects relatifs à un délai contentieux (*dies a quo*, durée, objet concerné, etc.), voir CJUE, 10 juin 2021, *BNP Paribas Personal Finance*, aff. jt. C-776/19 et C-782/19 ECLI:EU:C:2021:470, pt. 30 et suivants.

*remboursement [de] sommes indûment payées, [rendant de facto] impossible l'exercice des droits conférés [par l'Union] »³⁴⁸². Cette affirmation, issue de l'arrêt *Barra*, se comprend dès lors que les modalités de computation des délais avaient été instituées pour empêcher le remboursement d'une taxe déclarée contraire au droit de l'Union. Cette appréciation, plutôt contextuelle, existe encore actuellement. Dans son arrêt *Land Sachsen-Anhalt*, la Cour reprend l'approche du juge national qui considère que « *l'exercice par les fonctionnaires et les juges du Land de Saxe-Anhalt de ces droits a été rendu excessivement difficile [puisque] le point de départ [a] été fixé d'une manière telle qu'ils risquaient de ne pas être en mesure de connaître, dans le délai de deux mois, l'existence ou l'importance de la discrimination dont ils avaient été victimes* »³⁴⁸³. C'est donc bien ce contexte particulier d'incertitude³⁴⁸⁴ qui permet d'envisager une violation du principe d'effectivité.*

857. Enfin, les potentialités offertes par l'exigence du principe d'effectivité ressortent lorsque la Cour de justice intensifie son contrôle *in concreto*. Dans certains arrêts, elle apprécie les obstacles relevant du traitement national au regard des difficultés supposées rencontrées dans une telle situation³⁴⁸⁵. Par exemple, dans son arrêt *Pontin*, la Cour estime « *qu'il serait (...) très difficile, tout en respectant le délai de quinze jours, pour une travailleuse licenciée pendant sa grossesse de se faire utilement conseiller ainsi que, le cas échéant, de rédiger et d'introduire un recours* »³⁴⁸⁶. Eu égard aux difficultés rencontrées logiquement par n'importe quelle salariée enceinte et licenciée, ce délai s'avère contraire au principe d'effectivité³⁴⁸⁷. La Cour de justice retient cette même approche pour des délais de

³⁴⁸² CJCE, 2 février 1988, *Barra*, aff. 390/85, *Rec.* p. 355, pt. 19.

³⁴⁸³ CJUE, 27 février 2017, *Land Sachsen-Anhalt (Rémunération des fonctionnaires et juges)*, aff. jt. C-773/18 à C-775/18, ECLI:EU:C:2020:125, pt. 87.

³⁴⁸⁴ Dans la même idée, voir J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, *Kantarev*, aff. C-571/16 précité, pt. 109.

³⁴⁸⁵ La Cour de justice a pu, parfois, indiquer le contraire. Voir par exemple CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité : « *le point de savoir si le consommateur bénéficie ou non de l'assistance d'un avocat ne saurait modifier cette conclusion, l'interprétation du droit de l'Union ainsi que la portée des principes d'effectivité et d'équivalence étant indépendantes des circonstances concrètes propres à chaque espèce* » (pt. 47). Cette affirmation doit toutefois être largement relativisée. Elle ne s'applique que pour certaines circonstances dans lesquelles des consommateurs s'en sont remis à leur avocat pour défendre leur droit. La Cour refuse de considérer que, dans ces conditions, avoir sollicité l'avocat atténue, voire annihile, le « *risque non négligeable que le consommateur soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer* » (CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion et Godard*, aff. C-429/05, *Rec.* p. I-8017, pt. 65). Les contraintes procédurales qui pèsent sur eux doivent donc s'apprécier en postulant ce risque, nonobstant la circonstance que, en ayant eu recours à un avocat, les consommateurs n'étaient pas réellement dans l'ignorance de leurs droits. Si cette position déroge à la logique normale de la Cour de justice sur le principe d'effectivité, elle reste limitée à ces situations et se justifie pour renforcer la protection des consommateurs. Dans la même idée, voir CJUE, 16 juillet 2020, *Caixabank e.a.*, aff. jt. C-224/19 et C-259/19, ECLI:EU:C:2020:578, pt. 91.

³⁴⁸⁶ CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467, pt. 65.

³⁴⁸⁷ Dans la même idée, voir CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité : « *dans la mesure où, selon l'interprétation du droit national préconisée par la juridiction de renvoi, le délai de prescription commence à courir à la date d'exécution intégrale du contrat, il y a lieu de tenir compte de la circonstance qu'il est possible que les consommateurs ignorent le caractère abusif d'une clause figurant dans le contrat conclu avec le professionnel ou ne perçoivent pas l'étendue de leurs droits (...) et ce même au moment ou à la suite de l'exécution intégrale du contrat* » (pt. 65) ; CJUE, 7 novembre 2019, *Flausch e.a.*, aff. C-280/18, ECLI:EU:C:2019:928, pt. 55-56.

recours relatifs à des demandes de protection internationale³⁴⁸⁸. Dans son arrêt *Danqua*, elle considère que « *compte tenu des difficultés auxquelles de tels demandeurs peuvent être confrontés, en raison, notamment, de la situation humainement et matériellement difficile dans laquelle de tels demandeurs peuvent se trouver, il convient de constater [que le] délai de forclusion [litigieux] (...) se révèle être particulièrement court et n'assure pas, en pratique, à tous ces demandeurs une possibilité effective de soumettre une demande visant à l'obtention de la protection subsidiaire et, le cas échéant, de se voir octroyer le statut conféré par cette protection* »³⁴⁸⁹.

858. Le caractère concret du contrôle du principe d'effectivité atteint son paroxysme lorsque la Cour de justice se met réellement dans la situation du requérant. Contrairement aux exemples précités, il ne suffit plus d'apprécier le traitement en fonction du contexte *global* ou au regard des difficultés *supposées* qu'un particulier rencontrerait logiquement dans une telle situation. Ici, ce sont les circonstances uniques de l'affaire, qui ne se sont manifestées qu'à cette occasion, qui guident l'appréciation de la Cour de justice. L'arrêt *Levez* en est une illustration³⁴⁹⁰. Suivant son avocat général qui souligne « *les circonstances particulières de tromperie* » de l'affaire³⁴⁹¹, elle considère que « *permettre à un employeur d'invoquer l'application d'une règle nationale telle que la règle litigieuse serait, dans les circonstances de l'affaire au principal, manifestement incompatible avec le principe d'effectivité [puisqu'elle] aboutit à favoriser la violation du droit communautaire par un employeur dont la tromperie était à l'origine du retard du recours de son employée* »³⁴⁹². Dans la même optique, dans son arrêt *Santex*, la Cour rappelle que « *si un délai de forclusion tel que celui en cause au principal n'est pas en soi contraire au principe d'effectivité, l'on ne saurait exclure que, dans le cadre des circonstances particulières de l'affaire soumise à la juridiction de renvoi, l'application de ce délai puisse entraîner une violation dudit principe* »³⁴⁹³. En l'occurrence, « *le comportement changeant du pouvoir adjudicateur [constaté dans les faits de l'affaire] peut être considéré, eu égard à l'existence d'un délai de forclusion, comme ayant rendu excessivement difficile l'exercice par le soumissionnaire lésé des droits qui lui sont conférés par l'ordre juridique communautaire* »³⁴⁹⁴.

³⁴⁸⁸ Pour un autre exemple, CJUE, 11 février 2019, *T.H.C. (Placement en rétention - Délai de recours)*, aff. C-755/19, ECLI:EU:C:2021:108 : « *Le contenu utile de la requête dans le cadre d'un recours contre une décision d'irrecevabilité d'une demande ultérieure de protection internationale étant, dès lors, non seulement limité aux éléments évoqués au point précédent de la présente ordonnance, mais également étroitement lié à celui de la demande ultérieure ayant donné lieu à la décision d'irrecevabilité, il y a lieu de constater que la rédaction d'une telle requête ne présente pas, a priori, une complexité particulière exigeant un délai supérieur à cinq jours, incluant les jours fériés et chômés* » (pt. 41).

³⁴⁸⁹ CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:789, pt. 46.

³⁴⁹⁰ Voir également CJUE, 14 juin 2017, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16, ECLI:EU:C:2017:454, pt. 45 ; CJUE, 14 février 2019, *Nestrade*, aff. C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115, pt. 43 et suivants.

³⁴⁹¹ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 93.

³⁴⁹² CJCE, *Levez*, aff. C-326/96 précité, pt. 32.

³⁴⁹³ CJCE, 27 février 2003, *Santex*, aff. C-327/00, I-1878, pt. 57.

³⁴⁹⁴ *Ibid.*, pt. 61.

859. La malléabilité de l'exigence d'effectivité se manifeste dans ces contrôles plus ou moins concrets. De cette manière, la Cour de justice se limite uniquement à imposer une obligation négative à l'État membre. Elle ne le sanctionne que lorsque, notamment compte tenu des circonstances de l'espèce, il n'a pas permis d'assurer une mise en œuvre effective du droit de l'Union. Cette position conduit à minimiser l'intérêt d'une systématisation de la jurisprudence sur ce sujet. Tenter de dégager un seuil prédéterminé d'effectivité, qui devra systématiquement être atteint par le traitement national, devient totalement inopportun. Par exemple, la Cour de justice a pu juger que des délais de recours d'une durée de trois ans³⁴⁹⁵ ou de cinq ans³⁴⁹⁶ peuvent être qualifiés de raisonnables et permettent de présager du respect du principe d'effectivité. Cela étant, ces durées ne sont aucunement des références fixes³⁴⁹⁷. Un État membre qui instituerait des délais plus courts ne violerait pas nécessairement le principe d'effectivité³⁴⁹⁸. Cette appréciation ne peut dépendre que des circonstances propres à chaque affaire³⁴⁹⁹. Cette indétermination de l'exigence du principe d'effectivité, contrairement à celle du principe d'équivalence, permet ainsi à la Cour de justice d'adapter au mieux son contrôle sur les traitements nationaux. De ce point de vue, elle constitue une exigence plus intéressante pour encadrer l'autonomie des États membres.

2. L'approche occasionnelle : une obligation positive et appréciée in abstracto

860. L'approche consistant à voir dans l'exigence d'effectivité une simple obligation négative, n'imposant aucun seuil absolu et fixe d'effectivité, est clairement l'approche dominante. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice s'y rattache. Dès lors, il convient de ne pas extrapoler la portée de certains arrêts. Ce n'est pas parce que la Cour de justice invalide un traitement national qu'il faut en conclure que, à l'avenir, tout traitement similaire serait également contraire au principe d'effectivité. De même, le motif ayant conduit à reconnaître l'ineffectivité du traitement ne doit pas être automatiquement perçu comme une exigence spécifique devant être respectée. Dans son arrêt *Peterbroeck*, par exemple, la Cour de justice juge contraire au principe d'effectivité le traitement national qui « *interdit au juge national (...) d'apprécier d'office la compatibilité d'un acte de droit interne avec une disposition communautaire, lorsque cette dernière n'a pas été invoquée*

³⁴⁹⁵ CJCE, 9 novembre 1989, *Bessin et Salson*, aff. 386/87, *Rec.* p. 3551, pt. 17.

³⁴⁹⁶ CJCE, 2 décembre 1997, *Fantaské*, aff. C-188/95, *Rec.* p. I-6783, pt. 49.

³⁴⁹⁷ Cf. *infra* (pt. 911 et suivants) concernant la jurisprudence *Emmott*.

³⁴⁹⁸ Pour exemple, CJCE, *Magorrian et Cunningham*, aff. C-246/96 précité, pt. 36 et suivants ; CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, *Rec.* p. I-10465, pt. 24.

dans un certain délai par le justiciable »³⁵⁰⁰. Cette affirmation ne doit pas être comprise comme imposant, dans certains cas, aux États membres l'obligation de prévoir la possibilité pour leur juge de soulever d'office l'incompatibilité du droit interne avec le droit de l'Union. La Cour de justice affirme le contraire dans son arrêt *Van Schijndel*, rendu le même jour³⁵⁰¹. Il reste que, en dépit de cette prudence sur la portée de l'arrêt *Peterbroeck*, la question s'est posée de savoir si le principe d'effectivité ne pouvait pas imposer une telle exigence positive³⁵⁰².

861. En analysant la jurisprudence de la Cour de justice de plus près, il semble possible d'affirmer que, dans certains cas, l'exigence d'effectivité requiert un traitement national présentant certaines qualités. Elle s'assimilerait alors à une obligation positive. Pour le dire autrement, le principe d'effectivité ne ferait pas que sanctionner des traitements ineffectifs ; il imposerait que des traitements soient effectifs³⁵⁰³. La différence peut sembler subtile et, au bout du compte, sans réelle conséquence. Elle offre toutefois plus de possibilités à la Cour de justice pour renforcer l'effet utile du droit de l'Union³⁵⁰⁴ – notamment en comparaison du principe d'équivalence. Le principe d'effectivité lui permet d'imposer certaines exigences spécifiques qui semblent absolument nécessaires pour garantir un traitement effectif. En d'autres termes, ce type d'exigences serait jugé comme proprement « *indispensable* »³⁵⁰⁵ à la bonne application du droit de l'Union.

862. La jurisprudence est évidemment pleine de nuances. Parfois, l'obligation positive reste relativement évasive³⁵⁰⁶, comme lorsque la Cour de justice indique que

³⁴⁹⁹ Pour exemple, CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité : « il y a lieu de constater qu'un délai d'un mois pour introduire un tel recours en révision d'une décision juridictionnelle définitive, lequel est (...) une voie de recours de nature "extraordinaire", n'est pas en soi critiquable » (pt. 46).

³⁵⁰⁰ CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec. p.* I-4599, pt. 21.

³⁵⁰¹ CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, *Rec. p.* I-4705 : « le droit communautaire n'impose pas aux juridictions nationales de soulever d'office un moyen tiré de la violation de dispositions communautaires, lorsque l'examen de ce moyen les obligerait à renoncer à la passivité qui leur incombe, en sortant des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties et en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande » (pt. 22).

³⁵⁰² Voir not. S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706. En ce sens, l'avocat général JACOBS (conclusions sur CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 précité) traite le problème de manière finalement assez classique, autour du délai raisonnable laissé au justiciable pour soulever le moyen (pt. 29 et suivants).

³⁵⁰³ Voir E. PREVEDOUROU, *op. cit.*, p. 123.

³⁵⁰⁴ La question est bien connue de la doctrine étudiant le droit de la Convention EDH. La Cour EDH a pu développer une jurisprudence visant non plus seulement à imposer des obligations négatives aux États mais des « mesures positives » (Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, req. n°6289/73, §25), dans un souci de « protéger des droits non pas théoriques ou illusoire, mais bien concrets et effectifs » (§24). Voir F. SUDRE *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, 15^e édition, 2021, pp. 241 et suivantes.

³⁵⁰⁵ CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, *Rec. p.* I-1727, pt. 95.

³⁵⁰⁶ Pour un autre exemple, l'exigence du principe d'effectivité se lit *a contrario* comme une obligation positive lorsque la Cour de justice indique que celui-ci « n'exige pas qu'une décision contestée, car adoptée en violation des droits de la défense, soit annulée dans la totalité des cas. En effet, une violation des droits de la défense n'entraîne l'annulation de la décision prise

« toute procédure nationale de contrôle juridictionnel doit permettre à la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une telle décision d'appliquer effectivement, dans le cadre du contrôle de la légalité de celle-ci, les principes et les règles du droit de l'Union pertinents »³⁵⁰⁷. Parfois, elle se présente presque comme une évidence. Dans l'arrêt *Impact*, par exemple, la Cour considère que « le principe d'effectivité exigerait [que des justiciables] puissent (...) revendiquer (...) la protection des droits qu'ils pourraient tirer directement de cette directive elle-même »³⁵⁰⁸ et non pas seulement, comme le prévoit le droit interne, des droits reconnus dans la loi de transposition de la directive. Tel est également le cas avec l'arrêt *Faber* dans lequel la Cour indique que « [le] principe d'effectivité requiert (...) que le juge national (...) soit tenu (...) de vérifier si l'acquéreur peut être qualifié de consommateur, même si ce dernier n'a pas expressément revendiqué cette qualité »³⁵⁰⁹. L'exigence gagne en précision lorsqu'elle conduit la Cour de justice à considérer qu'une règle nationale qui limite l'évaluation de l'indemnisation « à 50 % du montant de ce préjudice n'est pas de nature à répondre à l'exigence d'une réparation adéquate de ce préjudice [et donc] ne respecte pas le principe d'effectivité »³⁵¹⁰. Il en va de même lorsque la Cour indique que « si le remboursement de la TVA devient impossible ou excessivement difficile, notamment en cas d'insolvabilité du vendeur, le principe d'effectivité **peut exiger** que l'acquéreur du bien concerné puisse diriger sa demande de remboursement directement contre les autorités fiscales »³⁵¹¹. Pour nuancer nos propos précédents³⁵¹², il arrive parfois que le principe d'effectivité soit méconnu si certains délais contentieux restent inférieurs à une durée donnée³⁵¹³. Pour le droit des sanctions, le principe d'effectivité impose une exigence relativement forte³⁵¹⁴ : les États membres sont tenus d'instituer des sanctions qui doivent « avoir un caractère (...) effectif et dissuasif », c'est-à-dire « être appropriées et nécessaires pour atteindre le but recherché »³⁵¹⁵. Enfin, il arrive que la formulation retenue par la Cour de justice de l'obligation soit détournée. Dans un arrêt *Balgarska Narodna Banka*, elle indique que « le principe d'effectivité (...) ne fait pas obligation à la juridiction saisie, en vertu du droit national, (...) de qualifier d'office ce recours

au terme de la procédure administrative en cause que si, en l'absence de cette irrégularité, cette procédure pouvait aboutir à un résultat différent » (CJUE, 4 juin 2020, *C. F. (Contrôle fiscal)*, aff. C-430/19, ECLI:EU:C:2020:429, pt. 35).

³⁵⁰⁷ Pour exemple, CJUE, 6 octobre 2015, *East Sussex County Council*, aff. C-71/14, ECLI:EU:C:2015:656, pt. 58.

³⁵⁰⁸ CJCE, *Impact*, aff. C-268/08 précité, pt. 53. L'avocat général J. KOKOTT, dans ses conclusions, nous semble mieux exprimer cette idée : « Le principe d'effectivité exige que, devant un tribunal à qui il incombe d'appliquer les dispositions nationales de transposition d'une directive, on puisse obtenir également l'exécution des droits découlant directement de cette directive pour des périodes antérieures à sa transposition » (pt. 66).

³⁵⁰⁹ CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 46.

³⁵¹⁰ CJUE, 10 décembre 2020, *Euromin Holdings (Cyprus)*, aff. C-735/19, ECLI:EU:C:2020:1014, pt. 98-99. Voir également, CJCE, 17 avril 2007, *AGM-COS.MET*, aff. C-470/03, *Rec. p.* I-2749, pt. 95.

³⁵¹¹ CJUE, 26 avril 2017, *Farkas*, aff. C-564/17, ECLI:EU:C:2017:302, pt. 53.

³⁵¹² Cf. *supra*, pt. 859.

³⁵¹³ CJCE, *Grundig Italiana*, aff. C-255/00 précité, pt. 40.

³⁵¹⁴ M. POELEMANS, *op. cit.*, pp. 271 et suivantes.

³⁵¹⁵ Pour exemple, CJCE, 23 janvier 1997, *Pastors et Trans-Cap*, aff. C-29/95, *Rec. p.* I-285, pt. 24.

comme étant fondé [sur le droit de l'Union] pour autant qu'aucune disposition du droit national [ne l'en empêche] »³⁵¹⁶. Elle ajoute toutefois et immédiatement après que « une solution contraire serait de nature à rendre impossible ou excessivement difficile l'exercice, par les personnes lésées, de leur droit à réparation fondé sur le droit de l'Union »³⁵¹⁷. Autrement dit, il s'agit bien d'une obligation pour la juridiction nationale afin de ne pas méconnaître le principe d'effectivité.

863. Cette approche, consistant à appréhender l'exigence d'effectivité au-delà d'une simple interdiction pour y voir une obligation positive, doit évidemment être prise en compte. Elle en révèle bien la souplesse et la malléabilité, qui permet à la Cour de justice d'encadrer au mieux l'autonomie des États membres. L'exigence d'équivalence apparaît en comparaison encore plus rigide, réduisant d'autant la marge de manœuvre de la Cour de justice³⁵¹⁸. Nous souhaitons toutefois apporter une nuance à cette approche extensive de l'exigence d'effectivité. En effet, il n'est jamais aisé de savoir si une exigence spécifique résulte d'une application du principe d'effectivité³⁵¹⁹ ou, au contraire, constitue une exigence autonome³⁵²⁰. À titre d'exemples, les jurisprudences *Simmenthal* ou *Factortame* imposent des exigences autonomes, distinctes du principe d'effectivité (*stricto sensu*). Un État membre qui ne permettrait pas à son juge d'écarter de sa propre autorité une disposition nationale contraire au droit de l'Union ou de prendre des mesures provisoires méconnaîtrait ces exigences pour ce qu'elles sont. Le problème ne porterait pas sur le respect du principe d'effectivité, tel qu'issu de la jurisprudence *Rewe* et *Comet*. Pour ces exemples, la dissociation ne fait aucun doute. Pour d'autres cas, la réponse à apporter est moins évidente. Par exemple, l'exigence de réparation adéquate des préjudices subis – que nous avons évoqué – constitue-t-elle une manifestation du principe d'effectivité ou, au contraire, comme une exigence autonome³⁵²¹ ? La même question peut se poser concernant la jurisprudence *Océano Grupo* selon laquelle « une protection effective du consommateur ne peut être atteinte que si le juge national se voit reconnaître la

³⁵¹⁶ CJUE, 15 mars 2021, *Balgarska Narodna Banka*, aff. C-501/18, ECLI:EU:C:2021:249, pt. 134.

³⁵¹⁷ *Ibid.*

³⁵¹⁸ En ce sens, S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1997, pp. 3-13, spéc. P. 6.

³⁵¹⁹ Ne cherchant pas à faire cette distinction, voir M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice* précité, pp. 26 et suivantes. Voir également S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy » précité, pp. 7-11 ; T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law* précité, pp. 427 et suivantes.

³⁵²⁰ Sur ces aspects, cf. *infra*, pt. 955 et suivants.

³⁵²¹ Voir not. CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec. p.* I-6619 : « il résulte du principe d'effectivité et du droit de toute personne de demander réparation du dommage causé par un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence que les personnes ayant subi un préjudice doivent pouvoir demander réparation non seulement du dommage réel (*damnum emergens*), mais également du manque à gagner (*lucrum cessans*) ainsi que le paiement d'intérêts » (pt. 95).

faculté d'apprécier d'office »³⁵²² le caractère abusif d'une clause, au titre de la directive 93/13³⁵²³. À nos yeux, ce serait extrapoler l'exigence du principe d'effectivité que d'y voir le principe matriciel duquel découle toutes ces exigences spécifiques³⁵²⁴. Certaines sont spécifiques à certaines dispositions du droit de l'Union, comme la directive 93/13³⁵²⁵ ou, dans l'arrêt *Courage*³⁵²⁶, l'actuel article 101 TFUE. D'autres peuvent être considérés comme *inhérentes au système du traité*³⁵²⁷, comme les exigences relatives à la responsabilité de l'État³⁵²⁸. Quoi qu'il soit, le principe d'effectivité (*stricto sensu*) leur est étranger³⁵²⁹. Dès lors, si ce principe permet à la Cour de justice d'accentuer occasionnellement l'encadrement de l'autonomie des États membres de manière plus intéressante que le principe d'équivalence, il convient de ne pas exagérer cette tendance.

B. Une contrainte accentuée par une proximité avec le principe de protection juridictionnelle effective

864. La malléabilité de l'exigence d'effectivité, qui lui confère un avantage sur celle du principe d'équivalence pour encadrer l'autonomie des États membres, rend son identification assez délicate. Cette souplesse pourrait relativiser nos propos précédents qui décrivent le principe d'effectivité, et non pas d'autres exigences ou principes, comme un concurrent du principe d'équivalence. Cette incertitude prend une ampleur significative à propos du principe de protection juridictionnelle effective. Sa proximité avec le principe d'effectivité est telle que le doute est permis. En effet, il serait presque plus judicieux de parler de la concurrence, subie par le principe d'équivalence, exercée par le principe de protection juridictionnelle effective – et non par le principe d'effectivité. Pourtant, un tel constat apparaît de prime abord faux. Le principe de protection juridictionnelle effective, formellement rattaché à l'article 47 de la Charte des

³⁵²² CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial*, aff. C-240/98, *Rec.* p. I-4941, pt. 26.

³⁵²³ Voir P. CRAIG et G. DE BURÇA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015, p. 241.

³⁵²⁴ *Contra*, voir CJCE, 21 décembre 2002, *Cofidis*, aff. C-473/00, *Rec.* p. I-10875 : rappelant l'exigence pour le juge national de soulever d'office le caractère abusif d'une clause (pt. 33), la Cour indique « qu'une disposition procédurale qui interdit au juge national, à l'expiration d'un délai de forclusion, de relever, d'office ou à la suite d'une exception soulevée par un consommateur, le caractère abusif d'une clause dont l'exécution est demandée par le professionnel, est de nature à rendre excessivement difficile, dans les litiges auxquels les consommateurs sont défendeurs, l'application de la protection que la directive entend leur conférer » (pt. 36). Force est d'admettre que, contrairement à ce que nous disions, il s'agit là d'une application (très discutable) du principe d'effectivité.

³⁵²⁵ Restant assez ambigu sur cette question, voir CJUE, 18 février 2016, *Finanmadrid EFC*, aff. C-49/14, ECLI:EU:C:2016:98, pt. 43-46.

³⁵²⁶ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec.* p. I-6297 : « La pleine efficacité de l'article 85 du traité et, en particulier, l'effet utile de l'interdiction énoncée à son paragraphe 1 seraient mis en cause si toute personne ne pouvait demander réparation du dommage que lui aurait causé un contrat ou un comportement susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence » (pt. 26).

³⁵²⁷ Cette idée, bien que limitée à la responsabilité de l'État, nous paraît justifier l'ensemble des exigences autonomes générales, telles que celles issues des jurisprudences *Simmenthal* (aff. 106/77), *Pigs & Bacon* (aff. 177/78) ou *Factortame* (aff. C-213/89). Cf. *infra*, pt. 955 et suivants.

³⁵²⁸ Récemment, voir CJUE, 4 mars 2020, *Telecom Italia*, aff. C-34/19, ECLI:EU:C:2020:148, pt. 67.

droits fondamentaux relatif au “droit au recours effectif d'accéder à un tribunal impartial”, n'a *a priori* pas de rapport direct avec le principe d'effectivité. Certes, l'un comme l'autre font référence au concept “d'effectivité” mais le rapprochement s'arrête là. Le premier est un droit fondamental, inspiré du droit à un procès équitable de l'article 6 de la Convention EDH et du droit à un recours effectif fondé sur son article 13³⁵³⁰, tandis que le second n'est qu'une exigence ayant vocation à préserver l'effet utile du droit de l'Union³⁵³¹. C'est cette différence de finalité qui nous a permis d'affirmer que la protection juridictionnelle effective ne constituait pas le fondement des principes d'équivalence et d'effectivité³⁵³², quand bien même la Cour de justice ait pu indiquer le contraire³⁵³³.

865. Cela étant, si le principe d'effectivité ne constitue pas une manifestation de la protection juridictionnelle effective, la question demeure quant à savoir s'il n'a pas été absorbé par elle. Nombreux sont les arrêts de la Cour de justice dans lesquels, afin d'encadrer l'autonomie procédurale des États membres, le principe d'effectivité est remplacé, plus ou moins explicitement, par le principe de protection juridictionnelle effective. Par exemple, la Cour de justice indique dans son arrêt *Profi Credit Polka* que, puisque « le droit de l'Union n'harmonise pas les procédures applicables à l'examen du caractère prétendument abusif d'une clause contractuelle, (...) celles-ci relèvent, dès lors, de l'ordre juridique interne des États membres, à condition, toutefois, qu'elles ne soient pas moins favorables que celles régissant des situations similaires soumises au droit interne (principe d'équivalence) et qu'elles prévoient un droit à un recours effectif, tel que prévu à l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne »³⁵³⁴. Le principe d'effectivité est ici totalement remplacé par le principe de protection juridictionnelle effective. L'encadrement de l'autonomie des États membres serait alors soumis à deux limites qui seraient le principe d'équivalence et le

³⁵²⁹ Voir O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité, p. 285.

³⁵³⁰ Voir les Explications de la Charte sous l'article 47.

³⁵³¹ CJUE, 21 juin 2017, *W e.a.*, aff. C-621/15, ECLI:EU:C:2017:484 : un régime de preuve trop favorable à un justiciable (au détriment d'un producteur de vaccin) peut violer le principe d'effectivité, compte tenu de ce que prévoit la directive à appliquer (pt. 27-33).

³⁵³² Cf. *supra*, pt. 190 et suivants.

³⁵³³ Pour exemple, CJCE, *Impact*, aff. C-268/08 précité : « Ces exigences d'équivalence et d'effectivité, qui expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (...). [Un] non-respect desdites exigences sur ce plan est, tout autant qu'un manquement à celles-ci sur le plan de la définition des modalités procédurales, de nature à porter atteinte au principe de protection juridictionnelle effective » (pt. 47-48).

³⁵³⁴ CJUE, 13 septembre 2018, *Profi Credit Polska*, aff. C-176/17, ECLI:EU:C:2018:711, pt. 57. Position confirmée dans CJUE, 4 juin 2020, *Kancelaria Medius*, aff. C-495/19, ECLI:EU:C:2020:431, pt. 32.

principe de protection juridictionnelle effective³⁵³⁵. La concurrence se jouerait entre eux, excluant le principe d'effectivité.

866. Une telle vision mérite d'être nuancée. L'essentiel de la jurisprudence de la Cour de justice s'en tient à une approche classique de l'encadrement de l'autonomie des États au travers des seuls principes d'équivalence et d'effectivité. De même, le principe de protection juridictionnelle effective est appliqué à des litiges étrangers à l'autonomie procédurale³⁵³⁶. Cependant, la question du rapport entre les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective anime la doctrine³⁵³⁷ et, plus récemment, certains avocats généraux³⁵³⁸. Force est d'admettre que proposer une dissociation satisfaisante entre les deux semble trop difficile à établir. La Cour de justice applique l'un ou l'autre de manière alternative pour imposer des exigences similaires aux États membres, lorsqu'il s'agit d'encadrer leur autonomie des États membres. Toutefois, l'exigence du principe de protection juridictionnelle effective est, dans sa globalité, bien plus contraignante que celle du principe d'effectivité. Il ne fait aucun doute que, au nom de la protection juridictionnelle effective, de réelles obligations positives pèsent sur les États membres dans l'aménagement de leurs voies de droit. La confusion entretenue par le principe d'effectivité lui permet ainsi, presque insidieusement, d'accentuer sa contrainte sur l'autonomie procédurale. Autrement dit, dans une situation dans laquelle les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective paraissent interchangeables aux yeux de la Cour de justice, l'exigence imposée par le premier nous semble globalement plus contraignante que dans d'autres situations. Dès lors, quand bien même il serait impossible de les dissocier avec netteté (1.), leur proximité joue en

³⁵³⁵ Voir par exemple M. SAFJAN et D. DÜSTERHAUS, « A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU », *YEL* 2014, vol. 33, pp. 3-40, qui parlent du « *Rewe 47 test* » (p. 10).

³⁵³⁶ Voir L. COUTRON, « Autonomie procédurale et/ou article 47 de la Charte : quel(s) fondement(s) pour le droit au juge ? », *RTDE*, 2018, pp. 363-366.

³⁵³⁷ Voir not. A. ARNULL, « The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse ? », *ELR* 2011, n°36, pp. 51-70, spéc. pp. 51 et suivantes ; S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection » précité ; J. KROMMENDIJK, *op. cit.* ; D. RITLENG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2012, pp. 103-135.

³⁵³⁸ Pour exemple, J. KOKOTT, conclusions sur CJUE, 18 mars 2010, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08, *Rec. p.* I-2213 : « Dans le cadre de recours **juridictionnels** exercés pour faire respecter le droit communautaire, le principe d'effectivité est l'expression du principe général de protection juridictionnelle effective. J'apprécierai donc la présente affaire directement au regard du principe de protection juridictionnelle effective » (pt. 42 – elle insiste) ; M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 17 octobre 2020, *G. M. A. (Demandeur d'emploi)*, aff. C-710/19, ECLI:EU:C:2020:1037 : « compte tenu du fait que nous sommes dans le cadre de la libre circulation de travailleurs et de la citoyenneté de l'Union, il me semble pertinent d'analyser la seconde question plutôt sous l'angle du principe d'effectivité que sous celui de l'article 47 de la Charte » (pt. 103) ; M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 17 mars 2021, *An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne*, aff. C-64/20, ECLI:EU:C:2021:207 : « le lien existant entre, d'une part, le principe d'effectivité en tant que l'une des deux exigences résultant de l'autonomie procédurale des États membres et, d'autre part, le principe de la protection juridictionnelle effective en tant que droit fondamental consacré ultérieurement à l'article 47 de la Charte n'est peut-être pas (encore) tout à fait clair » (pt. 42).

faveur du principe d'effectivité, toujours au détriment du principe d'équivalence, pour encadrer plus opportunément l'autonomie des États membres (2.).

1. Une dissociation concrète impossible des principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective

867. La distinction entre les deux principes de “protection juridictionnelle effective” et “d'effectivité” se présente comme un postulat indépassable. En théorie, l'un et l'autre ne sont en rien identiques³⁵³⁹. D'une part, le principe d'effectivité existait dans l'ordre juridique de l'Union bien avant celui de protection juridictionnelle. Le second n'apparaît explicitement³⁵⁴⁰ qu'à partir de l'arrêt *Johnston* de la Cour de justice en 1986³⁵⁴¹. D'autre part, leur statut est radicalement différent³⁵⁴² : assimiler totalement un droit fondamental aussi primordial que le droit au juge et un principe instrumental destiné à assurer la bonne application du droit de l'Union nous paraît très hasardeux. D'autres éléments plus pratiques incitent également à dissocier les deux principes. Leur champ d'application respectif n'est en rien confondu. Nous avons montré que le principe d'effectivité ne se limite pas à encadrer les seules modalités procédurales contentieuses ou même précontentieuses³⁵⁴³. À l'inverse, logiquement, le principe de protection juridictionnelle effective ne jouit pas d'un champ d'application aussi étendu. Parallèlement, à la différence du principe d'effectivité³⁵⁴⁴, le principe de protection juridictionnelle peut être opposé dans le cadre des voies de droit exercées devant le juge de l'Union³⁵⁴⁵. Enfin, le principe de protection juridictionnelle effective, tel que rattaché à l'article 47 de la Charte, se décline en une multitude d'exigences spécifiques relatives au caractère “équitable” du procès, comme le principe du contradictoire ou l'égalité des

³⁵³⁹ Voir not. D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?*, Berlin-Londres, Springer, 2010, p. 19.

³⁵⁴⁰ L'expression de « *protection juridictionnelle effective* » apparaît toutefois dès l'arrêt *Von Colson* (CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Rec. p.* 1891, pt. 23).

³⁵⁴¹ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec. p.* 1651, pt. 19 et suivants.

³⁵⁴² Le problème aurait été tout autre si la protection juridictionnelle effective se limite uniquement à l'article 13 de la Conv. EDH, relatif au droit à un recours effectif. Ce dernier « *est un droit complémentaire, qui n'a pas d'existence indépendante et ne peut être invoqué qu'en relation avec un autre droit reconnu par l'instrument conventionnel* » (F. SUDRE *et al.*, *op. cit.*, p. 668). Son rôle est de renforcer la protection d'autres droits garantis par la Convention. La différence de fonction avec le principe d'effectivité aurait été donc bien moins évidente à faire, même si, y compris en droit de la Conv. EDH, sa proximité avec l'art. 6§1 est récurrente (*ibid.*, p. 672).

³⁵⁴³ Cf. *supra*, pt. 837 et suivants.

³⁵⁴⁴ En ce sens, Tr. UE, 25 septembre 2019, *Magnan c. Commission*, aff. T-99/19, ECLI:EU:T:2019:693, pt. 44. Notons justement que, dans son arrêt de pourvoi, la Cour de justice (26 mai 2020, *Magnan c. Commission*, aff. C-860/19 P, ECLI:EU:C:2020:227) critique le manque de clarté du requérant qui « *fait référence à une multitude de jurisprudences et de dispositions de droit de l'Union pour conclure que le Tribunal a méconnu l'étendue de sa compétence, notamment en ce qui concerne la protection du “principe d'effectivité du droit européen”, la “protection légitime des droits fondamentaux” et le “respect de l'ordonnement juridique de l'Union”* » (pt. 31).

³⁵⁴⁵ Pour exemple, CJCE, 3 septembre 2008, *Kadi et Al Barakaat International Foundation*, aff. jt. C-402/05 P et C-4115/05 P, *Rec. p.* I-6351, pt. 334 et suivants.

armes³⁵⁴⁶, l'impartialité et l'indépendance des juges³⁵⁴⁷, le respect des droits de la défense³⁵⁴⁸ ou encore le droit à un jugement rendu dans un délai raisonnable³⁵⁴⁹. Le principe d'effectivité ne saurait renvoyer à ces exigences.

868. La dissociation entre les deux principes s'impose. Malgré tout, la doctrine comme certains avocats généraux restent partagés³⁵⁵⁰. Qu'ils prônent une différence ou non, tous s'accordent pour reconnaître la difficulté de dégager une ligne de démarcation claire dans la jurisprudence de la Cour de justice³⁵⁵¹. Le problème se rencontre dans les affaires dans lesquelles la mise en œuvre effective du droit de l'Union coïncide³⁵⁵² avec la protection accordée par un juge aux droits du justiciable³⁵⁵³. Dans une telle situation, il devient difficile d'anticiper quel principe, de l'effectivité ou de la protection juridictionnelle effective, s'appliquera. D'une certaine manière, chacun implique un contrôle substantiellement identique³⁵⁵⁴, à savoir apprécier le traitement juridictionnel accordé à la situation européenne pour savoir s'il permet au juge national de protéger efficacement les droits du justiciable³⁵⁵⁵. Il s'agit dans tous les cas d'évaluer l'effectivité du recours³⁵⁵⁶. Il en découle une fluctuation de la jurisprudence de la Cour de justice³⁵⁵⁷.

³⁵⁴⁶ CJUE, 17 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099, pt. 49.

³⁵⁴⁷ Pour exemple, CJUE, 24 juin 2019, *Commission / Pologne (Indépendance de la Cour suprême)*, aff. C-619/18, ECLI:EU:C:2019:531, pt. 71 et suivants.

³⁵⁴⁸ Pour exemple, CJUE, 13 septembre 2018, *UBS Europe e.a.*, aff. C-358/16, ECLI:EU:C:2018:715, pt. 48 et suivants.

³⁵⁴⁹ Pour exemple, bien qu'appliqué aux jugements rendus par le Tribunal de l'Union, voir CJUE, 26 novembre 2013, *Kendrion c. Commission*, aff. C-50/12 P, ECLI:EU:C:2013:771, pt. 77 et suivants.

³⁵⁵⁰ Leur relation est difficile à apprécier, parce que très variable. L'avocat général J. KOKOTT a notamment changé ou atténué sa position en la matière, entre ce qu'elle indique dans ses conclusions sur l'arrêt *Impact* (aff. C-268/06 précité, pt. 49) et dans ses conclusions sur l'arrêt *Inter-Environnement Wallonie et Bond Beter Leefmilieu Vlaanderen* (29 juillet 2019, aff. C-411/17, ECLI:EU:C:2019:622, pt. 197-198).

³⁵⁵¹ S. PRÉCHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.* : « In practice it is not easy to predict which line the Court will follow in any specific case: the relatively mild *Reve* line or the more stringent one of effective judicial protection. In some cases, only the *Reve* principles are applied, in others they feature alongside the principle of effective judicial protection, again in other cases effective judicial protections seems to take over from the principle of effectiveness » (p. 39).

³⁵⁵² Sur cette possibilité, voir not. B. BERTRAND et J. SIRINELLI, *op. cit.*, p. 570. ; D. RITLÉNG, « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in C. PICHERAL (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2012, pp. 103-135, spéc. p. 108.

³⁵⁵³ De ce point de vue, lorsqu'il s'agit de permettre au juge national de sanctionner effectivement les violations du droit de l'Union qui nuisent aux droits de particuliers, la proximité se traduit concernant le droit des sanctions. L'exigence de prévoir une « sanction effective et dissuasive » découle alternativement des principes d'effectivité (CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e.a.*, aff. jt. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401, pt. 78-79) ou de protection juridictionnelle effective (CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, *Rec. p. I-3941*, pt. 23).

³⁵⁵⁴ En ce sens, M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013 : « le principe d'effectivité pose les **standards** d'un droit à une protection juridictionnelle effective et rejoint ainsi, jusqu'à en devenir parfois difficilement dissociable, le droit même dont il assure le respect, élaboré initialement par les principes généraux développés par la Cour » (p. 125 – nous soulignons).

³⁵⁵⁵ La nature du contrôle se rapproche d'un contrôle de proportionnalité classique : le juge identifie une atteinte ou un obstacle au principe d'effectivité ou de protection juridictionnelle ; puis, s'il identifie une justification à son existence, il vérifie si une conciliation est possible. Le respect de la protection juridictionnelle effective, garantie à l'art. 47 de la Charte, est contrôlé de cette manière comme le prévoit l'art. 52, §1 de la Charte. Le principe d'effectivité fait l'objet d'un contrôle similaire ; cf. *supra*, pt. 879 et suivants.

³⁵⁵⁶ En ce sens, CJUE, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14 précité : « l'obligation pour les États membres d'assurer l'effectivité des droits que les justiciables tirent [du droit de l'Union] implique une exigence de protection juridictionnelle, consacrée également à l'article 47 de la Charte, que le juge national est tenu de respecter » (pt. 35).

³⁵⁵⁷ O. DUBOS, « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative » précité : « Le principe d'effectivité et le droit fondamental à un recours juridictionnel effectif ne sont pas faciles à distinguer (...). [Dans] certains

Pour apprécier cette *effectivité*, la Cour fonde son contrôle seulement sur le principe d'effectivité, seulement sur le principe de protection juridictionnelle effective³⁵⁵⁸, sur les deux séparément³⁵⁵⁹ ou sur les deux simultanément³⁵⁶⁰. Elle estime parfois que l'un découle de l'autre et inversement³⁵⁶¹. Pour ne citer qu'un seul exemple, la Cour de justice vérifie fréquemment si un délai contentieux est « *matériellement suffisant pour préparer et former un recours effectif* ». Dans certains arrêts³⁵⁶², il s'agit d'appliquer le principe de protection juridictionnelle ; dans d'autres³⁵⁶³, le principe d'effectivité.

869. Nous identifions deux arguments³⁵⁶⁴ visant à rationaliser cette jurisprudence. Le premier consiste à distinguer selon que le problème soumis à la Cour de justice concerne *l'accès effectif* au juge ou concerne *l'exercice* d'une voie de droit. Dans le premier cas, cela signifie « *qu'il importe qu'une violation [du droit de l'Union] puisse être contestée par une voie ou par une autre* »³⁵⁶⁵, et ce de manière effective. Indépendamment de la manière dont l'accès à ce juge est rendu possible, il s'agit de vérifier qu'un tel accès existe et permette au justiciable de bénéficier d'une protection de ses droits. Ce domaine serait donc l'apanage de la protection juridictionnelle effective. En un sens, dans son arrêt *Johnston*, c'est la signification première que la Cour de justice donne de ce principe. Il implique donc que le juge national puisse être saisi et, à cette occasion, puisse pleinement contrôler le respect des droits de l'individu accordés par l'Union

arrêts, la Cour utilise l'article 47 [de la Charte] pour apprécier si le principe d'effectivité est ou non respecté [CJUE, *Sánchez Morcillo et Abril García*, aff. C-169/14 précité], dans d'autres au contraire c'est le principe d'effectivité qui est utilisé pour apprécier si l'article 47 est respecté [CJUE, 11 septembre 2014, *Fastweb*, aff. C-19/13, ECLI:EU:C:2014:2194]. Dans d'autres arrêts encore, les arguments sont examinés de manière indépendante [CJUE, 22 décembre 2010, *DEB*, aff. C-279/09, Rec. p. I-13849] ou bien simultanément [CJUE, 23 octobre 2014, *Unitrading*, aff. C-437/13, ECLI:EU:C:2014:2318]. En toute hypothèse il s'agit d'apprécier une règle procédurale à l'aune de l'effectivité du droit de l'Union » (p. 59).

³⁵⁵⁸ Pour exemple, CJUE, 31 mai 2018, *Sziber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367, pt. 35 ; CJUE, 3 avril 2019, *Aqua Med*, aff. C-266/18, ECLI:EU:C:2019:282, pt. 46 et suivants.

³⁵⁵⁹ CJUE, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 précité : la Cour indique que les « exigences d'équivalence et d'effectivité expriment l'obligation générale pour les États membres d'assurer la protection juridictionnelle des droits que les justiciables tirent du droit de l'Union » (pt. 49) ; néanmoins, elle étudie ensuite successivement et distinctement le respect du principe d'effectivité (pt. 52-60) et celui du principe de protection juridictionnelle effective (pt. 61-66).

³⁵⁶⁰ Pour exemple, CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08, Rec. p. I-4165, pt. 78 ; CJUE, 26 juin 2019, *Craeynest e.a.*, aff. C-723/17, ECLI:EU:C:2019:533, pt. 54.

³⁵⁶¹ CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 : « En ce qui concerne le principe d'effectivité, la Cour a déjà jugé que celui-ci implique une exigence de protection juridictionnelle, consacrée à l'article 47 de la Charte, que le juge national est tenu de respecter » (pt. 48).

³⁵⁶² CJUE, 28 juillet 2011, *Samba Diouf*, aff. C-69/10, ECLI:EU:C:2011:524, pt. 66 ; CJUE, 26 septembre 2013, *Texdata Software*, aff. C-418/11, ECLI:EU:C:2013:588, pt. 80.

³⁵⁶³ CJUE, 29 octobre 2015, *BBVA*, aff. C-8/14, ECLI:EU:C:2015:731, pt. 29 ; CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 64.

³⁵⁶⁴ Pour un autre argument tenant à la prise en compte du principe d'attribution, voir E. NEFRAMI, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *CDE* 2016, n°1, pp. 221-251, spéc. pp. 233 et suivantes. L'auteur estime que, lorsque serait remis en cause le principe d'attribution, le principe d'effectivité paraît mieux à même d'encadrer le droit national, contrairement au principe de protection juridictionnelle effective.

³⁵⁶⁵ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire » précité, p. 147.

européenne³⁵⁶⁶. L'inexistence d'une voie de droit ou l'insuffisance des prérogatives du juge pour assurer une protection effective serait donc incompatible avec le principe de protection juridictionnelle effective³⁵⁶⁷.

870. À l'inverse, pour ce qui est des conditions *d'exercice* de la voie de droit, le principe d'effectivité serait plus pertinent. Cette approche est avancée par plusieurs auteurs³⁵⁶⁸, voire par certains avocats généraux³⁵⁶⁹, et suit une certaine logique³⁵⁷⁰. Elle permet également de mieux comprendre certaines jurisprudences. Par exemple, pour la politique européenne des visas, la Cour de justice a pu rendre certains arrêts ambigus sur les obligations s'imposant aux États membres pour instituer des voies de recours contre les décisions de refus de visas. Dans son arrêt *El Hassani*, elle semble privilégier les principes d'équivalence et d'effectivité plutôt que le principe de protection juridictionnelle effective en lui-même sur cette question³⁵⁷¹. Dans un récent arrêt *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, les trois principes sont une nouvelle fois appliqués mais pour encadrer différemment la marge de manœuvre des États membres : la protection juridictionnelle effective impose « une procédure de recours contre de telles décisions, (...) devant garantir, à un certain stade, un recours juridictionnel » tandis que « les modalités [de cette procédure] relèvent de l'ordre juridique de chaque État membre dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité »³⁵⁷². Malheureusement, des contre-exemples peuvent être trouvés³⁵⁷³. Le principe d'effectivité est parfois appliqué lorsqu'est en cause une règle nationale qui touche à l'« accès effectif » d'individus à certains droits³⁵⁷⁴ ou à l'étendue des

³⁵⁶⁶ CJCE, 15 octobre 1985, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt. 15 ; CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec.* p. I-2357, pt. 22. Récemment, voir not. CJUE, 12 juillet 2018, *Banger*, aff. C-89/17, ECLI:EU:C:2018:570, pt. 48.

³⁵⁶⁷ Voir not. CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271, pt. 41.

³⁵⁶⁸ F. PICOD, *op. cit.*, p. 147 ; D. RITLÉNG, *op. cit.*, p. 110 ; E. NEFRAMI, « La force intégrative du statut de l'État membre dans la fonction juridictionnelle » in L. POTVIN-SOLIS (dir.), *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 333-357, spéc. p. 339.

³⁵⁶⁹ P. MENGOZZI, conclusions sur CJUE, *DEB*, aff. C-279/09 précité, pt. 50.

³⁵⁷⁰ La Cour de justice conserve alors une jurisprudence assez cohérente avec son arrêt *Croisières au beurre* (CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, aff. 158/80, *Rec.* p. 1805, pt. 44) et l'article 19 TUE. D'un côté, le droit de l'Union n'a vocation à instituer des voies de droit dans l'ordre juridique interne. D'un autre côté, le droit à une protection juridictionnelle effective rend nécessaire qu'au moins une voie de droit effective existe. En ce sens, CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 40-42.

³⁵⁷¹ CJUE, 13 décembre 2017, *El Hassani*, aff. C-403/16, ECLI:EU:C:2017:960, pt. 26 et suivants. La protection juridictionnelle effective n'est affirmée que dans un second temps (pt. 38 et suivants) pour permettre à la Cour de justice d'énoncer que « l'article 47 de la Charte impose aux États membres l'obligation de garantir, à un certain stade de la procédure, la possibilité de porter devant une juridiction une affaire relative à une décision définitive de refus de visas » (pt. 41).

³⁵⁷² CJUE, 10 mars 2021, *Konsul Rzeczypospolitej Polskiej w N.*, aff. C-949/19, ECLI:EU:C:2021:186, pt. 46.

³⁵⁷³ On trouve également des utilisations assez discutables de précédents jurisprudentiels de la part de la Cour de justice qui nuisent à cet argument. Voir not. CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité : « Il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire (voir, en ce sens, arrêt du 16 décembre 1976, *Rewe*, précité, point 5, et arrêts précités *Comet*, point 16, ainsi que *Factortame e.a.*, points 19 à 23) » (pt. 41 – nous soulignons).

³⁵⁷⁴ CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité, pt. 39.

prérogatives du juge³⁵⁷⁵. De même, le principe de protection juridictionnelle effective s'oppose à des modalités – clairement – relatives à l'exercice d'une voie de droit, comme des délais contentieux³⁵⁷⁶.

871. Le second argument repose sur la différence d'intensité de *l'effectivité* attendue du traitement national. La distinction s'opère selon que le principe appliqué requiert une obligation négative – principe d'effectivité – ou positive – principe de protection juridictionnelle effective³⁵⁷⁷. Cumulé avec le précédent argument, ceci permet d'affirmer que seule la protection juridictionnelle effective « *peut emporter, le cas échéant, un effet d'attribution d'une voie de recours non initialement prévue par le droit interne* »³⁵⁷⁸. Le principe d'effectivité, lui, « *demeure impuissant à en attribuer une au justiciable* »³⁵⁷⁹. Cette présentation peine à convaincre s'il est admis que le principe d'effectivité implique également des obligations positives, indépendamment de sa relation avec le principe de protection juridictionnelle effective. De plus, retenir cette vision revient à généraliser les deux exigences. L'avocat général M. BOBEK se montre dubitatif sur ce sujet, rappelant que « *la portée et l'intensité du contrôle qu'un juge national doit opérer pour respecter l'article 47 de la Charte varient en fonction du contexte spécifique et des circonstances pertinentes de chaque affaire* »³⁵⁸⁰, qui estime que, « *[en] pratique, [on ne voit pas ce] que l'article 47 de la Charte ajouterait, en matière de recours juridictionnel, à ce qui ne relevait pas (ou plutôt n'aurait pas pu relever, si la question s'était posée) du principe d'effectivité* »³⁵⁸¹. Les deux arguments présentés, aussi intéressants soient-ils, se heurtent *in fine* à l'inconstance de la jurisprudence de la Cour de justice. Nous en revenons donc au constat selon lequel la distinction entre les principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective reste trop complexe à faire dans la pratique.

2. Une proximité favorisant une exigence d'effectivité plus contraignante

872. Les propos précédents conduisent à considérer que, dans son ensemble, la Cour de justice applique de manière indifférenciée les principes d'effectivité et protection juridictionnelle effective. Lorsqu'il s'agit pour elle d'encadrer l'autonomie

³⁵⁷⁵ Pour exemple, CJCE, 21 janvier 1999, *Upjohn*, aff. C-120/97, *Rec.* p. I-223, pt. 33 et suivants.

³⁵⁷⁶ Pour exemple, CJUE, *Texdata Software*, aff. C-418/11 précité, pt. 80-81.

³⁵⁷⁷ S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.* : « *the difference in the application and result of the two principles also partially lies in the essentially negative formulation of the principle of effectiveness – national procedural rules should not make claims “virtually impossible or excessively difficult” – while the principle of effective judicial protection is developing, little by little, into a positive standard* » (p. 40).

³⁵⁷⁸ D. RITLENG, *op. cit.*, p. 110

³⁵⁷⁹ *Ibid.*

³⁵⁸⁰ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *An tAire Talmhaíochta Bia agus Mara, Éire agus an tArd-Aighne*, aff. C-64/20 précité, pt. 45.

³⁵⁸¹ M. BOBEK, conclusions sur CJUE, *Banger*, aff. C-89/17 précité, pt. 100.

procédurale des États membres, dans un contexte contentieux, les deux principes aboutissent peu ou prou à imposer une même exigence d'effectivité. L'application successive des deux principes apparaît même, dans certains arrêts³⁵⁸², redondante. Plusieurs avocats généraux préfèrent, dans ces situations, fonder le contrôle sur l'un d'eux pour plus de clarté³⁵⁸³. Implicitement, ils reconnaissent que, en tout état de cause, l'intensité dudit contrôle ne sera pas modifiée. Par exemple, l'avocat général N. JÄÄSKINEN, dans ses conclusions sur l'arrêt *Târșia*, l'indique lorsqu'il considère que « le défaut de clarté du droit procédural roumain était contraire à l'article 47 de la Charte ainsi qu'aux exigences du droit de l'Union en matière de sécurité juridique, et qu'il a pu rendre impossible en pratique ou excessivement difficile la restitution de la taxe sur la pollution des véhicules automobiles incompatible avec le droit de l'Union »³⁵⁸⁴. La Cour de justice va même parfois jusqu'à reformuler des questions préjudicielles qui portent sur le principe d'effectivité pour n'étudier que le principe de protection juridictionnelle effective³⁵⁸⁵ – et ce sans que l'intensité du contrôle en soit manifestement modifiée.

873. Cette jurisprudence laisse entendre que, pour certaines situations³⁵⁸⁶, les deux principes – “effectivité” et protection juridictionnelle effective – imposent une même exigence. En réalité, à nos yeux, c'est le principe d'effectivité qui a vu son exigence s'aligner sur celle du principe de protection juridictionnelle effective. La relation qu'il a entretenue avec ce dernier a conduit la Cour de justice à accentuer la contrainte de l'exigence du principe d'effectivité³⁵⁸⁷. Selon S. PRECHAL, notamment, le principe d'effectivité a ainsi muté, passant d'une forme “ancienne” à une forme “renforcée” par sa proximité avec la protection juridictionnelle effective. « En général, on peut affirmer que le principe de protection juridictionnelle effective a étendu le “vieux” principe

³⁵⁸² CJUE, *Alasini e.a.*, aff. jt. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 précité, pt. 52 et suivants ; CJUE, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08 précité : « S'agissant du principe d'effectivité, il y a lieu de constater que, par l'application de la réglementation nationale en cause au principal, un soumissionnaire tel que le requérant au principal se voit privé de toute possibilité de revendiquer, devant le juge compétent, la réparation du préjudice qu'il aurait subi en raison d'une violation du droit de l'Union par un acte administratif susceptible d'avoir influé sur le déroulement et même sur l'issue de la procédure de passation du marché public. Un tel soumissionnaire se trouve ainsi privé de la protection juridictionnelle effective des droits qu'il tire du droit de l'Union en la matière » (pt. 78).

³⁵⁸³ E. SHARPSTON, conclusions sur CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 47.

³⁵⁸⁴ N. JÄÄSKINEN, conclusions sur CJUE, 6 octobre 2015, *Târșia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662, pt. 35.

³⁵⁸⁵ CJUE, *DEB*, aff. C-279/09 précité : « il convient de reformuler la question posée en ce sens qu'elle porte sur l'interprétation du principe de protection juridictionnelle effective, tel que consacré par l'article 47 de la charte, afin de vérifier si, dans le contexte d'une procédure d'action en responsabilité de l'État introduite au titre du droit de l'Union, cette disposition s'oppose à ce qu'une réglementation nationale subordonne l'exercice de l'action en justice au paiement d'une avance sur frais et prévoie que l'aide judiciaire ne peut pas être accordée à une personne morale alors même que cette dernière n'est pas en mesure de faire cette avance » (pt. 33)

³⁵⁸⁶ Nous insistons : ce n'est que lorsque la Cour de justice doit encadrer le droit du contentieux national que cette assimilation entre les principes se fait ; elle ne retrouve pas pour d'autres situations.

³⁵⁸⁷ Pour une nuance, voir CJCE, 11 septembre 2003, *Safalero*, aff. C-13/01, *Rec. p. I-8679*, pt. 50 et suivants. On peut ici considérer que la contrainte du principe de protection juridictionnelle effective s'avère moins forte en raison de sa proximité avec le principe d'effectivité.

d'effectivité »³⁵⁸⁸ estime-t-elle. Ceci permet de comprendre pourquoi le principe d'effectivité, originairement conçu comme l'interdiction de traitements nationaux rendant “excessivement difficile ou pratiquement impossible” la mise en œuvre du droit de l'Union, a pu imposer des obligations positives aux États membres³⁵⁸⁹. Ceci explique également l'analyse de plusieurs auteurs qui constatent une accentuation progressive de l'exigence du principe d'effectivité³⁵⁹⁰. S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS estiment notamment que « le principe d'effectivité, dans sa “forme renforcée”, est caractérisé par un plus fort degré [de contrainte]. Il s'est montré être capable d'avoir un considérable – si ce n'est perturbant – impact sur les systèmes nationaux de protection juridictionnelle »³⁵⁹¹.

874. Cet alignement de l'exigence d'effectivité sur l'exigence de protection juridictionnelle effective mérite d'être nuancé. La protection juridictionnelle effective ne saurait être appréhendée comme un principe absolu, qui ne tolère aucune atteinte. L'accentuation de l'exigence d'effectivité qui découle de sa relation avec la protection juridictionnelle effective reste donc mesurée³⁵⁹². À ce titre, la Cour de justice rappelle que, « [à propos du] principe d'effectivité, il y a lieu de considérer que celui-ci ne comporte pas (...) d'exigences allant au-delà de celles découlant des droits fondamentaux, notamment du droit à une protection juridictionnelle effective, garantis par la Charte »³⁵⁹³. L'arrêt *Unibet* le confirme plus explicitement³⁵⁹⁴. Certains commentateurs y voient un arrêt fondamental³⁵⁹⁵, qui porte une atteinte significative³⁵⁹⁶ à l'autonomie des États membres au nom de la protection

³⁵⁸⁸ S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy » précité, p. 4.

³⁵⁸⁹ R. CARANTA, « Judicial Protection against Member States : A New *Jus Commune* Takes Shape », *CMLR* 1995, n°32, pp. 703-726 : « Using a metaphor normally applied to the English doctrine of Equity, it can be said that the principle of effective judicial protection **works like a shield, non like a sword**: it only forbids the application of an existing domestic provision, but does not dictate a new rule » (p. 706 – nous soulignons). L'auteur parle bien en réalité du principe d'effectivité tel qu'appliqué à la suite de l'arrêt *San Giorgio*.

³⁵⁹⁰ Voir M. SAFJAN et D. DÜSTERHAUS, *op. cit.*, à propos de l'arrêt *Agrokonsulting-04* (CJUE, 27 juin 2013, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432) : « Even where the right to effective judicial protection is not explicitly addressed it may still constitute the backdrop of the Court's appreciation. This is the infusion scenario » (p. 13).

³⁵⁹¹ S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611 : « The principle of effectiveness, in this “reinforced form”, is characterized by a stronger degree of intrusiveness. It has proven to be capable of having a considerable - if not disruptive - impact upon the national systems of judicial protection » (p. 591).

³⁵⁹² S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.* : les auteurs estiment que si l'alignement s'opère totalement entre l'effectivité et la protection juridictionnelle effective, notamment telle qu'entendue par le droit de la Convention EDH, les conséquences seront bien plus importantes. « This would indeed require a reorientation of Luxembourg case law, redefining the meaning of the principle of effectiveness far beyond the current criteria of 'virtually impossible or excessively difficult'. Whether this would be necessary and useful will in our view also depend on how Article 47 of the Charter - and at the end of the day the status of the Charter as such - will develop. If the Charter is going to pose stricter standards than the ECHR, redefining *Reve effectiveness* may seem obsolete » (p. 49). Tel ne semble pas être le cas à la lecture de la jurisprudence actuelle de la Cour de justice.

³⁵⁹³ CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen* (Effet suspensif de l'appel), aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 47.

³⁵⁹⁴ CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité.

³⁵⁹⁵ Voir not. F. SCHMIED, « L'accès des particuliers au juge de la légalité. L'apport de l'arrêt *Unibet* », *JTDE* 2007, n°6, n°140, pp. 166-170 ; A. VAN WAAYENBERGE et P. PECHO, « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE* 2008, n°1-2, pp. 123-156.

³⁵⁹⁶ Pour une vision plus nuancée, voir L. LEBEAU, note sous *Unibet*, *RAE* 2007-2008, n°1, 2009, pp. 135-151.

juridictionnelle effective³⁵⁹⁷. C. BLUMANN y voit, par exemple, la volonté de la Cour de justice « de faire en sorte que les justiciables puissent tirer des principes de la protection juridictionnelle effective le maximum de garanties pouvant même en définitive aller au-delà du principe d'équivalence »³⁵⁹⁸. Pour important qu'il soit, cet arrêt nous paraît en réalité révéler une accentuation certaine mais mesurée de l'exigence de protection juridictionnelle effective – et par extension, de l'exigence d'effectivité. La Cour de justice résume sa position en ce que « le principe de protection juridictionnelle effective ne requiert pas, en tant que tel, l'existence d'un recours autonome tendant, à titre principal, à contester la conformité de dispositions nationales avec des normes communautaires, pour autant que le respect des principes d'équivalence et d'effectivité est assuré dans le cadre du système des recours internes »³⁵⁹⁹. Le cadre reste ici traditionnel et la contrainte sur le droit national demeure limitée³⁶⁰⁰. La Cour précise toutefois que « [si le justiciable était contraint] de s'exposer à des procédures administratives ou pénales à son encontre et aux sanctions qui peuvent en découler, comme seule voie de droit pour contester la conformité des dispositions nationales en cause avec le droit communautaire, cela ne suffirait pas pour lui assurer une telle protection juridictionnelle effective »³⁶⁰¹. L'accentuation se traduit ici : à l'évidence, si la protection juridictionnelle effective n'était pas en cause, le principe d'effectivité n'aurait pas permis, dans sa forme “ancienne” ou “traditionnelle”, d'interdire une telle chose³⁶⁰².

875. Aussi mesuré soit-il, le rapprochement de l'exigence d'effectivité et de la protection juridictionnelle effective ne joue pas en faveur du principe d'équivalence. Une fois encore, ce dernier apparaît trop rigide et insusceptible d'imposer le niveau de protection adéquat³⁶⁰³. La Cour de justice n'accentue pas l'exigence d'équivalence lorsque la nécessité de préserver l'effet utile du droit de l'Union se confond avec celle d'assurer

³⁵⁹⁷ Nous éludons volontairement les passages de l'arrêt *Unibet* sur la protection provisoire qui, elle, se rattache à l'exigence de la jurisprudence *Factortame* (pt. 67 et suivants). Il n'est alors plus vraiment question du principe d'effectivité.

³⁵⁹⁸ C. BLUMANN, « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G* 2007, n°30, doct. 175, pp. 13-22, spéc. p. 18.

³⁵⁹⁹ CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 47.

³⁶⁰⁰ Le raisonnement de la Cour qui suit fait une application classique des principes d'équivalence (pt. 48-52) et d'effectivité (pt. 53-58).

³⁶⁰¹ *Ibid.*, pt. 62.

³⁶⁰² Selon nous, donc, c'est bien le principe d'effectivité qui interdit une telle chose ; et non la protection juridictionnelle effective proprement dite. Ceci permet donc d'expliquer la “mauvaise foi” de la Cour de justice qui interdit une telle chose concernant les voies de droit national mais qui, pour les voies de droit devant le juge de l'Union, le tolère. En effet, dans son célèbre arrêt *Jéro-Quéré* (T-177/01), le Tribunal de l'Union avait considéré qu'une telle situation, dans laquelle un particulier ne peut avoir accès au juge de l'Union pour contester une règle qu'à l'occasion du recours dirigé contre la sanction qui lui est infligée pour avoir méconnu ladite règle, n'est pas compatible avec la protection juridictionnelle effective (pt. 45). La Cour de justice, dès son arrêt *UPA* (aff. 50/00 P), juge du contraire dans son arrêt *Jéro-Quéré* (263/02 P). Certains auteurs n'ont pas manqué de dénoncer l'incohérence très grossière avec la solution de l'arrêt *Unibet* (voir not. A. ARNULL, note *CMLR* 2007, pp. 1763-1780, spéc. pp. 1775-1776) Celle-ci s'atténue légèrement si l'on admet que, dans l'arrêt *Unibet*, l'interdiction résulte du principe d'effectivité, combiné avec la protection juridictionnelle effective.

³⁶⁰³ Voir M. BOBEK, conclusions sur CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630, pt. 32 et suivants.

une protection juridictionnelle effective pour les individus. Certes, certains auteurs pensent le contraire³⁶⁰⁴, notamment à la lecture des arrêts *Transportes Urbanos*³⁶⁰⁵ ou *Pontin*³⁶⁰⁶, mais ces illustrations restent exceptionnelles et peu représentatives. Le principe d'effectivité sort ainsi avantagé de cette relation avec la protection juridictionnelle effective. Son exigence reste flexible et, lorsqu'elle se confond avec le principe de protection juridictionnelle effective, elle permet à la Cour de justice de renforcer l'encadrement de l'autonomie procédurale. Pour le dire autrement, cette proximité conforte cette malléabilité. Le principe d'effectivité peut, en fonction des situations et de la nécessité pour la Cour de régir le droit national, se traduire par une exigence très réduite ou, à l'opposé, assez contraignante. Il apparaît dès lors comme un principe qu'il convient de privilégier pour encadrer l'autonomie des États membres par rapport au principe d'équivalence.

Section 2 : Une vérification facilitée du respect du principe d'effectivité

876. Un avantage significatif du principe d'effectivité vis-à-vis du principe d'équivalence réside dans le fait que son respect se vérifie assez aisément. Mettre en œuvre le principe d'effectivité n'est certes pas sans poser un certain nombre de problèmes. Cependant, ceux-ci restent minimes et surmontables en comparaison de ceux rencontrés pour l'application du principe d'équivalence. La doctrine est assez unanime sur ce point, considérant même qu'il s'agit là du plus grand défaut du principe d'équivalence vis-à-vis du principe d'effectivité. M. BOBEK estime, par exemple, que « *plus en plus souvent, la Cour [ne traite plus du tout des questions relatives] au principe d'équivalence et se focalisera directement sur le fondement de l'effectivité. Une telle approche peut être compréhensible ; pour de multiples raisons (...), la Cour est mal armée pour analyser l'équivalence des procédures d'application du droit de l'Union avec des procédures purement nationales* »³⁶⁰⁷. De même, il est très rare que le principe d'équivalence soit au cœur de l'affaire soumise à la Cour de justice. Dès lors, dans ses arrêts, la Cour est amenée à se prononcer sur d'autres questions et étudier le respect d'autres règles ou principes européens – dont le principe

³⁶⁰⁴ Voir S. PRECHAL et R. WIDDERSHOVEN, *op. cit.*, p. 39, note 42.

³⁶⁰⁵ CJCE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité.

³⁶⁰⁶ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité.

³⁶⁰⁷ M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité : « *More and more often, the Court would no longer address any issues of equivalence at all and would go directly to argue on the basis of effectiveness. Such approach can be said to be understandable ; for various reasons (...), the Court is ill-suited to assess the equivalence of EU law enforcement procedures with purely domestic procedures* » (p. 318).

d'effectivité. Dans ces conditions, il serait illogique qu'elle se saisisse systématiquement du principe d'équivalence et, à ce titre, détaille son appréciation sur son respect, alors même que d'autres principes, plus faciles à mettre en œuvre, permettent de résoudre le litige. Pour résumer, on comprend que, au grès des affaires, d'autres principes, dont le principe d'effectivité, l'emportent l'application du principe d'équivalence.

877. Dans ce contexte, l'application du principe d'effectivité apparaît plus *spontanée*, plus *évidente*, voire *naturelle*, en raison de sa mise en œuvre facilitée. Le principe d'équivalence ne disparaît pas pour autant mais son application, plus complexe et moins aisée, est reléguée en pratique au second plan. Cette présentation s'accommode des difficultés sérieuses et incontestables qui se manifestent pour faire respecter le principe d'effectivité. L'incertitude qui entoure l'exigence d'effectivité offre à la Cour de justice des avantages de souplesse et de malléabilité de la contrainte qui pèse sur les États membres. Or cette incertitude n'est pas sans s'accompagner d'inconvénients indiscutables. M. DOUGAN explique que « *l'approche contextuelle et ad hoc de la Cour de justice sur le principe d'effectivité a parfois donné lieu à de sérieuses difficultés de prédictibilité et de consistance [de l'exigence d'effectivité]* »³⁶⁰⁸. Ces problèmes “de prédictibilité et de consistance” reflètent deux défauts importants du principe d'effectivité. D'une part, tirer les conséquences d'une violation du principe d'effectivité présente certaines difficultés qui placent dans l'embarras le juge national et la Cour de justice. D'autre part, l'exigence d'effectivité est si vague qu'elle risque potentiellement de constituer une atteinte excessive à l'autonomie des États membres. Or, sur ces deux aspects, le principe d'équivalence présente au contraire d'évidents avantages : remédier à sa violation se fait assez facilement pour le juge national ; son exigence n'a jamais vocation à être excessivement intrusive dans l'autonomie des États membres. Sous cette réserve (§2), le principe d'effectivité concurrence la place du principe d'équivalence grâce à sa mise en œuvre relativement aisée (§1).

§1: Une mise en application globalement aisée du principe d'effectivité

878. Un défaut important du principe d'équivalence tient dans sa mise en application. Comme cela a été vu, sa méthode d'application demeure trop obscure³⁶⁰⁹.

³⁶⁰⁸ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *the Court's contextual and ad hoc approach of the principle of effectiveness has sometimes given rise to serious difficulties of predictability and consistency* » (p. 420).

³⁶⁰⁹ Cf. *supra*, pt. 628 et suivants.

Son application par la Cour de justice et les juges nationaux s'avère également assez approximative³⁶¹⁰. De ce point de vue, le principe d'effectivité échappe très largement à ces problèmes. En un mot, sa mise en application apparaît bien plus aisée à opérer. Des difficultés se constatent évidemment : mettre en œuvre le principe d'effectivité n'est pas sans se heurter à certaines difficultés. Il reste qu'elles sont loin d'être aussi insurmontables que celles rencontrées par le principe d'équivalence. Pour ce qui est de la méthode d'application du principe d'effectivité, celle-ci induit un contrôle parfaitement classique du traitement national. Vérifier son respect ne diffère en rien d'un examen de la compatibilité de dispositions ou pratiques internes avec des règles européennes. Si des difficultés ou des incertitudes se rencontrent pour le principe d'effectivité, elles sont finalement assez banales et connues, de telle sorte qu'elles n'entravent pas sa bonne application (A.). La répartition des rôles entre le juge national et la Cour de justice dans cette application est également très classique. Contrairement à la mise en œuvre du principe d'équivalence, qui en pâtit grandement, le principe d'effectivité s'en accommode (B.).

A. Un contrôle classique de compatibilité du traitement national avec le principe d'effectivité

879. La méthode d'application du principe d'effectivité diffère logiquement de celle du principe d'équivalence. L'identification une situation interne similaire ou la comparaison de traitements est hors de propos. L'examen suppose uniquement de vérifier si le traitement accordé à la situation européenne s'avère en lui-même *suffisamment* effectif, notamment en ce qu'il ne rend pas « [pratiquement] *impossible ou excessivement difficile l'application du droit* [de l'Union] »³⁶¹¹. Il reviendra alors au juge compétent d'apprécier ce qui permet ou non audit traitement national d'être *suffisamment* effectif. Cette appréciation se fait, comme nous l'avons vu³⁶¹², de manière contextuelle, voire très concrète. La Cour de justice rappelle régulièrement que « *chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit de l'Union doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales* »³⁶¹³. Elle précise que « [dans] *cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des*

³⁶¹⁰ Cf. *supra*, pt. 787 et suivants.

³⁶¹¹ Voir not. CJCE, *Peterbroeck*, aff. C-312/93 précité, pt. 14.

³⁶¹² Cf. *supra*, pt. 856 et suivants.

³⁶¹³ Pour exemple, CJUE, 2 avril 2020, *CRPNPAC*, aff. jt. C-370/17 et C-37/18, ECLI:EU:C:2020:260, pt. 93.

droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure »³⁶¹⁴. De prime abord, comme certains auteurs l'affirment³⁶¹⁵, la méthode d'application du principe d'effectivité ne varie pas fondamentalement de celle du principe d'équivalence. La Cour indique bien que cette approche concerne « *les deux principes* [d'équivalence et d'effectivité] »³⁶¹⁶. De même, comme nous l'avons vu³⁶¹⁷, le principe d'équivalence implique d'appréhender le traitement national globalement : la modalité litigieuse ne doit pas être étudiée en dehors de son contexte procédural et matériel.

880. Cette proximité dans les méthodes du principe d'équivalence et du principe d'effectivité inviterait donc à nuancer la facilité d'application du second par rapport au premier. En réalité, cette proximité nous paraît limitée et même artificielle. La méthode du principe d'équivalence reste bien *sui generis*, à tel point que tout rapprochement avec d'autres méthodes, comme celle du principe d'égalité, est inopportun. Celle du principe d'effectivité est au contraire beaucoup plus classique, voire familière. Schématiquement, il s'agit de déterminer si les obstacles à l'effectivité du droit de l'Union restent mesurés et – surtout – s'ils sont justifiés par des motifs légitimes. D'une certaine manière, vérifier le respect du principe d'effectivité requiert une mise en balance, la recherche d'une conciliation entre des éléments opposés – ce qui est exclu pour le principe d'équivalence. Dans cette perspective, il est fréquent que certains standards bien connus se manifestent. Le caractère “raisonnable” d'un délai ou la “vigilance” des particuliers en sont des exemples. Plus encore, l'application du principe d'effectivité conduit même à appliquer d'autres droits ou principes assez classiques, comme la sécurité juridique ou des droits fondamentaux. Un délai contentieux sera, par exemple, jugé conforme au principe d'effectivité s'il reste d'une durée raisonnable eu égard aux impératifs de sécurité juridique. Là encore, le principe d'équivalence reste distant vis-à-vis de tels standards ou principes. La méthode du principe d'effectivité bénéficie ainsi de ces deux avantages tenant dans la prise en compte de motifs justifiant l'atteinte à l'effet utile du droit de l'Union (1.) et l'emploi de standards familiers pour le juge (2.).

³⁶¹⁴ *Ibid.*

³⁶¹⁵ Voir M. WATHELET, *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014 : « *lorsque la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés aux particuliers par l'ordre juridique de l'Union, la Cour invite le juge national à utiliser la même méthodologie que pour le principe d'équivalence* » (p. 26).

³⁶¹⁶ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 19.

³⁶¹⁷ Cf. *supra*, pt. 637 et suivants.

1. La prise en compte de motifs justifiant une atteinte mesurée à l'effet utile du droit de l'Union

881. La méthode du principe d'équivalence s'avère, à certains égards, mécanique ou « *mathématique* »³⁶¹⁸. L'évaluation de l'effectivité du droit national s'apprécie en fonction des traitements nationaux accordés à des situations internes similaires. Une confrontation s'opère donc entre le traitement litigieux accordé à la situation européenne et le seuil d'effectivité qui découle des traitements des situations internes similaires. À cet égard, la Cour de justice requiert une comparaison globale des traitements, où les aspects défavorables comme favorables doivent être pris en considération. En revanche, si le traitement de la situation européenne se révèle en définitive et dans son ensemble moins favorable que celui de la situation interne, aucune justification ne permet à l'État membre de s'en défendre. Il serait, en effet, illogique que l'État membre cherche à justifier une différence de traitement s'il est admis que les situations européenne et interne sont bien similaires. Des conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR, déjà mentionnées³⁶¹⁹, sont limpides à ce sujet. Il souligne que « [considérer] *qu'un traitement non discriminatoire est assuré en ce qui concerne un recours fondé sur le droit de l'Union malgré le fait qu'un traitement différent est accordé à un recours fondé sur le droit national contreviendrait au sens même du principe d'équivalence. Si [une raison particulière] exige qu'un délai de prescription commence à courir à partir d'un moment spécifique, cette modalité relative au délai de prescription doit s'appliquer indistinctement à l'égard des situations se rapportant aux droits découlant de l'ordre juridique de l'Union et des situations nationales similaires* »³⁶²⁰. L'enjeu du contrôle du principe d'équivalence se focalise ainsi logiquement sur la similitude des situations qui est, comme nous l'avons vu³⁶²¹, une opération très délicate à opérer.

882. La méthode du principe d'effectivité apparaît bien plus simple puisqu'elle se limite à la confrontation du traitement national de la situation européenne avec le seuil d'effectivité fixé dans la jurisprudence européenne – ce dernier étant indépendant de ce que prévoit le droit national. Là encore, la Cour de justice apprécie si le traitement national atteint ce seuil d'effectivité. Mais – et c'est la différence fondamentale avec le principe d'équivalence³⁶²² – si ce traitement s'avère en deçà de ce seuil, l'État membre

³⁶¹⁸ V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309, spéc. p. 274.

³⁶¹⁹ Cf. *supra*, pt. 685.

³⁶²⁰ M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, pt. 84.

³⁶²¹ Cf. *supra*, pt. 631 et suivants.

³⁶²² M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité : « à la différence des exigences posées par le principe d'effectivité, celles découlant du principe d'équivalence ne sauraient être assouplies par une référence aux principes qui sont à la base du système national (...) » (pt. 84).

peut ici tenter de le justifier. Des obstacles procéduraux pourraient entraver la mise en œuvre effective du droit de l'Union mais leur existence se justifierait. À terme, ils rendent acceptable un traitement national qui, de prime abord, était vu comme rendant excessivement difficile ou pratiquement impossible la mise en œuvre du droit de l'Union³⁶²³. Cette méthode de mise en balance est connue. Certes, des particularités existent selon les matières, notamment dans l'intensité du contrôle ou dans la nature des justifications avancées. Cela étant, pour le droit de l'Union, la méthode apparaît très classique. M. DOUGAN estime notamment qu'« *il est désormais courant de considérer l'approche de la Cour de justice sur [le principe d'effectivité] comme proche d'une forme de "justification objective", non différente de celle développée dans d'autres domaines du droit de l'Union comme la liberté de mouvement ou l'égalité de traitement : les règles procédurales nationales qui restreignent l'exercice des droits de l'Union doivent être analysées par rapport à leur finalité au sein de l'ordre juridique national, et un équilibre approprié doit être [trouvé] contre l'étendue des effets restrictifs sur la pleine application du droit de l'Union* »³⁶²⁴. On ajoute même que l'application du principe d'effectivité suivrait presque le contrôle de l'article 52 de la Charte des droits fondamentaux³⁶²⁵.

883. La jurisprudence de la Cour de justice est fournie sur ce sujet, à tel point que presque toutes les applications du principe d'effectivité manifestent cette méthode. La première étape tient dans l'appréciation du caractère "suffisant" du traitement national. Autrement dit, la Cour vérifie si celui-ci atteint le seuil d'effectivité identifié qu'elle aura retenu. Ce seuil reste volontairement indéterminé – nous l'avons vu³⁶²⁶. Il se dessine et varie au gré des affaires traitées par la Cour de justice. Il arrive éventuellement qu'elle fixe un seuil en fonction de ce qui existe dans *l'ensemble* des ordres juridiques nationaux. Un délai contentieux national pourra être jugé en lui-même insuffisant s'il

³⁶²³ En ce sens, N. POLTORAK, *op. cit.* : « *The statement of the necessity of taking into account the basic principles of domestic legal system when carrying out the assessment emphasises that the requirement of effectiveness of domestic legal measures is not of absolute character, but it must be confronted with other principles recognised in Member States' legal systems. And thus, even the provisions that render impossible or excessively difficult the pursuance of Union claims may be justified when viewed in the light of the principles they serve* » (p. 83).

³⁶²⁴ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité : « *it is now common to regard the ECJ's approach to questions of national judicial protection as akin to a form of "objective justification", not dissimilar to that developed in other Community law contexts such as free movement or equal treatment : national procedural rules which restrict the exercise of Community rights must be analysed by reference to their purpose within the domestic legal order, and an appropriate balance must be struck against the extent of their restrictive effects upon the full application of Community law* » (p. 419). Voir également M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité. L'auteur souligne que la formulation de la Cour (excessivement difficile ou pratiquement impossible) ne permet nullement d'appréhender ce qu'il signifie : « *The above described suggestions for various balancing tests were in fact efforts to re-establish at least some internal limit to the shapeless "effectiveness", making it subject to the weighing with the other interests, be it on European or national level* » (p. 316).

³⁶²⁵ Voir not. CJUE, *DEB*, aff. C-279/09 précité, pt. 61-62 ; CJUE, *Texdata Software*, aff. C-418/11 précité, pt. 84 et suivants.

³⁶²⁶ Cf. *supra*, pt. 853 et suivants.

s'avère nettement plus court que les délais similaires prévus dans les autres ordres juridiques nationaux. Un avocat général suggère par exemple, pour contrôler le respect du principe d'effectivité, « [une] analyse [des] dispositions d'autres États membres en la matière, [pour constater] que toutes prévoient des délais d'une durée analogue, qui fonctionnent dans les différents ordres juridiques sans susciter de doutes quant à leur aptitude à permettre la protection juridictionnelle des droits »³⁶²⁷. De même, un traitement national accordé à une situation interne peut être pris en compte par la Cour de justice pour fixer le seuil du principe d'effectivité³⁶²⁸. L'arrêt *Paquay* déjà étudié³⁶²⁹ en est un exemple³⁶³⁰. Quoiqu'il en soit, cet examen implique la même vérification, à savoir dire si le traitement est "suffisamment" effectif. En matière de sanction, par exemple³⁶³¹, la Cour estime des mesures « **suffisamment** effectives et dissuasives »³⁶³² eu égard au « degré de sévérité élevé »³⁶³³ des amendes prévues, « couplées [à un] mécanisme de réduction et à des intérêts de retard »³⁶³⁴. Cette appréciation s'opère ensuite de manière contextuelle et concrète, comme nous l'avons montré *supra*.

884. Dans l'éventualité où le traitement national échoue ce premier test, la seconde étape tient justement dans la prise en considération de motifs permettant de le valider malgré tout. Il revient alors à la Cour de justice de vérifier si la règle nationale litigieuse, qui nuit à la mise en œuvre du droit de l'Union, « peut être justifiée »³⁶³⁵ par un « intérêt »³⁶³⁶ légitime ou pour atteindre des « objectifs »³⁶³⁷ donnés. Dans l'arrêt *Accor*, par exemple, l'exigence nationale de produire certains documents pour bénéficier d'un avantage fiscal est justifiée afin de « permettre aux autorités fiscales de l'État membre d'imposition de vérifier, de façon claire et précise, si les conditions d'obtention [de l'avantage] sont

³⁶²⁷ D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions sur CJCE, *Recheio - Cash & Carry*, aff. C-30/02 précité, pt. 41.

³⁶²⁸ En ce sens, G. F. MANCINI, conclusions sur CJCE, *San Giorgio*, aff. 199/82 précité, pt. 6, p. 3625.

³⁶²⁹ Cf. *supra*, pt. 664-665.

³⁶³⁰ CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/08, *Rec.* p. I-8511 ; voir également, CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 53.

³⁶³¹ Pour une autre illustration, voir CJUE, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 précité, pt. 52 et suivants.

³⁶³² CJUE, *Scialdone*, aff. C-574/16 précité, pt. 47 – nous soulignons.

³⁶³³ *Ibid.*, pt. 49.

³⁶³⁴ *Ibid.*

³⁶³⁵ CJUE, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08 précité, pt. 26.

³⁶³⁶ Pour exemple, voir CJUE, *T.H.C. (Placement en rétention - Délai de recours)*, aff. C-755/19 précité : « le fait que les recours contre les décisions d'irrecevabilité d'une demande ultérieure de protection internationale sont soumis à un délai plus court est conforme à l'objectif de célérité dans le traitement des demandes de protection internationale, répondant à l'intérêt à la fois des États membres et des demandeurs d'une telle protection » (pt. 36).

³⁶³⁷ CJCE, *Recheio - Cash & Carry*, aff. C-30/02 précité : « S'agissant de l'argument de *Recheio* selon lequel le délai en cause n'est pas justifié, dans la mesure où l'administration fiscale dispose de délais plus importants pour prendre une décision d'imposer le contribuable ainsi que pour rectifier d'office des actes d'imposition, il suffit de constater que cette circonstance n'implique pas que le délai de 90 jours en cause au principal soit insuffisant au regard du principe d'effectivité. Les délais dont dispose l'administration fiscale pour exercer ses compétences fiscales **répondent** par ailleurs normalement **à d'autres objectifs** que le délai pour introduire un recours en annulation » (pt. 24 – nous soulignons).

réunies »³⁶³⁸. À l'inverse, dans un arrêt *Metallgesellschaft*, la Cour considère que « *l'exercice des droits que les dispositions directement applicables du droit communautaire confèrent aux particuliers serait rendu impossible ou excessivement difficile si leurs demandes en restitution ou leurs demandes en réparation fondées sur la violation du droit communautaire devaient être rejetées ou réduites au seul motif que les particuliers n'avaient pas demandé à bénéficier de l'avantage fiscal* [dans certaines conditions] »³⁶³⁹. Les motifs invocables sont nombreux – nous y reviendrons. La Cour de justice se montre assez tolérante à leur égard. Dans son arrêt *Pontin*, elle étudie notamment un délai national « *en rapport avec, notamment, l'importance pour les intéressés des décisions à prendre, la complexité des procédures et de la législation à appliquer, le nombre de personnes susceptibles d'être concernées et les autres intérêts publics ou privés qui [méritent d']être pris en considération* »³⁶⁴⁰. La mise en balance concrète varie selon l'appréciation de la Cour de justice en fonction des circonstances propres à chaque affaire. Il est en conséquence difficile de dessiner une tendance à ce sujet, qui présenterait la Cour de justice comme globalement sévère ou assez souple dans cette pondération.

885. Cette méthode du principe d'effectivité n'est donc en rien originale. Elle fait appel à un raisonnement classique pour la Cour de justice : identifier si le droit national en cause constitue un obstacle à l'application du droit de l'Union ; puis, si tel est le cas, si des motifs légitimes rendent acceptable un tel obstacle. Appliquer le principe d'effectivité ne soulève aucun problème spécifique de ce point de vue, à la différence du principe d'équivalence. L'écart entre la méthode du principe d'effectivité, qui apparaît aisée et commune, et celle du principe d'équivalence, qui se montre obscure et trop originale, se creuse d'autant plus à la lecture de certains arrêts de la Cour de justice. Nous l'avons vu, le principe d'équivalence n'accepte aucune "justification" à une différence de traitement défavorable à la situation européenne. En revanche, il prend en compte des éléments susceptibles de "compenser" certains désavantages propres au traitement de la situation européenne. La frontière entre "justifier" et "compenser" est subtile en elle-même ; elle le devient encore plus dans la jurisprudence de la Cour de justice. Les mêmes éléments permettent, au titre du principe d'équivalence, de compenser certains désavantages et, dans le même temps, au titre du principe d'effectivité, servent de justification.

³⁶³⁸ CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, *Rec.* p. I-8115, pt. 99.

³⁶³⁹ CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité, pt. 106.

³⁶⁴⁰ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 48.

886. Par exemple³⁶⁴¹, dans son arrêt *Sziber*, la Cour étudie successivement les principes d'équivalence et d'effectivité pour conclure qu'ils sont l'un et l'autre respectés. Pour le premier, elle note que les contraintes imposées aux justiciables s'expliquent en ce que « le législateur national (...) a entendu raccourcir et simplifier la procédure à suivre devant les juridictions nationales »³⁶⁴². Elle en déduit que « les exigences procédurales en cause au principal, eu égard à la place de celles-ci dans le système mis en place par le législateur hongrois visant à régler dans un délai raisonnable de très nombreux litiges [de cette nature] **ne sauraient, en principe, être qualifiées de moins favorables** que celles relatives aux recours similaires qui ne concernent pas des droits découlant du droit de l'Union »³⁶⁴³. Cette procédure rapide permet donc de “compenser” les contraintes qui pèsent sur le contribuable, en comparaison d'autres procédures internes similaires plus longues. Puis, pour le principe d'effectivité³⁶⁴⁴, la Cour de justice note notamment que « les règles procédurales en cause au principal demandent un effort supplémentaire au consommateur, il n'en reste pas moins que ces règles, en ce qu'elles entendent désencombrer le système judiciaire, répondent, en raison du volume du contentieux en cause, à une situation exceptionnelle et poursuivent un intérêt général de bonne administration de la justice »³⁶⁴⁵. Partant, elle en déduit que, « eu égard à [cet] objectif visant à désencombrer le système judiciaire »³⁶⁴⁶, les contraintes imposées au justiciable ne sont pas « si complexes et [ne] comportent [pas] des exigences si lourdes que ces règles affecteraient de manière disproportionnée [le principe d'effectivité] »³⁶⁴⁷. Cet exemple illustre le fait que le même élément sert à la fois et de manière différente pour l'application du principe d'équivalence et pour celle du principe d'effectivité. Or, pour ce dernier, il s'inscrit dans un raisonnement très classique : c'est un motif qui justifie une contrainte au nom de l'intérêt général de bonne administration de la justice. Pour le principe d'équivalence, il s'insère dans un

³⁶⁴¹ Pour une autre illustration, voir CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88. La question portait sur une compétence accordée à une juridiction départementale, au lieu d'une juridiction locale, la compétence exclusive pour étudier, dans certains cas, le caractère abusif de clause en droit de la concurrence. Nous l'avons vu (cf. *supra*, pt. 639), la Cour de justice considère le principe d'équivalence respecté en l'espèce. Certes, cette compétence départementale occasionne des désavantages, notamment à propos des frais de justice des requérants (pt. 47). La Cour estime que ceci reste compensé par d'autres avantages, comme la spécialisation de la juridiction départementale pour statuer plus efficacement sur ces questions (pt. 46). Pour l'étude du principe d'effectivité, on constate que ces mêmes éléments sont repris. Cette compétence départementale ne rend pas excessivement difficile ou pratiquement impossible de tels recours en droit de la concurrence pour plusieurs raisons : la rareté des affaires relevant exclusivement du juge départemental (pt. 53), l'aide juridictionnelle compensant les frais de justice plus élevés (pt. 54-55) et enfin l'expertise du juge départemental sur ces recours (pt. 58). Si l'on omet donc le premier argument, ce sont les mêmes éléments qui sont mobilisés par la Cour de justice pour l'étude du principe d'équivalence et d'effectivité, mais sans être utilisés de la même manière.

³⁶⁴² CJUE, *Sziber*, aff. C-483/16 précité, pt. 45.

³⁶⁴³ *Ibid.*, pt. 48 – nous soulignons.

³⁶⁴⁴ La Cour de justice applique, en réalité, le principe de protection juridictionnelle effective (pt. 49). Nous ne nous y arrêtons pas compte tenu de l'impossibilité à dissocier le principe d'effectivité avec la protection juridictionnelle effective (cf. *supra*, pt. 867 et suivants).

³⁶⁴⁵ *Ibid.*, pt. 51.

³⁶⁴⁶ *Ibid.*, pt. 52.

³⁶⁴⁷ *Ibid.*

raisonnement différent et crée même de la confusion. Spontanément, prendre en considération un tel élément se présente plus comme une justification que comme une compensation. Ceci nous semble révélateur de la facilité, la commodité avec laquelle le principe d'effectivité est mis en œuvre en comparaison du principe d'équivalence.

2. Un examen faisant intervenir des standards et principes juridiques familiers

887. Le contrôle du principe d'effectivité nécessite en toute logique d'apprécier "l'effectivité" du traitement national en cause. La Cour de justice indique qu'un tel traitement est effectif s'il ne rend pas excessivement difficile ou pratiquement impossible la mise en œuvre du droit de l'Union. Le problème se décale alors sur cette appréciation de la "difficulté excessive" ou de "l'impossibilité pratique" de l'application de la règle européenne, ces deux concepts étant indéterminés. Dans la même veine, comme nous l'avons vu, certains motifs peuvent être invoqués par l'État membre pour justifier des obstacles qui rendent l'application du droit de l'Union plus "difficile" ou ponctuellement "impossible". Les illustrations précédentes montrent à elles seules que la Cour de justice se montre très souple sur la nature de ces motifs. Des objectifs d'intérêt général sont évidemment acceptés³⁶⁴⁸, sans qu'ils soient d'ailleurs explicitement qualifiés ainsi. D'autres plus prosaïques sont également retenus, comme la complexité de certaines procédures³⁶⁴⁹, la nécessité de faciliter l'obtention d'informations par l'administration fiscale³⁶⁵⁰ ou « l'existence d'une charge administrative disproportionnée »³⁶⁵¹. Dans ce contexte, il n'est pas rare que la Cour de justice fasse appel à des standards ou des principes connus. Dès ses arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel*, elle précise que le principe d'effectivité s'apprécie « [en tenant compte], s'il échet, [des] principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure »³⁶⁵². Le "bon déroulement de la procédure" est peut-être le concept le plus indéterminé, à la différence des deux autres qui sont les droits de la défense et la sécurité juridique. On devine, avec le recul, que ce "bon déroulement de la procédure" renvoie à certains motifs précédemment évoqués, comme la bonne administration de la justice ou la complexité des affaires traitées³⁶⁵³. Pour ce qui est des

³⁶⁴⁸ Pour exemple, CJUE, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13 précité, pt. 51.

³⁶⁴⁹ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité, pt. 48.

³⁶⁵⁰ CJUE, *Acor*, aff. C-310/09 précité, pt. 99.

³⁶⁵¹ CJUE, *Flausch e.a.*, aff. C-280/18 précité, pt. 39.

³⁶⁵² CJCE, *Peterbroeck* et *Van Schijndel*, aff. C-312/93 et aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précités, pt. 14 et pt. 19.

³⁶⁵³ Voir CJUE, T.H.C. (*Placement en rétention - Délai de recours*), aff. C-755/19 précité, pt. 37.

droits de la défense, la Cour de justice l'apprécie généralement pour déterminer si le traitement national constitue un obstacle à la pleine application du droit de l'Union³⁶⁵⁴.

888. Le principe de sécurité juridique occupe une place manifestement plus importante. Il est même fréquent de constater que, dans de nombreux arrêts de la Cour de justice³⁶⁵⁵, contrôler le principe d'effectivité conduit à l'application du principe de sécurité juridique. Un tel principe étant largement commun et connu pour l'ensemble des ordres juridiques de l'Union européenne, cette circonstance contribue à faciliter la mise en œuvre du principe d'effectivité. Certes, la sécurité juridique n'est parfois que mentionnée, sans vraiment être au cœur du raisonnement de la Cour de la justice. C'est le cas lorsqu'elle rappelle que « *la compatibilité avec le droit communautaire de la fixation de délais raisonnables de recours à peine de forclusion dans l'intérêt de la sécurité juridique (...) protège à la fois le contribuable et l'administration [et que] de tels délais ne sauraient être considérés comme étant de nature à rendre pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire, même si, par définition, l'écoulement de ces délais entraîne le rejet, total ou partiel, de l'action intentée* »³⁶⁵⁶. De même, la sécurité juridique est identifiée comme un motif expliquant les éventuelles contraintes imposées par le traitement national. L'arrêt *Byankov* est une illustration parmi d'autres³⁶⁵⁷. La Cour de justice devait déterminer si les modalités procédurales encadrant l'autorité de chose décidée étaient compatibles avec le principe d'effectivité. Rappelant sa jurisprudence à ce sujet³⁶⁵⁸, elle rappelle qu'il lui revient de « [tenir] compte des particularités des situations et des intérêts en cause

³⁶⁵⁴ Pour exemple, CJUE, 9 septembre 2020, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681 : « une réglementation nationale telle que celle en cause au principal offre aux demandeurs qui ne sont pas en mesure d'indiquer aux autorités compétentes une adresse postale sûre la possibilité de remédier à cet inconvénient majeur, puisque ceux-ci bénéficient d'un mécanisme légal permettant que les décisions, les convocations et les autres demandes de renseignement les concernant soient mises à leur disposition en un lieu sûr, qu'ils ont, en principe, déjà fréquenté. Dans cette perspective, une telle réglementation facilite l'exercice du droit au recours effectif de ces demandeurs et contribue au respect de leurs droits de la défense. » (pt. 45).

³⁶⁵⁵ La tendance se dessine très nettement à l'issue des arrêts *Peterbroeck* et *Van Schijndel* précités.

³⁶⁵⁶ Pour exemple, CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 48 ; CJCE, 9 février 1999, *Dilexport*, aff. C-343/96, Rec. p. I-579, pt. 26 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, Rec. p. I-9579, pt. 41.

³⁶⁵⁷ Pour d'autres exemples, voir CJUE, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08 précité : « il doit être conclu que des obstacles d'une telle envergure à l'application effective des règles communautaires en matière de TVA ne peuvent pas être raisonnablement justifiés par le principe de sécurité juridique et doivent donc être considérés comme contraires au principe d'effectivité » (pt. 31) ; CJUE, 8 septembre 2011, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10, Rec. p. I-7819 : « les délais de prescription remplissent, de façon générale, la fonction d'assurer la sécurité juridique, qui protège à la fois le contribuable et l'administration concernés (...). La Cour a également jugé que le principe d'effectivité n'est pas méconnu dans le cas d'un délai national de prescription prétendument plus avantageux pour l'administration fiscale que le délai de prescription en vigueur pour les particuliers » (pt. 42) ; CJUE, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14 précité : « qu'une règle nationale qui empêche le juge national de tirer toutes les conséquences de la violation de l'article 108, paragraphe 3, troisième phrase, TFUE en raison d'une décision juridictionnelle nationale revêtue de l'autorité de la chose jugée, qui est rendue à propos d'un litige n'ayant pas le même objet et n'ayant pas porté sur le caractère d'aide d'État des contrats en cause, doit être regardée comme incompatible avec le principe d'effectivité. En effet, un obstacle d'une telle envergure à l'application effective du droit de l'Union et, notamment, des règles en matière de contrôle des aides d'État ne peut pas être raisonnablement justifié par le principe de sécurité juridique » (pt. 45) ; CJUE, *CRPNPAC*, aff. jt. C-370/17 et C-371/18 précité, pt. 96 ; CJUE, *X (Véhicules-citernes GPL)*, aff. C-120/19 précité, pt. 73-76.

³⁶⁵⁸ CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, Rec. p. I-837, pt. 24 ; CJCE, 12 janvier 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, Rec. p. I-411, pt. 37.

en vue de trouver un équilibre entre l'exigence de la sécurité juridique et celle de la légalité au regard du droit de l'Union »³⁶⁵⁹, et notamment si la « réglementation nationale [en cause] peut être justifiée en vue de la sauvegarde du principe de sécurité juridique »³⁶⁶⁰. Elle considère en l'occurrence que cette réglementation « qui ne prévoit pas de réexamen périodique, perpétue pour une durée illimitée [une violation du droit de l'Union] »³⁶⁶¹, entendu que « le principe de sécurité juridique n'exige pas impérativement qu'un acte imposant une telle interdiction continue de produire des effets juridiques pour une durée illimitée »³⁶⁶². La Cour de justice en conclut que la réglementation nationale « ne peut pas être raisonnablement justifiée par le principe de sécurité juridique et doit donc être considérée, dans cette mesure, comme contraire au principe d'effectivité »³⁶⁶³.

889. Enfin, à certaines occasions, le respect du principe d'effectivité se résout totalement dans le contrôle du principe de sécurité juridique. La translation est tellement manifeste que, à vrai dire, il est parfois délicat de savoir si la sécurité juridique est appliquée au titre du principe d'effectivité ou de manière autonome³⁶⁶⁴. Quoi qu'il en soit, le contrôle opéré par la Cour de justice va bien au-delà d'une simple prise en considération. Dans son arrêt *Marks & Spencer*, par exemple³⁶⁶⁵, elle indique « si le principe d'effectivité ne s'oppose pas à ce qu'une législation nationale réduise [un] délai [applicable à un recours fondé sur le droit de l'Union], c'est à la condition non seulement que le nouveau délai fixé présente un caractère raisonnable, mais également que cette nouvelle législation comporte un régime transitoire permettant aux justiciables de disposer d'un délai suffisant, après l'adoption de celle-ci, pour pouvoir introduire [des recours] qu'ils étaient en droit de présenter sous l'empire de l'ancienne législation. Un tel régime transitoire est nécessaire dès lors que l'application immédiate à ces demandes d'un délai de prescription plus court que celui précédemment en vigueur aurait pour effet de priver rétroactivement de leur droit à remboursement certains justiciables ou de ne leur laisser qu'un délai trop bref pour faire valoir ce droit »³⁶⁶⁶. Le respect du principe d'effectivité est donc ici conditionné au respect du principe de sécurité juridique, avec toutes les exigences

³⁶⁵⁹ CJUE, *Byankov*, aff. C-249/11 précité, pt. 77.

³⁶⁶⁰ *Ibid.*, pt. 78.

³⁶⁶¹ *Ibid.* pt. 79.

³⁶⁶² *Ibid.* pt. 80.

³⁶⁶³ *Ibid.*, pt. 81.

³⁶⁶⁴ Voir CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 24 et suivants ; CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18 précité, dispositif 2.

³⁶⁶⁵ Voir également CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec. p. I-2119* : « pour remplir sa fonction de garantie de la sécurité juridique, un délai de prescription doit être fixé à l'avance. Or, une situation caractérisée par une incertitude juridique importante peut constituer une violation du principe d'effectivité, puisque la réparation des dommages causés aux particuliers par des violations du droit communautaire imputables à un État membre pourrait être rendue en pratique excessivement difficile si ceux-ci ne pouvaient déterminer le délai de prescription applicable avec un degré de certitude raisonnable » (pt. 33). Cette position se retrouve dans CJCE, *Grundig Italiana*, aff. C-255/00 précité, pt. 38 et suivants ; CJUE, *Compass Contract Services*, aff. C-38/16 précité, pt. 43.

³⁶⁶⁶ CJCE, 11 juillet 2002, *Marks & Spencer*, aff. C-62/00, *Rec. p. I-6325*, pt. 38.

spécifiques que cela implique. La confiance légitime, en tant que corollaire de la sécurité juridique³⁶⁶⁷, fait l'objet du même traitement³⁶⁶⁸.

890. L'application du principe d'effectivité ne s'arrête pas à l'utilisation de principes juridiques. Des standards sont également employés. Le plus connu d'entre eux est celui du "raisonnable"³⁶⁶⁹, au point que certains auteurs envisagent d'étudier le principe d'effectivité uniquement à travers lui³⁶⁷⁰. Il est vrai que ce standard irrigue globalement l'ensemble de motivation de la Cour de justice sur le principe d'effectivité. Il apparaît pour l'étude de délais contentieux ou procéduraux. De tels délais seront conformes au principe d'effectivité s'ils sont jugés « raisonnables »³⁶⁷¹. L'importance de ce standard varie là encore selon les affaires³⁶⁷². Nous trouvons certains arrêts³⁶⁷³ dans lesquels la Cour de justice indique de manière explicite qu'il « convient dès lors de vérifier le caractère raisonnable d'un délai »³⁶⁷⁴ pour statuer sur le principe d'effectivité³⁶⁷⁵. Ce standard du "raisonnable" se retrouve dans d'autres situations, de manière plus ou moins précise. La Cour affirme par exemple qu'une action en réparation « doit pouvoir, en vertu du principe d'effectivité, être exercée dans des conditions raisonnables »³⁶⁷⁶. Le standard se manifeste, comme nous l'avons vu, pour l'application de la sécurité juridique. Enfin, il est fréquent qu'un standard différent mais équivalent soit présent. On pense notamment à la "vigilance" ou la "diligence" attendue des particuliers dans leur comportement – standard là encore largement commun à tous les systèmes nationaux³⁶⁷⁷. Le principe d'effectivité n'est pas méconnu dans une affaire pour laquelle il est avéré que le justiciable qui souhaite se voir appliquer le droit de l'Union a manqué de diligence ou de vigilance. Sa présence se constate notamment vis-à-vis d'un traitement national accordé aux actions en indemnisation. La Cour de justice précise qu'« [il] serait (...) contraire au principe d'effectivité d'imposer aux personnes lésées d'avoir systématiquement recours à toutes les voies de droit à leur

³⁶⁶⁷ Voir également CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 50.

³⁶⁶⁸ CJCE, *Marks & Spencer*, aff. C-62/00 précité, pt. 46.

³⁶⁶⁹ D'autres standards, plus ou moins familiers, peuvent également être cités, comme la "proportionnalité" de frais de justice (CJUE, *Orizzone Salute*, aff. C-61/14 précité, pt. 55 et suivants) ; la "passivité" du juge pour traiter d'un litige (CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 22).

³⁶⁷⁰ Voir F. G. Jacobs, « Remedies in national courts for the enforcement of Community rights », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 969-983, spéc. p. 970 ; S. Prechal, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* » précité, pp. 691 et suivantes ; L. FLYNN « When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact ? », *ERA Forum*, 2008, n°2, pp. 245-258, spéc. pp. 249-250.

³⁶⁷¹ CJCE, 15 septembre 1998, *Edis*, aff. C-231/96, *Rec.* p. I-4951, pt. 31.

³⁶⁷² Sur une application plus expéditive, voir CJCE, 17 juillet 1997, *Haahr Petroleum*, aff. C-90/94, *Rec.* p. I-4085, pt. 49 ; CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, *Rec.* p. I-3189, pt. 28-29 ; CJUE, 16 janvier 2014, *Pohl*, aff. C-429/12, ECLI:EU:C:2014:12, pt. 34.

³⁶⁷³ CJUE, *Călin*, aff. C-676/17 précité, pt. 45-47 ; CJUE, *Valoris*, aff. C-677/19 précité, pt. 26-27.

³⁶⁷⁴ CJUE, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08 précité, pt. 42.

³⁶⁷⁵ *Ibid.*, pt. 46.

³⁶⁷⁶ CJUE, *Stadt Wiener Neustadt*, aff. C-348/15 précité, pt. 47.

disposition quand bien même cela engendrerait des difficultés excessives ou ne pourrait être raisonnablement exigé d'eux »³⁶⁷⁸. Un traitement national qui imposerait aux particuliers une diligence au-delà du raisonnable pour se voir appliquer le droit de l'Union ne serait donc pas compatible avec le principe d'effectivité³⁶⁷⁹.

891. Une fois encore, cette méthode faisant intervenir des principes juridiques et des standards connus nuit par ricochet au principe d'équivalence. Quand bien même l'application du principe d'effectivité s'avère incertaine, elle renvoie immédiatement à des concepts familiers. Les arrêts de la Cour de justice ont cela de rassurant que le contrôle s'inscrit dans un cadre familial : appliquer le principe d'effectivité ne requiert rien de plus que d'appliquer des concepts que les acteurs juridiques, et notamment les juges nationaux, connaissent déjà. Difficile de faire un tel constat pour le principe d'équivalence tant, rappelons-le, sa méthode est originale. Les standards employés, comme ceux de "similitude" ou de "équivalence", restent trop indéterminés, trop spécifiques ou trop propres au principe d'équivalence lui-même. À ce sujet, établir des parallèles avec d'autres principes juridiques connus, dont les principes d'égalité et de non-discrimination, se révèle très risqué et peu judicieux comme cela a été démontré³⁶⁸⁰. Dans ce contexte où appliquer le principe d'effectivité apparaît bien moins ardu que le principe d'équivalence, le premier concurrence incidemment le second. Une fois encore, l'effectivité se présente comme un principe qui encadre de manière plus opérationnelle l'autonomie des États membres.

B. Un partage efficace des rôles entre Cour de justice et juge national

892. La mise en œuvre pratique du principe d'effectivité semble rencontrer les mêmes obstacles que le principe d'équivalence pour ce qui est de la répartition des compétences entre le juge national et la Cour de justice. Pour mémoire, appliqué au principe d'équivalence, ce partage des rôles aboutit à une forme de paralysie du contrôle, de sorte qu'aucun juge n'est pleinement compétent pour y procéder. La Cour de justice dépend des informations fournies par le juge national tant sur le traitement national en cause que sur les référentiels internes pertinents. Le juge national, lui, est tributaire d'une

³⁶⁷⁷ Voir not. CJCE, 19 mai 1992, *Mulder e.a.*, aff. jt. C- 104/89 et C- 37/90, *Rec.* p. I-3061, pt. 33.

³⁶⁷⁸ CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 62.

³⁶⁷⁹ Voir également CJUE, 25 novembre 2010, *Fuß*, aff. C-429/09, *Rec.* p. I-12167, pt. 77 ; CJUE, *Kantarev*, aff. C-571/16 précité, pt. 142 ; CJUE, *Balgarska Narodna Banka*, aff. C-501/18 précité, pt. 120.

³⁶⁸⁰ Cf. *supra*, pt. 57 et suivants.

jurisprudence claire et accessible pour identifier de lui-même quels éléments apporter à la Cour de justice. Plus globalement, la juridiction nationale doit “vérifier” si le principe d'équivalence est respecté ou non à la lumière des considérations livrées par la Cour de justice. À première vue, cette répartition des compétences se retrouve également pour la mise en œuvre du principe d'effectivité. La Cour de justice rappelle à plusieurs occasions qu'il revient au juge national de « *vérifier* »³⁶⁸¹ que le traitement national en cause ne viole pas le principe d'effectivité. En effet, elle s'estime incompétente pour contrôler ou même délimiter le traitement national, puisqu'il est constitué exclusivement d'éléments de droit interne. Son rôle est simplement « [d']*apporter des précisions visant à guider la juridiction nationale dans son appréciation* »³⁶⁸². Dans ce contexte, la mise en œuvre du principe d'effectivité pourrait, comme c'est le cas pour le principe d'équivalence, être compromise. Plusieurs auteurs estiment même que le principe d'effectivité s'avère, dans ce contexte, plus complexe à appliquer que le principe d'équivalence³⁶⁸³.

893. Ces premiers éléments sont en réalité assez trompeurs. Si la Cour de justice retient une répartition des rôles entre elle et le juge national assez proche de celle qui vaut pour le principe d'équivalence, il est difficile de s'y fier³⁶⁸⁴. En effet, au-delà de ces affirmations, la Cour de justice joue un rôle prédominant, ce qui la conduit à être pleinement en mesure d'apprécier si le principe d'effectivité est ou non respecté. Cette appréciation reste évidemment prudente, voire nuancée, mais elle revient bel et bien en propre à la Cour de justice (1.). Le juge national, quant à lui, joue un rôle beaucoup plus modeste en comparaison du principe d'équivalence. Plus encore, l'application du principe d'effectivité s'effectue dans de meilleures conditions grâce à la jurisprudence de la Cour de justice qui, en général, lui apporte des indications utiles pour y parvenir (2.).

1. Une appréciation prudente mais pleinement opérée par la Cour de justice

894. À la différence du principe d'équivalence, il n'existe aucun obstacle insurmontable pour que la Cour de justice apprécie pleinement si le principe d'effectivité est ou non respecté. Si l'on exclut les affaires dans lesquelles elle se prononce dans le

³⁶⁸¹ Pour exemple, CJCE, *Donnias*, aff. C-228/98 précité, pt. 60 et pt. 71 ; CJCE, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99 précité, pt. 35.

³⁶⁸² Pour exemple, CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166, pt. 45.

³⁶⁸³ G. C. RODRIGUEZ et J.-P. KEPPELLE, « L'incidence du droit communautaire sur le droit national », in *Mélanges en hommage à Michel Waëlbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 542-544, spéc. p. 532 ; M. ROCCATI, *op. cit.*, p. 120.

³⁶⁸⁴ Voir E. NEFRAMI, « Le rôle du juge national dans le renvoi préjudiciel : une marge d'appréciation ? », in *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national* précité, pp. 21-36, spéc. pp. 31-32.

cadre d'un recours en manquement³⁶⁸⁵, c'est sur renvoi préjudiciel du juge national qu'elle est amenée à faire ce contrôle. Dès lors, comme nous l'avons vu pour le principe d'équivalence³⁶⁸⁶, la Cour de justice est invitée à interpréter et préciser l'exigence du principe d'effectivité afin que, dans un second temps, le juge national en fasse l'application. En théorie³⁶⁸⁷, la Cour de justice n'a pas à statuer sur le principe d'effectivité, en contrôlant elle-même le traitement national. Il demeure que, dans la pratique, les interprétations fournies par la Cour de justice sur le principe d'effectivité sont si développées et précises qu'elles s'apparentent à de véritables appréciations. La jurisprudence sur le principe d'effectivité apparaît alors aux antipodes de celle sur le principe d'équivalence. Pour ce dernier, l'écrasante majorité d'arrêts de la Cour de justice livre des développements laconiques et expéditifs, offrant une réponse très évasive pour le juge national. À l'inverse, pour le principe d'effectivité, ce type d'arrêts est particulièrement rare, voire introuvable. La réponse de la Cour de justice peut parfois être très brève mais sans être évasive pour autant³⁶⁸⁸. Elle est sans équivoque quant à savoir si, selon elle, le principe d'effectivité est ou non respecté en l'espèce.

895. Ce constat s'explique aisément³⁶⁸⁹. Contrairement au principe d'équivalence, la Cour de justice ne dépend presque pas du juge national et d'éléments de droit interne qu'il lui fournit. Ce dernier doit simplement identifier et délimiter le traitement national qui est en cause. Ces données suffisent ensuite pour que la Cour de justice puisse d'elle-même faire son contrôle³⁶⁹⁰. La recherche d'un référentiel national, tâche pour laquelle elle est totalement incompétente, n'a lieu d'être. Il lui revient simplement de décider si le traitement national satisfait *per se* au seuil d'effectivité qu'elle juge suffisant. Rien n'empêche la Cour de justice de livrer une pleine appréciation, sauf

³⁶⁸⁵ Voir not. CJCE, 24 mars 1988, *Commission c. Italie*, aff. 104/86, *Rec.* p. 1799 ; CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c. France*, aff. C-232/05, *Rec.* p. I-10071 ; CJUE, 4 octobre 2018, *Commission c. France (Précompte mobilier)*, aff. C-416/17, ECLI:EU:C:2018:811.

³⁶⁸⁶ Cf. *supra*, pt. 728 et suivants.

³⁶⁸⁷ Pour une conclusion assez péremptoire, voir CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité, pt. 49.

³⁶⁸⁸ CJCE, *Edis*, aff. C-231/96 précité, pt. 24 ; CJCE, 17 novembre 1998, *Aprile*, aff. C-228/96, *Rec.* p. I-7141, pt. 18 ; CJUE, *Q-Beef et Bosschaert*, aff. jt. C-89/10 et C-96/10 précité, pt. 36-37 ; CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745, pt. 41-42. Des contre-exemples existent dans lesquels le raisonnement est plus expéditif : CJCE, *Recheio - Cash & Carry*, aff. C-30/02 précité, 24 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec.* p. I-7003, pt. 37-41.

³⁶⁸⁹ Voir not. N. POLTORAK, *op. cit.* : « *in practice it is irrelevant which requirement is analyzed first. Nevertheless, the Court often starts by examining whether the requirement of effectiveness has been fulfilled. This may result from the fact that, firstly, the CJEU does not have sufficient expertise for determination whether a claim derived from Union law may regarded as similar to comparable domestic claim, all the less to select a comparable from legal system of Member States (...). Secondly, the analyses whether given procedural measures fulfill the requirement of effectiveness is done by the CJEU itself (...). The analysis entails the necessary interpretation of the Union standard of legal protection, and, as is commonly known, it is the CJEU that has the exclusive competence to do this* » (p. 87 – nous soulignons).

³⁶⁹⁰ Cette appréciation « *est entièrement et directement maîtrisée par la Cour* » selon F. CAULET (« Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne » précité, p. 594-39) ou se fait *in concreto*.

sa propre prudence. En effet, aussi franches et claires soient-elle, les appréciations de la Cour de justice restent souvent mesurées ou conditionnées. La violation ou le respect du principe d'effectivité se fonde sur le traitement national tel que présenté par le juge national. La solution adoptée par la Cour de justice ne vaut que si ledit traitement correspond bel et bien à cette présentation³⁶⁹¹. C'est dans cette perspective qu'elle renvoie parfois au juge national le soin de vérifier ou éprouver certaines considérations. Elle affirme par exemple que « *le dossier [qui lui est] soumis (...) ne permet pas de constater, sous réserve de vérifications à effectuer par la juridiction de renvoi, que la [procédure en cause présente certains défauts]* »³⁶⁹² de sorte que le principe d'effectivité serait violé. À nos yeux, ce renvoi au juge national n'a pas la même portée pour le principe d'effectivité vis-à-vis du principe d'équivalence. Pour le premier, il s'agit plus d'une prudence de la Cour de justice³⁶⁹³ qui veut rappeler que seul le juge national – et non elle – est compétent pour appliquer le principe. De même, ce renvoi n'est que rarement³⁶⁹⁴ imprécis : la Cour pointe nettement les éléments qui devront être vérifiés ou recherchés par le juge national³⁶⁹⁵. Il s'agit pour elle de permettre au juge national de reprendre et de prolonger son raisonnement sur le principe d'effectivité³⁶⁹⁶. Le principe d'équivalence s'éloigne de cette jurisprudence. Le renvoi au juge national est une forme d'aveu d'incompétence de la Cour de justice. Plus encore, les arrêts rendus par la Cour ne désignent que trop rarement les éléments précis³⁶⁹⁷ que le juge national devra vérifier³⁶⁹⁸.

³⁶⁹¹ Pour exemple, CJUE, *Alassini e.a.*, aff. jt. C-317/08, C-318/08, C-319/08 et C-320/08 précité : « *il convient de considérer que la réglementation nationale en cause au principal respecte le principe d'effectivité pour autant que la voie électronique ne constitue pas l'unique moyen d'accès à la procédure de conciliation et que des mesures provisoires sont possibles dans les cas exceptionnels où l'urgence de la situation l'impose* » (pt. 60).

³⁶⁹² CJUE, *Baczó et Vizsnyiczai*, aff. C-567/13 précité, pt. 57.

³⁶⁹³ En ce sens, CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08, pt. 67.

³⁶⁹⁴ En ce sens, CJCE, 7 septembre 2006, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04, Rec. p. I-7213 : « *Cependant, il incombe à la juridiction de renvoi d'apprécier dans quelle mesure les conditions d'application ainsi que la mise en œuvre effective de l'article 36, paragraphe 2, première phrase, du décret législatif n° 165/2001 en font une mesure adéquate pour prévenir et, le cas échéant, sanctionner l'utilisation abusive par l'administration publique de contrats ou de relations de travail à durée déterminée successifs* » (pt. 55) ; CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 28-30.

³⁶⁹⁵ Voir CJUE, *T.H.C. (Placement en rétention - Délai de recours)*, aff. C-755/19 précité, pt. 44.

³⁶⁹⁶ Pour exemple, CJUE, *Kantarev*, aff. C-571/16 précité : pour juger du respect du principe d'effectivité, « *il convient de déterminer si la législation nationale subordonne l'exercice de l'action en réparation au paiement de la taxe et s'il existe des possibilités de dispense* » (pt. 134) et « *de tenir compte de l'importance de la taxe et du caractère insurmontable ou non de l'obstacle qu'elle constitue éventuellement pour l'accès à la justice* » (pt. 135), ce qu'il reviendra au juge national de faire (pt. 146). Voir également CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité : « *Il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier si ces éléments, portant sur les sanctions pouvant être prononcées contre les administrations publiques et leurs dirigeants, en cas de recours abusif aux contrats à durée déterminée, revêtent un caractère effectif et dissuasif pour garantir la pleine efficacité des normes adoptées en application de l'accord-cadre* » (pt. 53) ; CJUE, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19 précité, pt. 62-64.

³⁶⁹⁷ Voir notamment CJCE, 10 avril 2003, *Steffensen*, aff. C-276/01, Rec. p. I-3735 : « *il y a lieu de constater qu'aucun élément du dossier soumis à la Cour ne permet de douter de la compatibilité de ces dispositions de droit allemand avec le principe d'équivalence. Il incombe toutefois à la juridiction de renvoi de vérifier ce point au vu de tous les éléments de fait et de droit à sa disposition, afin d'assurer le respect de ce principe* » (pt. 65) ; CJUE, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17 précité : « *il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier le respect du principe d'équivalence en tenant compte des éléments visés aux points 40 à 45 du présent arrêt* » (pt. 46). Les points visés ne font, en réalité, que faire des rappels très

2. *Un rôle plus secondaire mais confortable du juge national*

896. Au regard du rôle de la Cour de justice, celui du juge national apparaît secondaire. En effet, l'appréciation de l'effectivité du traitement national est pleinement maîtrisée par la Cour de justice. Le juge national n'a pas vocation *a priori* à s'en écarter sans raison. À la différence du principe d'équivalence, le juge national ne bénéficie *in fine* que d'une marge d'appréciation très limitée. En général, il lui revient de réceptionner telle quelle la solution retenue par la Cour de justice, qu'il aura au préalable saisie d'un renvoi préjudiciel. Tout au plus, notamment en matière de sanction nationale³⁶⁹⁹, la Cour de justice lui renvoie le soin de vérifier le caractère « *effectif et dissuasif* » de certaines mesures à la lumière de certaines considérations³⁷⁰⁰. La place du juge national devient plus importante et délicate quant aux conséquences à tirer d'un traitement national qui méconnaît le principe d'effectivité. Pour ce qui est du contrôle en tant que tel, celui-ci reste bien monopolisé par la Cour de justice.

897. Ce caractère assez secondaire du rôle joué par le juge national ne constitue aucunement un obstacle pour l'application du principe d'effectivité. Au contraire, il place le juge national dans une position bien plus confortable qu'elle ne l'est pour le principe d'équivalence. En effet, pour appliquer le principe d'effectivité, il doit nécessairement se fonder sur la jurisprudence de la Cour de justice. Celle-ci lui permet de discerner sans mal l'appréciation qu'elle retient, en fonction des contextes, de l'effectivité attendue des traitements nationaux. Il lui revient alors simplement de vérifier si, par analogie, un doute apparaît pour le traitement en cause devant lui. Le travail attendu du juge national n'implique donc rien de plus qu'une réception et une compréhension des précédents jurisprudentiels de la Cour de justice. Le renvoi préjudiciel, dans la logique de la jurisprudence *CILFIT*³⁷⁰¹, ne sera nécessaire que si le respect ou la violation du principe d'effectivité ne « *s'impose [pas] avec une évidence telle qu'elle (...) laisse place à [un] doute*

généraux de la méthode d'application du principe d'équivalence, sans qu'aucun élément précis et pertinent pour le litige ne soit mis en évidence.

³⁶⁹⁸ À tout le moins, lorsque des éléments précis apparaissent, ils ne conditionnent pas fondamentalement le raisonnement de la Cour de justice. Par exemple, dans son arrêt *Sziber* (aff. C-483/16 précité), la Cour indique qu'une « *exigence qui, selon le gouvernement hongrois, ne serait qu'une expression spécifique de la règle générale applicable en droit civil procédural, selon laquelle une demande doit être précisée et quantifiée, ne semble pas être moins favorable que les règles applicables aux recours similaires fondés sur le droit national, ce qu'il revient cependant à la juridiction de renvoi de vérifier* » (pt. 47). Que faut-il donc comprendre de cette vérification ? Faut-il que le juge vérifie si, effectivement, l'exigence en cause est une expression spécifique de la règle générale de droit civil ? Quand bien même, à la lecture du reste de l'arrêt, on peine à voir en quoi ceci serait proprement déterminant. Ce *dictum* se comprend finalement comme une invitation pour que le juge national vérifie si cette exigence n'est pas moins favorable... sans être précisément aiguillé sur les éléments à prendre en compte pour y parvenir.

³⁶⁹⁹ Pour un exemple étranger aux sanctions, voir CJUE, *Flausch e.a.*, aff. C-280/18 précité, pt. 32-36.

³⁷⁰⁰ CJCE, *Marrosu et Sardino*, aff. C-53/04 précité, pt. 55-56 ; CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité, pt. 53.

raisonnable »³⁷⁰². Pour ce qui est du juge français, il est fréquent³⁷⁰³ que celui-ci s'appuie explicitement sur des précédents de la Cour de justice pour traiter du principe d'effectivité³⁷⁰⁴. À cet égard, les décisions en faisant application sont bien plus nombreuses et développées que celles portant sur le principe d'équivalence. Ce constat s'explique une nouvelle fois sans mal. Les difficultés pesant sur le juge national pour le principe d'équivalence sont nettement plus importantes. Assimiler la jurisprudence de la Cour de justice est un préalable nécessaire mais certainement pas suffisant. Le juge national doit d'abord assimiler et comprendre la méthode d'application du principe à partir de la jurisprudence européenne et, ensuite, la mettre en œuvre concrètement dans son cas d'espèce. Concrètement, il lui revient de comprendre la méthode du principe d'équivalence et de l'appliquer pour identifier un (potentiel) référentiel pertinent.

898. Ce contexte plutôt favorable à l'application du principe d'effectivité est permis par une jurisprudence européenne opportunément claire³⁷⁰⁵. Contrairement à celle relative au principe d'équivalence, les appréciations de la Cour de justice sont aisément accessibles – l'utilisation d'une méthode classique et de standards connus y contribue largement³⁷⁰⁶. En d'autres termes, spontanément, le juge national dispose d'orientations sur la démarche à suivre. De plus, la Cour de justice réussit à conserver cette clarté et cette accessibilité de sa jurisprudence³⁷⁰⁷. Le principe d'effectivité se contrôlant *in concreto*³⁷⁰⁸, elle s'emploie très régulièrement à confirmer ou infirmer des impressions de juges nationaux qui s'appuient sur des précédents jurisprudentiels. Faisant application de la technique du *distinguish*³⁷⁰⁹, la Cour de justice pointe les différences entre l'affaire en cause et le précédent invoqué par le juge national lorsqu'est en cause le principe

³⁷⁰¹ CJCE, 6 octobre 1982, *CILFIT*, aff. 283/81, *Rec.* p. 3415.

³⁷⁰² *Ibid.*, pt. 21. Voir plus récemment CJUE, *Commission c. France (Précompte mobilier)*, aff. C-416/17 précité. Sur cette affaire et dans cette perspective, voir L. NAVEL, *L'argument de continuité jurisprudentielle dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Univ. Montpellier, 2020, pp. 175-178.

³⁷⁰³ Lorsque ce n'est pas le cas, il s'avère que le principe d'effectivité est mal appréhendé par le juge – du moins, si la décision TC, 17 décembre 2010, *SCEA du Chêneau*, *Rec.* p. 698 est représentative.

³⁷⁰⁴ Pour exemple devant le juge administratif français : CE, 15 novembre 2019, *Société Eye Shelter*, req. n°420251, *Rec. T.* p. ; CAA, 3 décembre 2019, *Société Le Carbone Lorraine*, req. n°14VE 02212 ; CAA Versailles, 12 janvier 2021, *Société Investima 74*, req. n° 14VE02422.

³⁷⁰⁵ N. POLTORAK, *op. cit.* : « Obviously, the CJEU case law provides some guidance as to the rules governing such assessment, yet the burden of carrying it out in individual cases will rest on the national court » (p. 86).

³⁷⁰⁶ Cf. *supra*, pt. 887 et suivants.

³⁷⁰⁷ Ce constat se nuance évidemment. Certaines jurisprudences, comme *Emmott* (cf. *infra*, pt. 911 et suivants), ont clairement entretenu un climat de confusion. De même, certaines proximités excessives avec la protection juridictionnelle effective ou la sécurité juridique peuvent y contribuer.

³⁷⁰⁸ Cf. *supra*, pt. 854 et suivants.

³⁷⁰⁹ Voir not. L. NAVEL, *op.cit.*, pp. 467s et pp. 471s.

d'effectivité³⁷¹⁰. Elle le fait parfois très explicitement : par exemple, dans son arrêt *van der Weerd*³⁷¹¹, la Cour de justice confirme le rapprochement envisagé par le juge national de son litige avec l'affaire *Van Schijndel* à propos du relevé d'office de moyens fondés sur le droit de l'Union³⁷¹². Plus généralement, l'utilisation des précédents et du *distinguish* vient simplement au soutien de l'appréciation de la Cour³⁷¹³. C'est souvent le cas en matière de délai afin de rappeler que, si des délais de trois ans ou plus apparaissent respectueux du principe d'effectivité, il ne vaut pas y voir une limite fixe³⁷¹⁴. Une fois encore, le principe d'équivalence ne fait nullement l'objet d'une telle jurisprudence. Le recours au précédent s'avère relativement compromis pour des raisons évidentes. D'une part, il est rare que la Cour de justice développe suffisamment ses appréciations sur le principe d'équivalence pour dégager des précédents proprement opérants. D'autre part, quand bien même elle le ferait, l'hétérogénéité des traitements et situations en cause rend tout rapprochement trop délicat à opérer. La place du juge national apparaît donc nettement moins confortable pour la mise en œuvre du principe d'équivalence que pour le principe d'effectivité, accentuant ainsi la concurrence du premier par le second.

§2 : Une application pourtant confrontée à des inconvénients réels

899. La concurrence du principe d'effectivité vis-à-vis du principe d'équivalence n'est évidemment pas synonyme d'exclusion. Dans le cas contraire, le principe d'équivalence n'aurait finalement plus aucune raison d'exister et ne serait qu'un vestige sans réel intérêt. Sa présence encore aujourd'hui dans la jurisprudence de la Cour de justice ne serait que purement de façade. Ses très rares applications ne seraient donc pas représentatives de son rôle effectif en droit de l'Union européenne. Le principe d'équivalence conserve sa place à côté du principe d'effectivité, ce dernier n'étant pas dépourvu de faiblesses. Plus précisément, pour nuancer l'ensemble de nos propos précédents, l'application du principe d'effectivité rencontre des problèmes réels et parfois conséquents. Ces problèmes sont en l'occurrence étrangers au principe

³⁷¹⁰ Sur ce sujet, voir not. T. TRIDIMAS, « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments » précité, pp. 43-44.

³⁷¹¹ Pour d'autres exemples, voir CJCE, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06 précité, pt. 63 [en parallèle de CJCE, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98 précité] sur des exigences préalables à la saisine du juge. La ligne jurisprudentielle est confirmée dans CJUE, *Fuß*, aff. C-429/09 précité, pt. 77-78. Voir également CJUE, *Staatsanwaltschaft Offenburg*, aff. C-554/19 précité, pt. 21 [en parallèle de CJCE, *Steffensen*, aff. C-276/01 précité] ; CJUE, *X (Véhicules-citernes GPL)*, aff. C-120/19 précité, pt. 80-82 [en parallèle de CJCE, 29 avril 1999, *Ciola*, aff. C-224/97, Rec. p. I-2517 et CJCE, 6 avril 2006, *ED & F Man Sugar*, aff. C-274/04, Rec. p. -3269].

³⁷¹² CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd e.a.*, aff. jt. C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233, pt. 37-38.

³⁷¹³ Voir la ligne jurisprudentielle entre CJCE, 27 octobre 1993, *Steenhorst-Neerings*, aff. C-338/91, Rec. p. I-5475, CJCE, 6 décembre 1994, *Jonhson*, aff. C-410/92, CJCE, *Magorrian et Cunningham*, aff. C-246/96 précité et CJCE, 16 mai 2000, *Preston*, aff. C-78/98, Rec. p. I-3201, pt. 40 et suivants.

³⁷¹⁴ Pour exemple, CJUE, *Caixabank*, aff. C-224/19 précité, pt. 87.

d'équivalence qui, de ce point de vue, présente un avantage sur le principe d'effectivité. En effet, d'une part, les conséquences concrètes à tirer d'une violation du principe d'effectivité soulèvent des difficultés potentiellement importantes. Laisser inappliquée la règle nationale jugée incompatible avec ce principe ne suffit parfois pas, au point qu'il faille la remplacer par une autre règle. Le juge national, chargé de tirer ces conséquences, n'est pas forcément le mieux armé pour y parvenir (A.). D'autre part, l'indétermination de l'exigence d'effectivité place les États membres dans un climat d'incertitude. Il devient difficile pour eux d'anticiper le seuil d'effectivité requis pour les traitements nationaux accordés aux situations européennes. *In fine*, les États membres peuvent légitimement redouter que, en faisant application de ce principe, la Cour de justice empiète excessivement sur leur autonomie institutionnelle et procédurale (B.).

A. Les difficultés liées aux conséquences à tirer d'une violation du principe d'effectivité

900. La violation constatée d'une règle nationale au regard du principe d'effectivité appelle une réaction somme toute assez traditionnelle de la part de l'État membre. L'incompatibilité est résolue au nom du principe de primauté qui commande de supprimer cet obstacle. En vertu de la jurisprudence *Simmenthal*, il revient même au juge national d'écarter immédiatement une telle règle de l'application de son litige³⁷¹⁵. Pour classique que soit cette situation, elle amène à un problème assez délicat à traiter. Le respect du principe d'effectivité s'opère sans difficulté s'il suffit d'écarter, voire de supprimer, la règle nationale litigieuse. Des difficultés sérieuses surviennent dans le cas contraire. Le juge national sera légitimement dans l'embarras si, pour conserver un traitement national cohérent et pertinent, la violation du principe d'effectivité requiert qu'une nouvelle règle soit substituée à la règle incompatible. Le principe d'équivalence, quant à lui, implique une réponse assez simple et plutôt aisée à apporter : il suffit d'appliquer le traitement national existant et accordé à la situation interne similaire. Autrement dit, il existe déjà, dans l'ordre juridique interne, une règle de substitution que le juge national peut aisément appliquer. Le principe d'effectivité ne permet rien de

³⁷¹⁵ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. p. 629 : « tout juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a l'obligation d'appliquer intégralement le droit communautaire et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire de la loi nationale, que celle-ci soit antérieure ou postérieure à la règle communautaire » (pt. 21).

tel³⁷¹⁶. La crainte d'un "vide juridique", qui devrait être immédiatement comblé par le juge national, est certaine.

901. Ce risque de "vide juridique" constitue certainement le principal défaut du principe d'effectivité vis-à-vis du principe d'équivalence. La jurisprudence *Simmenthal* n'habilite en effet le juge national qu'à « écarter » de sa propre autorité une règle nationale contraire au droit de l'Union. Il serait exagéré d'y voir une invitation à ce que le juge national puisse créer de toute pièce un régime, même temporaire, pour permettre la bonne application du droit de l'Union. Une telle obligation pèse sur les autorités nationales compétentes des États membres, dont le législateur ou le pouvoir exécutif, en vertu du principe de coopération loyale. Cette situation embarrassante pour le juge national n'est évidemment pas spécifique à la mise en œuvre du principe d'effectivité³⁷¹⁷. Toutefois, elle met en évidence un avantage certain du principe d'équivalence pour résoudre ce genre de difficultés. Nous l'avons vu, le juge n'a qu'à transposer le traitement accordé à une situation interne similaire à la situation européenne³⁷¹⁸. La création de toute pièce d'un nouveau traitement n'est pas requise. En un sens, une réaction du législateur ou du pouvoir exécutif n'est presque pas nécessaire pour faire respecter le principe d'équivalence. En comparaison, le principe d'effectivité souffre de ne pouvoir proposer au juge national une telle solution³⁷¹⁹.

902. La doctrine est assez unanime sur ce sujet. A. BARAV note très tôt que « dans la mesure où le juge considère que les modalités prévues en droit national rendent pratiquement impossible l'exercice du droit tiré par le justiciable d'une disposition communautaire, il n'est pas certain qu'il puisse assouplir de son propre chef de telles modalités. La même observation vaut pour le cas où le juge estime que les délais de recours prévus par la législation nationale sont déraisonnables. Il est

³⁷¹⁶ O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité : « Le principe d'équivalence conduit certes le juge national à écarter une règle nationale de procédure, mais il lui impose aussi d'appliquer une autre règle valable pour des recours similaires. Le principe d'effectivité peut éventuellement conduire à un vide (...). Il invite donc à l'élaboration d'une règle communautaire de substitution » (p. 284)

³⁷¹⁷ Le problème est similaire à celui auquel est confronté le Conseil constitutionnel lorsqu'il s'agit d'abroger une disposition législative inconstitutionnelle. L'abrogation immédiate de la disposition et l'absence de règles risqueraient d'entraîner « des conséquences manifestement excessives » (pour exemple, Cons. Const, déc. 2020-886 QPC., 4 mars 2021, *M. Oussama C.* [Information du prévenu du droit qu'il a de se taire devant le juge des libertés et de la détention en cas de comparution immédiate], csd. 11 et 12). En pareille situation, le Conseil assume de laisser provisoirement en vigueur une disposition reconnue inconstitutionnelle. A défaut, le Conseil accepte de prévoir un régime temporaire pour concilier l'inconstitutionnalité de la loi qu'il faut sanctionner et les conséquences que cela entraîne (pour exemple, Cons. Const., déc. 2017-688 QPC., 2 février 2018, *M. Axel N.* [Saisine d'office de l'Agence française de lutte contre le dopage et réformation des sanctions disciplinaires prononcées par les fédérations sportives], csd. 13).

³⁷¹⁸ Cf. *supra*, pt. 547 et suivants.

³⁷¹⁹ Tout dépend évidemment si le juge national dispose de la compétence pour y parvenir. Dès lors, si la violation du principe d'effectivité découle de sa propre jurisprudence (pour exemple, CJUE, 27 juin 2018, *Diallo*, aff. C-246/17, ECLI:EU:C:2018:499) ou d'une interprétation qu'il fait du droit national (pour exemple, CJUE, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18), y remédier ne pose logiquement aucune difficulté.

douteux que le juge soit autorisé à les prolonger lui-même »³⁷²⁰. B. LE BAUT-FERRARESE arrive au même constat : « Si le juge national se plie à l'exigence d'équivalence prônée par la [Cour de justice], s'il met en compétition les modalités procédurales appliquées aux contentieux de droit communautaire avec celles valant pour le droit interne, ceci pour le laisser finalement agir que celles qui ne présenteront aucun caractère discriminatoire pour le droit communautaire, **il est probable que la tâche de ce juge ne sera pas trop malaisée**. En revanche, à supposer que le juge national veuille observer l'exigence d'effectivité, que doit-il faire ? »³⁷²¹. Pour M. LOPEZ-ESCUADERO, ce défaut ne doit pas être pris à la légère et handicape assez sérieusement le principe d'effectivité au détriment du principe d'équivalence. Selon lui, « [l']application du principe d'effectivité **est plus complexe** que celle du principe d'équivalence, parce qu'elle conduit à écarter la règle procédurale nationale qui empêche l'efficacité du droit de l'Union européenne, mais il n'y a pas d'autre règle nationale non discriminatoire à appliquer et le juge national doit en trouver dans le cadre de son droit procédural national »³⁷²². Au regard de telles difficultés rencontrées par le principe d'effectivité, le principe d'équivalence apparaît plus opportun et efficace pour encadrer l'autonomie des États membres.

903. Deux exemples peuvent être mentionnés pour révéler, dans les faits, les problèmes rencontrés par le juge national pour faire respecter le principe d'effectivité³⁷²³. Le premier porte sur l'affaire *Taricco*. L'essentiel de la doctrine y voit – à raison – les problèmes liés au principe de primauté du droit de l'Union lorsqu'il se confronte au droit constitutionnel, et notamment ses droits fondamentaux³⁷²⁴. Toutefois, à l'origine, l'affaire porte d'abord sur le respect du principe d'effectivité appliqué à un régime de sanctions pénales réprimant les atteintes aux intérêts financiers de l'Union. Dans l'arrêt *Taricco*, la Cour de justice laisse entendre que les « mesures [italiennes] prévues par le droit national pour combattre la fraude et toute autre activité illégale portant atteinte aux intérêts financiers de l'Union, ne sauraient être considérées comme étant effectives et dissuasives »³⁷²⁵ et violeraient donc le principe d'effectivité. Elle rappelle alors que « il incomberait à [la] juridiction [nationale] de garantir le plein effet du droit de l'Union en laissant, au besoin, inappliquées lesdites dispositions (...) sans

³⁷²⁰ A. BARAV, « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538.

³⁷²¹ B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 352-352.

³⁷²² M. LOPEZ-ESCUADERO, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne », in D. BERLIN, F. MARTUCCI et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 103-126, spéc. p. 115.

³⁷²³ Dans une autre perspective, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, « The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law : the Judgement of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of EC Treaty », *YEL*, n°13, 1993, pp. 19-37, spéc. pp. 32-34.

³⁷²⁴ Cf. *supra*, pt. 332.

³⁷²⁵ CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555, pt. 47.

qu'elle ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celles - ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel »³⁷²⁶. Cette solution est jugée suffisante pour faire respecter le principe d'effectivité³⁷²⁷ sans que, par ricochet, des droits fondamentaux comme le principe de légalité des délits et des peines de l'article 49 de la Charte soient méconnus³⁷²⁸. En réponse à la réaction de la Cour constitutionnelle italienne, la Cour de justice se ravise dans son arrêt *MAS et MB*³⁷²⁹ et reconnaît que cette solution, consistant dans la seule inapplication des mesures nationales ineffectives, n'est pas possible. Le "vide" laissé à cet égard porterait une atteinte excessive au principe de légalité des délits et des peines³⁷³⁰. Le juge national serait donc amené à appliquer malgré tout de telles mesures reconnues contraires au principe d'effectivité. Il ne saurait donc, de lui-même, faire le nécessaire pour remédier à cette incompatibilité. Aussi, « [il] incombe [uniquement] au législateur national de prendre les mesures nécessaires »³⁷³¹. Dans une telle situation, tirer les conséquences d'une violation du principe d'effectivité pour le juge national le place dans une situation insatisfaisante.

904. L'arrêt *Deutsche Umwelthilfe*³⁷³² est le second exemple. Le juge national à l'origine de la saisine de la Cour de justice était confronté à une situation assez délicate. Il avait condamné le Land de Bavière pour le non-respect des obligations environnementales de la directive 2008/50³⁷³³, prononçant à cette occasion l'injonction de prendre les mesures nécessaires pour s'y conformer. Devant les refus répétés et assumés du Land de respecter l'injonction et la directive, en dépit des astreintes prononcées et même liquidées³⁷³⁴, la seule option envisagée par le juge national repose sur une contrainte par corps³⁷³⁵. Le droit allemand permet une telle chose mais – visiblement – pas pour la situation en cause. La question porte alors sur la possibilité pour le juge national de contourner cette impossibilité pour appliquer cette contrainte par corps afin que l'effectivité de la directive 2008/50 soit assurée. La Cour de justice

³⁷²⁶ *Ibid.*, pt. 49.

³⁷²⁷ *Ibid.*, pt. 51-52.

³⁷²⁸ *Ibid.*, pt. 54 et suivants.

³⁷²⁹ CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B.*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936, pt. 61.

³⁷³⁰ *Ibid.*, pt. 58-60.

³⁷³¹ *Ibid.*, pt. 61.

³⁷³² CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114.

³⁷³³ Directive 2008/50/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 concernant la qualité de l'air ambiant et un air pur pour l'Europe (*JOCE* 2008, L 152, p. 1).

³⁷³⁴ *Ibid.*, pt. 16-18.

³⁷³⁵ *Ibid.* : pour le juge national, « lorsque le pouvoir exécutif manifeste de façon aussi claire sa détermination à ne pas se conformer à certaines décisions de justice, il faudrait considérer que le prononcé et la liquidation de nouvelles astreintes, d'un montant plus élevé, ne sont pas susceptibles de faire modifier ce comportement. En effet, le paiement d'une astreinte n'entraînerait aucune perte patrimoniale pour le Land de Bavière. Au contraire, le règlement de cette astreinte s'effectuerait en portant le montant fixé par le tribunal à la charge d'un poste déterminé du budget du Land concerné et en comptabilisant ce même montant en tant que recette de la caisse centrale de ce Land » (pt. 21).

reconnait l'importance de la question sur le principe d'effectivité couplé avec la protection juridictionnelle effective : « *une législation nationale qui aboutit à une situation dans laquelle le jugement d'une juridiction [visant à faire respecter le droit de l'Union] demeure inopérant, à défaut pour celle-ci de disposer d'un moyen quelconque pour le faire respecter, méconnaît le contenu essentiel du droit à un recours effectif consacré par l'article 47 de la Charte* »³⁷³⁶. Et, « *en l'occurrence, la juridiction de renvoi estime qu'elle ne saurait faire respecter le principe d'effectivité du droit de l'Union et le droit à un recours effectif, à moins que le droit de l'Union ne l'habilite voire ne l'oblige à écarter les raisons d'ordre constitutionnel empêchant (...) l'application de la contrainte par corps (...)* »³⁷³⁷. La Cour de justice se limite à une réponse très prudente. Elle considère que la contrainte par corps ainsi prononcée risquerait de violer le droit à la liberté de l'article 6 de la Charte³⁷³⁸ et n'est pas *a priori* possible³⁷³⁹. Le juge national se retrouve une fois encore dans une relative impasse pour faire respecter le principe d'effectivité.

905. Ces difficultés rencontrées par le juge national résultent en réalité du silence gardé par la Cour de justice. Si sa jurisprudence est assez fournie pour le principe d'effectivité en lui-même, sur son exigence ou sa méthode d'application, elle l'est moins sur les conséquences à tirer par le juge national. Les affaires *Taricco* et *Deutsche Umwelthilfe* n'en sont que des exemples édifiants. Plus généralement, les éléments de réponse apportés n'aident pas vraiment le juge national. Il peut s'agir de répétitions de la jurisprudence *Simmenthal* qui demandent au juge d'écarter la règle nationale incompatible³⁷⁴⁰. De manière plus fréquente, la Cour de justice l'invite à « interpréter dans toute la mesure du possible » le droit national de manière à résoudre le problème. Cette idée est classique dans la jurisprudence européenne et, en un sens, permet de contourner toutes les difficultés précédemment identifiées. En interprétant le droit interne, quitte à le « réécrire » très légèrement, le juge national ne crée aucun nouveau régime, ne substitue

³⁷³⁶ *Ibid.*, pt. 35. Elle précise même que « [le] droit à un recours effectif est d'autant plus important que, dans le domaine couvert par la directive 2008/50, le défaut de prendre les mesures exigées par celle-ci mettrait en danger la santé des personnes » (pt. 38).

³⁷³⁷ *Ibid.*, pt. 41.

³⁷³⁸ Plus précisément, elle considère que fonder une contrainte par corps sur les dispositions du droit allemand présentent le risque qu'elles « *sont, eu égard à leur libellé et à leur substance, suffisamment accessibles, précises et prévisibles dans leur application et permettent ainsi d'éviter tout danger d'arbitraire* » (pt. 48). En effet, « [si] *tel n'est pas le cas, le juge national ne saurait prononcer, sur le seul fondement du principe d'effectivité ainsi que du droit à une protection juridictionnelle effective, une contrainte par corps* » (pt. 49).

³⁷³⁹ *Ibid.* : « *C'est uniquement dans l'hypothèse où la juridiction de renvoi devait conclure que, dans le contexte de la mise en balance (...), la limitation qui serait apportée au droit à la liberté du fait du prononcé d'une contrainte par corps respecte les conditions posées à cet égard à l'article 52, paragraphe 1, de la Charte, que le droit de l'Union non seulement autoriserait, mais exigerait le recours à une telle mesure* » (pt. 52).

³⁷⁴⁰ Pour un exemple allant, malgré tout, au-delà d'une simple répétition, voir CJCE, *Grundig Italiana*, aff. C-255/00 précité : « *La constatation, par le juge national, de l'insuffisance d'une période de transition fixée par le législateur national telle que celle de l'espèce au principal ne doit cependant pas conduire à écarter toute application rétroactive du nouveau délai d'action. Le principe d'effectivité n'impose en effet d'écarter une telle application rétroactive que dans la mesure nécessaire à son respect. Dès lors, des actions introduites après l'expiration d'une période de transition suffisante, évaluée dans un cas tel que celui de l'espèce au*

aucune règle proprement nouvelle. Les exemples sont légion. Dans l'arrêt *Santex* déjà évoqué, la Cour énonce que « [la] juridiction de renvoi étant seule compétente pour interpréter et appliquer la réglementation nationale, il lui appartient, dans des circonstances telles que celles de l'affaire au principal, d'interpréter, dans toute la mesure du possible, les règles instaurant ce délai de forclusion de manière à assurer le respect du principe d'effectivité »³⁷⁴¹. Dans l'arrêt *Impact*, elle considère que « [si] la juridiction de renvoi venait à constater une telle violation du principe d'effectivité, il lui incomberait d'interpréter les règles internes de compétence dans toute la mesure du possible d'une manière telle qu'elles contribuent à la mise en œuvre de l'objectif consistant à garantir une protection juridictionnelle effective des droits que peuvent tirer les justiciables du droit communautaire »³⁷⁴². Elle se montre légèrement plus insistante quand elle indique que le juge « est tenu, pour assurer le respect du principe d'effectivité, d'avoir recours à tous les moyens procéduraux mis à sa disposition par le droit national pour pallier [à la difficulté rencontrée par le justiciable et risquant de violer le principe d'effectivité] »³⁷⁴³. Il demeure que cette interprétation conforme du droit interne « connaît certaines limites »³⁷⁴⁴ et ne permet pas de remédier à toutes les incompatibilités. Lorsqu'elle s'avère impossible, le juge national est seulement invité à écarter la disposition nationale contraire au principe d'effectivité³⁷⁴⁵, ce qui ramène aux difficultés évoquées.

B. Un principe potentiellement trop attentatoire à l'autonomie des États membres

906. Les principes d'équivalence et d'effectivité constituent les limites à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. À nos yeux³⁷⁴⁶, ils manifestent plutôt les *conditions* nécessaires pour qu'un État membre puisse agir dans le cadre de cette autonomie³⁷⁴⁷. De cette manière, compte tenu de l'absence de règles européennes relatives à la mise en œuvre du droit de l'Union, la Cour de justice s'assure

principal à six mois, doivent pouvoir être soumises au nouveau délai d'action, même si elles portent sur le remboursement de sommes versées avant l'entrée en vigueur du texte prévoyant ce nouveau délai » (pt. 41).

³⁷⁴¹ CJCE, *Santex*, aff. C-327/00 précité, pt. 62.

³⁷⁴² CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 54.

³⁷⁴³ CJUE, 13 février 2014, *H. Gantzsch Großhandel*, aff. C-479/12, ECLI:EU:C:2014:75, pt. 43.

³⁷⁴⁴ CJUE, *Klausner Holz Niedersachsen*, aff. C-505/14 précité, pt. 32.

³⁷⁴⁵ Récemment, au-delà du principe d'effectivité, voir CJUE, 11 juin 2020, *SCT*, aff. C-146/19, ECLI:EU:C:2020:464 : « À défaut de pouvoir procéder à une interprétation de la réglementation nationale conforme aux exigences du droit de l'Union, le juge national, saisi dans le cadre de sa compétence, a, en tant qu'organe d'un État membre, l'obligation de laisser inappliquée toute disposition nationale contraire à une disposition du droit de l'Union qui est d'effet direct dans le litige dont il est saisi » (pt. 48).

³⁷⁴⁶ Cf. *supra*, pt. 183-184.

³⁷⁴⁷ Pour exemple, CJUE, 17 mars 2016, *Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175 : « deux conditions cumulatives, à savoir le respect des principes d'équivalence et d'effectivité, doivent être réunies pour qu'un État membre puisse faire valoir le principe de l'autonomie procédurale dans des situations qui sont régies par le droit de l'Union » (pt. 25).

que les États membres ont accordé à la situation européenne un traitement national satisfaisant au regard du principe de coopération loyale. En effet, un État membre qui prévoit un traitement contraire au principe d'équivalence ou au principe d'effectivité ne peut être vu comme ayant pris « *toute mesure (...) propre à assurer l'exécution* [du droit de l'Union] »³⁷⁴⁸. Dès lors, les deux principes sont des indicateurs de la bonne foi, de la coopération loyale de l'État membre dans la mise en œuvre du droit de l'Union. Ils ne visent qu'à vérifier si, au regard de la marge de manœuvre qui leur est laissée, ils ont fait le nécessaire pour préserver, au minimum, l'effet utile du droit de l'Union. Il serait donc contradictoire d'y voir des principes permettant à la Cour de justice *d'éroder* ou de *supplanter* l'autonomie des États membres³⁷⁴⁹. Nous insistons : s'il est admis qu'il n'existe aucune « règle européenne relative aux modalités de mise en œuvre du droit de l'Union », les États membres sont libres de déterminer quel traitement accorder à la situation européenne à la condition de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité. Nous jugeons douteux d'affirmer que ces deux principes permettent d'identifier des « règles relatives aux modalités de mise en œuvre du droit de l'Union »³⁷⁵⁰.

907. Le principe d'équivalence s'inscrit dans cette perspective. Nous l'avons vu, la Cour de justice ne l'applique jamais de telle sorte que l'autonomie des États membres soit supplantée ou remise en cause³⁷⁵¹. Au contraire, sanctionner le principe d'équivalence s'avère même respectueux de cette autonomie, puisque l'État membre n'a qu'à accorder le bénéfice d'un traitement national préexistant à la situation européenne. De ce point de vue, le principe d'équivalence remplit parfaitement sa fonction pour encadrer l'autonomie des États membres. *A contrario*, le principe d'effectivité se révèle plus controversé. L'indétermination de l'exigence d'effectivité rend incertain le degré d'immixtion dans l'autonomie des États membres³⁷⁵². Pour le dire autrement, lorsque la Cour de justice apprécie l'effectivité du traitement national, la question se pose de savoir

³⁷⁴⁸ Art. 4, §3, al. 2, TUE.

³⁷⁴⁹ En matière de retrait et d'abrogation d'acte administratif, voir D. RITLÉNG, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 251-270 : « [Les] possibilités qu'offrent ces deux principes sont beaucoup plus limitées. Pour l'essentiel, elles se bornent à autoriser le juge communautaire à dire ce que ne sauraient être les modalités nationales qui conditionnent l'exercice du pouvoir de retrait, elles ne vont pas jusqu'à permettre l'énoncé de conditions uniformes du retrait » (p. 269). Le même auteur précise que « la jurisprudence nous enseigne que, si une particularité institutionnelle ou procédurale nationale doit être sacrifiée sur l'autel de l'effectivité du droit de l'Union, pareil sacrifice ne saurait être exigé au nom d'une efficacité maximale, dès lors que l'exercice des droits tirés du droit de l'Union n'est pas rendu pratiquement impossible ou excessivement difficile » (D. RITLÉNG, « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE* 2012, pp. 135-150, spéc. p. 147).

³⁷⁵⁰ Sur ce risque, malgré tout, voir J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire* précité, pp. 232-233.

³⁷⁵¹ Cf. *supra*, pt. 538 et suivantes.

³⁷⁵² Voir not. E. NEFRAMI, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union » précité, pp. 229 et suivantes.

jusqu'à quel point elle se limite à "encadrer" sans "dépasser" l'autonomie procédurale. La doctrine reste dans son ensemble assez mesurée, considérant que l'essentiel des applications du principe d'effectivité se cantonne à un "encadrement" de l'autonomie³⁷⁵³. Cela étant, contrairement au principe d'équivalence³⁷⁵⁴, la grande subjectivité de la Cour de justice la conduit, plus ou moins implicitement, à une « *appréciation subtile de l'équilibre entre autonomie procédurale et exigence d'application effective du droit de l'Union* »³⁷⁵⁵. Quand le principe d'effectivité se limite à une obligation négative, on conçoit qu'il ne s'agit que d'encadrer l'autonomie procédurale. Lorsqu'il s'agit d'une obligation positive, cette vision se discute davantage.

908. Dans ces conditions, l'application du principe d'effectivité place la Cour de justice devant la même situation que lorsqu'elle décide ou non de dégager une exigence autonome et spécifique pour régir le droit national³⁷⁵⁶. Par exemple, dans l'arrêt *Factortame*, elle considère opportun, pour mieux préserver l'effet utile du droit de l'Union, de dépasser l'autonomie procédurale en imposant directement l'exigence selon laquelle le juge national peut adopter des mesures provisoires³⁷⁵⁷. Dans l'arrêt *Verholen*³⁷⁵⁸, au contraire, elle considère inopportun de dégager une exigence qui oblige le juge national à soulever d'office un moyen fondé sur le droit de l'Union, laissant donc cette question dépendre de l'autonomie des États membres, notamment dans le respect du principe d'effectivité. Ces choix renvoient *in fine* à la question de savoir si une règle européenne existe quant aux modalités d'application du droit de l'Union, et donc si l'autonomie des États membres est en jeu. Partant, dans ces deux exemples, les principes

³⁷⁵³ Pour exemple, O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire* précité : « [il] ne convient (...) pas d'exagérer la rigueur [du principe d'effectivité]. La Cour demeure prudente [puisqu'elle] n'examine pas la règle procédurale de façon désincarnée mais dans son système processuel (...). Pour cette raison le principe d'effectivité, s'il fixe un niveau minimum de protection, ne fixe pas un véritable standard communautaire dans la mesure où ce niveau est susceptible de variations en fonction du contexte dans lequel s'inscrit la règle procédurale en cause » (pp. 283-284). ; . PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond » précité : « Although this requirement bears with it an intrusive potential, it does not necessarily always result in setting aside the procedural rules at issue » (p. 591). Certains y voient même un « désencadrement » tant la contrainte sur le droit national est timorée (P. GIRERD, *op. cit.*, pp. 94 et suivantes).

³⁷⁵⁴ En ce sens, V. COURONNE, *op. cit.* : « Ces deux exigences ne sont cependant pas mises sur un pied d'égalité en ce qui concerne leur traitement. L'appréciation du respect de l'équivalence de traitement ne pose en effet pas de problème spécifique, dès lors qu'il ne s'agit, pour le juge, que de vérifier si la norme communautaire et une norme nationale de nature similaire reçoivent un traitement identique. L'application, en quelque sorte, est mathématique; l'unique difficulté réside dans la détermination de la norme nationale de nature similaire. L'exigence d'effectivité, elle, réclame plus d'attention et son appréciation comporte une part bien plus importante de subjectivité. Il ne s'agit plus ici de substituer un régime juridique à un autre mais d'apprécier globalement une voie de recours interne et de décider si elle assure un degré d'effectivité suffisant au droit communautaire » (pp. 275-276).

³⁷⁵⁵ E. NEFRAMI, « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *RMCUE* 2012, pp. 197-203.

³⁷⁵⁶ Cf. *infra*, pt. 955 et suivants.

³⁷⁵⁷ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433, pt. 21.

³⁷⁵⁸ CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec. p.* I-3757, pt. 16 (par une lecture *a contrario*).

d'équivalence et d'effectivité n'ont vocation à s'appliquer que dans le cadre de l'arrêt *Verholen* et pas pour l'arrêt *Factortame*.

909. Le principe d'effectivité jouit donc d'un statut assez ambigu. En effet, le même raisonnement peut conduire la Cour de justice, pour préserver l'effet utile du droit de l'Union, à dégager une exigence spécifique et autonome ou, au contraire, à faire une application du principe d'effectivité de sorte qu'il impose une obligation positive. Dissocier l'un de l'autre devient alors complexe. Jusqu'à quel point la contrainte pesant sur les États membres découle-t-elle du principe d'effectivité sans devenir une exigence spécifique et autonome ? Plus encore, l'exigence d'effectivité apparaît imprévisible³⁷⁵⁹ et controversée. T. HEUKELS et J. TIB estiment, par exemple, que cette situation rend « *la "doctrine Rewe" trop compliquée et opaque pour être correctement appliquée par les juges nationaux* »³⁷⁶⁰, principalement à cause de l'exigence d'effectivité. Il devient ainsi difficile de déterminer *a priori* si l'appréciation portée par la Cour de justice s'inscrit dans le cadre de l'autonomie procédurale – faisant donc application du principe d'effectivité – ou non – faisant alors application d'une exigence autonome et spécifique³⁷⁶¹.

910. Le problème porte sur cette potentielle émancipation du principe d'effectivité de sa fonction de limite ou de condition à l'autonomie des États membres. S'il servait de fondement pour que la Cour de justice impose des exigences trop précises, trop spécifiques, le principe même de l'autonomie procédurale serait vidé de son contenu³⁷⁶². Évidemment, ce risque n'est que potentiel et reste exceptionnel. Le principe d'effectivité (*stricto sensu*) ne fonde pas des exigences spécifiques et autonomes comme celles des arrêts *Heylens*, *Factortame* ou *Francovich*³⁷⁶³. Celles-ci ont une existence autonome de lui. Par exemple, dans son arrêt *Lucchini*, la Cour de justice estime nécessaire d'écarter l'autorité de chose jugée lorsqu'elle fait obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée illégalement³⁷⁶⁴. Il s'agit là d'une exigence spécifique et distincte du principe d'effectivité qui, lui, ne requiert rien de comparable³⁷⁶⁵. D'autres exemples sont moins

³⁷⁵⁹ T. HEUKELS et J. TIB, « Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies : Convergence and Divergence », in P. BEAUMONT *et al.* (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 111-128, spéc. p. 116.

³⁷⁶⁰ *Ibid.* : « *the "Reve-doctrine" of being too complicated and opaque to be applied properly by most domestic courts (...)* » (p. 117).

³⁷⁶¹ Certains auteurs nomment cette incertitude ou cette fluctuation de « *Reve-Simmenthal Contradiction* » – sur ce sujet, cf. *infra*, pt. 965 et suivants.

³⁷⁶² Sur cette idée, voir not. A. ADINOLFI, « The "Procedural Autonomy" of Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law : Is Judicial Activism Still Necessary ? », *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States* précité, pp. 281-303, spéc. pp. 286 et suivantes.

³⁷⁶³ Voir not. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire » précité, pp. 161 et suivantes.

³⁷⁶⁴ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec.* p. 6199, pt. 63.

³⁷⁶⁵ Voir CJCE, *Impact*, aff. C-268/06 précité, pt. 60-61.

évidents. L'obligation faite aux juges nationaux de soulever d'office le caractère abusif de clauses a été posée à partir de l'arrêt *Océano Grupo*³⁷⁶⁶. À l'évidence, il s'agit là d'une exigence autonome et spécifique, distincte du principe d'effectivité qui, selon la jurisprudence *Peterbroeck* et *Van Schijndel*, n'exige rien de tel. Cependant, dans son arrêt *Faber*, la Cour de justice considère que cette obligation existe « *sur la base du principe d'effectivité et nonobstant des règles de droit interne contraires* »³⁷⁶⁷.

911. Ces exemples peuvent sembler isolés et au bout du compte assez bénins. Cependant, à l'occasion de la célèbre jurisprudence *Emmott*³⁷⁶⁸, les controverses se sont manifestées et ont suscité de réelles difficultés. Dans cet arrêt de 1991, la Cour de justice était appelée à examiner le régime irlandais du *dies a quo* de délais contentieux. La requérante avait saisi le juge, le 22 juillet 1988, pour obtenir le « *recouvrement des prestations qui ne lui auraient pas été payées depuis le 23 décembre 1984, en violation de l'article 4, paragraphe 1, de la [directive 79/7]* »³⁷⁶⁹, ladite directive ayant été transposée tardivement le 16 juillet 1985 en droit irlandais. Le juge national craint que le recours présenté ne soit toutefois forclos et interroge la Cour de justice à ce sujet. L'avocat général J. MISCHO axe ses conclusions et sa solution sur une application des principes d'équivalence et d'effectivité³⁷⁷⁰. Il pointe alors l'incertitude qui plane sur le *dies a quo* relatif aux délais opposables à la requérante³⁷⁷¹. Dans ce contexte très particulier, faisant ainsi une application *in concreto* classique du principe d'effectivité, il considère que « *le délai ne saurait courir à partir de la date à laquelle la directive aurait dû être transposée qu'au cas où il pourrait être démontré à la satisfaction du juge national que la requérante était conscient, dès ce moment-là, du fait que [son droit reconnu] à l'article 4 de celle-ci pouvait être directement invoqué par elle* »³⁷⁷². Sa réponse ne vise à dégager aucune règle générale sur la question³⁷⁷³. La Cour de justice retient une réponse beaucoup moins nuancée. Bien que s'inscrivant dans la jurisprudence *Rewe et Comet*³⁷⁷⁴, elle semble s'en détacher. Elle considère d'abord que,

³⁷⁶⁶ CJCE, *Océano Grupo Editorial*, aff. C-240/98 précité

³⁷⁶⁷ CJUE, *Faber*, aff. C-497/13 précité, pt. 42. Voir not. la note d'E. POILLOT, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2015. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 761-767.

³⁷⁶⁸ Voir L. FLYNN, « Whatever Happened to Emmott ? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits », in *The Future of Remedies in Europe* précité, pp. 51-67, spéc. pp. 51 et suivantes.

³⁷⁶⁹ CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott*, aff. C-208/90, *Rec. p.* I-4269, pt. 12.

³⁷⁷⁰ J. MISCHO, conclusions sur CJCE, *Emmott*, aff. C-208/90 précité, pt. 18 et suivants.

³⁷⁷¹ *Ibid.* : « *Il est étonnant que les parties défenderesses au principal, qui veulent faire valoir l'exception fondée sur la règle nationale de délai, ne précisent nulle part quelle serait cette date. De plus, elles ne font pas état, dans la réponse qu'elles proposent à la question préjudicielle, de la condition selon laquelle la règle nationale ne doit pas rendre pratiquement impossible l'exercice des droits découlant du droit communautaire* » (pt. 23).

³⁷⁷² *Ibid.*, pt. 25.

³⁷⁷³ *Ibid.* : « *Il y a bien entendu un moment où le requérant ne peut plus raisonnablement soutenir avoir toujours ignoré les droits que lui confère la disposition en cause. Ce moment sera nécessairement variable selon les faits de la cause, et il appartiendra donc au juge national de le déterminer au regard des circonstances* » (pt. 33).

³⁷⁷⁴ CJCE, *Emmott*, aff. C-208/90 précité, pt. 16.

« aussi longtemps que la directive n'est pas correctement transposée en droit national, les justiciables n'ont pas été mis en mesure de connaître la plénitude de leurs droits »³⁷⁷⁵. Elle affirme alors que « jusqu'au moment de la transposition correcte de la directive, l'État membre défaillant ne peut pas exciper de la tardiveté d'une action judiciaire introduite à son encontre par un particulier en vue de la protection des droits que lui reconnaissent les dispositions de cette directive et qu'un délai de recours de droit national ne peut commencer à courir qu'à partir de ce moment »³⁷⁷⁶. La portée d'une telle exigence a été comprise comme très générale³⁷⁷⁷. En un sens, une exigence spécifique et autonome aurait été dégagée par la Cour de justice³⁷⁷⁸.

912. Cependant, la rigidité de cette exigence fut rapidement critiquée par la doctrine, soulignant la nécessité de la compenser avec d'autres considérations³⁷⁷⁹. En un sens, les auteurs incitaient à revenir à une application classique du principe d'effectivité, comme l'avait proposé l'avocat général J. MISCHO. Autrement dit, l'arrêt *Emmott* doit se comprendre non comme à l'origine d'une exigence spécifique et autonome mais comme une application maladroite du principe d'effectivité. Cette contrainte sur le *dies a quo* de délais contentieux ne s'imposerait pas de manière générale mais seulement dans des circonstances similaires à l'affaire *Emmott*. La Cour de justice opte pour cette approche, plutôt que d'opérer un revirement franc de jurisprudence. Avec ses arrêts *Steenhorst*³⁷⁸⁰, *Johnson*³⁷⁸¹ et *Fantask*, elle s'emploie à cantonner la portée de son arrêt *Emmott*. Dans l'arrêt *Fantask*, elle considère que « [la] solution dégagée dans l'arrêt *Emmott* était justifiée par les circonstances propres à cette affaire, dans lesquelles la forclusion aboutissait à priver totalement la requérante au principal de la possibilité de faire valoir son droit à l'égalité de traitement en vertu d'une directive communautaire »³⁷⁸². Nous y voyons donc un *distinguish* similaire à celui qu'opère la Cour de justice pour d'autres arrêts relatifs au principe d'effectivité³⁷⁸³. L'avocat général F. G. JACOBS, dans ses conclusions sur cet arrêt *Fantask*, confirme cette idée : selon lui, « l'arrêt *Emmott* peut être considéré comme une application, quoique nouvelle, des principes bien établis par l'arrêt *Rewe* et la jurisprudence ultérieure, en particulier le principe [d'effectivité] selon lequel

³⁷⁷⁵ *Ibid.*, pt. 21.

³⁷⁷⁶ *Ibid.*, pt. 23.

³⁷⁷⁷ M. DARMON, conclusions sur CJCE, *Steenhorst-Neerings*, aff. C-338/91 précité, pt. 22..

³⁷⁷⁸ La concomitance avec l'arrêt *Franovich* (CJCE, 19 novembre 1991, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357) y incite. Dans ces deux arrêts, le contexte est le même : un justiciable cherche à se voir appliquer des droits reconnus dans une directive non-transposée. L'objectif poursuivi par la Cour de justice était justement de remédier de la meilleure manière aux conséquences néfastes pour les particuliers de ces non-transpositions de directive.

³⁷⁷⁹ L. FLYNN, *op. cit.* : « *The breadth of the Court's ruling immediately engendered doubts in many commentators because of the practical difficulties which it would create if taken at face value* » (p. 54).

³⁷⁸⁰ CJCE, *Steenhorst-Neerings*, aff. C-338/91 précité, pt. 19 et suivants.

³⁷⁸¹ CJCE, *Johnson*, aff. C-410/92 précité, pt. 26.

³⁷⁸² CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 51.

³⁷⁸³ Cf. *supra*, pt. 898.

l'exercice des droits communautaires ne doit pas être rendu excessivement ou indûment difficile »³⁷⁸⁴. En définitive, l'exigence issue de l'arrêt *Emmott* constituait donc pas une exigence autonome et spécifique. Logiquement, la doctrine rattache cette jurisprudence au principe d'effectivité³⁷⁸⁵.

913. Cette présentation ne convainc pas totalement. Ce cantonnement de l'arrêt *Emmott*, permettant d'y voir *in fine* une application classique du principe d'effectivité, nous semble assez artificiel : il constitue en réalité un « *abandon implicite* »³⁷⁸⁶ de cette jurisprudence. Il dissimule le renoncement de la Cour de justice de dégager une exigence aussi générale et contraignante que celle figurant dans l'arrêt *Emmott*. Quoi qu'il en soit, cet exemple est révélateur de la trop grande volatilité du principe d'effectivité, au point de le confondre avec des exigences spécifiques et autonomes. Ce statut lui nuit dans sa fonction d'encadrement de l'autonomie procédurale, puisqu'il tend à dépasser et supplanter cette autonomie. Dans cette perspective, le principe d'équivalence constitue une exigence bien moins controversée et plus opportune.

³⁷⁸⁴ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Fantask*, aff. C-188/95 précité, pt. 87.

³⁷⁸⁵ Voir F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, pp. 804-805 ; T. TRIDIMAS, « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments » précité, pp. 41 et suivantes.

³⁷⁸⁶ L. NAVEL, *op. cit.*, p. 542. L'auteur précise en effet que « [l'arrêt *Emmott*] n'a pas été formellement abandonné, mais son altération est désormais si profonde et si pérenne qu'en fait, il est inappliqué et n'existe plus qu'en théorie » (p. 486).

Conclusion du Chapitre 1

914. La capacité du principe d'équivalence à remplir sa fonction se voit en partie entravée par le principe d'effectivité. Ces deux principes partagent un même champ d'application et une même fonction. En effet, l'un comme l'autre tendent à préserver l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'administration indirecte. Si leur relation se caractérise d'abord comme complémentaire, l'évolution de la jurisprudence de la Cour de justice a conduit à considérer le principe d'effectivité comme plus efficace, plus pertinent, plus intéressant pour remplir cette fonction. L'exigence d'effectivité présente l'avantage d'être malléable, susceptible de s'adapter à chaque situation pour sécuriser au mieux l'effet utile du droit de l'Union. Celle du principe d'équivalence apparaît au contraire trop rigide, ne laissant qu'une marge de manœuvre limitée à la Cour de justice pour y parvenir. En outre, le principe d'effectivité permet parfois d'imposer aux traitements nationaux accordés aux situations européennes des seuils d'effectivité importants dépassant ceux prévus en droit national. C'est notamment le cas lorsqu'il se confond ou apparaît très proche du principe de protection juridictionnelle effective.

915. Le principe d'effectivité échappe également aux problèmes inhérents au principe d'équivalence, notamment ceux relatifs à sa méthode d'application et à son contrôle par la Cour de justice et les juges nationaux. Sur ces deux domaines, mettre en œuvre l'exigence d'effectivité apparaît comme une tâche beaucoup plus simple à réaliser. La Cour de justice réalise l'essentiel du contrôle, sans être dépendante des éléments fournis par le juge national. Elle emploie également des techniques et standards connus et familiers pour appliquer le principe d'effectivité. En somme, sa jurisprudence est bien plus claire et lisible qu'elle ne l'est pour le principe d'équivalence. Cependant, la place du principe d'effectivité ne doit pas être exagérée. Il serait hasardeux de considérer qu'il occulte, voire qu'il phagocyte, le principe d'équivalence. Le principe d'effectivité présente lui aussi des faiblesses et des limites que le principe d'équivalence ne rencontre pas. Dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, la préservation de l'effet utile n'est assurée que par l'application *conjointe* des deux principes, sans que l'un ait vocation à empiéter de manière systématique sur l'autre. Si une concurrence existe, elle résulte de considérations pratiques, faisant que, dans certaines affaires, le principe d'effectivité s'avère plus pertinent que le principe d'équivalence pour encadrer le traitement national accordé à la situation européenne.

Chapitre 2 : Une application parfois désuète

916. L'application assez résiduelle du principe d'équivalence dans la jurisprudence européenne laisse entendre que son rôle, sa fonction et même son utilité déclinerait. Sa reconnaissance et sa consécration par la Cour de justice se justifiaient un temps, en raison des faiblesses du système juridique européen pour garantir une mise en œuvre efficace du droit de l'Union par les États membres. Toutefois, avec son évolution et l'accroissement des techniques et moyens permettant aux institutions européennes et à la Cour de justice de maîtriser plus efficacement cette exécution nationale des règles européennes, le principe d'équivalence n'aurait plus guère d'intérêt. L'exigence selon laquelle la situation européenne jouit d'un traitement au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire serait perçue comme une garantie insuffisante, imparfaite, voire dépassée, pour l'effet utile du droit de l'Union. Dans cette perspective, le principe d'équivalence tomberait en désuétude. Ce constat n'est certes pas spécifique au seul principe d'équivalence. Plus généralement, le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale serait victime de cette évolution du système européen. L'application du droit de l'Union ne serait plus laissée à la discrétion des États membres, limitée *seulement* par les principes d'équivalence et d'effectivité³⁷⁸⁷. Les contraintes directes pesant sur les autorités nationales, y compris les juges nationaux, aboutiraient à supplanter en partie ou totalement cette autonomie – et, en conséquence, à éclipser l'application des principes qui la conditionnent.

917. Cette vision des choses nous paraît exagérée. L'autonomie institutionnelle et procédurale peut se réduire mais sans disparaître pour autant. Nous avons montré que ce cadre, dans lequel l'État membre dispose nécessairement d'une marge de manœuvre qui n'est pas directement régie par le droit de l'Union, est indépassable, même aujourd'hui³⁷⁸⁸. Cela étant, le constat selon lequel les situations donnant lieu à une *application* du principe d'équivalence se raréfient est incontestable. Son champ d'application se réduit inéluctablement à mesure que les règles européennes encadrent de manière croissante les droits nationaux. Ainsi, les traitements nationaux doivent parfois respecter certaines exigences, présenter des caractéristiques imposées explicitement par

³⁷⁸⁷ Voir not. G. REISCHL (conclusions sur CJCE, 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79, *Rec.* p. 1237) pour qui « *il n'existe (...) absolument aucun motif selon nous (...) de tirer d'autres limites du droit communautaire* » (p. 1271) autre que les principes d'équivalence et d'effectivité pour encadrer l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres.

³⁷⁸⁸ Cf. *supra*, pt. 92 et suivants.

le droit de l'Union, sous peine de méconnaître le principe de primauté. Dès lors, la prise en compte ou la comparaison avec les traitements accordés à des situations internes similaires devient totalement sans objet. Le principe d'équivalence n'a plus vocation à opérer pour encadrer ce type de situations³⁷⁸⁹.

918. Cette atrophie de l'application du principe d'équivalence doit toutefois être appréciée à sa juste mesure. Nous insistons sur deux idées importantes. D'une part, toute extrapolation qui amènerait à conclure que, en pratique, le principe d'équivalence *ne s'applique plus* doit être réfutée. Une telle affirmation est démentie par plusieurs arrêts récents de la Cour de justice³⁷⁹⁰. L'application du principe d'équivalence reste toujours d'actualité même si elle est moins fréquente ou moins perceptible à l'aune de la jurisprudence globale de la Cour de justice. D'autre part, cette réduction de l'*application* du principe d'équivalence ne doit pas conduire à penser que son *utilité* ou sa *fonction* perdrait en importance. Ce n'est pas parce que ledit principe est très rarement appliqué et même sanctionné qu'il n'aurait *in fine* aucune utilité. Certes, sa fonction de préservation de l'effet utile du droit de l'Union devient moins tangible dans de telles conditions, mais elle ne s'érode pas pour autant. Dans cette optique, nous expliquons la désuétude de l'application du principe d'équivalence pour deux séries de raisons. La première renvoie à un contexte juridique uniformisé par l'Union européenne (**Section 1**). La seconde, moins intuitive, repose sur des phénomènes qui manifestent une équivalence dans les traitements accordés aux situations européenne et interne sans que cela ait découlé d'une application du principe d'équivalence (**Section 2**).

Section 1 : Un contexte juridique uniformisé défavorable

919. L'affirmation selon laquelle le principe d'équivalence tombe en désuétude repose principalement sur l'évolution du contexte juridique dans lequel il intervient. Les domaines relevant de l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres tendent à s'amoinrir. La raison première tient dans l'harmonisation³⁷⁹¹ des droits

³⁷⁸⁹ Voir not. P. CRAIG, « Competence and Member State Autonomy : Causality, Consequence and Legitimacy », in H.-W. MICKLITZ et B. DE WITTE (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 11-34, spéc. pp. 25 et suivantes.

³⁷⁹⁰ Voir not. CJUE, 3 juin 2021, *Bankia*, aff. C-910/19, ECLI:EU:C:2021:433.

³⁷⁹¹ A titre indicatif, en plus des références citées *infra*, voir J.-V. LOUIS, « Le règlement, source directe d'unification des législations », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1976, pp. 15-35 ; G. MOLINIER, « Les méthodes en droit communautaire », in S. POILLOT-PERUZETTO (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 111-120, spéc. pp. 111 et suivantes ; H. G. SCHERMERS et D. F. WÆLBROECK, *Judicial Protection in the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 6^e édition, 2001, spéc. p. 210 et suivantes ; T. GEORGOPOULOS, *La séparation horizontale des pouvoirs*

nationaux par le droit de l'Union européenne. Certes, en un sens, les principes d'équivalence et d'effectivité participent à leur manière à cette harmonisation³⁷⁹². L'un comme l'autre encadrent les traitements nationaux accordés aux situations européennes de manière à ce qu'ils présentent des traits communs. Pour le principe d'équivalence, l'harmonisation se fait entre les traitements accordés aux situations similaires européenne et interne au sein d'un même ordre juridique. Évidemment, une telle harmonisation reste minime. Plus encore, elle présente un risque potentiellement important pour l'effet utile du droit de l'Union, en ce qu'elle dépend des traitements existants et fixés librement par les États membres. Afin de compenser, voire de remédier à un éventuel problème, l'Union européenne a davantage harmonisé les droits nationaux³⁷⁹³. Autrement dit, par effet de préemption³⁷⁹⁴, elle a investi ces domaines qui relevaient jusqu'alors du seul droit interne. Cette "européanisation" des droits nationaux conduit alors à rendre le principe d'équivalence inopérant. Des situations cessent d'être "internes" et ne peuvent plus constituer des référentiels pertinents. Les traitements contrôlés, qui bénéficient aux situations européennes, doivent respecter les règles désormais établies par le droit de l'Union européenne.

920. L'ampleur de cette harmonisation, sur la réduction de la portée du principe de l'autonomie institutionnelle et procédurale, paraît de prime abord considérable. L'apparition d'une nouvelle règle européenne semble porter un coup à cette autonomie : les États membres perdent leur liberté en ce qu'ils doivent, au nom du principe de primauté, s'y conformer fidèlement. Cette affirmation mérite néanmoins d'être précisée. L'autonomie institutionnelle et procédurale perdure aussi longtemps que ces règles européennes ne prévoient rien sur leur application par les autorités nationales. De même, l'harmonisation n'aboutit pas forcément à instituer un meilleur seuil d'effectivité de la mise en œuvre du droit de l'Union, notamment en comparaison de ceux qui existent dans les ordres juridiques nationaux. Dans ce contexte, le principe

en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir, Paris, Dalloz, 2005, spéc. pp. 348 et suivantes.

³⁷⁹² T. HEUKELS et J. TIB (« Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies : Convergence and Divergence », in P. BEAUMONT, C. LYONS et N. WALKER (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 111-128) notent que ces principes « do have the nature of minimum requirements, introducing a kind of minimum harmonization of national procedural laws » (p. 116), parlant de « negative convergence » (p. 116).

³⁷⁹³ Pour exemple, C. DEBOUY, « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G*, n°42, 1992, I, 3616, pp. 437-445 : l'auteur estime que, avec l'apparition des droits relatifs à la protection juridictionnelle, « cela implique que la procédure appliquée devant le juge national soit effectivement protectrice, **sans qu'il y ait lieu de se référer à ce que fait ordinairement ce même juge !** » (p. 440 – nous soulignons).

³⁷⁹⁴ Voir pour exemple, E. NEFRAMI, « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *CDE* 2016, n°1, pp. 221-251, spéc. pp. 224 et suivantes.

d'équivalence conserve potentiellement son utilité. En dépit d'une harmonisation européenne, il demeure envisageable que la protection garantie par les traitements nationaux accordés aux situations européennes doive être équivalente à celle accordée aux situations internes similaires. Le régime procédural imposé en matière de droit de la concurrence par le règlement 1/2003³⁷⁹⁵ et la reconnaissance du principe de responsabilité du législateur national pour avoir violé le droit de l'Union³⁷⁹⁶ sont des illustrations de cette harmonisation européenne. Or, dans ces domaines, si le champ d'application du principe d'équivalence s'étiole de manière incontestable, il n'est pas réduit à néant pour autant.

921. Les effets de l'harmonisation doivent dès lors être appréciés sans exagération. Il s'agit de déterminer dans quelle mesure l'application du principe d'équivalence en pâtit. Plus généralement, O. DUBOS note que « [l']*autonomie procédurale* (...) demeure, mais elle est modulée par l'Union européenne en fonction de sa propre appréciation de l'effectivité et de l'efficacité de son droit. L'Union a su ainsi sublimer sa carence organique par son emprise croissante sur les règles de procédure appliquées par le juge national »³⁷⁹⁷ et même par l'ensemble des autorités nationales. À nos yeux, cette remarque se transpose au principe d'équivalence, dont le champ d'application diminue incontestablement sans jamais vraiment s'évanouir. L'harmonisation, qui conduit à cette réduction de l'application du principe d'équivalence, se manifeste selon nous de deux manières³⁷⁹⁸. La première passe par une harmonisation croissante et – surtout – diversifiée des droits nationaux, opérée par le législateur européen (§1). La seconde se traduit par l'action de la Cour de justice qui accentue ce phénomène (§2).

§1 : Une harmonisation croissante et diversifiée des droits nationaux par le droit de l'Union

922. Le principe d'équivalence s'insère dans un contexte défavorable eu égard à l'harmonisation opérée par l'Union européenne. L'idée d'harmonisation³⁷⁹⁹ s'entend ici

³⁷⁹⁵ Règlement (CE) n°1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité (JOCE 2003, L 1, p. 1).

³⁷⁹⁶ CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec.* p. I-1029.

³⁷⁹⁷ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in E. NEFRAMI (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 159-181, spéc. p. 182.

³⁷⁹⁸ Pour une présentation différente, voir B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, qui distingue entre l'harmonisation par « l'hétérogénéité des règles nationales » et celle qui découle de « l'idéal communautaire la Communauté de droit » (pp. 528 et suivantes).

³⁷⁹⁹ D'autres termes sont employés en doctrine pour désigner cette idée : « *communautarisation* » (O. DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA* 2004,

dans un sens volontairement très large. Comme certains auteurs l'ont montré³⁸⁰⁰, les termes d'harmonisation, de rapprochement, d'investissement, d'unification ou d'uniformisation ne sont pas synonymes. Une certaine hiérarchie ou gradation dans l'immixtion du droit de l'Union sur le droit national existe entre ces concepts. Ces derniers figurent d'ailleurs au sein des traités européens et touchent des matières très variées. Ces différences sont indéniables mais leur logique reste en substance la même³⁸⁰¹ : estomper des disparités, lisser et aligner les réglementations nationales, standardiser autant que possible certains domaines. L'harmonisation (*lato sensu*) vise à minimiser voire nier les différences pouvant exister entre les États membres ou même au sein d'un ordre juridique national. En un sens, harmoniser revient à établir une forme d'équivalence entre les droits des différents ordres juridiques nationaux ou au sein d'un même domaine. Logiquement, l'accroissement de cette dynamique d'harmonisation conduit à rendre l'application du principe d'équivalence obsolète. En effet, des dispositions textuelles de l'Union, éventuellement suppléées par la jurisprudence de la Cour de justice, conduisent directement à établir ou imposer une équivalence³⁸⁰². Évidemment, une telle affirmation doit rester nuancée. Aussi poussée soit-elle, l'harmonisation – ou plus généralement l'intervention du droit de l'Union – ne peut aboutir à une “européanisation” absolue du droit national³⁸⁰³. Le principe d'équivalence sera toujours amené à encadrer ces reliquats qui ne peuvent être harmonisés ou directement régis par le droit de l'Union européenne. Malgré tout, force est d'admettre que l'accentuation de l'harmonisation diminue en pratique les possibilités d'application du principe d'équivalence.

n°198, pp. 6-14) ou « modélisation » (B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 522 et suivantes) du droit national.

³⁸⁰⁰ Voir not. R. VANDER ELST, « Les notions de coordination, d'harmonisation, de rapprochement et d'unification du droit dans le cadre de la Communauté économique européenne », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Ed. de l'Univ. de Bruxelles, 1976, pp. 1-14, où l'auteur évoque et actualise des réflexions doctrinales datant des années 1960 ; A. JEAMMAUD, « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 35-55.

³⁸⁰¹ En ce sens, V. CHRISTIANOS, « Le mécanisme d'harmonisation procédurale dans l'Union européenne », *RAE*, 2007-2008, n°3, pp. 589-600 : « La multiplicité des termes indique clairement que les mécanismes auxquels ils renvoient présentent des différences conceptuelles. Mais les distinctions conceptuelles subtiles ne sont pas décisives parce que, derrière et au-delà, ce qui importe, c'est que, à travers ces mécanismes, il existe une téléologie commune à savoir un objectif commun poursuivi » (p. 589).

³⁸⁰² Selon A. JEAMMAUD (*op. cit.*), l'harmonisation est le concept le moins unificateur en comparaison des deux autres. L'unification implique des « règles **uniques** », l'uniformisation des « règles **distinctes mais identiques** » tandis que l'harmonisation requiert des « règles **distinctes mais équivalentes** » (p. 47 – il insiste). Le plus petit dénominateur commun à ces logiques tient donc dans l'établissement d'une équivalence.

³⁸⁰³ Voir not. L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n° 199, pp. 4-16 : « Dans tous les cas, cependant, l'ordonnement prescrit par le droit communautaire est limité : il ne saurait consister en une destruction des ordres à ordonner, sous peine de provoquer des réactions de défense voire de désintégration ».

923. Cette présentation se confirme aisément. Elle prend néanmoins deux aspects à distinguer. En effet, l'harmonisation minimise l'intérêt du principe d'équivalence en ce qu'elle affecte à la fois les "situations" et les "traitements". Pour les premières, elle aboutit à une raréfaction des référentiels nationaux : l'harmonisation conduit à ce que, pour un même domaine, les situations similaires entre elles soient toutes régies par le droit de l'Union européenne. Autrement dit, aucune situation similaire *interne* ne peut être envisagée, ce qui aboutit à une inapplication³⁸⁰⁴ du principe d'équivalence (A.). Pour ce qui est des traitements, l'harmonisation se traduit essentiellement par un encadrement direct du droit national. Les États membres n'agissent donc plus au titre de l'autonomie institutionnelle et procédurale puisqu'une règle européenne vient explicitement régir le traitement national à accorder à une situation européenne. En pareilles circonstances, l'application du principe d'équivalence est écartée (B.).

A. Une raréfaction des référentiels par l'investissement du droit de l'Union dans un domaine juridique

924. L'harmonisation conduit à des effets assez insoupçonnés et peu étudiés sur l'application du principe d'équivalence lorsqu'elle affecte les "situations". La perspective peut même apparaître assez subtile et délicate à démontrer. Pour ce qui va nous intéresser ici, les traitements nationaux, c'est-à-dire les modalités qui encadrent une situation européenne ou interne, restent déterminés par l'État membre au titre de son autonomie procédurale. L'harmonisation ne concerne pas les traitements mais bien les situations : pour un domaine donné, elles seront toutes ou majoritairement qualifiées d'"européennes". L'application du principe d'équivalence se heurte alors à un obstacle de taille puisqu'aucun référentiel n'est identifiable. Or, pour mémoire, la jurisprudence de la Cour de justice est péremptoire sur ce point³⁸⁰⁵ : le principe d'équivalence n'a pas vocation à garantir une équivalence entre des traitements nationaux accordés à des situations similaires européennes. Une telle exigence relève le cas échéant du principe d'égalité de traitement. Le fait est que, lorsqu'un domaine est harmonisé par le droit de l'Union, les situations qui s'y rattachent perdent leur qualité de "situation interne".

³⁸⁰⁴ Le terme est peut-être excessif en ce que le principe d'équivalence est bien susceptible de s'appliquer formellement. Cependant, constatant l'absence de tout référentiel pertinent, la Cour de justice se contente de présumer le principe d'équivalence respecté. Nous avons montré qu'une telle affirmation ne traduit aucune application réelle ou effective de l'exigence d'équivalence – cf. *supra*, pt. 796 et suivants.

³⁸⁰⁵ Cf. *supra*, pt. 659-660.

Aussi, aucune ou trop peu d'entre elles sont susceptibles de constituer des référentiels pertinents au titre du principe d'équivalence.

925. L'idée d'un "domaine" harmonisé par le droit de l'Union n'est certes pas très claire³⁸⁰⁶. Le terme reste très évasif et même insaisissable. Il est toutefois employé par la Cour de justice au titre du principe d'équivalence. Elle indique fréquemment que « *ce principe ne saurait être interprété comme obligeant un État membre à étendre son régime interne le plus favorable à l'ensemble des actions introduites dans un certain domaine du droit* »³⁸⁰⁷, souvent le droit du travail³⁸⁰⁸. Autrement dit, pour un même ensemble de recours – ou, plus généralement, de traitements nationaux – appliqués à des situations relevant d'un même domaine, aucune uniformisation n'est requise par le principe d'équivalence. Des différences peuvent éventuellement exister à la condition qu'elles affectent des situations non similaires ou qu'elles restent minimales. Nous comprenons d'abord ce *dictum* de la Cour de justice comme nuanciant le degré de similitude entre des situations qui se rattachent à un « *certain domaine du droit* ». Cela étant, il laisse entendre que, pour un même "domaine", les situations en son sein présentent naturellement des points de similitude. Le contexte serait alors propice à l'application du principe d'équivalence. Il suffirait de comparer le traitement accordé à la situation européenne vis-à-vis des traitements accordés à d'autres situations relevant du même domaine juridique. Les arrêts *Pontin*³⁸⁰⁹ et *Bulicke*³⁸¹⁰, bien qu'assez controversés, le confirment. La Cour de justice y admet aisément la similitude de voies de droit relevant du droit du travail pour appliquer le principe d'équivalence, alors même que leurs objets respectifs sont assez différents. Nous l'avons vu³⁸¹¹, cette approche se discute mais peut se comprendre si l'on prend en considération le fait que ces voies de droit s'inscrivent dans un même domaine.

926. Ce contexte favorable à l'application du principe d'équivalence ne vaut que si le domaine en question rassemble des situations relevant du droit de l'Union mais aussi – et surtout – du droit interne. Autrement dit, il ne doit pas être trop harmonisé ou trop investi par le droit de l'Union. Dans le cas contraire, l'application du principe d'équivalence se trouverait dans une impasse. Dans le meilleur des cas et dans l'esprit du

³⁸⁰⁶ Sur ce sujet, voir not. O. DUBOS, « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? » précité.

³⁸⁰⁷ Pour exemple, CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08, *Rec.* p. I-635, pt. 34 ; CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478, pt. 31.

³⁸⁰⁸ CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467, pt. 45 ; CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, *Rec.* p. I-7003, pt. 27.

³⁸⁰⁹ CJCE, *Pontin*, aff. C-63/08 précité.

³⁸¹⁰ CJUE, *Bulicke*, aff. C-246/09 précité.

³⁸¹¹ Cf. *supra*, pt. 617.

dictum précité de la Cour de justice, un référentiel interne pourra théoriquement exister mais son identification sera dans les faits ardue. La similitude reste envisageable mais vis-à-vis de situations relevant d'un autre domaine³⁸¹². De manière moins optimiste, il devient très probable que, eu égard à cette harmonisation, toutes les situations similaires envisageables soient régies par le droit de l'Union³⁸¹³. Quelle que soit l'optique retenue, compte tenu de la position assez stricte de la Cour de justice pour apprécier la similitude de situations, l'application du principe d'équivalence est sévèrement compromise par cette harmonisation de domaines juridiques.

927. Cet investissement du droit de l'Union européenne dans un domaine juridique reste assez délicat à cerner avec précision. Le "domaine" étant lui-même une notion évasive, l'intensité de son harmonisation par le droit de l'Union est tout autant insaisissable. Autrement dit, un recensement des dispositions textuelles européennes n'aide en rien. L'harmonisation dont il est question ici se constate surtout – quoique de manière très implicite – dans l'acception très restrictive que donne la Cour de justice de la "situation interne". Comme cela a été vu, le concept se définit négativement comme une situation n'étant pas européenne, c'est-à-dire une situation dans laquelle la règle trouvant à s'appliquer ne se *rattache* pas au droit de l'Union européenne. À l'instar du concept de "situation purement interne"³⁸¹⁴, ce type de situation tend à se raréfier selon le même procédé. Une situation donnant lieu à la mise en œuvre d'une disposition nationale se voit parfois rattacher au droit de l'Union par la Cour de justice. Cette jurisprudence permet ainsi de mieux appréhender les domaines harmonisés par le droit de l'Union et affectant l'application du principe d'équivalence. Autrement dit, la Cour de justice va considérer qu'une disposition européenne harmonise un domaine donné en ce que les réglementations nationales qui s'y rapportent deviennent des situations non pas "internes" mais "européennes".

928. Ainsi appréhendée, cette harmonisation se constate essentiellement³⁸¹⁵ dans deux domaines vis-à-vis du principe d'équivalence : le droit du travail et le droit relatif à la protection internationale. Pour le premier, l'harmonisation est opérée notamment³⁸¹⁶ par les directives 75/117³⁸¹⁷ et 2000/78³⁸¹⁸ en matière de lutte contre les

³⁸¹² En ce sens, CJUE, 6 mai 2010, *Club Hotel Loutraki e.a.*, aff. jt. C-145/08 et C-149/08, *Rec.* p. 4165, pt. 77.

³⁸¹³ En ce sens, voir F. DE CECCO, « Room to Move – Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *CMLR* 2006, n°43, pp. 9-30, spéc. pp. 12-13.

³⁸¹⁴ Cf. *supra*, pt. 225 et suivants.

³⁸¹⁵ Pour un autre exemple, quoiqu'assez implicite, concernant le domaine contractuel, voir CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655, pt. 66-68.

³⁸¹⁶ Voir not. S. ROBIN-OLIVIER, *Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 272 et suivantes.

discriminations en droit du travail ou par la directive 1999/70³⁸¹⁹ sur l'encadrement du recours aux contrats à durée déterminée. L'arrêt *Levez* est le premier à constater cette harmonisation défavorable au principe d'équivalence³⁸²⁰. Pour mémoire, la Cour de justice estime qu'une loi anglaise, même adoptée avant l'adhésion du Royaume-Uni à l'Union européenne, « constitue la législation par laquelle [l'État] s'acquitte des obligations qui lui incombent en vertu d'abord de l'article 119 du traité et ensuite de la directive [75/117] »³⁸²¹. Dès lors, le recours fondé sur ladite législation ne constitue plus un recours fondé sur le droit interne. En l'occurrence, implicitement, la directive 75/117 a investi le domaine relatif aux recours « visant au respect de l'égalité des conditions contractuelles » en droit du travail puisque toute législation nationale qui s'y rattache ne constitue pas une situation « interne ». L'arrêt *Santoro*, à la lecture des conclusions de l'avocat général M. SZPUNAR³⁸²², s'inscrit dans la même ligne concernant les dispositions nationales relatives à la sanction de l'utilisation abusive de contrats à durée déterminée dans le secteur privé ou public³⁸²³. L'arrêt *Starjakob* est une autre illustration. La Cour de justice considère en l'occurrence « qu'une disposition [telle que celle présente en droit interne] est une disposition procédurale régissant les recours fondés sur la méconnaissance non pas du droit national, mais du droit de l'Union, dans la mesure où elle a été adoptée afin de tenir compte des enseignements découlant de l'arrêt *Hütter* [de la Cour de justice, relatif à la directive 2000/78] »³⁸²⁴. Ces exemples ne font que révéler un aspect du phénomène d'harmonisation européenne dans le domaine du droit du travail.

³⁸¹⁷ Directive 75/117/CEE du Conseil, du 10 février 1975, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins (JOCE 1975, L 45, p. 19).

³⁸¹⁸ Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail (JOCE 2000, L 303, p. 16). Voir not. D. DIMITRIOU, « Article 16. Conformité/Compliance », in E. DUBOUT (dir.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 367-376, spéc. pp. 375-376.

³⁸¹⁹ Directive 1999/70/CE du Conseil du 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée (JOCE 1999, L 175, p. 43).

³⁸²⁰ Position confirmée *in extenso* dans CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, Rec. p. I-3201.

³⁸²¹ CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, Rec. p. I-7835, pt. 48.

³⁸²² M. SZPUNAR, conclusions sur CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166 : « Or, les mesures adoptées par le législateur national dans l'exercice des obligations découlant de la directive 1999/70 afin de sanctionner l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée par les employeurs du secteur privé **continuent** de mettre en œuvre le droit de l'Union, même si d'autres mesures applicables au secteur public sont prévues en droit national. Dès lors, les modalités de ces deux types de mesures ne peuvent pas être comparées au regard du principe d'équivalence, ces mesures portant exclusivement sur l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » (pt. 32 – nous soulignons).

³⁸²³ CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité : « à l'instar des mesures adoptées par le législateur national dans le cadre de la directive 1999/70, afin de sanctionner l'utilisation abusive des contrats à durée déterminée par les employeurs du secteur public, celles adoptées par ledit législateur afin de sanctionner l'utilisation abusive de ce type de contrats par les employeurs du secteur privé mettent en œuvre le droit de l'Union. Il s'ensuit que les modalités propres à ces deux types de mesures ne peuvent être comparées au regard du principe d'équivalence, celles-ci portant sur l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union » (pt. 40).

³⁸²⁴ CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38, pt. 73.

929. Le second domaine porte sur les régimes nationaux accordés aux demandes de protection internationale³⁸²⁵. L'harmonisation dans ce domaine³⁸²⁶ aboutit à rendre pratiquement impossible l'identification d'une situation qui relèverait exclusivement du droit interne³⁸²⁷. Dans un arrêt *Danqua*³⁸²⁸, la Cour de justice n'évoque qu'implicitement cette hypothèse. L'affaire portait sur le droit d'asile en Irlande, domaine très encadré par la directive 2004/83³⁸²⁹. Dans ce contexte, il apparaît difficile d'envisager la subsistance de réglementations exclusivement nationales susceptibles de caractériser une "situation interne". La Cour de justice envisage pourtant cette possibilité si « le droit irlandais relatif à l'asile [dispose de] règles matérielles nationales **complétant** le droit de l'Union »³⁸³⁰. Sujette à interprétation, cette affirmation se comprend à la lecture des conclusions de l'avocat général Y. BOT rendues sur l'arrêt *Bilali*. Il relève que, « [dans] la mesure où la directive 2011/95³⁸³¹ procède à une harmonisation exhaustive du domaine de la protection internationale, il sera nécessaire de se référer aux statuts conférés **à titre discrétionnaire** par les États membres, par bienveillance ou pour des raisons humanitaires »³⁸³² pour vérifier le respect du principe d'équivalence.

930. Une autre illustration, assez implicite là encore, est fournie par l'arrêt *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*. La Cour de justice reprend le constat posé par le juge national selon lequel un référentiel pertinent ne peut être trouvé que « dans certains domaines du droit administratif autres que le domaine de la protection internationale »³⁸³³. Il en va de même dans l'arrêt *Commissaire général aux réfugiés et aux*

³⁸²⁵ Dans le cadre de la « politique commune d'asile, de protection subsidiaire et de protection temporaire » selon l'article 78, §1, TFUE. Sur cette question, voir not. L. LEBŒUF, V^o « Politique commune d'asile », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2640, 1^{er} novembre 2017.

³⁸²⁶ Outre les directives citées *infra*, voir la directive 2013/32/UE du Parlement européen et du Conseil, 26 juin 2013, relative à des procédures communes pour l'octroi et le retrait de la protection internationale (JOUE 2013, L 180, p. 60). Sur une application récente, voir CJUE, 9 septembre 2021, *Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl (Demande ultérieure de protection internationale)*, aff. C-18/20, ECLI:EU:C:2021:710.

³⁸²⁷ En ce sens, Y. BOT, conclusions sur CJUE, 20 octobre 2016, *Danqua*, aff. C-429/15, ECLI:EU:C:2016:78, pt. 58-59. Cela n'empêche pas que, si une telle chose reste compatible avec les normes européennes, « les États membres restent libres d'adopter ou de maintenir des normes plus favorables » (pt. 57) ; cependant, le principe d'équivalence y est indifférent.

³⁸²⁸ CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité.

³⁸²⁹ Directive 2004/83/CE du Conseil du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (JOCE 2004, L 304, p. 12).

³⁸³⁰ CJUE, *Danqua*, aff. C-429/15 précité, pt. 34 – nous soulignons

³⁸³¹ Directive 2011/95/UE du Parlement européen et du Conseil du 13 décembre 2011 concernant les normes relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants des pays tiers ou les apatrides pour pouvoir bénéficier d'une protection internationale, à un statut uniforme pour les réfugiés ou les personnes pouvant bénéficier de la protection subsidiaire, et au contenu de cette protection (JOUE 2011, L 337, p. 9), qui remplace la directive visée dans l'arrêt *Danqua*.

³⁸³² Y. BOT, conclusions sur CJUE, 23 mai 2019, *Bilali*, aff. C-720/17, ECLI:EU:C:2019:448, pt. 94 – nous soulignons.

³⁸³³ CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst/Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776, pt. 45.

apatrides : les référentiels avancés par le requérant se limitent aux « *recours en annulation contre les décisions administratives à portée individuelle autres que celles adoptées en application des lois sur l'accès au territoire, le séjour, l'établissement et l'éloignement des étrangers* »³⁸³⁴ ou à ceux de droit administratif « *sauf en matière d'asile* »³⁸³⁵. La Cour de justice ne commente nullement de telles positions. Ces affirmations confirment que l'identification de référentiels nationaux se complexifie lorsque le domaine en cause est harmonisé. Pour y parvenir, il faut parvenir à déceler des aspects de ce domaine encore non harmonisés ou, à défaut, tenter de trouver une situation similaire qui relève d'un autre domaine.

B. Un encadrement direct des traitements nationaux écartant l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres

931. L'harmonisation du droit national empêche l'application du principe d'équivalence lorsqu'elle concerne les traitements nationaux. L'obstacle n'est d'ailleurs pas spécifique au principe d'équivalence en ce que le principe d'effectivité est lui aussi concerné. Dans cette situation, l'autonomie institutionnelle et procédurale s'efface puisqu'il existe une règle européenne qui encadre *directement* le traitement national³⁸³⁶. L'État membre ne dispose alors plus de marge de manœuvre sur ce sujet. Les principes d'équivalence et d'effectivité n'ont plus vocation à s'appliquer : seul compte le respect, par le droit national, des exigences imposées par la règle européenne. Cette dynamique de "déclin" de l'autonomie procédurale constitue une thématique classique en doctrine. Plusieurs auteurs analysent à leur manière cette idée, soit pour la nuancer³⁸³⁷, soit pour l'accentuer³⁸³⁸. Le constat demeure toutefois le même : le droit de l'Union européenne gagne en précision et investit des domaines pour lesquels les États membres restaient libres et autonomes. Les traitements nationaux accordés aux situations européennes sont soumis à des règles de plus en plus spécifiques et échappent au principe d'équivalence.

³⁸³⁴ CJUE, 9 septembre 2020, *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides (Rejet d'une demande ultérieure - Délai de recours)*, aff. C-651/19, ECLI:EU:C:2020:681, pt. 51.

³⁸³⁵ *Ibid.*, pt. 40.

³⁸³⁶ Sur cette idée, cf. *supra*, pt. 159 et suivants. La Cour de justice considère notamment que l'autonomie procédurale ne joue qu'« *en l'absence, dans le droit de l'Union, d'une harmonisation [des règles litigieuses]* » (pour exemple, CJUE, 8 juin 2017, *Vinyls Italia*, aff. C-54/16, ECLI:EU:C:2017:433, pt. 26).

³⁸³⁷ Pour exemple, V. BOUHIER, « L'autonomie procédurale : les contours évolutifs d'un principe dans le cadre de la répétition de l'indu », *Rev. UE*, 2013, pp. 481-488 ; R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et J.-B. AUBY (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 887-936.

³⁸³⁸ En ce sens, à nos yeux, voir A. PERRIN, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale des États membres ? (à propos de la décision de la CJCE du 18 juillet 2007, *Commission c/ Allemagne*) », *RDP* 2008, n°6, pp. 1661-1668 ; V. COURONNE, « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309 ; F. CAULET, « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTDE* 2012, pp. 594-29-594-55.

932. Si la Cour de justice joue un rôle très important, celui du législateur de l'Union nous paraît également révélateur de cette harmonisation supplantant l'autonomie procédurale des États membres³⁸³⁹. En effet, en s'employant à régir directement certains traitements nationaux, il est en phase avec l'idée originelle selon laquelle les principes d'équivalence et d'effectivité n'ont vocation qu'à être des garanties *provisoires* ou *temporaires*³⁸⁴⁰. L'harmonisation est alors perçue comme une nécessité pour combler les failles laissées par ces deux principes afin de favoriser l'effectivité des dispositifs européens. Cependant, elle ne fait que restreindre le champ d'application du principe d'équivalence sans automatiquement réduire ledit principe à néant (1.). La réduction de l'autonomie procédurale qui en résulte s'intensifie par la diversité des éléments des traitements nationaux harmonisés. En effet, même si cette appréciation doit rester mesurée, peu d'aspects constitutifs d'un traitement national échappent à une mainmise du droit de l'Union européenne (2.).

1. Une harmonisation réduisant logiquement le champ d'application du principe d'équivalence

933. La jurisprudence *Rewe* et *Comet* manifeste un compromis³⁸⁴¹ entre l'impossibilité pour l'Union de régler exhaustivement les conditions de mise en œuvre du droit de l'Union d'un côté et la nécessité de garantir l'effectivité de celui-ci de l'autre. La doctrine considère, selon les auteurs et selon les époques, que cet équilibre convient ou que la balance penche trop d'un côté ou de l'autre³⁸⁴². Quoi qu'il en soit, pour ce qui la concerne, la Cour de justice laisse entendre que la solution idéale³⁸⁴³ réside

³⁸³⁹ La doctrine est assez silencieuse à ce sujet, préférant – non sans raison – se concentrer sur le rôle de la Cour de justice (cf. *infra*, pt. 945 et suivants). Le droit écrit de l'Union européenne a pourtant une place déterminante. Sur ce sujet, voir not. O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, pp. 174 et suivantes ; M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BURCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, spéc. pp. 435 et suivantes.

³⁸⁴⁰ Sur ces idées, cf. *supra*, pt. 167. Nous réfutons une vision absolue de ce statut des principes d'équivalence et d'effectivité. Cela étant, lorsque le droit de l'Union investit un domaine jusque-là encadré au titre de l'autonomie procédurale, ces deux principes cessent d'être opérants ; en cela, on peut soutenir qu'ils ont été des remèdes temporaires, à cette absence d'harmonisation.

³⁸⁴¹ En ce sens, voir not. D.-U. GALETTA, *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?*, Berlin-Londres, Springer, 2010, pp. 79-81.

³⁸⁴² Voir B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 521 et suivantes ; M. LE BARBIER-LE BRIS, « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457, spéc. pp. 429-430.

³⁸⁴³ Si cette citation d'un ancien juge de la Cour de justice est représentative, voir F. SCHOCKWEILER, « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », RTDE 1992, pp. 27-50 : « la meilleure solution, dans l'intérêt tant de l'uniformité d'application des règles dérivant du droit communautaire que de l'égalité de traitement des victimes de violations du droit communautaire imputables aux États membres, ne consisterait[-t-elle] pas dans l'élaboration, par la voie du législateur communautaire, d'un corps de règles régissant les conditions d'engagement de la responsabilité des États membres pour les dommages causés aux particuliers par de telles violations » (p. 49).

dans l'intervention du législateur européen³⁸⁴⁴. Il revient à ce dernier de décider s'il convient ou non d'encadrer directement le traitement national accordé à une situation européenne et jusqu'à quel point³⁸⁴⁵. Évidemment, une telle décision est soumise à de multiples contraintes juridiques, tenant à la compétence de l'Union européenne et au respect des principes de subsidiarité³⁸⁴⁶ et de proportionnalité. La décision d'harmoniser est aussi affaire de politique et d'opportunité³⁸⁴⁷. Une sorte de bilan coût/avantage³⁸⁴⁸ doit être fait entre l'atteinte à l'autonomie des États membres et le gage d'effectivité attendue de l'harmonisation.

934. Ces débats existent, mais un consensus semble se dégager pour considérer que l'encadrement direct renforce la protection de l'effectivité du droit de l'Union³⁸⁴⁹. Le régime imposé par la règle européenne, qui supprime celui qu'aurait choisi l'État membre au titre de son autonomie procédurale, peut être favorablement perçu³⁸⁵⁰. L'uniformité dans la mise en œuvre du droit de l'Union européenne s'en trouve évidemment confortée³⁸⁵¹. Les disparités existantes entre les États membres, pouvant presque conduire à une forme de concurrence entre eux³⁸⁵², cessent au profit d'un régime commun. De plus, l'harmonisation permet de donner un cadre plus cohérent, rationnel et adapté à une politique européenne ou vis-à-vis d'une mission déterminée³⁸⁵³. Enfin –

³⁸⁴⁴ Le plus manifeste reste la précision faite par la Cour dans *Comet* (CJCE, 16 décembre 1976, *Rec.* p. 2043, pt. 14), en ce qu'elle rappelle que « le cas échéant », le droit de l'Union permet d'adopter la réglementation européenne manquante. Dans le même sens, voir CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec.* p. 1887 dans laquelle elle juge une absence de réglementation européenne « regrettable » (pt. 12).

³⁸⁴⁵ Offrant une grille de lecture assez intéressante pour étudier cette question, voir D. BERLIN, « Concurrence normative entre les États. Comment est-elle gérée par le droit européen ? », in C. KESSEDIAN (dir.), *L'autonomie en droit européen*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2013, pp. 41-70.

³⁸⁴⁶ Pour exemple, voir F. FABBRINI, « The Principle of Subsidiarity », in R. SCHÜTZE et T. TRIDIMAS (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Vol. I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 221-242, spéc. pp. 232 et suivantes.

³⁸⁴⁷ Dans cette idée, J. CAVALLINI (*Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995) estime que les États membres (dans leur participation à la politique et à la prise de décision de l'Union) sont réticents à opérer de telles harmonisations : « la réticence des États à réglementer au niveau de la Communauté Européenne s'explique par l'avantage que constitue, pour eux, l'autonomie procédurale comme moyen de résistance au droit communautaire » (p. 226).

³⁸⁴⁸ Nous adaptons l'idée de D. BERLIN, *op. cit.*, p. 43.

³⁸⁴⁹ Voir not. P. CRAIG, *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2012, pp. 780-782.

³⁸⁵⁰ Voir not. J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409 : « Tous les rapporteurs nationaux sont d'accord pour constater qu'un degré d'harmonisation plus poussé des conditions d'exercice du droit communautaire apparaît souhaitable – bien qu'avec des variations d'intensité d'après les matières concernées – et qu'il peut être réalisé par voie de règlements ou de directives d'harmonisation » (p. 405) ; l'auteur cite quelques exemples en ce sens. Voir également M. ROCCATI, « Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres ? », *RIDE*, 2015, pp. 429-439, spéc. pp. 435 et suivantes ; M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, p. 435.

³⁸⁵¹ En ce sens, voir not. J. BRIDGE, « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States », *ELR* 1984, pp. 28-42, spéc. p. 41.

³⁸⁵² Voir D. BERLIN, *op. cit.*, pp. 65 et suivantes.

³⁸⁵³ Pour exemple, B. LE BAUT-FERRARESE, « L'émergence d'un droit communautaire de la protection juridictionnelle du consommateur », in *Vers un code européen de la consommation* précité, pp. 287-304 : « Le rapprochement des législations nationales concernant l'accès du consommateur à la justice est un moyen de conserver la cohérence de la politique communautaire générale visant le consommateur » (p. 289).

et surtout – la mise en œuvre du droit de l'Union n'est plus totalement tributaire du traitement fixé par l'État membre.

935. Cette harmonisation des traitements nationaux conduit à minimiser l'application du principe d'équivalence au profit d'une exigence directement prévue par une disposition textuelle. Certes, cet effacement du principe d'équivalence varie très largement selon l'intensité de l'harmonisation et ce que prévoit la réglementation européenne. Dans certains cas, l'exigence issue du texte conduit à une contrainte analogue, sinon identique, sur le droit à national à celle du principe d'équivalence³⁸⁵⁴. Par exemple, l'article 4 de la directive 2014/104 prescrit explicitement le respect des principes d'équivalence et d'effectivité concernant les modalités d'action en indemnité découlant d'une violation des articles 101 et 102 TFUE³⁸⁵⁵. Dans une moindre mesure, le principe d'équivalence est présent dans l'énoncé des motifs³⁸⁵⁶. Enfin, certaines dispositions s'interprètent comme imposant le respect du principe d'équivalence³⁸⁵⁷. Ici, l'harmonisation occulte l'application du principe d'équivalence en tant que principe prétorien et non-écrit.

936. En dehors de ces cas assez particuliers, certaines dispositions reprennent une exigence distincte mais très proche de celle du principe d'équivalence. En règle générale, il s'agit d'interdire des traitements défavorables imposés à une situation européenne en comparaison d'une situation interne³⁸⁵⁸. En ce sens, les dispositifs

³⁸⁵⁴ Pour exemple, article 14 de la directive 2014/41/UE du Parlement européen et du Conseil du 3 avril 2014 concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (*JOUE* 2014, L 130, p. 1).

³⁸⁵⁵ Voir Art. 4 Directive 2014/104/UE (Parlement et Conseil), 26 novembre 2014, relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence (*JOUE* 2014, L 349, p. 1).

³⁸⁵⁶ Voir Règlement (UE) 2017/1939 du Conseil du 12 octobre 2017 mettant en œuvre une coopération renforcée concernant la création du Parquet européen (*JOUE* 2017, L 283, p. 1), considérant 88.

³⁸⁵⁷ Voir CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec.* p. 691, pt. 11-12 à propos de l'article 8 de la directive 64/221 du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*JOCE* 1964, n° 56, p. 850). Voir également Y. BOT, conclusions sur CJUE, 21 septembre 2017, aff. C-171/16, ECLI:EU:C:2017:710, pt. 65 et pt. 77 et conclusions sur CJUE, 5 juillet 2018, *Lada*, aff. C-390/16, ECLI:EU:C:2018:532, pt. 76 et suivants, à propos de la décision-cadre 2008/675/JAI du 24 juillet 2008 relative à la prise en compte des décisions de condamnation entre les États membres de l'Union européenne à l'occasion d'une nouvelle procédure pénale (*JOCE* 2008, L 220, p. 32) ; conclusions sur CJUE, 24 octobre 2019, *Gavanozov*, aff. C-324/17, ECLI:EU:C:2019:892, à propos de Directive 2014/41/UE (Parlement et Conseil), 3 avril 2014, concernant la décision d'enquête européenne en matière pénale (*JOUE* 2014, L 130, p. 1).

³⁸⁵⁸ Pour exemple, voir Directive 2003/37/CE du Parlement européen et du Conseil, du 26 mai 2003, concernant la réception par type des tracteurs agricoles ou forestiers, de leurs remorques et de leurs engins interchangeables tractés, ainsi que des systèmes, composants et entités techniques de ces véhicules (*JOCE* 2003, L 171, p. 1) à la lumière de CJUE, 15 juin 2017, *Agrodetalé*, aff. C-513/15, ECLI:EU:C:2017:473, pt. 27 ; Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures (*JOUE* 2010, L 84, p. 1) à la lumière de CJUE, 20 janvier 2021, *Maksu- ja Tollamet*, aff. C-420/19, ECLI:EU:C:2021:33, pt. 41-46.

instituant des mécanismes de reconnaissance mutuelle peuvent être évoqués³⁸⁵⁹. Nous l'avons vu³⁸⁶⁰, les principes d'équivalence et de la reconnaissance mutuelle traduisent une exigence assez proche : le traitement national normalement accordé à un objet déterminé³⁸⁶¹ (service, marchandise, document, situation, etc.) doit être équivalent à celui accordé à un objet similaire issu d'un autre État membre. La contrainte pèse non sur la qualité du traitement national en lui-même mais sur le choix de l'État membre d'accorder tel traitement plutôt qu'un autre à une situation européenne³⁸⁶². L'harmonisation faite par reconnaissance mutuelle conduit ainsi à remplacer l'exigence du principe d'équivalence par une autre au demeurant assez similaire.

937. L'harmonisation peut également imposer une exigence différente de celle du principe d'équivalence. Il s'agit alors de dispositifs qui imposent à l'État membre d'instituer un traitement national présentant certaines caractéristiques. Cependant, là encore, l'harmonisation ne provoque pas un effacement total du principe d'équivalence. Elle ne fait que réduire sa portée. Tel est particulièrement le cas pour ce qui est de l'harmonisation dite "minimale"³⁸⁶³. Ici, la règle européenne n'impose qu'un seuil minimal : s'il le respecte, l'État membre est libre d'instituer un traitement plus avantageux³⁸⁶⁴ pour la situation européenne. Plus encore, si un traitement accordé à des situations internes similaires existe et s'avère plus favorable, rien n'empêche le principe d'équivalence de s'appliquer³⁸⁶⁵. Ce n'est donc que dans des hypothèses finalement assez "extrêmes" que le principe d'équivalence est substantiellement supplanté. Ici, l'harmonisation est souvent jugée comme un terme trompeur : il serait plus judicieux de parler d'uniformisation ou d'unification des traitements nationaux³⁸⁶⁶. Les États membres

³⁸⁵⁹ Sur la relation entre harmonisation et reconnaissance mutuelle, voir not. D. VIGNES, « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 533-546, spéc. pp. 538-539.

³⁸⁶⁰ Cf. *supra*, pt. 314 et suivants. Voir not. M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO, « « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », in M. FARTUNOVA-MICHEL et C. MARZO (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 13-56, spéc. pp. 24 et suivantes.

³⁸⁶¹ Voir pour exemple L. AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 5 octobre 2004, n° 199, pp. 4-16 : « *Disons simplement que son objet est d'organiser les systèmes de production des règles juridiques nationales ayant une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun de telle sorte qu'ils puissent se reconnaître mutuellement. Davantage qu'une reconnaissance, cette méthode met en œuvre un principe d'équivalence des systèmes de production normative nationaux (...). [Le] dispositif étranger, où le service ou le produit trouve son origine, est incorporé au cadre national d'accueil et il est loisible, pour ceux qui peuvent en tirer avantage, de le faire jouer en opposition avec les règles domestiques. Un jeu de contrastes, de compétition, s'établira ainsi* ».

³⁸⁶² En ce sens, V. MICHEL, « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *ADE*, 2004, pp. 31-50, spéc. pp. 47 et suivantes.

³⁸⁶³ Voir not. M. DOUGAN, « Minimum Harmonization and the Internal Market », *CMLR* 2000, n°37, pp. 853-885.

³⁸⁶⁴ Pour exemple, article 9 de la directive 80/987/CEE du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (*JOCE* 1980, L 283, p. 23) ; article de la directive 2004/83 précitée.

³⁸⁶⁵ Voir not. CJCE, 22 février 2001, *Camarotto et Vignone*, aff. jt. C-52/99 et C-53/99, *Rec. p.* I-1395, pt. 29-30.

³⁸⁶⁶ A. JEAMMAUD, *op. cit.*, pp. 40 et suivantes ; L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris LGDJ, 8^e édition, 2019, p. 434.

ne bénéficient d'aucune marge de manœuvre³⁸⁶⁷. Ceci étant, cette harmonisation ne peut jamais être vue comme exhaustive³⁸⁶⁸ – sauf à remettre en cause le postulat établi de l'incomplétude du droit de l'Union européenne. En effet, toute disposition européenne, aussi précise soit-elle, devra systématiquement bénéficier de compléments apportés par le droit national³⁸⁶⁹. Ces aspects relèvent de l'ordre juridique national, en ce qu'ils échappent à toute contrainte européenne directe. Aussi, les principes d'équivalence et d'effectivité s'y appliqueront. Notre propos est d'insister sur le fait que le principe d'équivalence n'a pas vocation à disparaître en raison de cette harmonisation³⁸⁷⁰, du moins en théorie. En revanche, sans conteste, celle-ci conduit à rendre son application en pratique de plus en plus désuète.

2. Une harmonisation touchant l'ensemble des facettes des traitements nationaux

938. L'harmonisation décrite précédemment n'a au bout du compte que peu d'originalité. Elle ne fait que renvoyer à un lieu commun, celui de l'accroissement de l'intervention du droit de l'Union dont la conséquence est de réduire l'étendue de l'autonomie des États membres. Chaque nouvelle disposition européenne réduit, de manière plus ou moins importante, la possibilité pour le principe d'équivalence de s'appliquer et d'encadrer le droit national. Ce phénomène aurait pu être relativisé en ce que, de prime abord, les dispositifs européens édictés renvoient à des règles matérielles ou substantielles³⁸⁷¹ : elles ne concernent pas les aspects procéduraux ou institutionnels qui constituent – pour l'essentiel – le traitement national. En d'autres termes, en dépit de cette hausse des règles européennes, les questions d'ordre procédural ou institutionnel restent majoritairement ignorées et restent dans le giron du droit national. Dès lors, contrairement aux apparences, le principe d'équivalence s'applique toujours pour

³⁸⁶⁷ Pour exemple, CJCE, 25 avril 2002, *González Sánchez*, aff. C-183/00, *Rec. p.* I-3901 : « le fait que la directive prévoit certaines dérogations ou renvoie sur certains points au droit national ne signifie pas que, sur les points qu'elle réglemente, l'harmonisation n'est pas complète » (pt. 18) ; « [dans] ces conditions, l'article 13 de la directive ne saurait être interprété comme laissant aux États membres la possibilité de maintenir un régime général de responsabilité du fait des produits défectueux différent de celui prévu par la directive » (pt. 30).

³⁸⁶⁸ En ce sens, L. DUBOIS et C. BLUMANN, *Droit matériel de l'Union européenne* précité, pp. 447 et suivantes. Les auteurs traitent de l'harmonisation des législations au titre des articles 114 à 118 TFUE ; il ne s'agit donc pas d'une harmonisation portant en elle-même sur les traitements nationaux. Évoquant une « harmonisation totale », ils estiment que l'exhaustivité de l'harmonisation s'apprécie de manière relative. Aussi, « [l']exhaustivité peut porter sur une partie du texte et pas forcément sur l'ensemble ». Autrement dit, des brides de domaines non-harmonisés semblent toujours exister. Cette logique se transpose à l'harmonisation des traitements nationaux. Dans le même sens, voir C. GAUALDA, G. PARLEANI et B. LECOURT, *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 8^e édition, 2019, pp. 88 et suivantes.

³⁸⁶⁹ Cf. *supra*, pt. 101-102 et pt. 148.

³⁸⁷⁰ Voir S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 175 et suivantes.

³⁸⁷¹ Retenant une telle approche de l'harmonisation, voir A. MATTERA, « L'harmonisation des législations nationales : un instrument d'intégration et de reconnaissance mutuelle », *RDUE*, 2010, pp. 679-727.

encadrer ces domaines. L'harmonisation n'y aurait finalement qu'une incidence assez limitée.

939. Cette présentation repose à l'évidence sur un postulat assez caricatural : celui que le droit de l'Union ne peut pas investir des domaines proprement procéduraux. Plus généralement, au-delà du seul domaine procédural, il s'avère que tout aspect susceptible de relever du "traitement" accordé à la situation européenne peut être régi directement par le droit de l'Union. Les domaines proprement "réservés" à l'État membre, qui constitueraient les seuls îlots pour lesquels l'Union européenne n'aurait aucune emprise, se réduisent³⁸⁷². Plus encore, l'harmonisation européenne atteint les matières de prédilection du principe d'équivalence. Schématiquement³⁸⁷³, cela concerne quatre ensembles : les questions institutionnelles, le droit des sanctions, le droit procédural et enfin le droit du contentieux.

940. Pour ce qui est des questions d'ordre institutionnel, S. PLATON a démontré que le législateur de l'Union a largement investi ce domaine³⁸⁷⁴. Les atteintes au principe de l'autonomie *institutionnelle*, qui conduisent à éluder l'application du principe d'équivalence, se multiplient et gagnent en ampleur. En ce sens, on aurait pu considérer que le choix d'instituer et/ou de confier à une autorité nationale la mise en œuvre du droit de l'Union échappait à l'immixtion du législateur européen. Ce domaine serait resté l'apanage du principe d'équivalence. Comme l'affirme S. PLATON, « [il] restait (...) possible d'affirmer que l'autonomie institutionnelle des États membres était formellement préservée. Tel n'est plus le cas depuis 2009, en tout cas dans certains secteurs ». La remise en cause de cette autonomie se manifeste surtout³⁸⁷⁵ lorsque le droit de l'Union requiert la création d'une autorité publique indépendante pour l'encadrement et la régulation de certains secteurs. Le règlement 1/2003 est topique de ce phénomène en ce que la marge de manœuvre

³⁸⁷² Voir not. V. MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, pp. 288 et suivantes.

³⁸⁷³ Voir la présentation de B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 606 et suivantes. Dans la même idée, voir R. MEHDI, « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif » précité : l'auteur reprend citation de J.-B. AUBY selon laquelle « le bénéficiaire majeur du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États (...) » est le droit administratif. L'auteur souligne : « il aurait dû être épargné par les conséquences de l'intégration » et donc rester exclusivement soumis aux principes d'équivalence et d'effectivité. « Or il n'en est rien... Bien au contraire, les incidences du droit de l'Union sur le droit administratif en général et sur les règles du contentieux en particulier sont d'ores et déjà évidentes » (p. 936).

³⁸⁷⁴ S. PLATON, « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 461-490.

³⁸⁷⁵ *Ibid.* : l'auteur évoque également le cas du système européen de banques centrales, renvoyant à l'analyse de F. MARTUCCI selon laquelle « l'autonomie institutionnelle des États membres est (...) parfois déniée, parfois consacrée, parfois orientée, selon les fonctions dévolues aux banques centrales nationales » (p. 476).

laissée aux États membres sur les questions institutionnelles est nettement réduite³⁸⁷⁶. Les réglementations qui suivront s'inscrivent, dans une certaine mesure, dans la même logique³⁸⁷⁷ : l'État est contraint de confier certaines compétences à une autorité *indépendante* et respectant certaines exigences organisationnelles³⁸⁷⁸. Dès lors, comme le montre S. PLATON, « *du point de vue de l'autonomie institutionnelle, ces exigences, loin d'être anodines, sont au contraire constitutives d'un changement important de paradigme : elles signifient que la liberté formelle des États, jusque-là préservée, est désormais abolie, puisque même dans l'hypothèse d'un retrait complet de l'État du secteur régulé, le Gouvernement ne pourrait juridiquement pas, pour autant, s'en voir confier la régulation* »³⁸⁷⁹. Dans ce contexte, des aspects institutionnels du traitement national échappent ainsi au respect du principe d'équivalence.

941. Pour ce qui est du droit des sanctions, la doctrine s'accorde pour considérer que, quelle que soit la conception retenue du terme de "sanction", ce domaine relève essentiellement de l'autonomie des États membres. Les références sont nombreuses dans lesquelles figurent le renvoi aux ordres juridiques nationaux le soin de fixer les « mesures appropriées » pour sanctionner les violations de règles européennes³⁸⁸⁰. De même, la Cour de justice reconnaît fréquemment que des dispositions textuelles européennes ne prévoient pas de sanctions spécifiques : elle déduit alors du principe de coopération loyale une obligation pour les États membres d'adopter de telles mesures, notamment dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité³⁸⁸¹. Enfin, un débat existait quant à savoir si, de manière générale, l'Union européenne dispose d'une compétence pour édicter des sanctions, particulièrement de nature pénale³⁸⁸². Dans ce contexte, l'encadrement du traitement national, lorsqu'il

³⁸⁷⁶ Voir L. IDOT, « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, pp. 117-135, spéc. pp. 129 et suivantes ; C. PIETRO, v° « Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère publique. Compétences et procédures », *JurisClasser Europe Traités*, fasc. 1445, 30 mars 2020, par. 68 et suivants.

³⁸⁷⁷ Voir E. DUBOUT et B. NABLI, *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ, 2015, pp. 34 et suivantes.

³⁸⁷⁸ Voir les références citées par S. PLATON, *op. cit.*, pp. 478-480. Pour une illustration récente, voir l'art. 57 de la Directive (UE) 2019/944 du Parlement européen et du Conseil du 5 juin 2019 concernant des règles communes pour le marché intérieur de l'électricité et modifiant la directive 2012/27/UE (JOUE, L 158, 14 juin 2019, p. 125).

³⁸⁷⁹ S. PLATON, *op. cit.*, p. 480.

³⁸⁸⁰ Pour exemple, article 29 du règlement (CEE) n°1619/68 du Conseil, du 15 octobre 1968, concernant certaines normes de commercialisation applicables aux œufs (JOCE 1968, L 258, p. 1) ; article 85, §4 du règlement (UE) n°1306/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 relatif au financement, à la gestion et au suivi de la politique agricole commune (JOUE 2013, L 347, p. 549) ; article 67 du règlement (UE) 2016/1012 du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2016 relatif aux conditions zootechniques et généalogiques applicables à l'élevage, aux échanges et à l'entrée dans l'Union de reproducteurs de race pure, de reproducteurs porcins hybrides et de leurs produits germinaux ("règlement relatif à l'élevage d'animaux") (JOUE 2016, L 171, p. 66).

³⁸⁸¹ Pour exemple, CJCE, 26 octobre 1995, *Siesse*, aff. C-36/94, *Rec. p.* I-3573, pt. 20 ; CJCE, 8 juillet 1999, *Nunes et Matos*, aff. C-186/98, *Rec. p.* I-4883, pt. 9-10.

³⁸⁸² Voir H. JOHANNES, « Le droit pénal et son harmonisation dans les Communautés Européennes », *RTDE* 1971, pp. 315-352 ; J. BIANCARELLI, « L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions ? », in M. DELMAS-MARTY (dir.), *Quelle politique pénale en Europe ?*, Paris, Economica, 1993, pp. 257-275 ; G. TESAURO,

constitue une sanction, semble relever à titre principal de l'autonomie procédurale des États membres. Ce domaine échapperait à une harmonisation importante du droit de l'Union.

942. Une fois encore, cette présentation s'avère inexacte. Les dispositifs européens visant à encadrer davantage les sanctions nationales sont nombreux³⁸⁸³. Certes, parfois, le cadre imposé reste souple en ce qu'il laisse le choix aux États membres entre différentes mesures préétablies ou des mesures équivalentes. L'accord-cadre figurant à l'annexe de la directive 1999/70 en est un exemple. Ici, le principe d'équivalence n'a pas vocation à s'appliquer en ce qu'il est question de comparer la mesure nationale retenue avec celle prévue par l'accord-cadre³⁸⁸⁴. Cette éclipse du principe d'équivalence est plus manifeste lorsque le dispositif impose directement certaines sanctions spécifiques. À ce titre, la protection des intérêts financiers constitue un domaine dans lequel le droit des sanctions nationales est le plus encadré³⁸⁸⁵. La convention dite "PIF"³⁸⁸⁶ en est un exemple. Enfin, la Cour de justice exige des sanctions de nature pénale « *lorsque l'application de sanctions pénales effectives, proportionnées et dissuasives par les autorités nationales compétentes constitue une mesure indispensable pour lutter contre les atteintes graves [aux intérêts protégés par l'Union européenne]* »³⁸⁸⁷. Une fois encore, ce domaine est susceptible d'être directement régi par le droit de l'Union, diminuant en conséquence le champ

« La sanction des infractions au droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 477-509, spéc. pp. 483 et suivantes ; C. HAGUENAU, « Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire », *RMC* 1993, n° 367, pp. 351-361.

³⁸⁸³ Pour une présentation en ce sens, voir C. HAGUENAU-MOIZARD, « Sanction nationale du droit communautaire : "sanctions effectives, proportionnées et dissuasives" », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 205-223, spéc. pp. 207 et suivantes.

³⁸⁸⁴ La jurisprudence européenne est plus subtile qu'ainsi présentée. La Cour de justice énonce, de manière constante, que « *les États membres disposent d'une marge d'appréciation pour la mise en œuvre de la clause 5, point 1, de l'accord-cadre, dès lors qu'ils ont le choix de recourir à l'une ou plusieurs des mesures énoncées au point 1, sous a) à c), de cette clause, ou encore à des mesures légales existantes équivalentes* » (CJUE, 3 juillet 2014, *Fiamingo e.a.*, aff. jt. C-362/13, C-363/13 et C-407/13, ECLI:EU:C:2014:2044, pt. 59). Ici, il n'est nullement question du principe d'équivalence : il s'agit de vérifier si, parmi les mesures existantes en droit interne, celles-ci sont équivalentes à celles énoncées par l'accord-cadre. La Cour précise d'ailleurs que l'État membre peut « *choisir de maintenir une mesure légale existante équivalente, et ce pour autant que, quelle que soit alors la mesure choisie, la prévention effective de l'utilisation abusive de contrats ou de relations de travail à durée déterminée est assurée* » (pt. 61). Ces mesures visent, ici, à prévenir l'utilisation abusive des contrats. En revanche, pour celles visant à remédier à une telle utilisation (pt. 62), la Cour constate l'absence de précision sur ce point par l'accord-cadre et renvoie ainsi à l'autonomie procédurale et au principe d'équivalence (pt. 63). Voir également CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e.a.*, aff. jt. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401 ; CJUE, *Santoro*, aff. C-494/16 précité.

³⁸⁸⁵ Sur ce sujet, voir not. M. LOPEZ-ESCUADERO, « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne », in D. BERLIN, F. MARTUCCI et F. PICOD (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 103-126 ; M. MARTY, « La répression pénale transfrontalière de la fraude à la TVA dans l'Union européenne », in C.-A. HERBAIN (dir.), *La fraude à la TVA*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2017, p. 295-327.

³⁸⁸⁶ Convention établie sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, relative à la protection des intérêts financiers des Communautés européennes, signée à Bruxelles le 26 juillet 1995 (*JOCE* 1995, n° C 316, p. 49).

d'application du principe d'équivalence. Cela étant, comme le montre M. POELAMANS³⁸⁸⁸, cette harmonisation des sanctions reste d'une ampleur modérée. La réduction du domaine d'intervention du principe d'équivalence est une réalité mais ne doit pas être exagérée.

943. L'harmonisation du droit procédural national s'inscrit dans le même schéma. Le constat selon lequel le droit de l'Union n'a pas vocation à instituer des procédures ou régir directement des procédures nationales est connu. S'il le fait, c'est au service d'une fin déterminée³⁸⁸⁹ : comme le souligne V. CHRISTIANOS, « *l'objectif commun de l'harmonisation procédurale en droit communautaire n'est pas d'améliorer les règles de procédure en sélectionnant les meilleures : c'est un objectif pratique, à savoir le résultat de la nécessité d'aplanir la multiplicité et la diversité des ordres juridiques [nationaux]* », notamment pour renforcer l'exercice des libertés de circulations³⁸⁹⁰. Le législateur de l'Union a considéré nécessaire d'instituer certaines exigences procédurales pour accentuer la protection de certains dispositifs³⁸⁹¹. À titre d'exemple, l'article 14 du règlement 659/1999 prévoit que la procédure de récupération d'une aide illégale se fait « *conformément aux procédures prévues par le droit national de l'État membre concerné* »³⁸⁹². Cependant, de nombreuses exigences y figurent et encadrent cette procédure : la récupération doit être demandée « *sans délai* », la procédure nationale doit « [permettre] *l'exécution immédiate et effective de la décision de la Commission* » et des mesures provisoires en cas de recours devant le juge doivent être prises. Sur ces fondements, la Cour de justice a pu reconnaître une modalité procédurale ouvrant un recours suspensif comme contraire au droit de l'Union en ce qu'elle ne permet pas une exécution « *immédiate* » de la décision de la Commission³⁸⁹³. Dans la

³⁸⁸⁷ CJCE, 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*, aff. C-176/03, *Rec.* p. I-7879, pt. 48.

³⁸⁸⁸ M. POELAMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2004 : « *Les raisons de la diversité des sanctions nationales aux violations du droit communautaire sont nombreuses. De la consécration jurisprudentielle du libre choix des sanctions au petit nombre de directives ou de règlements qui conditionnent le type et le niveau des sanctions et à la rareté du recours aux sanctions communautaires, l'absence de volonté politique d'harmoniser les sanctions nationales est évidente* » (p. 241). On ajoute la remarque de V. MICHEL (*op. cit.*) qui estime que « [la] compétence communautaire de sanction existe (...) certainement mais, en tant qu'impliquée par les dispositions sectorielles, elle ne peut prospérer que dans ce cadre particulier » (p. 294).

³⁸⁸⁹ La logique est finalement la même que pour l'harmonisation en général ; voir I. E. SCHWARTZ, « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *RTDE* 1967, pp. 238-268 : « *le rapprochement des législations est un moyen d'établir le Marché commun, et non une fin en soi. Il ne poursuit donc pas certaines fins, par exemple la sécurité juridique, la concision et la clarté du droit, l'unification ou sa rationalisation, pour elles-mêmes, mais seulement dans la mesure où leur réalisation est nécessaire à l'établissement et au fonctionnement du Marché commun* » (p. 247).

³⁸⁹⁰ V. CHRISTIANOS, « Le mécanisme d'harmonisation procédurale dans l'Union européenne » précité, p. 589.

³⁸⁹¹ Voir également O. DUBOS, « The Origin of the Proceduralisation of EU Law : a Grey Area of European Federalism », *Rev. European Administrative Law*, 2015, vol. 8, pp. 7-26 ; F. WILMAN, *Private Enforcement of EU Law Before National Courts*, Cheltenham, Edward Elgar, 2015, pp. 63 et suivantes.

³⁸⁹² Règlement (CE) n° 659/1999 du Conseil du 22 mars 1999 portant modalités d'application de l'article 93 du traité CE (*JOCE* 1999, L 83, p. 1).

³⁸⁹³ CJCE, 5 octobre 2006, *Commission c. France*, aff. C-232/05, *Rec.* p. I-10071, pt. 50-52.

même veine, l'article 9 de la directive 64/221 a institué une contrainte procédurale dans certaines situations relatives à l'exécution d'une décision d'éloignement³⁸⁹⁴. Enfin, les mécanismes relatifs à l'asile et à la protection internationale, avec notamment les règlements "Dublin", instituent de véritables procédures uniformes à suivre pour les États membres³⁸⁹⁵. Idem concernant les procédures très largement encadrées de passation de contrats de la commande publique³⁸⁹⁶. Une fois encore, face à une telle harmonisation, le principe d'équivalence perd en utilité. Cela étant, l'ampleur de cette harmonisation procédurale reste modérée. V. CHRISTIANOS souligne notamment que « [même] *si cela est souhaitable, [le législateur européen] ne procède pas, dans le cadre d'un projet général et systématique, à une harmonisation procédurale complète de toutes les règles de procédure en vigueur dans les États membres. Il laisse donc, dans toutes ces réglementations, une part assez importante du droit national en dehors de l'harmonisation* »³⁸⁹⁷.

944. L'ultime domaine touche au droit du contentieux. La disposition de l'article 19 TUE selon laquelle « [les] *États membres établissent les voies de recours nécessaire* » pour le respect du droit de l'Union souffre d'exceptions. Sans évoquer – encore – la jurisprudence de la Cour de justice, le législateur de l'Union est intervenu dans ce domaine qui, pourtant, apparaît comme "réservé" aux États membres³⁸⁹⁸. Les conséquences sur la réduction de l'application du principe d'équivalence sont d'autant plus importantes que le droit du contentieux constitue le domaine le plus propice à sa mise en œuvre³⁸⁹⁹. Certes, une nouvelle fois, l'harmonisation des recours et des voies de droit nationales n'est pas absolue et l'autonomie procédurale des États membres reste la norme. Des exceptions existent malgré tout. Certaines sont assez limitées en ce qu'elles n'affectent qu'une dimension précise du droit du contentieux. L'harmonisation des régimes de preuve en est un exemple³⁹⁰⁰. D'autres dispositions visent à reconnaître

³⁸⁹⁴ Voir not. CJCE, 30 novembre 1995, *Gallagher*, aff. C-175/94, *Rec.* p. I-4268, pt. 16-17.

³⁸⁹⁵ Pour exemple Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride (*JOUE* 2013, L 180, p. 31), articles 20 et suivants.

³⁸⁹⁶ Directive 2014/23/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur l'attribution de contrats de concession et Directive 2014/24/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 2014 sur la passation des marchés publics (*JOUE* 2014, L 94, p. 1 et p. 65).

³⁸⁹⁷ V. CHRISTIANOS, *op. cit.*, p. 594.

³⁸⁹⁸ Voir not. O. DUBOS, *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 2001, pp. 339 et suivantes ; G. DE LEVAL *et al.*, « Pour une justice économique efficiente en Europe. L'harmonisation par la procédure : vers "un procès européen" », *Gaz. Pal.*, juillet-août 2008, pp. 2380-2414 ; M. AUDIT, « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux* précité, pp. 253-263 ; M. ROCCATI, *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 126 et suivantes ; L. CADDET, J. NORMAND et S. AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, 3^e édition, 2020, pp. 252 et suivantes.

³⁸⁹⁹ Cf. *supra*, pt. 365 et suivantes.

³⁹⁰⁰ Voir M. FARTUNOVA, *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 103 et suivantes.

certaines prétentions devant les juges nationaux. L'article 2 de la directive 2009/22³⁹⁰¹ impose par exemple aux juridictions nationales de statuer sur certaines demandes en matière de protection des consommateurs. Les directives dites "recours" en matière de contrats publics instituent – presque³⁹⁰² – une voie de droit complète³⁹⁰³. Plus généralement, le développement de la coopération judiciaire³⁹⁰⁴ s'inscrit dans cette dynamique d'harmonisation du droit du contentieux³⁹⁰⁵. Cet ensemble de dispositifs conduit à une « dilution »³⁹⁰⁶ de l'autonomie procédurale et écarte l'application du principe d'équivalence³⁹⁰⁷. L'encadrement direct institué par le législateur européen fait perdre audit principe, en pratique et en partie, son utilité. Même si l'ampleur de cette harmonisation reste, dans les faits, souvent relative, elle couvre tous les champs concernés par le principe d'équivalence.

§2 : Une harmonisation accentuée par la jurisprudence de la Cour de justice

945. L'harmonisation opérée par le législateur européen contribue au contexte défavorable à l'application du principe d'équivalence. Elle est largement exacerbée par la jurisprudence de la Cour de justice³⁹⁰⁸. Plus encore, son rôle dans cette harmonisation

³⁹⁰¹ Directive 2009/22/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2009 relative aux actions en cessation en matière de protection des intérêts des consommateurs (JOCE 2009, L 110, p. 30).

³⁹⁰² Voir not. CJUE, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14 précité : « la directive 89/665 ne contient aucune disposition ayant trait spécifiquement aux frais de justice à verser par les justiciables lorsqu'ils introduisent (...) un recours en annulation contre une décision prétendument illégale se rapportant à une procédure de passation de marchés publics » (pt. 45). Une telle question relève ainsi de l'autonomie procédurale des États membres dans le respect des principes d'équivalence et d'effectivité (pt. 46).

³⁹⁰³ Anciennement, il s'agissait des directives 89/665/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des procédures de recours en matière de passation des marchés publics de fournitures et de travaux (JOCE 1989, L 395, p. 33) et 92/13/CEE du Conseil, du 25 février 1992, portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives relatives à l'application des règles communautaires sur les procédures de passation des marchés des entités opérant dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des télécommunications (JOCE 1992, L 76, p. 14). Actuellement, ce sont les directives 2004/18/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services (JOCE 2004, L 134, p. 114) et 2004/17/CE du Parlement européen et du Conseil du 31 mars 2004 portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux (JOCE 2004, L 134, p. 1). Voir not. F. BOYENGA-BOFALA, « L'impact des directives-recours sur l'organisation des voies de droit internes et les modalités d'exercice par le juge administratif français de son office », *RTDE* 2002, pp. 499-525 ; D. DERO-BUGNY, v° « Marchés publics. Recours », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 1058, 2 septembre 2019, par. 34 et suivants.

³⁹⁰⁴ Voir not. G. PAYAN, *Espace judiciaire civil européen*, Bruxelles, Bruylant, 2020.

³⁹⁰⁵ Pour exemple, voir règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (Bruxelles I) (JOCE 2001, L 12, p. 1) ; Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité (JOCE 2000, L 160, p. 1). Pour une présentation plus exhaustive, voir not. H. LABAYLE, v° « Espace de liberté, sécurité et justice. Cadre général », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 2625, 1^{er} septembre 2012, par. 282 et suivantes.

³⁹⁰⁶ M. AUDIT, *op. cit.*, p. 255.

³⁹⁰⁷ M. ROCCATI, *op. cit.* : à l'exception de quelques illustrations jurisprudentielles, « les occurrences [aux principes d'équivalence et d'effectivité] restent rares et elliptiques » (p. 130). « L'encadrement classique des normes judiciaires nationales au travers des principes d'effectivité et d'équivalence a en réalité laissé sa place à un encadrement différent, tourné vers l'effet utile de la législation de l'Union européenne dans le domaine de la coopération civile » (p. 132).

³⁹⁰⁸ Voir pour exemple B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité : « En se portant à la rencontre d'une norme substantielle communautaire pour laquelle, a priori, elle n'a pas

semble même prédominant pour plusieurs raisons. La frilosité ou les difficultés pour le législateur européen de parvenir à un compromis amènent souvent un échec pour harmoniser le droit national. La Cour de justice « *se trouve elle-même dans une position frustrante* »³⁹⁰⁹ lorsqu'elle est confrontée à un silence du droit positif et qu'elle s'avère « *être incapable de faire quoique ce soit directement pour remédier à la situation* »³⁹¹⁰. Dans une logique pragmatique assumée, la jurisprudence a toujours cherché un équilibre³⁹¹¹ pour pallier cette situation. D'un côté, le silence gardé par le droit de l'Union est un constat assez indépassable, sinon même un choix du législateur. Comme l'indique l'avocat général J.-P. WARNER, il convient de ne pas renier le fait que « *la Cour ne peut créer du droit communautaire lorsqu'il n'en existe pas ; cette tâche doit être laissée aux organes législatifs de la Communauté* »³⁹¹². De l'autre côté, ce silence constitue un obstacle ou un frein à l'intégration européenne et à l'effectivité des droits consacrés par l'Union européenne. Le principe d'équivalence comme le principe d'effectivités constituent, de ce point de vue, des outils permettant en partie de compenser ces inconvénients.

946. La jurisprudence de la Cour de justice va parfois au-delà. L'idée est connue : le juge de l'Union fait preuve d'un certain *activisme*³⁹¹³ en développant une jurisprudence supplantant l'autonomie institutionnelle et procédurale³⁹¹⁴. Des exigences prétoriennes sont dégagées et viennent régir directement les traitements nationaux, l'application du principe d'équivalence étant alors exclue. Le cumul de l'action du

été édictée, la règle formelle nationale est inmanquablement agent pathogène pour la première ; et cette "contamination" est d'autant plus problématique que, pour une même règle du droit européen, ce sont le cas échéant [autant d']agents pathogènes [qu'il y a d']États membre] qui vont se porter à son contact. Parfaitement conscient de cette fragilisation, l'ordre juridique communautaire fait front en encadrant la forme nationale. Pour porter cette politique de restriction des compétences de droit formel menée tambour battant par la Cour de justice, il va même jusqu'à solliciter ses principes directeurs fondamentaux » (p. 521).

³⁹⁰⁹ J. BRIDGE, « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States », *ELR* 1984, pp. 28-42, spéc. p. 37.

³⁹¹⁰ *Ibid.* ; la citation entière étant : « [the Court] finds itself in the frustrating position of knowing that there should be equal treatment accorded by the laws of the Member States, knowing that in many cases there is no such equal treatment, and being unable to do anything directly to remedy the situation » (p. 37).

³⁹¹¹ Résumant à nos yeux cet équilibre, voir A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983 : « *En raison de l'hétérogénéité des solutions retenues par les différents droits nationaux, le droit communautaire doit s'accommoder d'une certaine diversité dans son application. Ce qui importe, à ce stade de l'exécution du droit communautaire, c'est que les solutions nationales procurent aux justiciables des moyens efficaces pour obtenir le respect de leurs droits communautaires. La diversité ainsi acceptée ne serait éliminée ou même sensiblement réduite que par l'effort d'harmonisation des règles internes au niveau législatif européen. Cependant, il est nécessaire de conjurer les effets nuisibles d'une trop grande diversité et des solutions nationales affaiblissant l'efficacité des droits individuels engendrés par les règles communautaires* » (p. 489).

³⁹¹² J.-P. WARNER, conclusions sur CJCE, 5 mars 1980, *Ferwerda*, aff. 265/78, *Rec.* p. 617, spéc. p. 640.

³⁹¹³ A. ADINOLFI, « The "Procedural Autonomy" of the Member States and the Constraints Stemming from the ECJ's Case Law : Is Judicial Activism still Necessary ? », in *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States* précité, pp. 281-303.

³⁹¹⁴ Voir également B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité : « *brandissant l'idée cruciale d'"effet utile" ou d'"efficacité" du droit communautaire, [la Cour] dépasse, dans le cadre de l'exécution étatique du droit communautaire, l'exigence d'équivalence en formulant une exigence d'effectivité en soi* » (p. 328) – cette « exigence d'effectivité en soi » étant ici ce que nous appelons les exigences « prétoriennes ».

législateur européen avec l'intervention de la Cour de justice pourrait laisser penser que le principe d'équivalence, et plus généralement celui de l'autonomie procédurale, n'a qu'un rôle très réduit, voire résiduel. L'encadrement direct des traitements nationaux serait la *norme* et l'application du principe d'équivalence en deviendrait *exceptionnelle*. En un sens, cette harmonisation législative et jurisprudentielle des droits nationaux conduirait à un changement de paradigme quant au régime relatif à la mise en œuvre nationale du droit de l'Union. Nous ne le pensons pas. Comme cela a été vu, l'intervention du législateur n'est jamais proprement exhaustive : elle ne fait que réduire *en pratique* sans annihiler *totale*ment le champ d'application du principe d'équivalence. La jurisprudence de la Cour de justice s'inscrit dans le même schéma. Aussi, même si elle conduit à un encadrement direct des traitements nationaux (A.), elle ne remet pas en cause ce paradigme (B.).

A. L'identification d'exigences jurisprudentielles régissant directement les traitements nationaux

947. Affirmer que la jurisprudence de la Cour de justice contient des exigences qui n'étaient *a priori* pas prévues par les dispositions textuelles relève de l'évidence. Cet activisme a même été déterminant pour la construction de l'ordre juridique de l'Union tel qu'il existe aujourd'hui. « **Allait-il de soi qu'un traité conférât des droits directs aux particuliers à l'encontre des États signataires et s'imposât de plein droit à leurs juridictions en dépit de l'ordre juridique interne ?** » rappelle R. LECOURT à propos des arrêts *Van Gend en Loos* et *Costa*³⁹¹⁵. Au-delà de principes aussi fondamentaux que la primauté ou l'effet direct, cette jurisprudence est susceptible de contribuer à la diminution du champ d'application du principe d'équivalence³⁹¹⁶. En effet, la Cour de justice identifie de nouvelles exigences qui régissent directement certains aspects du traitement national. L'autonomie procédurale des États membres est alors écartée, tout comme l'application du principe d'équivalence (1.). Au-delà, cette jurisprudence soulève un certain nombre de difficultés et de

³⁹¹⁵ R. LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis* précité, p. 350 (nous soulignons). Il va plus loin : « Une conception restrictive était d'autant moins à exclure qu'elle n'était pas dépourvue de soutien doctrinal et que trois États membres sur six l'avaient proposée à la Cour. Serait-ce céder à une vaine curiosité que de se demander ce que fût devenu le droit des Communautés dans cette hypothèse ? » (p. 350).

³⁹¹⁶ Nous passons sous silence la jurisprudence de la Cour de justice quant aux compétences de l'Union européenne. En effet, celle-ci a permis aux autorités européennes d'accroître leur compétence pour, précisément, harmoniser des domaines couverts par le principe d'équivalence. Nous l'excluons de notre étude en ce que cette jurisprudence ne remet pas *directement* en cause l'application du principe d'équivalence. Tout au plus, elle installe un cadre facilitant, dans une certaine mesure, cette harmonisation par le législateur – harmonisation qui, elle, affecte directement le principe d'équivalence.

problèmes qui nuisent plus ou moins directement à l'application du principe d'équivalence (2.).

1. Une jurisprudence supplantant l'autonomie procédurale

948. Une distinction mérite d'être faite selon la manière d'identifier de telles exigences. Pour l'essentiel, elles découlent d'une interprétation "constructive" de dispositions textuelles (a.). Celles-ci sont, cependant, souvent occultées en doctrine par les exigences proprement autonomes. Nous dirions, pour reprendre le *dictum* de l'arrêt *Francoovich*, que ces différentes exigences sont *inhérentes au système du traité*. En ce qu'elles sont "purement jurisprudentielles", elles présentent des enjeux plus importants dans la relation qu'elles entretiennent avec le principe d'équivalence (b.).

a. Une identification par une interprétation "constructive" des dispositions textuelles

949. Il serait peut-être malvenu de parler ici de "création" ou même "d'identification" d'exigences jurisprudentielles. En effet, par son travail d'interprétation, la Cour de justice est amenée, comme tout juge en sa qualité d'interprète authentique, à dégager des normes et des exigences³⁹¹⁷ à partir des énoncés textuels. Celles-ci s'imposent d'ailleurs, selon les cas, aussi bien aux autorités européennes qu'aux États membres. Dans ce dernier cas, cependant, ces exigences sont susceptibles de contribuer à l'harmonisation des droits nationaux. Tel est le cas lorsque l'exigence en question ne pouvait raisonnablement pas se deviner à la seule lecture de l'énoncé. La Cour de justice interprète ainsi de manière constructive le texte, souvent afin d'en préserver l'effet utile³⁹¹⁸ ou de renforcer la protection juridictionnelle effective des particuliers. Cette jurisprudence porte sans aucun doute sur des exigences qui sont susceptibles de s'imposer aux traitements nationaux. Elle prend des formes très variables qui affectent l'application du principe d'équivalence³⁹¹⁹.

³⁹¹⁷ Voir not. J.-A. GUTIERREZ-FONS et K. LENAERTS, *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, spéc. pp. 55 et suivantes. Les auteurs y traitent notamment de l'interprétation téléologique « fonctionnelle », c'est-à-dire celle qui « vise à assurer l'effet utile du droit de l'Union ». Nous rattachons donc les exigences autonomes ici étudiées à cette méthode particulière d'interprétation.

³⁹¹⁸ Voir not. A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité, pp. 53 et suivantes.

³⁹¹⁹ Voir not. V. CHRISTIANOS, *op. cit.*, pp. 596 et suivantes. Sa conclusion nous paraît cependant assez forte lorsqu'il estime « qu'avec cette jurisprudence, il semble désormais que les États membres n'ont pas d'autonomie procédurale et que la Communauté a aussi compétence pour harmoniser les dispositions de procédure des États par le biais de la jurisprudence de la Cour de justice » (p. 598). Nous dirions simplement que cette jurisprudence réduit l'étendue de cette autonomie procédurale qui ne disparaît pas pour autant.

950. Cette interprétation porte évidemment sur des dispositions de droit dérivé. Par exemple, comme le souligne F. PICOD, l'article 9 de la directive 64/221 « n'exigeait pas que les États membres créent une voie de recours pour la protection des droits visés (...). [La] directive conduisait [seulement] à imposer une protection juridictionnelle des personnes visées par la directive »³⁹²⁰. Or, dans un arrêt *Pecastaing*, la Cour de justice considère que cette disposition requiert qu'« [un] recours doit (...) être ouvert à toute personne relevant de la directive, contre toute décision susceptible de donner lieu à éloignement, avant qu'elle soit exécutée »³⁹²¹. Pour un autre exemple, en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, V. HATZOPOULOS considère que la Cour de justice « interprète de manière extensive »³⁹²² plusieurs concepts des directives en la matière, comme ceux de « professions réglementées »³⁹²³ ou « d'autorités compétentes »³⁹²⁴. L'interprétation retenue ici permet au juge de dégager des exigences plus précises qui, automatiquement, conduiront à écarter l'application du principe d'équivalence. Enfin, la directive 76/207³⁹²⁵ a également été source d'une importante jurisprudence de laquelle émerge plusieurs exigences particulières relatives à la nature de sanctions nationales³⁹²⁶.

951. L'interprétation qui porte sur les dispositions des traités est certainement plus représentative de cette jurisprudence. De prime abord, en l'absence de précisions émanant du droit dérivé et eu égard à la généralité des dispositions des traités, l'État membre s'inscrit dans le cadre de l'autonomie institutionnelle et procédurale pour l'application du droit de l'Union. Une telle affirmation est évidemment incorrecte. Le caractère assez général des énoncés présents dans les traités, couplé avec l'absence éventuelle de droit dérivé, a amené la Cour de justice à dégager de multiples exigences. Si les États membres restent, en raison de l'absence de dispositifs de droit dérivé, autonomes pour fixer leur droit national, ils ne sont pas soumis au seul respect des principes d'équivalence et d'effectivité. D'autres exigences viennent s'y ajouter et même les remplacer.

³⁹²⁰ F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170, spéc. p. 149.

³⁹²¹ CJCE, *Pecastaing*, aff. 98/79 précité, pt. 10.

³⁹²² V. HATZOPOULOS, « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », *CDE* 2010, n°1-2, pp. 47-93, spéc. p. 78.

³⁹²³ Pour exemple, CJCE, 8 juillet 1999, *Fernández de Bobadilla*, aff. C-234/97, *Rec.* p. I-4773, pt. 20.

³⁹²⁴ Pour exemple, CJCE, 14 juillet 2005, *Peros*, aff. C-141/04, *Rec.* p. I-7163, pt. 39.

³⁹²⁵ Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (*JOCE* 1976, L 39, p. 40).

³⁹²⁶ Voir CJCE, 8 novembre 1990, *Dekker*, aff. C-177/88, *Rec.* p. I-3941 ; CJCE, 2 août 1993, *Marshall (II)*, aff. C-271/91, *Rec.* p. I-4367.

952. La jurisprudence relative à la reconnaissance mutuelle est une illustration topique³⁹²⁷. Par exemple, la Cour de justice considère que, même « *en l'absence d'une harmonisation communautaire, une disposition nationale qui impose que les produits importés subissent les mêmes contrôles que des produits mis pour la première fois sur le marché et soient préalablement approuvés* » viole l'actuel article 34 TFUE³⁹²⁸. L'arrêt *Vlassopoulou* s'inscrit dans la même veine : constatant l'absence d'harmonisation européenne sur le sujet³⁹²⁹, la Cour de justice considère que « *des conditions nationales de qualification [professionnelle] (...) peuvent avoir pour effet d'entraver l'exercice (...) du droit d'établissement [notamment] si les règles nationales en question faisaient abstraction des connaissances et qualifications déjà acquises par l'intéressé dans un autre État membre* »³⁹³⁰. Dans ces deux affaires, l'absence de règles européennes ne conduit pas à l'application du principe d'équivalence mais bien à d'autres exigences plus spécifiques qui se rattachent à certaines dispositions du traité.

953. Cet empiètement se manifeste plus encore dans la jurisprudence relative à la non-discrimination en raison de la nationalité consacrée à l'article 18 TFUE. Nous l'avons vu, la proximité avec le principe d'équivalence y est particulièrement importante³⁹³¹. Ce dernier ne s'applique que si le principe de non-discrimination ne le peut pas. Or, notamment en interprétant assez largement le concept de "nationalité"³⁹³², la Cour de justice contribue à étendre la portée du principe de non-discrimination en raison de la nationalité et, par ricochet, à réduire celle du principe d'équivalence. Un autre exemple est fourni, en matière de libre circulation des travailleurs, par l'arrêt *Vester*³⁹³³. La Cour y rappelle une jurisprudence classique selon laquelle « *en l'absence d'une harmonisation au niveau de l'Union européenne, il appartient à la législation de chaque État membre de déterminer (...) les conditions qui donnent droit à des prestations [aux travailleurs non-nationaux]* »³⁹³⁴. Elle précise ainsi que le traité « *ne garantit pas à un travailleur que l'extension de ses activités dans plus d'un État membre ou leur transfert dans un autre État membre soient neutres en matière de sécurité sociale* »³⁹³⁵. Dès lors, « *même dans le cas où son application est (...) moins*

³⁹²⁷ Pour un autre exemple, sur un sujet distinct, voir CJUE, 14 mars 2019, *Skanska Industrial Solutions e.a.*, aff. C-724/17, ECLI:EU:C:2019:204, pt. 27 et suivants : « *la question de la détermination de l'entité tenue de réparer le préjudice causé par une infraction à l'article 101 TFUE est directement régie par le droit de l'Union* » (pt. 28).

³⁹²⁸ CJCE, 8 mai 2003, *ATRAL*, aff. C-14/02, *Rec. p. I-4431*, pt. 62.

³⁹²⁹ CJCE, 7 mai 1991, *Vlassopoulou*, aff. C-340/89, *Rec. p. I-2357*, pt. 10 et suivants.

³⁹³⁰ *Ibid.*, pt. 15.

³⁹³¹ Cf. *supra*, pt. 298 et suivants.

³⁹³² Voir la jurisprudence considérant qu'une différence de traitement fondée sur le lieu de résidence constitue une discrimination fondée sur la nationalité ; pour exemple, CJCE, 8 juin 1999, *Meeusen*, aff. C-337/97, *Rec. p. I-3289*, pt. 23-24 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Hartmann*, aff. C-212/05, *Rec. p. I-6303*, pt. 31 ; CJUE, 13 avril 2010, *Bressol e.a.*, aff. C-73/08, *Rec. p. I-2735*, pt. 45-46.

³⁹³³ CJUE, 14 mars 2019, *Vester*, aff. C-134/18, ECLI:EU:C:2019:212.

³⁹³⁴ *Ibid.*, pt. 30.

³⁹³⁵ *Ibid.*, pt. 32.

favorable, une [législation nationale sur ce sujet] demeure conforme aux articles 45 et 48 TFUE si elle ne désavantage pas le travailleur concerné par rapport à ceux qui exercent la totalité de leurs activités dans l'État membre où elle s'applique »³⁹³⁶. En substance, le traitement imposé au travailleur transfrontalier doit être équivalent à celui imposé à un travailleur purement national. Une nouvelle fois, en l'absence de réglementations européennes, ce sont d'autres exigences issues du traité qui sont opposées à l'État membre pour encadrer son autonomie.

954. Les arrêts *Océano Grupo*³⁹³⁷ et *Lucchini*³⁹³⁸ constituent deux derniers exemples qui méritent une attention plus particulière. Chacun vient, dans un domaine bien précis, créer une dérogation manifeste au renvoi à l'autonomie procédurale des États membres. En effet, comme nous l'avons vu, la Cour de justice considère de manière constante que le relevé d'office de moyen fondé sur le droit de l'Union d'une part³⁹³⁹ et la remise en cause de l'autorité de chose jugée d'autre part³⁹⁴⁰ relèvent de l'autonomie procédurale. Ces domaines sont donc soumis exclusivement aux principes d'équivalence et d'effectivité. Les arrêts *Océano Grupo* et *Lucchini* en constituent des exceptions. Pour le premier, la Cour de justice dégage de « l'objectif poursuivi par l'article 6 de la directive [93/13] »³⁹⁴¹ l'exigence selon laquelle « le juge national [doit se voir] reconnaître la faculté d'apprécier d'office [la violation de cette disposition] »³⁹⁴². Pour le second, afin de préserver l'effet utile de l'article 107 TFUE, la Cour énonce que « le principe de l'autorité de la chose jugée [reconnu en droit national ne saurait faire] obstacle à la récupération d'une aide d'État octroyée en violation du droit communautaire, et dont l'incompatibilité avec le marché commun a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive »³⁹⁴³. L'empiètement sur le champ d'application du principe d'équivalence est ici manifeste. À partir de l'interprétation de l'article 6 de la directive 93/13 et de l'article 107 TFUE, elle dégage des exigences spécifiques qui l'écartent frontalement³⁹⁴⁴.

³⁹³⁶ *Ibid.*

³⁹³⁷ CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial*, aff. jt. C-240/98 à C-244/98, *Rec. p.* I-4921. Pour des exemples d'arrêts qui prolongent cette jurisprudence, voir CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, aff. C-168/05, *Rec. p.* I-10421, pt. 38 ; CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, *Rec. p.* I-4713, pt. 31 ; CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec. p.* I-9579, pt. 32 ; CJUE, 14 novembre 2013, *Banco Popular Español*, aff. jt. C-537/12 et C-116/13, ECLI:EU:C:2013:759, pt. 42-43.

³⁹³⁸ CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec. p.* I-6199. Pour des exemples d'arrêts qui prolongent, voir CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt. 61 ; CJUE, 4 mars 2020, *CSTP Azienda della Mobilità c. Commission*, aff. C-587/18 P, ECLI:EU:C:2020:150, pt. 95-96.

³⁹³⁹ Voir not. CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, *Rec. p.* I-4705, pt. 22.

³⁹⁴⁰ Voir not. CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec. p.* I-3055, pt. 48.

³⁹⁴¹ CJCE, *Océano Grupo Editorial*, aff. jt. C-240/98 à C-244/98 précité, pt. 26.

³⁹⁴² *Ibid.*

³⁹⁴³ CJCE, *Lucchini*, aff. C-119/05 précité, pt. 63.

³⁹⁴⁴ Voir, avec une lecture *a contrario*, CJUE, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213/13 précité, pt. 61-62.

b. Une identification par la reconnaissance d'exigences autonomes purement jurisprudentielles

955. Les éléments jurisprudentiels précédents constituent une atteinte *in fine* assez limitée à l'autonomie des États membres. La Cour de justice identifie les exigences nécessaires pour garantir l'effet utile de certaines dispositions, notamment celles fondamentales pour le marché intérieur ou pour les libertés de circulations³⁹⁴⁵. Lesdites exigences constituent en un sens les prolongements des règles européennes qui doivent être mises en œuvre par les États membres. L'éclipse du principe d'équivalence se comprend puisque, contrairement aux apparences, il existe bel et bien des exigences européennes qui encadrent le traitement à accorder à une situation européenne. Des difficultés ou des interrogations surviennent lorsque la Cour de justice dégage de telles exigences à partir d'énoncés extrêmement évasifs, voire sans les rattacher à des dispositifs textuels³⁹⁴⁶. Les principes d'effet direct et de primauté sont de ceux-là – même s'ils n'ont pas vraiment vocation à entraver l'application du principe d'équivalence³⁹⁴⁷. Concrètement, il s'agit des exigences issues de jurisprudences classiques comme *Simmenthal*³⁹⁴⁸, *Pigs et Bacon*³⁹⁴⁹, *Factortame*³⁹⁵⁰ ou *Francovich*³⁹⁵¹, ainsi que celles relatives du droit au juge. Pour l'essentiel, elles touchent aux voies de droit nationales – au point que certains auteurs y voient des voies de droit instituées par la Cour de justice³⁹⁵². Par ces arrêts, la Cour de justice opère de sa propre autorité un encadrement direct de l'autonomie procédurale. L'application du principe d'équivalence, comme celle du principe d'effectivité, se voit ainsi directement affectée par ces exigences. Cette position se justifie en ce que ces jurisprudences renforcent l'effet utile du droit de l'Union en général et notamment la protection des particuliers³⁹⁵³.

³⁹⁴⁵ Un contre-exemple serait le principe de proportionnalité. Celui-ci ne prend pas racine dans une ou plusieurs dispositions du traité. Pour autant, il sert essentiellement à préserver certains de ces domaines. Voir not. R. REICH, « How Proportionate Is the Proportionality Principle ? », in *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States* précité, pp. 83-111.

³⁹⁴⁶ Nous préférons parler d'exigence "autonome" plutôt que de "principes généraux du droit". Ces derniers ont un sens plus précis puisqu'ils constituent souvent des règles matérielles, voire des droits fondamentaux, dont la fonction n'est pas d'encadrer les traitements nationaux principalement afin de préserver l'effet utile du droit de l'Union. Sur ce thème, voir not. D. SIMON, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n°14, pp. 73-86 ; B. BERTRAND, « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne », *RFDA* 2013, pp. 1217-1230.

³⁹⁴⁷ Cf. *supra*, pt. 50 et suivants.

³⁹⁴⁸ CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec.* p. 629.

³⁹⁴⁹ CJCE, 26 juin 1979, *Pigs and Bacon*, aff. 177/78, *Rec.* p. 2161.

³⁹⁵⁰ CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec.* p. I-2433.

³⁹⁵¹ CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec.* p. I-5357.

³⁹⁵² Cf. *supra*, pt. 355 et suivants. Préférant parler de « *communautarisation des modalités d'exercice des compétences du juge interne* », renvoyant aux mesures provisoires et à la responsabilité, voir R. MEHDI, « Les retombées de la Communauté de droit dans les États membres », in J. RIDEAU (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 377-422, spéc. p. 413.

³⁹⁵³ « *Eût-il conservé assez de force pour briser l'antique cloisonnement des marchés nationaux, surmonter la résistance des intérêts, des administrations ou des juridictions et, avec de moindres sacrifices imposés à l'autonomie des États membres, atteindre la même efficacité* »

956. Ces jurisprudences dégagent ce qu'il est convenu d'appeler les principes de "contentieux de deuxième génération"³⁹⁵⁴. Afin de remédier aux failles laissées par ceux de la première génération³⁹⁵⁵, la Cour de justice identifie plusieurs exigences jurisprudentielles visant à ce que l'effet utile du droit de l'Union soit davantage préservé³⁹⁵⁶. Les principes d'équivalence et d'effectivité, issus des arrêts *Rewe* et *Comet*³⁹⁵⁷ en sont les premiers-nés. Cependant, à l'évidence, ils ne pouvaient à eux seuls suffire³⁹⁵⁸, conduisant à la jurisprudence *Simmmenthal* et à celles qui suivront³⁹⁵⁹. Ces exigences autonomes présentent comme trait commun d'imposer une contrainte sur l'ordre juridique national, notamment en accordant des prérogatives au juge national. De même, elles visent toutes directement³⁹⁶⁰ ou indirectement³⁹⁶¹ à sauvegarder l'effet utile³⁹⁶² du

que l'ordre juridique consacré par la jurisprudence ? » (R. LECOURT, « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? » précité, p. 350).

³⁹⁵⁴ Voir not. J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers » précité.

³⁹⁵⁵ Cf. *supra*, pt. 145 et suivants. Sur cette idée, voir not. T. EILMANSBERGER, « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246, spéc. pp. 1206s.

³⁹⁵⁶ Résumant cette idée, voir J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire* précité : « la primauté matérielle, qui permet d'écarter la règle nationale incompatible, est [une] ressource limitée dès lors qu'est en cause un ensemble procédural. Ce n'est guère l'inapplication de cet ensemble qui est nécessaire mais bien sa recomposition voire sa réfection ; l'inapplication de telle ou telle disposition ne pourrait être qu'un pis-aller. Ainsi, était demandé à la Cour de Luxembourg, non pas la création d'un principe de droit communautaire mais bien de règles procédurales ou plutôt d'un régime procédural [européen]. On peut concevoir que, devant l'ampleur de la tâche, la Cour de Luxembourg ait reculé [nous dirions, plutôt, "hésité?"] » (pp. 220-221).

³⁹⁵⁷ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe* et *Comet*, aff. 33/76 et 45/76, *Rec.* p. 1989 et p. 2043.

³⁹⁵⁸ En ce sens, W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? », *CMLR* 1995, n°32, pp. 679-702. L'auteur estime que la jurisprudence *Simmmenthal*, n'impliquant que d'écarter une norme interne contraire, ne peut à elle suffire. Ceci explique pourquoi la Cour cherche à imposer d'autres exigences spécifiques et plus précises (mesures provisoires avec *Factortame*, droit à réparation avec *Franovich*). Il note notamment que « *as demonstrated by the case law of the Court relating to interim relief against national or Community rules which are a violation, prima facie, of higher Community law, disapplication (in that case temporal disapplication) of national rules will almost necessarily lead to some harmonization of Community and national legal rules, if and when disapplication is founded on the necessity to make remedies available to secure basic Community rights. Indeed, the need for harmonized legal remedies when it comes to protecting the individuals' basic and therefore uniform Community rights is, it would seem, inherent in the concept of uniformity: in the absence of (sufficiently) harmonized legal remedies, uniform rights cannot be adequately secured throughout the Community* » (p. 690 – il insiste).

³⁹⁵⁹ Voir A. BARAV, « The effectiveness of judicial protection and the rôle of the national courts », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 259-296, : « *The imperative of an effective judicial protection of enforceable Community rights has induced the European Court to introduce new remedies in some cases, to extend the jurisdiction of the national courts and to amplify their powers* » (p. 295)

³⁹⁶⁰ En ce sens, voir M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité : avec *Factortame*, « *It was the requirement of effectiveness which asked the Member State to go beyond mere equivalence and to create a new legal remedy* » (p. 317). Adoptant la même analyse concernant *Franovich*, voir D. F. WAELBROECK, « Treaty Violations and Liability of Members States : the Effect of the *Franovich* Case Law », in T. HEUKELS et A. MCDONELL (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 311-337, spéc. pp. 318 et suivantes.

³⁹⁶¹ Pour ce qui est de la jurisprudence sur le droit au juge ; cf. *supra*, pt. 186 et suivants.

³⁹⁶² Le débat existe toutefois en doctrine autour, notamment, de l'arrêt *Factortame* : l'exigence qui en découle est-elle motivée au nom de la protection juridictionnelle effective ou de l'effet utile du droit de l'Union. Nous admettons que de nombreux auteurs y voient une exigence qui découle ou qui constitue le prolongement du droit au juge et de la protection juridictionnelle effective. L'avocat général JACOBS (conclusions sur CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité) estime par exemple que cette jurisprudence répond à « *une nécessité contraignante de remédier à l'insuffisance de la protection juridictionnelle effective donnée par le droit national (...). [Celle-ci] aurait manifestement été insuffisante, et même illusoire, si, dans l'attente du prononcé de sa décision finale faisant suite à une décision de la Cour de justice, [le juge national] n'avait pas été en mesure d'accorder des mesures provisoires afin d'empêcher que [le justiciable] subisse un préjudice irréparable* » (pt. 20-21). Dans la même optique, voir G. TESAURO, « Les mesures provisoires dans le système communautaire », in *Hacia un nuevo orden international y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de*

droit de l'Union *en général*. Partant, elles apparaissent comme des concurrentes directes du principe d'équivalence dans sa fonction de préserver cet effet utile du droit de l'Union. Elles le sont en ce que leur champ d'application n'est pas limité à une disposition textuelle ou un ensemble de dispositions – comme avec les exigences jurisprudentielles précédentes. Peu importe la règle européenne qui constitue la situation européenne, la jurisprudence *Simmenthal* et celles qui en découlent devront toujours s'appliquer. La configuration est, de ce point de vue, la même que pour la mise en œuvre du principe d'équivalence.

957. Même si ces jurisprudences sont bien connues, un bref exposé est nécessaire. Avec l'arrêt *Simmenthal*, la Cour de justice exige que les juges nationaux puissent, de leur propre autorité, écarter toute disposition nationale qui compromet la mise en œuvre d'une règle de droit de l'Union. Dans sa continuité³⁹⁶³, l'arrêt *Factortame* indique que le juge national doit pouvoir adopter des mesures provisoires pour garantir « la pleine efficacité du droit [de l'Union] » quand bien même le droit interne ne le lui permet pas³⁹⁶⁴. L'arrêt *Pigs et Bacon* reconnaît un droit pour « tout opérateur économique astreint au versement [d'une taxe contraire au droit de l'Union] (...) [d'en] réclamer la restitution »³⁹⁶⁵. Enfin, l'arrêt *Francovich* prévoit que « la pleine efficacité des normes [de l'Union] »³⁹⁶⁶ nécessite de reconnaître « un principe de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par des violations du droit [de l'Union] »³⁹⁶⁷. Ces exigences, souvent présentées comme « inhérentes »³⁹⁶⁸ à l'Union européenne, ont pour conséquence de régir directement le droit national³⁹⁶⁹. Plus encore, certaines présentent des contraintes assez précises. Avec ses

Velasco, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1241-1254, spéc. pp. 1247-1248 ; F. PICOD, « Article I-29 – La Cour de justice de l'Union européenne », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 384-400, spéc. p. 395. Nous pensons cependant que l'exigence de l'arrêt *Factortame* va au-delà de la seule protection juridictionnelle effective et implique que le juge national puisse, pour garantir l'effet utile du droit de l'Union, prendre toutes les mesures provisoires nécessaires. En ce sens, voir par exemple S. GERVASONI, « La Cour de justice et le dialogue des juges », in F. LICHIERE, L. POTVIN-SOLIS et A. RAYNOUARD (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2004, pp. 145-152, spéc. p. 146.

³⁹⁶³ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité, pt. 20.

³⁹⁶⁴ *Ibid.*, pt. 21.

³⁹⁶⁵ CJCE, *Pigs and Bacon*, aff. 177/78 précité, pt. 25.

³⁹⁶⁶ CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 33.

³⁹⁶⁷ *Ibid.*, pt. 35.

³⁹⁶⁸ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité, à propos de la jurisprudence *Simmenthal* : « serait incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit de l'Union toute disposition [nationale qui refuserait] au juge (...) le pouvoir de faire (...) tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions [nationales] formant éventuellement obstacle (...) à la pleine efficacité des normes communautaires » (pt. 20 – nous soulignons) ; CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité : le principe en question « est inhérent au système du traité » (pt. 35 – nous soulignons).

³⁹⁶⁹ À ce titre, nous excluons l'étude de la jurisprudence *Von Colson* (CJCE, 10 avril 1984, aff. 14/83, *Rec.* p. 1891) sur l'interprétation conforme. Celle-ci présente en effet des similitudes avec les autres jurisprudences. Dans un récent arrêt, la Cour de justice rappelle ainsi que « [le] principe d'interprétation conforme du droit interne, en vertu duquel la juridiction nationale est tenue de donner au droit interne, dans toute la mesure du possible, une interprétation conforme aux exigences

arrêts *Zuckerfabrik*³⁹⁷⁰ et *Atlanta*³⁹⁷¹, la Cour de justice détaille les conditions dans lesquelles une mesure provisoire doit être prononcée³⁹⁷² lorsque l'acte national en cause exécute directement un texte de droit dérivé³⁹⁷³. Avec l'arrêt *Francovich*, précisé par l'arrêt *Brasserie du pêcheur*³⁹⁷⁴, elle y énumère les critères suffisants pour engager la responsabilité de l'État. Chacun de ses domaines échappe au principe d'équivalence, même si celui-ci reste applicable pour les aspects qui ne sont pas directement régis par ces jurisprudences³⁹⁷⁵.

958. La jurisprudence relative au droit au juge et à la protection juridictionnelle effective s'inscrit dans ce schéma³⁹⁷⁶. Certes, la Cour de justice s'est souvent fondée sur des dispositions écrites³⁹⁷⁷, que ce soit la directive 76/207 dans l'affaire *Johnston*³⁹⁷⁸ ou évidemment sur l'article 47 de la Charte. Certaines exigences issues du droit au juge sont également spécifiques à certains dispositifs de droit dérivé³⁹⁷⁹. Il demeure que la portée des exigences du droit au juge présente bien un caractère absolu³⁹⁸⁰. L'arrêt *Unibet* reconnaît l'inexistence d'une « *voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit [de l'Union]* »³⁹⁸¹ comme inacceptable. Partant, cette jurisprudence relative au droit au juge impose, de manière générale, aux États membres de toujours prévoir une voie de droit. Si la majorité des modalités

du droit de l'Union, est **inhérent** au système des traités, en ce qu'il permet à la juridiction nationale d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la **pleine efficacité** du droit de l'Union lorsqu'elle tranche le litige dont elle est saisie » (CJUE, 21 janvier 2021, *Whiteland Import Export*, aff. C-308/19, ECLI:EU:C:2021:47, pt. 61 – nous soulignons). Cela étant, pour ce qui nous intéresse, cette jurisprudence n'impacte pas le principe d'équivalence. Il s'agit plus d'un devoir pesant sur le juge national que d'une réelle exigence pesant sur l'ordre juridique national.

³⁹⁷⁰ CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89, *Rec.* p. I-415.

³⁹⁷¹ CJCE, 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a. (I)*, aff. C-465/93, *Rec.* p. I-3761.

³⁹⁷² CJCE, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89 précité, pt. 23 et suivants.

³⁹⁷³ *Ibid.* : ce régime s'applique lorsque, quelle que soit la situation contentieuse, « *la contestation est [d'abord] fondée sur le droit communautaire lui-même* » (pt. 20).

³⁹⁷⁴ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93.

³⁹⁷⁵ Cf. *supra*, pt. 355-356.

³⁹⁷⁶ Voir not. B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 554 et suivantes.

³⁹⁷⁷ Pour un autre exemple, voir CJCE, 15 octobre 1988, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec.* p. 4097, pt. 14.

³⁹⁷⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec.* p. 1651.

³⁹⁷⁹ Voir pour exemple CJUE, 29 juillet 2019, *Torubarov*, aff. C-556/17, ECLI:EU:C:2019:626 : la Cour indique que, « *en vue de garantir au demandeur d'une protection internationale une protection juridictionnelle effective au sens de l'article 47 de la Charte, et conformément au principe de coopération loyale consacré à l'article 4, paragraphe 3, TUE, il incombe à la juridiction nationale saisie du recours de réformer la décision de l'organe administratif ou quasi juridictionnel, en l'occurrence l'Office de l'immigration, non conforme à son jugement précédent, et de substituer à celle-ci sa propre décision sur la demande de protection internationale de l'intéressé, en laissant au besoin inappliquée la réglementation nationale qui lui interdirait de procéder en ce sens* » (pt. 74). Cette exigence d'un pouvoir de réformation du juge doit toutefois rester circonscrite : la Cour indique qu'elle dégage cette exigence à partir « *[de l']interprétation de l'article 46, paragraphe 3, de la directive 2013/32, lu à la lumière de l'article 47 de la Charte* » (pt. 75). Il ne s'agit donc pas d'une exigence de portée générale.

³⁹⁸⁰ Voir not. F. PICOD, « *Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison* », in *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pédone, 2010, pp. 907-920, spéc. pp. 907-908.

³⁹⁸¹ CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec.* p. I-2271, pt. 41.

procédurales qui encadrent la voie de droit relève de l'autonomie procédurale, la Cour de justice a pu apporter certaines exigences complémentaires³⁹⁸², comme sur les conditions de recevabilité de l'action³⁹⁸³ ou sur l'étendue du contrôle du juge³⁹⁸⁴.

2. *Les controverses posées par ces exigences jurisprudentielles*

959. Les exigences dégagées par la jurisprudence, qu'elles découlent ou non d'une disposition textuelle spécifique, accentuent le phénomène d'harmonisation du droit national. Les domaines concernés échappent en conséquence à l'application du principe d'équivalence. La nécessité d'un tel activisme de la Cour de justice n'est toutefois pas sans poser des problèmes. L'action du législateur européen n'est évidemment pas exempte de discussions, notamment quant à sa compétence pour harmoniser le droit national. Pour ce qui est de la Cour de justice, les controverses prennent une autre ampleur. Nous en identifions deux ensembles. Pour le premier, il s'agit de la *nécessité* de dégager des exigences jurisprudentielles et – surtout – de leur *portée*. La jurisprudence a pu se montrer hésitante, parfois trop prudente, parfois trop interventionniste. Ce contexte conduit à brouiller la frontière entre les domaines concernés par ces exigences et les autres qui relèvent de l'application du principe d'équivalence (a.). Le second renvoie au « *Rewe-Simmenthal Contradiction* », selon l'expression de S. PRECHAL³⁹⁸⁵. Elle désigne l'ambivalence des positions de la Cour de justice qui alternent entre les lignes jurisprudentielles issues des arrêts *Rewe* et *Comet* ou de l'arrêt *Simmenthal* (b.).

a. Les problèmes inhérents à la nécessité et à la portée des exigences jurisprudentielles

960. La jurisprudence qui dégage des exigences spécifiques est la manifestation d'un choix de la Cour de justice. Plutôt que laisser les États membres autonomes, et donc d'être soumis au principe d'équivalence, une contrainte particulière leur est imposée à laquelle ils doivent se conformer au nom du principe de primauté. Nous l'avons dit, la reconnaissance de l'exigence ne ressort pas de l'énoncé de la disposition textuelle. Ce constat est encore plus vrai lorsque l'exigence est purement

³⁹⁸² Voir not. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire », in J. RIDEAU (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170, spéc. p. 152 et suivantes ; B. BERTRAND et J. SIRINELLI, « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 565-593, spéc. pp. 580 et suivantes.

³⁹⁸³ CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, *Rec.* p. I-6313, pt. 13.

³⁹⁸⁴ CJCE, *Heylens*, aff. 222/86 précité, pt. 15.

³⁹⁸⁵ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706, spéc. p. 687.

jurisprudentielle. La Cour de justice a donc bien *choisi* de reconnaître cette contrainte sur les États membres. Logiquement, ce choix se discute. Nous passons ici sur les questions d'ordre théorique, quant à la possibilité ou non pour un juge de "créer du droit", dans les potentialités offertes par son interprétation ainsi que dans la légitimité de son action³⁹⁸⁶. Ces débats se transposent évidemment à cette jurisprudence européenne mais ils sont largement connus et n'y sont pas spécifiques. Nous préférons ainsi nous focaliser sur les controverses propres à la jurisprudence de la Cour de justice qui dégage de telles exigences.

961. Les débats sur ce sujet transparaissent parfois dans les conclusions d'avocats généraux, dans un sens ou dans l'autre. Ils sont alors pointés par la doctrine. Trois exemples³⁹⁸⁷ en attestent. Le premier concerne la jurisprudence *Verholen*³⁹⁸⁸, telle que précisée dans les arrêts *Van Schijndel* et *Peterbroeck*³⁹⁸⁹. Le débat portait sur la nécessité pour la Cour de justice de dégager une exigence selon laquelle la violation d'une règle européenne peut être relevée d'office par le juge national. Cela a été vu, de manière générale, la Cour s'y refuse : ce domaine relève de l'autonomie procédurale telle qu'encadrée par les principes d'équivalence et d'effectivité. À ce titre, elle a tranché un débat sur le sujet, opposant les positions des avocats généraux M. DARMON et F. G. JACOBS. Le premier, s'appuyant sur la jurisprudence relative au renvoi préjudiciel, considère qu'une telle exigence est nécessaire pour garantir la primauté et l'uniformité du droit de l'Union³⁹⁹⁰. Pour le second, ce n'est ni nécessaire, ni même opportun. La passivité du justiciable et l'excessive immixtion dans les ordres juridiques nationaux incitent à s'en abstenir³⁹⁹¹. Le deuxième exemple concerne l'arrêt *Kühne & Heitz*³⁹⁹² et suit un schéma assez similaire. Le débat est certes moins tranché mais se trouve implicitement entre les approches des avocats généraux P. LEGER et Y. BOT. Le premier juge nécessaire de reconnaître une exigence de réexamen d'une décision administrative définitive qui s'avère contraire au droit de l'Union³⁹⁹³. La Cour de justice, dans son arrêt *Kühne & Heitz*, ne le reconnaît que de manière extrêmement conditionnée. L'avocat

³⁹⁸⁶ Voir pour exemple P. DEUMIER, *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2019, pp. 323 et suivantes.

³⁹⁸⁷ Pour d'autres exemples, voir V. SKOURIS, « The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC », in *Tom Bingham and the Transformation of EC Law. A Liber Amicorum*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 493-507, spéc. pp. 500 et suivantes.

³⁹⁸⁸ CJCE, 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90, *Rec.* p. I-3757.

³⁹⁸⁹ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité et CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec.* p. I-4599.

³⁹⁹⁰ M. DARMON, conclusions sur CJCE, *Verholen*, aff. jt. C-87/90, C-88/90 et C-89/90 précité, pt. 19 et suivants.

³⁹⁹¹ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 23 et suivants.

³⁹⁹² CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec.* p. I-837.

³⁹⁹³ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 66.

général Y. BOT, dans des conclusions ultérieures, ne remet pas en cause cette solution³⁹⁹⁴. Le dernier exemple est issu de l'arrêt *Emmott*³⁹⁹⁵ – déjà étudiée³⁹⁹⁶ –, dont l'exigence retenue par la Cour de justice, relative à la computation de délais de prescription, s'est avérée très controversée en raison de sa portée générale. Suivant plusieurs avocats généraux, elle cantonne clairement cette solution dans son arrêt *Fantask*³⁹⁹⁷.

962. Ces exemples restent très discutés³⁹⁹⁸ sur la nécessité de dégager ou non une exigence qui supplante l'autonomie des États membres. Un dernier exemple, issu de l'arrêt *Vebic*³⁹⁹⁹, peut être rapidement évoqué pour témoigner de l'actualité du problème. Il montre que, de manière discutable – si ce n'est étonnante –, la Cour de justice donne une interprétation de dispositions européennes qui écarte l'application de l'autonomie procédurale et, par la même, celle du principe d'équivalence. En l'occurrence, la question portait sur la participation d'une autorité de la concurrence à un contentieux judiciaire portant sur l'une de ses décisions. La Cour de justice constate que les dispositions du règlement européen ne prévoient rien sur ce sujet⁴⁰⁰⁰. Logiquement, ce point devrait relever de l'autonomie procédurale. Cependant, la Cour de justice considère que la non-participation de l'autorité crée un « *risque que la juridiction saisie soit entièrement "captive" des moyens et arguments développés par la ou les entreprises requérantes* »⁴⁰⁰¹ et qu'un « *tel risque est susceptible de compromettre [l'effet utile du règlement et des articles 101 et 102 TFUE]* »⁴⁰⁰². Elle va même jusqu'à considérer que « *la non-comparution quasi systématique desdites autorités serait de nature à compromettre l'effet utile [desdits articles du TFUE]* ». *In fine*, seule la désignation des organes compétents pour représenter en justice l'autorité de la concurrence est laissée dans le cadre de l'autonomie procédurale. Pour X. TATON et O. VAN DER HAEGEN, cette interprétation « *constitue une intervention remarquable de la Cour de*

³⁹⁹⁴ Y. BOT, conclusions sur CJCE, 12 février 2008, *Kempter*, aff. C-2/06, *Rec. p.* I-411, pt. 73 et suivants.

³⁹⁹⁵ CJCE, 25 juillet 1995, *Emmott*, aff. C-208/90, *Rec. p.* I-4269.

³⁹⁹⁶ Cf. *supra*, pt. 911 et suivants.

³⁹⁹⁷ CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783.

³⁹⁹⁸ Sur la jurisprudence *Kühne & Heitz*, voir les critiques assez acerbes de L. COUTRON (note, *RAE* 2003-2004, n°3, pp. 417-434 ; « La revanche de *Kühne* ? À propos de l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTDE* 2009, pp. 69-90 ; « La consécration prometteuse d'une nouvelle hypothèse de réexamen d'un acte administratif définitif non contesté en justice », *RTDE* 2013, pp. 304). Il estime notamment que cet arrêt « *peut être critiqué en ce qu'il fonde l'obligation de réexaminer un acte administratif définitif sur le droit national lui-même* » (« L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in L. COUTRON (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 13-58, spéc. pp. 40-41). Sur la jurisprudence *Factorame-Zuckerfabrik-Atlanta*, voir not. R. MEHDI, « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence », *RTDE* 1996, pp. 77-100.

³⁹⁹⁹ CJUE, 7 décembre 2010, *Vebic*, aff. C-439/08, *Rec. p.* I-12471.

⁴⁰⁰⁰ *Ibid.*, pt. 53.

⁴⁰⁰¹ *Ibid.*, pt. 58.

⁴⁰⁰² *Ibid.*

justice dans la définition d'une règle de procédure nationale »⁴⁰⁰³ et se discute, notamment quant au « *fondement de cette crainte de la Cour de justice* »⁴⁰⁰⁴.

963. Ces différentes illustrations obscurcissent les contours du champ d'application du principe d'équivalence. Ce phénomène s'accroît lorsque l'exigence identifiée par la Cour de justice dispose d'un champ d'application très étendu, voire général. Des doutes ont pu survenir sur ce sujet, rendant plus indéterminé le champ d'application du principe d'équivalence. Le fait que l'exigence se rattache ou non à une disposition textuelle n'apporte aucun éclaircissement. En effet, même si la Cour de justice dégage certaines exigences à partir de certaines directives, elle les reconnaît également dans d'autres contextes dans lesquels ces mêmes directives ne s'appliquent pas. Tel est le cas dans certains arrêts relatifs au droit au juge⁴⁰⁰⁵. Outre l'arrêt *Emmott* déjà traité⁴⁰⁰⁶, la jurisprudence *Von Colson* peut être évoquée. Dans cette affaire, la Cour de justice reconnaît une obligation pour les États membres de prévoir une « *sanction (...) effective et efficace* », qui peut se traduire par « *l'octroi d'une indemnité [pourvu que] celle-ci [soit] en tout cas adéquate au préjudice subi* » en se fondant sur la directive 76/207. Plusieurs arrêts ultérieurs de la Cour confirment que ces deux exigences – le principe d'une sanction effective⁴⁰⁰⁷ et la réparation adéquate d'un préjudice – jouissent d'une portée générale. Puis, dans son arrêt *Marshall II*, la Cour de justice considère que l'article 6 de la directive 76/207 s'oppose à ce que la réparation d'un préjudice « *soit limitée à un plafond maximal fixé a priori* » et que celle-ci ne puisse pas être assortie d'intérêts compensatoires⁴⁰⁰⁸. La question se pose alors de savoir si cette nouvelle exigence bénéficie, elle aussi, d'une portée générale. Or, suivant son avocat général⁴⁰⁰⁹, la Cour de justice s'y refuse dans son arrêt *Sutton*. En l'occurrence, bien qu'ayant un objet assez analogue à celui de la directive

⁴⁰⁰³ X. TATON et O. VAN DER HAEGEN, « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *JDE* 2011, n°180, pp. 157-166, spéc. p. 162.

⁴⁰⁰⁴ *Ibid.*, pt. 163. Pour une approche moins critique, voir L. IDOT, « La Cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Rev. des contrats* 2011, n°4, pp. 1201-1207.

⁴⁰⁰⁵ Voir les exemples étudiés par P. CRAIG et G. DE BURCA, *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015, pp. 231 et suivantes.

⁴⁰⁰⁶ Cf. *supra*, pt. 991 et suivants.

⁴⁰⁰⁷ Voir CJCE, 10 juillet 1990, *Hansen*, aff. C-326/88, *Rec. p. I-2911* ; CJCE, 18 décembre 2001, *Commission c. Irlande*, aff. C-354/99, *Rec. p. I-7657*. Voir sur ce point M. POELEMANS, *La sanction dans l'ordre juridique communautaire* précité, p. 145.

⁴⁰⁰⁸ CJCE, 2 août 1993, *Marshall (II)*, aff. C-271/91, *Rec. p. I-4367*, pt. 32.

⁴⁰⁰⁹ P. LEGER, conclusions sur CJCE, 22 avril 1997, *Sutton*, aff. C-66/95, *Rec. p. I-2163* : « C'est dans [le] **strict cadre** [de la directive 76/207] que vous avez estimé que, lorsque, selon les règles nationales applicables, le rétablissement du caractère discriminatoire d'un licenciement devait être opéré sous la forme d'un dédommagement pécuniaire, celui-ci devait être approprié et constitutifs d'une réparation in integrum (...). Vous appliquez à cet égard le principe (...) dégagé à l'occasion de l'arrêt (...) *Von Colson et Kamann* (...). Ce faisant, **vous n'énoncez nullement un principe général** selon lequel tout rétablissement du principe d'égalité de traitement supposerait le versement d'intérêts (...) » (pt. 39-40 – nous soulignons).

76/207, l'article 6 de la directive 79/7⁴⁰¹⁰ « *n'impose pas qu'un particulier puisse obtenir le paiement d'intérêts sur des montants versés [tardivement] lorsque le retard est dû à une discrimination interdite par la directive 79/7* »⁴⁰¹¹. Ce même problème a pu se poser concernant l'arrêt *Lucchini* précité : fallait-il voir dans cette dérogation à l'autorité de la chose jugée une exigence de portée générale⁴⁰¹² ? La Cour de justice y répond par la négative dès son arrêt *Fallimento Olimpiclub*⁴⁰¹³.

964. Un exemple récent nous est fourni par l'arrêt *Commissioner of the Garda Síochána*⁴⁰¹⁴. Celui-ci traite de la portée à accorder à la jurisprudence *Simmenthal*. Était en cause une disposition nationale de répartition de compétences entre une autorité publique indépendante et la Cour Suprême irlandaise pour faire respecter la directive 2000/78. À ce titre, la juridiction suprême dispose d'une compétence d'exception sur les litiges visant à écarter ou supprimer une disposition nationale contraire à ladite directive. Dès lors, comme l'affirme l'avocat général N. WAHL, « [l'autorité publique] *n'est pas compétente pour examiner un recours lorsque l'affaire implique (...) de ne pas appliquer une disposition de droit national primaire ou dérivé* »⁴⁰¹⁵. La Cour de justice se prononce sur la compatibilité avec le droit de l'Union d'une telle répartition des compétences. Elle retient une vision trop schématique de la jurisprudence *Simmenthal* en comparaison de la conception plus minutieuse retenue par l'avocat général dans ses conclusions. Elle porte ainsi une atteinte importante à l'autonomie procédurale et, par ricochet, au champ d'application du principe d'équivalence. En un mot⁴⁰¹⁶, l'avocat général considère que l'exigence issue de *Simmenthal* – qui requiert que l'autorité saisie écarte une disposition nationale contraire au droit de l'Union – ne joue que vis-à-vis d'autorités *compétentes*⁴⁰¹⁷ pour appliquer le droit de l'Union en cause. Partant, si cette compétence n'est pas

⁴⁰¹⁰ Directive 79/7/CEE du Conseil, du 19 décembre 1978, relative à la mise en œuvre progressive du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière de sécurité sociale (*JOCE* 1979, L 6, p. 24).

⁴⁰¹¹ CJCE, *Sutton*, aff. C-66/95 précité, pt. 35.

⁴⁰¹² B. CHEYNEL, « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? », *Rev. Lamy Concurrence*, 2007, n°13.

⁴⁰¹³ CJCE, 3 septembre 2009, *Fallimento Olimpiclub*, aff. C-2/08, *Rec. p.* I-7501 : la Cour rappelle sa position classique selon laquelle « le droit communautaire n'impose pas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit communautaire par la décision en cause » (pt. 23). Elle ajoute que « [l'arrêt] *Lucchini*, précité, n'est pas de nature à remettre en cause l'analyse qui précède » (pt. 25). Position confirmée *in extenso* ultérieurement : voir CJUE, 10 juillet 2014, *Impresa Pizzarotti*, aff. C-213-13, ECLI:EU:C:2014:2067, pt. 60-61.

⁴⁰¹⁴ CJUE, 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979.

⁴⁰¹⁵ N. WAHL, conclusions sur CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17 précité, pt. 39 (il insiste).

⁴⁰¹⁶ Pour une présentation plus exhaustive, voir D. DERO-BUGNY, observations sous CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, in F. PICOD (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 45-52.

⁴⁰¹⁷ N. WAHL, conclusions sur CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17 précité, pt. 69 et suivants.

imposée par des règles européennes à tel ou tel organe national, l'ensemble relève de l'autonomie procédurale⁴⁰¹⁸. Il revient à l'État membre de désigner l'autorité compétente qui devra, pour respecter la jurisprudence *Simmenthal*, disposer des prérogatives nécessaires. En revanche, « *un organe ne peut pas, en vertu de la primauté du droit de l'Union, simplement ignorer les règles de compétence qui délimitent sa compétence matérielle dans un domaine particulier qui sont prévues par le droit national* »⁴⁰¹⁹ souligne l'avocat général. La Cour de justice s'en tient à une vision très absolue de la jurisprudence *Simmenthal*. En s'appuyant sur le principe de primauté, elle estime que, dès lors qu'un organe est chargé d'appliquer le droit de l'Union, d'une manière ou d'une autre, il doit pouvoir écarter toute disposition qui lui est contraire⁴⁰²⁰, et ce même si un autre organe – la Cour Suprême – dispose explicitement de la compétence pour traiter ce genre de situations⁴⁰²¹. En somme, alors même que le principe d'équivalence aurait *a priori* dû s'appliquer⁴⁰²², la Cour de justice retient une position jurisprudentielle qui réduit son champ d'application de manière discutable⁴⁰²³.

b. Les problèmes de la “Rewe-Simmenthal Contradiction”

965. La jurisprudence précédemment décrite montre que les contours du champ d'application du principe d'équivalence restent incertains et même précaires. Cet état d'incertitude est souligné par certains auteurs, à travers notamment la “*Rewe-Simmenthal Contradiction*”. En substance, pour anticiper l'évolution de la jurisprudence, la coexistence de ces deux lignes aboutit à une « *situation globalement déroutante* »⁴⁰²⁴, qui ne

⁴⁰¹⁸ *Ibid.*, pt. 70. En ce sens, voir également A. COLLINS, « Falling Short ? An analysis of Minister for Justice and Equality v. Workplace Relations Commission », *RAE* 2020, n°3, pp. 595-605, spéc. pp. 600-601.

⁴⁰¹⁹ *Ibid.*, pt. 90.

⁴⁰²⁰ CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17 précité : « Il découle du principe de primauté du droit de l'Union (...) que les organes chargés d'appliquer, dans le cadre de leurs compétences respectives, le droit de l'Union, ont l'obligation de prendre toutes les mesures nécessaires afin de garantir le plein effet de ce droit en laissant au besoin inappliquées toutes dispositions ou jurisprudences nationales qui seraient contraires audit droit (...) » (pt. 50).

⁴⁰²¹ *Ibid.* : « la circonstance, mise en avant par la juridiction de renvoi, que le droit national permet en l'occurrence aux particuliers d'introduire, devant la [Cour suprême], un recours fondé sur la prétendue incompatibilité d'une disposition nationale avec la directive 2000/78 et à cette dernière juridiction, si elle fait droit à ce recours, de laisser inappliquée la disposition nationale en cause n'est pas de nature à remettre en cause la conclusion qui précède » (pt. 51).

⁴⁰²² N. WAHL, conclusions sur CJUE, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17 précité, pt. 95 et suivants.

⁴⁰²³ Pour une approche similaire, mais moins discutable, voir CJUE, 14 mai 2020, *Országos Idegenrendészeti Főigazgatóság Dél-alföldi Regionális Igazgatóság*, aff. jt. C-924/19 PPU et C-925/19 PPU, ECLI:EU:C:2020:367 : le contexte tenait dans « l'inexistence, dans le droit de l'État membre concerné, d'une voie de recours juridictionnelle permettant de faire contrôler la légalité, au regard du droit de l'Union, d'une décision administrative de retour (...) du présent arrêt, ne saurait dispenser le juge national de son obligation d'assurer la pleine efficacité de l'article 13, paragraphe 1, de la directive 2008/115 » (pt. 145). La Cour estime donc que « le principe de primauté du droit de l'Union ainsi que le droit à une protection juridictionnelle effective, garanti par l'article 47 de la Charte, imposent à la juridiction de renvoi de se déclarer compétente pour connaître des recours introduits par les requérants au principal contre les décisions de l'autorité chargée de l'asile ayant rejeté leurs oppositions aux décisions administratives leur enjoignant de retourner dans leur pays d'origine, et de laisser, au besoin, inappliquée toute disposition nationale qui lui interdirait de procéder en ce sens » (pt. 146).

⁴⁰²⁴ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* » précité : « In fact, the two strands seemed to coexist, which made the overall situation somewhat puzzling » (p. 689).

répond à aucune logique établie. Telle qu'appréhendée par M. BOBEK, elle aboutit à un « désordre »⁴⁰²⁵ pour lire et comprendre la position de la Cour de justice sur l'autonomie procédurale en général et sur l'application du principe d'équivalence en particulier. Selon l'optique retenue, l'absence de règles européennes conduira à la reconnaissance du cadre de l'autonomie procédurale ou, au contraire, à une l'intervention de la Cour de justice, par l'identification d'une exigence spécifique. Cette "contradiction" est notamment défendue par S. PRECHAL dans plusieurs de ses écrits. Elle y montre que, afin de préserver l'effet utile du droit de l'Union, la Cour de justice alterne entre ces deux lignes jurisprudentielles : celles tournées vers l'application des principes d'équivalence et d'effectivité (*Rewe*) et celles tournées vers une intervention directe dans le droit national (*Simmenthal*). La première se présente comme plutôt « non-interventionniste » et la seconde « beaucoup plus intrusive »⁴⁰²⁶.

966. L'objectif poursuivi reste le même mais les moyens diffèrent de manière significative. En un sens, « [le] pourquoi dans certaines affaires la Cour suit la ligne initiée dans *Simmenthal* tandis que dans d'autres affaires elle applique les principes ["minimums"] posés dans [*Rewe*] est assez déroutant »⁴⁰²⁷. L'agencement de ces deux jurisprudences pose un problème lorsqu'elles sont exclusives l'une de l'autre. Certes, il arrive qu'elles s'accordent sans mal : l'exigence spécifique dégagée au titre de *Simmenthal* a toujours besoin de compléments nationaux qui, eux, relèveront des principes *Rewe*⁴⁰²⁸. Dans une moindre mesure, certains avocats généraux s'emploient à démontrer que la ligne *Simmenthal* n'a pas vocation à évincer la ligne *Rewe*⁴⁰²⁹. Cela étant, lorsqu'il s'agit de trancher fondamentalement sur la trame à suivre, l'incompatibilité entre *Rewe* et *Simmenthal* est indissoluble.

967. L'alternance entre la ligne *Rewe* et la ligne *Simmenthal* ne suit pas une logique prévisible⁴⁰³⁰. On aurait pu penser que la jurisprudence conduite dans le milieu des années 1980⁴⁰³¹, se montrant assez interventionniste, donnerait une prime à la ligne

⁴⁰²⁵ M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité, p. 319.

⁴⁰²⁶ S. PRECHAL, « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* » précité : « It refers to the two strands which are discernible in the Court's case law: the rather non-interventionist approach ushered in with the *Rewe/Comet* judgments on the one hand, and the much more intrusive line of cases launched in *Simmenthal* on the other » (p. 687).

⁴⁰²⁷ S. PRECHAL, *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005 : « Why in some cases the Court follows the line set out in *Simmenthal* while in others cases it applies the minimum principles laid down in *Comet* and *Rewe* is somewhat puzzling » (p. 141).

⁴⁰²⁸ Voir CJUE, *Vebic*, aff. C-439/08 précité exposé *supra*, pt. 962.

⁴⁰²⁹ P. LEGER, conclusions sur CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité, pt. 68 et suivants sur une éventuelle remise en cause de l'autonomie procédurale.

⁴⁰³⁰ S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 177.

⁴⁰³¹ Nous reprenons ici le découpage chronologique proposé par M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, pp. 411 et suivantes.

*Simmenthal*⁴⁰³². Toutefois, à partir de 1993⁴⁰³³, la Cour de justice revient à une pondération plus équilibrée entre elles⁴⁰³⁴. Les arrêts *Van Schijndel* et *Peterbroeck* en attestent⁴⁰³⁵. Difficile dès lors de bien cerner – ou plutôt d'anticiper – les raisons qui poussent la Cour de justice à privilégier une approche plutôt qu'une autre lorsqu'il n'existe aucune règle européenne encadrant un traitement national. Quel que soit son choix, comme le note S. PRECHAL, des reproches pourront toujours lui être faits, selon que la « *balance* » penche d'un côté ou de l'autre⁴⁰³⁶. Cette jurisprudence générale ne peut donc s'apprécier que de manière *ad hoc*⁴⁰³⁷. Les avocats généraux sont nombreux à se pencher sur cette question primordiale⁴⁰³⁸. Outre F. G. JACOBS, dans ses conclusions sur les arrêts *Van Schijndel* et *Peterbroeck*⁴⁰³⁹ ou N. WAHL, dans ses conclusions sur l'arrêt *Commissioner of the Garda Síochána* déjà évoquées, on peut mentionner l'avocat général E. SHARPSTON dans ses conclusions sur l'arrêt *Unibet*⁴⁰⁴⁰.

968. Un tel contexte nuit évidemment à la stabilité du champ d'application du principe d'équivalence. En effet, l'opposition entre *Rewe* et *Simmenthal* se résorbe en fonction du seuil de protection que la Cour de justice souhaite imposer. Sur ce sujet, le

⁴⁰³² Pour exemple, G. TESAURO, « Les mesures provisoires dans le système communautaire » précité : « *s'agissant de la protection juridictionnelle, on relève de la jurisprudence de la Cour une affirmation toujours plus nette de l'exigence d'une protection effective des droits que les particuliers tirent des normes communautaires, protection qui doit être assurée surtout par les juges nationaux, éventuellement par une "communitarisation" progressive des critères et du niveau d'effectivité qui limiterait d'autant l'autonomie des systèmes procéduraux nationaux* » (p. 1242, s'appuyant sur l'arrêt CJCE, 9 juillet 19785, *Bozzetti*, aff. 179/84, Rec. p. 2301).

⁴⁰³³ *Ibid.*, pp. 417 et suivantes.

⁴⁰³⁴ D'autres auteurs sont moins catégoriques. La tendance globale est – certes – dans un accroissement progressif et diffus de l'intervention du droit de l'Union sur les traitements nationaux – nous l'avons montrée *supra*. M. BOBEK (« Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité) estime ainsi que cette « incertitude *Rewe-Simmenthal* » « *is only short – or in middle term one. In the long term, the tendency is quite clear (...); the overall harmonising tendency is evident. It may not progress in all areas at the same speed (...)* » (p. 319). Voir également S. PRECHAL, *op. cit.*, p. 178.

⁴⁰³⁵ CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité et CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, Rec. p. I-4599.

⁴⁰³⁶ S. PRECHAL, *op. cit.* : « *While some authors caught this development in terms of "striking the balance", others preferred to call it "tilting the balance". Some scholars seem to consider the judgements as a too great an intrusion into national procedural autonomy, which unnecessarily complicates the role of national courts (...)* » (p. 176).

⁴⁰³⁷ Pour un exemple sur cette approche forcement relative de la jurisprudence, voir P. CRAIG, *EU Administrative Law* précité : à propos des arrêts *Emmott*, *Marshall II* et *Dekker*, il estime que cet activisme « *was legitimate. The reasoning in these cases was forceful, but the result did not entail untoward incursion into national remedies autonomy. To be sure these judicial decisions meant that national procedural values had to be modified, but membership of a Union naturally entails modification of substantive values and there is no reason why procedural values should be immune in this regard. In any event, I am also content with the nuanced approach found in recent case law. An approach that considers the purpose of the national procedural rule and considers whether this contending interests in these cases, even if the nature of the test means that there will inevitably be a degree of uncertainty as to its application* » (p. 782).

⁴⁰³⁸ Pour une réflexion doctrinale à ce sujet, voir not. A. COLLINS, « Falling Short ? An analysis of Minister for Justice and Equality v. Workplace Relations Commission » précité. L'auteur compare la position retenue par la Cour de justice entre ses arrêts *Impact* (CJCE, 15 avril 2008, aff. C-268/08, Rec. p. I-2483) et *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána* (aff. C-378/17 précité). Dans le premier, le problème est traité par l'application du principe d'effectivité (pt. 53) ; dans le second, il est fait application de la jurisprudence *Simmenthal*. L'auteur souligne le « *dramatique changement d'approche* » (« *dramatic change of approach* » - p. 603) de la Cour de justice, qui abandonne, sur ce sujet, sa ligne *Rewe* (« *The balance established in the line of case law stretching back to Rewe and Comet appears to have been abandoned* » - p. 603). L'auteur exprime surtout son incompréhension quant à ce changement, qui marque une prévalence de la ligne *Simmenthal* sur la ligne *Rewe* (pp. 603-604).

⁴⁰³⁹ F. G. JACOBS, conclusions sur CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité, pt. 27 et suivants.

⁴⁰⁴⁰ E. SHARPSTON, conclusions sur CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 32.

principe d'effectivité est bien plus efficace pour faire prévaloir la ligne *Rewe* sur la ligne *Simmenthal*. Dans une perspective optimiste, le principe d'équivalence y joue un rôle beaucoup plus limité en raison de sa rigidité et des difficultés liées à son application concrète par les juges nationaux. L'exigence d'équivalence apparaît en définitive trop tolérante vis-à-vis des ordres juridiques nationaux pour accroître la protection accordée aux situations européennes. Le problème se décale donc dans le lien le principe d'effectivité (*Rewe*) et les exigences visant à renforcer l'effet utile (ou l'effectivité *lato sensu*) du droit de l'Union (*Simmenthal*). Dans cette perspective, la balance penchera d'un côté ou de l'autre selon que la Cour de justice estime acceptable de se reposer ou non sur ce qui existe déjà en droit interne⁴⁰⁴¹. Schématiquement, si les ordres juridiques nationaux ont déjà institué des mécanismes protégeant les situations européennes, le principe d'effectivité (*Rewe*) sera le mieux à même de les *corriger* en rehaussant le seuil de protection⁴⁰⁴². À l'inverse, si cette dépendance vis-à-vis de ce qui existe en droit national pose un problème ou présente un risque, la ligne *Simmenthal* devient plus pertinente⁴⁰⁴³. Au bout du compte, la "*Rewe-Simmenthal Contradiction*" affaiblit davantage le champ d'application du principe d'équivalence, qui semble être relégué au statut d'exigence secondaire, voire dispensable.

B. Une jurisprudence non synonyme d'un changement de paradigme sur l'autonomie procédurale

969. L'harmonisation du droit national par le législateur, accentuée par la jurisprudence de la Cour de justice, institue à un climat presque délétère pour l'application du principe d'équivalence. Même si des nuances doivent être gardées dans l'analyse de ce phénomène, certains auteurs y voient un changement de paradigme sur les modalités de mise en œuvre nationale du droit de l'Union et le régime juridique qui s'y

⁴⁰⁴¹ Pour une autre approche, voir S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne* précité : si la Cour peut être très réservée, sinon distante, vis-à-vis de questions d'ordre procédural, il « ne faut pas pour autant en conclure que la Cour se désintéresse totalement du droit processuel national. Sa réserve concerne surtout certains aspects techniques limités au droit processuel national, au rang desquels figurent les délais de recours et les règles relatives à la conduite du procès ; à l'inverse, lorsqu'est en cause la protection effective des droits que les particuliers tirent du droit communautaire, la Cour démontre moins d'indulgence pour les réglementations nationales et s'efforce de créer un corps de règle communautaire » (p. 170).

⁴⁰⁴² D. SIMON et A. BARAV (« La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC* 1987, n°305, pp. 165-174) à propos de l'arrêt *Russo* (CJCE, 22 janvier 1976, aff. 60/75, *Rec.* p. 45) estiment que « [la] formulation consacrée par la Cour paraît (...) **présupposer l'existence** dans tous les États membres de voies de droit permettant d'engager la responsabilité de la puissance publique dans des conditions qui assurent aux particuliers une protection suffisante des droits qu'ils tirent des règles communautaires directement applicables » (p. 170 – nous soulignons).

⁴⁰⁴³ En ce sens, G. TESAURO, « Les mesures provisoires dans le système communautaire » précité : « la protection [juridictionnelle effective] doit être accordée également **en l'absence d'une procédure prévue** à cet effet par l'ordre juridique national » (p. 1243 – nous soulignons) ; M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH (« La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *CDE* 1997, pp. 13-63) notent que « [sans] la reconnaissance du principe général de droit communautaire [de responsabilité], inhérent au système du traité (...), ces particuliers se seraient trouvés sans protection juridictionnelle » (p. 20).

attache. L'autonomie procédurale se réduirait comme « *peau de chagrin* »⁴⁰⁴⁴ au point de ne couvrir que des domaines résiduels. Le terme même « d'autonomie » est ainsi jugé incorrect⁴⁰⁴⁵ ou trompeur⁴⁰⁴⁶ par certains auteurs. À tout le moins, il ne serait plus vraiment représentatif de la manière dont le droit de l'Union est appliqué par les États membres. L'atrophie du champ d'application du principe d'équivalence ne serait alors qu'un témoin de cette déchéance du concept d'autonomie procédurale. Plus encore, elle serait annonciatrice de sa disparition⁴⁰⁴⁷, entraînant par là même celle du principe d'équivalence. Nous n'adhérons pas à cette vision. Le contexte nuit à l'application du principe d'équivalence et son évolution ne lui est pas favorable. Toutefois, sans embellir le rôle et la place de l'autonomie procédurale, considérer que celle-ci – ainsi que les principes d'équivalence et d'effectivité qui s'y rattachent – est en voie d'extinction nous paraît caricatural. En un mot, la diminution du champ d'application du principe d'équivalence ne doit pas être vue comme synonyme de sa disparition.

970. La doctrine est loin d'être unanime sur ce sujet. Nous partageons la vision d'auteurs retenant une vision plus nuancée⁴⁰⁴⁸ sur le sujet. S. PRECHAL considère par exemple que la jurisprudence précédemment évoquée de la Cour de justice « *a [pu créer] une fausse impression que l'autonomie procédurale nationale n'a plus aucune importance* »⁴⁰⁴⁹. En effet, force est d'admettre que, à quelques exceptions près⁴⁰⁵⁰, la doctrine met en lumière les arrêts qui constituent, sur ce sujet, de « *dramatiques voltefaces* »⁴⁰⁵¹. Il s'agit notamment des arrêts évoqués qui dégagent, de manière plus ou moins surprenante et retentissante, des exigences éclipsant l'autonomie procédurale. Ceux qui, au contraire, attestent de la survivance de cette autonomie ne reçoivent pas, à l'évidence, une même attention. Il n'y a là rien d'étonnant mais force est d'admettre que ce déséquilibre de l'intérêt doctrinal⁴⁰⁵²

⁴⁰⁴⁴ B. CHEYNEL, « L'autonomie procédurale des juridictions nationales en train de se réduire comme peau de chagrin ? » précité. Dans la même idée, voir L. COUTRON, *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 5^e édition, 2019 : l'auteur parle parfois d'une « *négarion* » de l'autonomie procédurale (p. 50).

⁴⁰⁴⁵ Voir C. N. KAKOURIS, « Existe-t-il une “autonomie” procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epadinondas P. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 159-179.

⁴⁰⁴⁶ M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité.

⁴⁰⁴⁷ Pour exemple, A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1997 : « *la communautarisation des conditions de protection juridictionnelle effective porte une atteinte mortelle au principe de l'autonomie procédurale des États membres, dans la mesure où elle constitue une manifestation nouvelle de la méthode fonctionnelle d'attribution des compétences* » (p. 181 – nous soulignons).

⁴⁰⁴⁸ Ce qui ne signifie pas que les arguments développés par les autres auteurs sont dénués de toute pertinence. Nous partageons ceux exposés par M. BOBEK, « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States » précité, bien que sa conclusion nous paraisse discutable.

⁴⁰⁴⁹ S. PRECHAL, *Directives in EC Law* précité : « *the Court had created a wrong impression that national procedural autonomy did not matter anymore* » (p. 173).

⁴⁰⁵⁰ Voir CJCE, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93 précité et CJCE, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00 précité.

⁴⁰⁵¹ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts » précité, p. 438.

⁴⁰⁵² Cherchant à proposer une analyse équilibrée, voir M. DOUGAN, *op. cit.*, pp. 421 et suivantes.

pour la jurisprudence Cour de justice ne doit pas entretenir, sinon créer, la « *fausse impression* » évoquée par S. PRECHAL⁴⁰⁵³.

971. Dès lors, nous en revenons⁴⁰⁵⁴ à l'idée de la recherche d'un équilibre entre l'autonomie procédurale et la nécessité de préserver l'effet utile du droit de l'Union⁴⁰⁵⁵. Affirmer que la Cour privilégie – ou doit privilégier⁴⁰⁵⁶ – systématiquement, fréquemment ou autant que possible l'effet utile au détriment de l'autonomie procédurale peine à convaincre⁴⁰⁵⁷. L'affaire *Unibet* l'illustre. En lui-même, l'arrêt reste équilibré quant aux exigences imposées à l'État membre pour respecter le droit au juge : tout en rappelant l'impérieuse nécessité qu'une voie de droit soit toujours ouverte pour qu'un particulier puisse se voir appliquer le droit de l'Union⁴⁰⁵⁸, aucun recours autonome et spécifique n'est requis. Dès lors, pour l'essentiel, la Cour de justice se focalise sur l'application des principes d'équivalence et d'effectivité pour statuer sur l'affaire. Son arrêt « [montre] *un grand respect pour l'autonomie procédurale nationale* »⁴⁰⁵⁹, quand bien même certains auteurs y voient, à l'inverse, une remise en cause⁴⁰⁶⁰. Dès lors, contrairement aux apparences, un tel arrêt, qui rappelle avec force le principe de protection juridictionnelle, ne nuit quasiment pas au champ d'application du principe d'autonomie procédurale et, en conséquence, à celui du principe d'équivalence.

972. Plus encore, certains auteurs soulignent et insistent sur l'impossibilité de parvenir à une harmonisation poussée, sinon totale, des droits nationaux qui conduirait à une disparition de l'autonomie procédurale. La jurisprudence de la Cour de justice intervient certes ponctuellement, voire de manière assez intrusive dans cette autonomie.

⁴⁰⁵³ En ce sens, S. PRECHAL et N. SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schjndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611 : « *It is only in certain exceptional rather than common situations that Community law may impose higher standards on procedures and remedies than the existing national ones* » (p. 593).

⁴⁰⁵⁴ Cf. *supra*, pt. 968.

⁴⁰⁵⁵ Voir pour une opposition similaire entre primauté et effectivité, F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056, spéc. pp. 1044 et suivantes.

⁴⁰⁵⁶ M. BOBEK (« Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité pp. 321-322) insiste sur l'importance de conception du rôle de la Cour de justice. Est-elle dans son rôle lorsqu'elle « *arbitre* » entre les intérêts de l'Union et ceux des États membres ? La critique de la jurisprudence dépend évidemment de ce paramètre.

⁴⁰⁵⁷ S. PRECHAL (*Directives in EC Law* précité) fait ce constat avant même cette date : à propos des principes d'équivalence et d'effectivité, il existe des « *signs that national procedural autonomy, together with the 'corrections' it implies, is the main rule and that the full effectiveness of Community law is not an overpowering principle* » (p. 173). *Contra*, voir M. BOBEK, « Why There is No Principle of "Procedural Autonomy" of the Member States » précité : Les « *various balancing tests were in fact efforts to re-establish at least some internal limit to the shapeless "effectiveness", making it subject to the weighing with others interests, be it on European or national level. The full effectiveness of EU law is, unfortunately, an intolerant God, who does not have any sympathy with polytheist* » (p. 316).

⁴⁰⁵⁸ CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 41.

⁴⁰⁵⁹ A. ARNULL, « The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse ? », *ELR* 2011, n°36, pp. 51-70 : « *the judgment in Unibet showed [a great] respect for national procedural autonomy* » (p. 56).

⁴⁰⁶⁰ Voir les auteurs cités *supra*.

Néanmoins, il serait excessif d'y voir les signes avant-coureurs d'une disparition ou encore d'une forme d'agonie du principe d'autonomie procédurale. La pérennité de ce cadre – ou plutôt l'impossibilité de le remettre substantiellement en cause – se justifie différemment selon ces auteurs⁴⁰⁶¹. Certains jugent irréaliste⁴⁰⁶² ou pratiquement inenvisageable une disparition de l'autonomie institutionnelle et procédurale. Ils concèdent qu'une harmonisation poussée serait une « *situation idéale* »⁴⁰⁶³ mais qu'elle se heurte à des obstacles indépensables. Dans ce contexte, le principe de l'autonomie procédurale et surtout des principes qui l'encadrent ne doivent nullement être sous-évalués. D'autres auteurs considèrent qu'une harmonisation trop poussée serait même une mauvaise chose⁴⁰⁶⁴. Concernant une uniformisation de la justice en Europe, R. ABRAHAM estime notamment « *que nul n'aurait à y gagner et qu'on risquerait au contraire d'aboutir à un appauvrissement de nos traditions juridiques. La diversité des systèmes ne doit pas être considérée surtout comme une cause d'incohérence ou facteur d'inégalité. Elle est aussi féconde, elle est source d'émulation et donc de progrès général* »⁴⁰⁶⁵. S. MARCIALI partage la même vision : « [les] *inflexions apportées au principe de l'application uniforme du droit communautaire ne doivent pas être nécessairement considérées comme négatives : ils ne sont que la conséquence inévitable des limites ou des lacunes du pouvoir exécutif communautaire. Les relations entre les principes contradictoires de l'application uniforme du droit communautaire et de l'application décentralisée du droit communautaire ne se résument pas à une opposition devant déboucher sur le nécessaire triomphe de l'uniformité afin de garantir la survie de l'ordre juridique communautaire. [II] est au contraire la synthèse d'une dialectique, résultant de l'union inséparable [de ces] principes contradictoires (...)* »⁴⁰⁶⁶. De même, F. MARTUCCI dresse un portrait plutôt positif des coopérations renforcées, dont le principe même est antinomique d'une harmonisation en ce qu'elles visent à introduire de la différenciation au sein de l'ordre juridique de l'Union⁴⁰⁶⁷.

⁴⁰⁶¹ Pour une synthèse quant à la manière d'appréhender le débat, voir B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, p. 776.

⁴⁰⁶² Voir not. A. PRAT, « La différenciation, réponse au trop grand nombre d'États membres ? », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 73-86.

⁴⁰⁶³ W. VAN GERVEN, « Of rights, Remedies and Procedures », *CMLR* 2000, n°37, pp. 501-536, spéc. p. 521.

⁴⁰⁶⁴ Voir dans la même veine C. HARLOW, « A Common European Law of Remedies ? », in C. KILPATRICK, T. NOVITZ et P. SKIDMORE (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 69-83, spéc. pp. 75-78 ; S. PRECHAL, *Directives in EC law* précité : « *A certain degree of uniformity is a consequence of the judge-made rules, rather than their purpose. The divergence in content and extent of remedial relief is not a serious problem, as long as it is kept within certain limits. The quest for uniformity is not only unrealistic, but it also makes little sense as long as the overall relationship between Community law and national law remains structured as at present* » (p. 178).

⁴⁰⁶⁵ R. ABRAHAM, « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *Rev. Eur. Droit Public*, 2017, pp. 577-593, spéc. p. 590.

⁴⁰⁶⁶ S. MARCIALI, *La flexibilité du droit de l'Union européenne* précité, p. 148.

⁴⁰⁶⁷ F. MARTUCCI, « Les coopérations renforcées, quelques années plus tard : une idée pas si mauvaise que cela ? », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 385-398.

973. Enfin, l'étude de la jurisprudence récente de la Cour de justice invite à nier un déclin du principe de l'autonomie procédurale. En effet, il serait pour le moins déformé d'affirmer que les arrêts rendus à partir des années 2010⁴⁰⁶⁸ en confirmeraient la disparition. Rien ne laisse songer à une diminution des affaires traitées par la Cour de justice dans lesquelles le cadre d'autonomie procédurale opère. De même, cette période postérieure à 2010 comporte des arrêts qui, notamment pour le principe d'équivalence⁴⁰⁶⁹, apportent des précisions, des reformulations, des clarifications opportunes et bienvenues. Autrement dit, aucun désintérêt vis-à-vis des principes d'équivalence et d'effectivité ne se dégage de cette jurisprudence ; bien au contraire. Plus encore, la jurisprudence en révèle des domaines nouveaux ou insoupçonnés dans lesquels ces principes s'appliquent. La série d'arrêts portant sur les recours en révision des décisions ayant autorité de chose jugée, initiée avec l'arrêt *XC*⁴⁰⁷⁰, est un exemple. Plus généralement, comme cela a été dit, une exigence identifiée par la Cour de justice, ou même instituée par une législation européenne⁴⁰⁷¹, nécessite des compléments nationaux⁴⁰⁷². De même, l'instauration de sanctions européennes a toujours besoin qu'elles soient prononcées par les autorités nationales existantes⁴⁰⁷³. Même si leur régime juridique est largement défini par le droit de l'Union, le principe d'équivalence permet de s'assurer, notamment, que les autorités nationales les appliquent « avec la même diligence »⁴⁰⁷⁴ que s'ils s'agissaient de sanctions purement nationales. De plus, les exigences pourtant précises issues des arrêts *Factortame*⁴⁰⁷⁵ ou *Francoovich*⁴⁰⁷⁶ ne font pas totalement disparaître l'application du principe d'équivalence⁴⁰⁷⁷. *In fine*, affirmer que le principe d'équivalence souffre de cette harmonisation est une réalité puisque son application devient moins fréquente. Cependant, ce contexte ne le rend pas totalement obsolète. Il ne fait qu'entretenir l'impression, légitime mais parfois exagérée, d'une désuétude progressive du principe d'équivalence.

⁴⁰⁶⁹ Cf. *supra*, pt. 29 et suivants.

⁴⁰⁷⁰ CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853.

⁴⁰⁷¹ Pour exemple, voir CJUE, *Bankia*, aff. C-910/19 précité, pt. 42-46.

⁴⁰⁷² Pour exemple, P. OLIVER, « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE* 1992, n°2-3, pp. 348-374., spéc. pp. 370-371.

⁴⁰⁷³ C. HAGUENAU (« Sanctions pénales destinées à assurer le respect du droit communautaire » précité) note que la mission de sanctionner les violations au droit de l'Union « est toujours réalisée par les États membres » (p. 352), en ce que « les Communautés sont organisées de telle sorte que les institutions ne disposent du pouvoir d'exécuter le droit qu'elles créent. Elles ne disposent notamment pas de la force publique » (p. 352).

⁴⁰⁷⁴ CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jt. 205/82 à 215/82, *Rec.* p. 2633, pt. 23. Plus récemment, voir CJCE, 13 mars 2008, *Vereniging Nationaal Overlegorgaan Sociale Werkvoorziening e.a.*, aff. jt. C-383/06 à C-385/06, *Rec.* p. I-1561, pt. 50.

⁴⁰⁷⁵ CJCE, *Factortame*, aff. C-213/89 précité. Pour une position plus explicite, voir CJCE, *Unibet*, aff. C-432/05 précité, pt. 79-82.

⁴⁰⁷⁶ CJCE, *Francoovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 43.

Section 2 : Une équivalence assurée sans recourir au principe d'équivalence

974. La réduction du champ d'application du principe d'équivalence se manifeste, de manière peut-être plus inattendue, dans d'autres circonstances. Il s'agit de situations dans lesquelles une équivalence entre de traitements se constate sans que cela résulte du principe d'équivalence. Dans un tel contexte, l'application du principe d'équivalence devient totalement inutile. L'équivalence qu'il exigeait existe d'ores et déjà ; d'une certaine manière, elle le précède. Plus encore, celle-ci s'avère d'une portée différente ou plus importante que l'exigence du principe d'équivalence. Rappelons que le principe d'équivalence vise *exclusivement* à assurer une équivalence d'un traitement national accordé à une situation européenne vis-à-vis de celui accordé à une situation interne similaire. Cette équivalence est donc loin d'être totale. Or d'autres équivalences, plus complètes, se constatent et rendent sans objet l'application du principe d'équivalence. La première est une équivalence "verticale" parfois imposée par la Cour de justice : le traitement national en cause devra être équivalent à celui accordé par l'Union européenne à une situation donnée. Autrement dit, l'équivalence s'opère entre un traitement européen et un traitement national accordé à des situations européennes similaires (§1). La seconde découle d'une attitude volontaire de la part des États membres à aligner les traitements nationaux accordés à des situations similaires. D'une certaine manière, ils agencent leur ordre juridique de telle manière que des traitements soient spontanément équivalents entre eux. Dans un tel contexte, le principe d'équivalence n'a pas vocation à s'appliquer (§2).

§1 : Une équivalence "verticale" entre traitements européens et nationaux

975. Le principe d'équivalence vise à confronter le traitement *national* accordé à une situation européenne vis-à-vis d'un autre traitement *national* accordé à une situation interne similaire. Les deux objets qui doivent être équivalents entre eux restent cantonnés au sein d'un unique ordre juridique national. Tel est bien l'une des grandes particularités du principe d'équivalence, qui lui permet d'offrir des garanties à l'effet utile

⁴⁰⁷⁷ En ce sens, K. LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.

du droit de l'Union là où d'autres exigences analogues ne le peuvent pas⁴⁰⁷⁸. Le principe européen d'égalité de traitement oppose deux traitements nationaux mais accordés à des situations européennes. Le principe de reconnaissance mutuelle, lui, vise à établir une équivalence entre les traitements prévus pour certaines situations *entre* les différents ordres nationaux.

976. Il reste une dernière façon d'appréhender l'équivalence⁴⁰⁷⁹, assez spécifique et qui paraît supplanter l'application du principe d'équivalence. Il s'agit des cas dans lesquels la Cour de justice impose une équivalence entre le traitement *national* accordé à la situation européenne et un traitement *euro péen* accordé à une situation similaire. Pour être plus précis, le référentiel ici retenu, c'est-à-dire ce qui sert de standard de comparaison pour apprécier le traitement national accordé à la situation européenne, relève de l'ordre juridique de l'Union. L'équivalence devient alors "verticale"⁴⁰⁸⁰ entre l'ordre juridique européen et les ordres juridiques nationaux. L'exemple topique – nous y reviendrons – est fourni par les conditions de la responsabilité de l'État violant le droit de l'Union. Ces conditions, dégagées dans les arrêts *Franco vich* et *Brasserie du pêcheur*, sont en partie calquées sur celles de la responsabilité extracontractuelle de l'Union européenne. Dès lors, la Cour de justice impose par cette jurisprudence une équivalence entre les conditions prévues en droit interne pour indemniser les violations du droit de l'Union – traitement national accordé à la situation européenne – et celles prévues dans l'ordre juridique de l'Union – le référentiel. D'une manière plus globale, ce référentiel s'identifie à partir de certains régimes encadrant l'activité administrative et juridictionnelle de l'Union européenne.

977. La démarche se comprend à bien des égards. Même s'ils sont adaptés aux spécificités de l'Union européenne, ces régimes résultent souvent d'une mise en commun, d'une inspiration ou même d'une synthèse⁴⁰⁸¹ des régimes équivalents existants dans les ordres juridiques nationaux. En un sens, ils en constituent le plus petit

⁴⁰⁷⁸ Cf. *supra*, pt. 562 et suivants.

⁴⁰⁷⁹ Préférant parler d'un « *procédé de translation* » selon B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 616 et suivantes : « Dès lors qu'il faut remplacer les règles procédurales nationales existantes, et défailtantes, par des règles communes, pourquoi ne pas effectuer un mouvement descendant, conduisant à ce que les autorités nationales, statuant en application du droit communautaire, mettent en œuvre celles pratiquées au plan intégré ? » (p. 616).

⁴⁰⁸⁰ Nous paraphrasons ici O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, à propos d'arrêt *Brasserie du pêcheur* (CJCE, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité) : « L'unité du droit de l'Union n'a plus ici une simple dimension horizontale (entre États membres), elle a aussi une dimension **verticale** (entre l'Union et ses États membres) » (p. 175 – nous soulignons).

⁴⁰⁸¹ B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 614 et suivantes.

dénominateur commun. De même, leur caractère effectif ou leur capacité à accorder une protection efficace pour les droits en cause ou pour les particuliers est postulé. Dans un tel contexte, afin de préserver l'uniformité et l'effet utile du droit de l'Union, ce référentiel "purement européen" s'avère intéressant. L'équivalence ainsi exigée devient plus pertinente que celle permise par le principe d'équivalence. Si ces éléments sont à noter et expliquent la réduction du champ d'application du principe d'équivalence, ils ne doivent pas être surévalués. Cette équivalence, garantie à partir d'un référentiel "purement européen", mérite d'être exposée (A.) en dépit de ses limites assez importantes (B.).

A. Le référentiel identifié à partir du régime encadrant l'activité administrative et judiciaire de l'Union

978. L'équivalence "verticale" suppose que le traitement national accordé à la situation européenne soit comparé à un traitement européen. Autrement dit, le référentiel constitue le régime accordé, au sein de l'ordre juridique de l'Union, à une situation similaire à celle prenant place dans l'ordre juridique national. Cette approche de l'équivalence implique en conséquence qu'un tel régime européen existe et que des situations similaires soient envisageables dans les deux ordres. Ces prérequis, bien que limités à certains domaines juridiques très précis, sont admis et permettent à la Cour de justice d'imposer explicitement cette équivalence "verticale" (2.). Celle-ci apparaît en un sens comme le produit de la dynamique de flux et de reflux des influences réciproques entre le droit de l'Union et les droits nationaux. En effet, dans un premier temps, le régime européen servant de standard de comparaison est généralement inspiré par les régimes nationaux similaires. L'équivalence "verticale" requise par la Cour de justice en constitue le second le temps, bien qu'allant au-delà d'une simple influence (1.).

1. Le résultat d'une dynamique de flux et de reflux des influences réciproques entre droit de l'Union et droits nationaux

979. La possibilité de retenir un référentiel "purement européen" pour imposer une équivalence vis-à-vis des traitements nationaux repose sur la proximité des situations présentes dans les ordres juridiques européen et nationaux. En d'autres termes, la mise en œuvre de règles assurée directement par l'Union européenne se fait dans des conditions similaires à celle assurée par les États membres. Les autorités européennes se voient confrontées aux mêmes *problèmes* que les États membres et, à ce titre, y apportent

des *solutions* dans l'espoir de parvenir à certains *résultats*⁴⁰⁸². Ces deux derniers aspects renvoient ainsi au traitement accordé au “problème” rencontré, c'est-à-dire à la mise en œuvre de la règle de droit. Appliqué à l'ordre juridique de l'Union, il est clair que la maturité du système juridique européen a conduit les institutions et la Cour de justice à se préoccuper du traitement à accorder à certaines situations. Un exemple édifiant est fourni par l'arrêt *Algera* puisqu'il fallait à cette dernière déterminer quel régime appliquer aux retraits ou abrogations de décisions européennes. Pour y parvenir, en l'absence de dispositions européennes sur le sujet, elle s'inspire des traitements existants dans les ordres juridiques nationaux⁴⁰⁸³. D'une certaine manière, la Cour de justice retient un traitement européen équivalent aux traitements nationaux accordés à des situations similaires. À tout le moins, elle adopte une conception globalement équivalente d'un droit ou principe général qui encadrera le traitement en question. Le droit au juge, et ses déclinaisons comme le respect des droits de la défense, en est un exemple⁴⁰⁸⁴.

980. Évidemment, en opérant de la sorte, il serait plutôt judicieux de parler d'une *inspiration*, voire d'une *influence*, des ordres nationaux sur l'ordre européen⁴⁰⁸⁵. Il n'y a là aucune exigence d'équivalence entre ces deux ordres pour les traitements accordés à des situations similaires. Du moins, pas encore. En effet, au fur et à mesure du développement de l'ordre juridique de l'Union, de la complexification des problèmes rencontrés et de la nécessité d'y accorder à un traitement approprié, l'Union européenne s'est dotée d'un ensemble de régimes juridiques résultant d'une « *imitation ou d'une adaptation de patterns* [nationaux] *existants* »⁴⁰⁸⁶. Dès lors, la Cour de justice, à titre principal, dispose du bagage suffisant pour envisager une équivalence entre les traitements accordés au sein de l'ordre juridique de l'Union et ceux que doivent prévoir les États membres pour des situations européennes similaires. Cette équivalence s'appuie

⁴⁰⁸² Nous adaptons une citation de J. RIVERO (« Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in *Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 389-406) invitant à opérer une comparaison entre les droits administratifs des États membres pour constater une similitude entre eux. « [Ces] *similitudes*, entre droits administratifs des [États membres de l'Union], *pourraient paraître devoir relever de l'évidence, que l'on considère les problèmes qu'ils s'efforcent de résoudre, l'idéologie de laquelle ils dégagent leurs solutions, ou enfin les résultats concrets auxquels ils aboutissent* » (pp. 389-390 – nous soulignons).

⁴⁰⁸³ CJCE, 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jt. 7/56, 3/57 et 7/57, Rec. p. 81, spéc. pp. 114 et suivantes.

⁴⁰⁸⁴ Voir not. CJCE, 14 mai 1974, *Nold*, aff. 4/73, Rec. p. 491, pt. 13 ; CJCE, *Johnston*, aff. 222/84 précité, pt. 18. Plus généralement sur cette position, voir A. BAILLEUX, « Article 52-2. Portée et interprétation des droits et principes », in F. PICOD, C. RIZCALLAH et S. VAN DROOGHENBROECK (dir.), *Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2020, pp. 1287-1319.

⁴⁰⁸⁵ Voir not. E. SCHMIDT-ABMANN, « Les influences réciproques entre les droits administratifs nationaux et le droit administratif européen », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, AJDA 1996, n° spécial, pp. 146-155.

⁴⁰⁸⁶ R. CARANTA (« Learning from our Neighbours : Public Law Remedies Homogenization from Bottom Up », *MJ* 1997, n°4, pp. 220-248) : « *It is difficult to create or even to develop a legal system out of the blue. Unsurprisingly, developing*

donc sur un référentiel purement européen. Le principe d'équivalence des protections relatif aux droits fondamentaux est une manifestation. La Cour de justice vérifie que le seuil de protection accordé à un droit fondamental national donné est équivalent à celui accordé au droit fondamental similaire européen⁴⁰⁸⁷.

981. Cela étant, l'équivalence "verticale" va au-delà et constitue une atteinte incontestable à l'autonomie procédurale. Il ne s'agit pas de retenir une conception, une interprétation ou une approche équivalente d'un même droit, d'un même principe. Ici, c'est bien le traitement ou le régime – essentiellement procédural – qui doit être appréhendé de manière équivalente. Les États membres sont contraints de prévoir un régime au moins équivalent à celui qui existe en droit de l'Union. C'est bien dans cette perspective que l'équivalence "verticale" constitue un reflux original de cette dynamique d'influences réciproques. Concrètement, le régime national a servi, dans un premier temps, de modèle d'inspiration pour le modèle européen. Puis, dans le second temps, il *doit* s'y conformer, le cas échéant en gommant ses aspérités. L'influence ascendante – des États membres vers l'Union – a muté vers une exigence d'équivalence descendante.

2. Des manifestations explicites de l'équivalence "verticale" à certains domaines juridiques

982. Cette manière nouvelle d'appréhender l'équivalence⁴⁰⁸⁸ se manifeste dans des domaines qui affectent le champ d'application du principe d'équivalence. Il s'agit pour l'essentiel du régime accompagnant certaines exigences prétorienne dégagées par la Cour de justice. Pour mémoire, en procédant de la sorte, la Cour encadre directement certains aspects de traitements nationaux, ce qui rend inopérante l'application du principe d'équivalence⁴⁰⁸⁹. C'est le cas, par exemple, du principe de responsabilité de l'État membre méconnaissant le droit de l'Union ou des mesures juridictionnelles provisoires. Or, à ces occasions, la Cour de justice va jusqu'à exposer un traitement relativement complet qu'il convient d'accorder à de telles situations. Pour prolonger ces exemples, la responsabilité doit être engagée si certaines conditions sont remplies, idem concernant les mesures provisoires. L'État membre doit alors s'assurer que le traitement

trends have consisted in the imitation or adaptation of existing patterns. Legal integration has brought both the need and the opportunity for many legal transplants » (p. 232 – nous soulignons).

⁴⁰⁸⁷ Voir not. CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107, pt. 49 et suivants.

⁴⁰⁸⁸ Préférant parler de « *translation de règles (...) du sommet vers la base* », ou autrement dit de l'ordre juridique de l'Union vers les ordres nationaux, voir B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 616 et suivantes.

⁴⁰⁸⁹ Cf. *supra*, pt. 948 et suivants.

qu'il accorde à ces situations européennes répond bien à ces exigences. Ces conditions et ce traitement ainsi imposés par la Cour de justice ne sortent pas du néant. La doctrine comme la Cour de justice elle-même soulignent qu'ils sont déterminés en référence aux traitements accordés à des situations similaires dans l'ordre juridique de l'Union⁴⁰⁹⁰. Ils constituent les référentiels "purement européens".

983. Le régime de la responsabilité de l'État offre une illustration édifiante⁴⁰⁹¹. En étudiant la jurisprudence de plus près, il est clair que les arrêts *Francovich* et *Brasserie du pêcheur* peuvent se comprendre comme imposant une équivalence entre le droit de l'Union et le droit national. Avant ces jurisprudences, le renvoi aux régimes nationaux de responsabilité était jugé suffisant par la Cour de justice⁴⁰⁹². Toutefois, avec la maturité du système juridique européen, la question s'est vite posée de savoir si un principe de responsabilité de l'État violant le droit de l'Union et ses conditions devaient être consacrées à l'échelle européenne⁴⁰⁹³. Le Rubicon est franchi dans l'arrêt *Francovich* puisque la Cour de justice traite des deux questions : elle y dégage un principe de responsabilité⁴⁰⁹⁴ et – surtout – en définit les conditions. Ces dernières restent toutefois assez sommaires⁴⁰⁹⁵ et seront détaillées dans l'arrêt *Brasserie du pêcheur*⁴⁰⁹⁶. La Cour y affirme notamment que « lorsqu'un État membre agit dans un domaine dans lequel il dispose d'un large pouvoir d'appréciation, **comparable** à celui dont disposent les institutions communautaires pour la mise en œuvre des politiques communautaires, les conditions dans lesquelles sa responsabilité peut être

⁴⁰⁹⁰ Par exemple, O. DUE (« La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco* précité) note que, puisque l'Union européenne ne peut être totalement indifférente au droit procédural national, « la Cour peut d'ailleurs souvent s'appuyer sur les traditions constitutionnelles communes aux États membres et les dispositions, notamment, de la Convention Européenne des Droits de l'Homme. Selon une jurisprudence constante de la Cour, les droits découlant de ces traditions et de ces dispositions internationales liant tous les États membres font partie des principes fondamentaux du droit communautaire dont celui-ci impose le respect aux États membres partout où les règles communautaires doivent être appliquées » (p. 863). Voir également E. GARCIA DE ENTERRIA, « Perspectives d'évolution des justices administratives dans le cadre européen », *DA* 2001, chrn. 6.

⁴⁰⁹¹ Voir not. J.-M. FAVRET, *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000. L'auteur y détaille cette dynamique de flux et reflux dans l'évolution des régimes de responsabilité dans l'Union européenne (spéc. pp. 128 et suivantes) et dans le droit national (spéc. pp. 207 et suivants).

⁴⁰⁹² A. BARAV, *La fonction communautaire du juge national* précité : selon l'auteur, dans l'arrêt *Russo* (aff. 60/75 précité), la Cour affirme que « lorsqu'il existe, en droit interne, un système permettant d'engager la responsabilité de l'État, le juge devrait faire application des règles régissant cette responsabilité au cas de violation par les autorités publiques de leurs obligations communautaires » (p. 434).

⁴⁰⁹³ D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire » précité, quant à savoir si le droit de l'Union ouvre, en soi, un droit à responsabilité. Si quelques exemples semblent en attester lorsqu'existe un arrêt en manquement, les auteurs notent, en s'appuyant sur un arrêt *Waterkeyn* (CJCE, 14 décembre 1982, aff. jt. 314/81, 315/81, 316/81 et 83/82, *Rec.* p. 4337), que « les droits individuels – et donc le cas échéant, un éventuel droit à réparation – découlent non pas de l'arrêt en manquement, mais de l'effet direct des normes communautaires violées » (p. 167).

⁴⁰⁹⁴ Voir CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, pt. 37.

⁴⁰⁹⁵ *Ibid.* pt. 40. Voir à ce sujet M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? » précité, pp. 22-24.

⁴⁰⁹⁶ Voir not. D. F. WAELBROECK, « Treaty Violations and Liability of Members States : the Effect of the *Francovich* Case Law » précité, pp. 324 et suivantes.

engagée doivent être, en principe, **les mêmes** que celles dont dépend la responsabilité de la Communauté **dans une situation comparable** »⁴⁰⁹⁷. L'idée d'une équivalence entre les conditions de responsabilité de l'Union et celles de l'État membre y est proclamée explicitement⁴⁰⁹⁸. Cette position conduit d'ailleurs la Cour de justice à adapter, par souci de cohérence, le régime de responsabilité de l'Union pour qu'il soit pleinement en phase avec celui exigé dans *Brasserie du pêcheur*⁴⁰⁹⁹.

984. Une autre illustration intéressante ressort de la jurisprudence *Zuckerfabrik*. À la suite de l'arrêt *Factortame* qui consacre le principe qu'un juge puisse prononcer des mesures provisoires, la Cour de justice y apporte des précisions. Certes, celles-ci ne valent que dans une situation assez particulière dans laquelle l'acte dont la suspension est demandée vient exécuter directement une réglementation européenne. En effet, le justiciable doit pouvoir contester, via le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, la régularité de cette réglementation européenne⁴¹⁰⁰. Dès lors, comme la Cour de justice l'affirme, « [ce] droit serait compromis si, dans l'attente d'un arrêt de la Cour, seule compétente pour constater l'invalidité d'un règlement [européen] (...), le justiciable n'était pas, lorsque certaines conditions sont remplies, en mesure d'obtenir une décision de sursis qui permette de paralyser (...) les effets du règlement critiqué »⁴¹⁰¹. Ces conditions sont identiques à celles applicables devant le juge de l'Union lorsqu'un tel sursis est demandé⁴¹⁰².

985. D'autres domaines font également l'objet d'une jurisprudence similaire⁴¹⁰³. On pense à la protection juridictionnelle effective et au droit au juge. La Cour de justice

⁴⁰⁹⁷ CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 47.

⁴⁰⁹⁸ L'idée avait été suggérée par l'avocat général M. MISCHO dans ses conclusions sur CJCE, CJCE, *Franovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, mais n'a visiblement pas été suivi par la Cour (pt. 70 et suivants).

⁴⁰⁹⁹ Voir CJCE, 4 juillet 2000, *Bergaderm et Goupil c. Commission*, aff. C-352/98 P, *Rec. p. I-5291* : la Cour affirme explicitement que « les conditions de mise en œuvre de la responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers en raison de la violation du droit communautaire **ne doivent pas**, en l'absence de justification particulière, **différer** de celles régissant la responsabilité de la Communauté dans des circonstances comparables. En effet, la protection des droits que les particuliers tirent du droit communautaire ne saurait varier en fonction de la nature nationale ou communautaire de l'autorité à l'origine du dommage » (pt. 41 – nous soulignons).

⁴¹⁰⁰ CJCE, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89 précité : « Lorsque la mise en œuvre administrative de règlements [européens] incombe aux instances nationales, la protection juridictionnelle garantie par le droit [de l'Union] comporte le droit pour les justiciables de contester, de façon incidente, la légalité de ces règlements devant le juge national et d'amener celui-ci à saisir la Cour de questions préjudicielles » (pt. 16).

⁴¹⁰¹ *Ibid.*, pt. 17.

⁴¹⁰² Plus précisément : la Cour impose que les juges nationaux « n'accordent ce sursis **que dans les conditions du référé devant la Cour** » (*ibid.*, pt. 27).

⁴¹⁰³ Sur le régime du retrait et de l'abrogation, voir D. RITLÉNG, « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire », in J. SCHWARZE (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 251-270. L'auteur prône l'alignement du régime national du droit du retrait d'un acte contraire au droit de l'Union sur celui existant en droit européen. Selon lui, dès lors qu'il s'agit, dans les ordres juridiques interne et européen, d'appliquer les deux mêmes impératifs européens (sécurité juridique et respect de la légalité européenne), il est cohérent que les mêmes régimes soient appliqués. Cependant, compte tenu du renvoi au droit national opéré par la Cour dans l'arrêt *Kübné & Heitz* (aff. C-453/00 précité), une telle uniformisation est quasiment impossible. Dans le même sens, voir D. RUIZ-JARABO COLOMBER, conclusions sur CJCE, 16 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. jt. C-392/04 et C-422/04, *Rec. p. I-8559*, pt. 3 et pt. 67. L'équivalence est perçue comme souhaitable mais elle ne semble pas envisageable en l'état du droit.

reconnaît, de manière plus ou moins explicite, que les juges nationaux doivent par principe effectuer un contrôle juridictionnel de même intensité que le sien dans des hypothèses similaires⁴¹⁰⁴. L'avocat général GEELHOED, dans ses conclusions sur l'arrêt *Muñoz et Superior Fruticola*, avait notamment considéré que « les exigences du droit communautaire à l'accès au juge national pour un tiers concerné peuvent, dans une large mesure, être déduites des exigences applicables en matière d'accès au juge communautaire lui-même »⁴¹⁰⁵. L'autorité de la chose jugée reçoit le même traitement : A. TURMO explique la position de juge européen en ce qu'il paraît « établir une équivalence, en droit de l'Union, entre le statut des décisions des juridictions nationales et celui des arrêts émanant de la Cour de justice de l'Union européenne »⁴¹⁰⁶. Enfin, même si nous sommes en désaccord avec cette approche⁴¹⁰⁷, l'identification de moyens d'ordre public a pu être faite selon cette équivalence⁴¹⁰⁸. En effet, la Cour de justice a pu considérer que certaines dispositions européennes constituent « une norme équivalente aux règles nationales qui occupent, au sein de l'ordre juridique interne, le rang de normes d'ordre public »⁴¹⁰⁹.

986. Plusieurs auteurs n'ont pas manqué de relever l'originalité de cette démarche. Certains parlent d'un « alignement »⁴¹¹⁰, d'un « parallélisme »⁴¹¹¹ ou d'une « parité »⁴¹¹² qui est requis entre les régimes appliqués pour l'Union européenne et ceux relevant des ordres juridiques nationaux. D'autres évoquent une équivalence qui cesse d'être horizontale (entre ordres juridiques nationaux ou au sein même d'un ordre

⁴¹⁰⁴ Voir not., pour une lecture *a contrario*, M. POIARES MADURO, conclusions sur CJCE, 24 avril 2008, *Arvor*, aff. C-55/06, Rec. p. I-2931 : « Il n'est pas exigible, cependant, que le contrôle juridictionnel que le droit communautaire impose aux juridictions nationales en vue d'assurer une protection juridictionnelle effective des droits qui découlent des dispositions communautaires soit plus étendu que le contrôle juridictionnel pratiqué par les juridictions communautaires dans des cas similaires » (pt. 99). Voir également CJCE, 21 janvier 1999, *Upjohn*, aff. C-120/97, Rec. p. I-223, pt. 35.

⁴¹⁰⁵ L. A. GEELHOED, conclusions sur CJCE, 17 septembre 2002, *Muñoz et Superior Fruticola*, aff. C-253/00, Rec. p. I-7289, pt. 68.

⁴¹⁰⁶ A. TURMO, *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, p. 75.

⁴¹⁰⁷ Cf. *supra*, pt. 385 et suivants.

⁴¹⁰⁸ Voir not. F. CLAUSEN, *Les moyens d'ordre public devant la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 37-38.

⁴¹⁰⁹ Pour exemple, à propos de l'article 6 de la Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*JOCE* 1993, L 95, p. 29), voir CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537, pt. 51.

⁴¹¹⁰ M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? » précité.

⁴¹¹¹ F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 2003, p. 817.

⁴¹¹² Pour A. RIGAUX (« L'arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III" : le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe* 1995, n°5, chron. 5), la logique de la Cour dans *Brasserie du pêcheur* (aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité) suit celle du « principe de parité (...) entre conditions de mise en jeu de la responsabilité communautaire et de la responsabilité nationale (...). Ainsi, si l'activité nationale litigieuse comporte le réel exercice de choix, comparables à ceux opérés par les institutions communautaires lors de l'adoption d'actes normatifs impliquant des choix de politique économique », le même régime doit lui être appliqué.

juridique national) pour devenir verticale. H. LABAYLE, par exemple⁴¹¹³, à propos de la jurisprudence *Zuckerfabrik*, y voit un « principe d'équivalence »⁴¹¹⁴ dont « les termes du raisonnement sont (...) renversés par rapport à l'ordinaire de la jurisprudence communautaire qui met systématiquement en avant la nécessité d'assurer à la règle communautaire une protection minimale au moins équivalente à la règle nationale »⁴¹¹⁵. Dans la même optique, à propos de l'arrêt *Brasserie du pêcheur*, M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH soulignent que « la Cour évite le reproche de traiter plus sévèrement ou, en tout cas, différemment les conséquences d'une violation du droit communautaire selon qu'elle est imputable à un État membre ou à une institution communautaire »⁴¹¹⁶. Au bout du compte, même si cette équivalence “verticale”, qui repose sur un référentiel “purement européen”, reste assez limitée dans la jurisprudence, elle entrave l'application du principe d'équivalence et même sa logique. Le standard de comparaison cesse d'être national pour devenir exclusivement européen.

B. Les limites d'une équivalence entre système européen et national

987. L'équivalence assurée à partir d'un référentiel “purement européen” peut exercer une influence sur le principe (classique) d'équivalence. Le cas des moyens d'ordre public nous semble le résumer. Celui-ci aurait presque vocation à muter en retenant des référentiels européens et en délaissant les référentiels nationaux. De cette manière, l'“équivalence” imposée contribue à renforcer l'uniformité et l'effectivité du droit de l'Union. Contrairement au principe d'effectivité, dont l'exigence reste assez insaisissable, le principe d'équivalence ainsi appréhendé constituerait une limite toujours objective à l'autonomie des États membres. En somme, envisager cette nouvelle version du principe d'équivalence serait séduisant, à tout le moins pour certains domaines⁴¹¹⁷.

988. Nous sommes réfractaires à cette vision. La logique de l'équivalence “verticale”, qui repose sur un référentiel “purement européen”, souffre d'une aporie. Tous ses attraits se fondent sur un postulat en réalité intenable selon lequel le régime

⁴¹¹³ Voir également F. BERROD, *op. cit.* : à propos de cette jurisprudence *Zuckerfabrik*, « [le juge national] doit être titulaire de pouvoirs **au moins équivalents** à ceux du juge communautaire qui traite une situation comparable » (p. 817 – nous soulignons). L'auteur préfère cependant parler d'un « principe de cohérence » pour décrire ce phénomène.

⁴¹¹⁴ H. LABAYLE, « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA* 1992, pp. 619-642, spéc. p. 629.

⁴¹¹⁵ *Ibid.*

⁴¹¹⁶ M. WATHELET et S. VAN RAEPENBUSCH, « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? » précité, p. 40.

⁴¹¹⁷ En ce sens, voir F. SCHMIED (« L'accès des particuliers au juge de la légalité. L'apport de l'arrêt *Unibet* », *JTDE* 2007, n°6, n°140, pp. 166-170) qui estime que, avec l'arrêt *Unibet* (aff. C-432/05 précité), « [à] cet égard, il est permis de soutenir, par analogie, que l'équivalence s'impose désormais tant aux recours de droit national qu'aux recours de droit communautaire (...). En toute logique, cette consécration impose que les modalités des recours contre un acte communautaire, prétendument contraire à

européen (le référentiel) est en lui-même effectif et même potentiellement plus favorable que les régimes nationaux. Ce n'est que dans cette perspective qu'il existe un intérêt légitime à exiger des États membres qu'ils accordent à des situations européennes un traitement national équivalent à celui accordé en droit de l'Union. À défaut, requérir une telle équivalence peine à se justifier. Il suffit à la Cour de justice d'identifier un régime *ex nibilo* ou d'adapter, de modifier ou de s'inspirer de régimes existants en droit européen ou en droits nationaux. Autrement dit, le régime imposé n'a pas besoin d'être équivalent à un référentiel préétabli. L'équivalence "verticale" ne fait sens que si ce référentiel – le régime européen – se présente comme un modèle de comparaison pertinent⁴¹¹⁸. Or cette affirmation est très approximative. La Cour de justice ne requiert jamais, même pour les domaines évoqués, une équivalence totale entre les régimes nationaux et européens. Au contraire, elle semble requérir que le régime national soit plus protecteur, plus favorable à celui prévu dans l'ordre européen. Parler d'une équivalence devient dès lors assez discutable, sinon contradictoire. Tel est le cas concernant le régime de la protection juridictionnelle effective, de la responsabilité publique ou des mesures provisoires.

989. Le domaine de la protection juridictionnelle est topique de ce problème. Les recours ouverts devant le juge de l'Union sont censés garantir une protection juridictionnelle effective aux justiciables. Requérir ainsi une équivalence entre le régime de ces recours et les voies de droit nationales similaires est envisageable en théorie. Cependant, en réalité, un tel alignement est inopportun. La Cour de justice ne requiert rien en ce sens. Au contraire même, elle exige que les recours nationaux apportent une protection juridictionnelle plus importante que celle assurée par le juge de l'Union. Comme le souligne notamment⁴¹¹⁹ L. COUTRON, la Cour de justice « *profite de ce que la "protection juridictionnelle par le juge national [ne soit pas] expressément prévue par les traités" pour encadrer fortement l'office du juge national (...). [Ne] pouvant ou ne souhaitant guère modifier ses propres attributions[,] la juridiction communautaire engage ses homologues nationales à se montrer toujours plus entreprenantes afin de garantir une protection juridictionnelle effective aux*

une norme de rang supérieur — communautaire ou non — ne soient pas moins favorables que celles des droits processuels nationaux » (p. 168).

⁴¹¹⁸ Sur cette idée, voir J. PETIT, « Autonomie et influence entre les catégories nationales et européennes », in B. BERTRAND (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 49-61 : « [le droit de l'Union] est-il vu comme [un] élément perturbateur, dont il faudrait limiter les effets, ou, au contraire, comme un exemple à suivre, un modèle, un facteur de progrès ? » (p. 57).

⁴¹¹⁹ Dans le même sens, voir P. OLIVER, « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE* 2005, n°3-4, pp. 351-394 : « le parallélisme n'est pas parfait, car la panoplie des recours existant devant les juridictions communautaires est complétée par les voies de recours nationales, les personnes lésées par les actes communautaires d'application générale étant souvent contraintes de contester la validité de ceux-ci devant le juge national » (p. 373).

justiciables »⁴¹²⁰. L'arrêt *Borelli*⁴¹²¹ et la jurisprudence *UPA-Inuit*⁴¹²² en sont révélateurs⁴¹²³. L'un et l'autre concernent les conditions d'accès du justiciable au juge de la légalité. La Cour de justice n'y requiert aucune équivalence entre celles du recours en annulation⁴¹²⁴ et les recours nationaux similaires. Bien au contraire⁴¹²⁵, ses positions reposent sur l'assurance que les voies de droit nationales sont plus libérales, permettent un accès facilité pour les justiciables en comparaison du recours en annulation. La conception systémique⁴¹²⁶ des voies de droit nationales et européennes, ainsi que le postulat du caractère « *complet* »⁴¹²⁷ de ce système, conduit la Cour de justice à imputer aux juges nationaux le soin de compenser⁴¹²⁸ ou combler les brèches laissées par les voies de droit européennes. Autrement dit, si les recours européens s'avèrent, dans certaines situations, inaptes à garantir une protection juridictionnelle effective, les recours nationaux devront y remédier⁴¹²⁹. Cette position se comprend⁴¹³⁰ mais elle empêche de prôner une équivalence entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques nationaux.

990. Ce même raisonnement se transpose aux régimes de la responsabilité de l'État et des mesures provisoires. La doctrine⁴¹³¹ comme certains avocats généraux ont

⁴¹²⁰ L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, p. 225.

⁴¹²¹ CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, Rec. p. I-6313. À son sujet, l'exigence posée par cet arrêt est perçue comme significative puisque constituant un « *droit au juge* » universel, sans zones d'exemption » (E. GARCIA DE ENTERRIA, « Perspectives d'évolution des justices administratives dans le cadre européen » précité, p. 5).

⁴¹²² CJCE, 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores (UPA)*, aff. C-55/00 P, Rec. p. I-6677 ; CJUE, 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a.*, aff. C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625. Sur cette jurisprudence, voir not. L. FROMONT et A. VAN WAEYENBERGE, « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *CDE* 2015, n°1, pp. 113-150., spéc. pp. 139 et suivantes.

⁴¹²³ Pour une présentation similaire et antérieure à ces jurisprudences, notant les différences nécessaires entre les recours européens et nationaux, voir G. DELIS, « Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l'ordre juridique communautaire », *Rev. Eur. Droit public*, 2001, n°1, pp. 279-332, spéc. pp. 313 et suivants et pp. 318-319.

⁴¹²⁴ Plus généralement, voir A. PLIAKOS, *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire* précité, pp. 164 et suivantes.

⁴¹²⁵ M. VAN GERVEN (« Editorial », *CDE* 1995, pp. 527-528) estime que « *l'antinomie est frappante entre d'une part l'accès assez restreint que la Cour de justice a réservé aux particuliers devant les juges communautaires (...) et d'autre part l'accès très large que la Cour de justice a accordé à ces mêmes particuliers devant les prétoires nationaux* » (p. 527).

⁴¹²⁶ Voir not. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaires* précité ; D. RITLÉNG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », *Mélanges en hommage à Guy Isaac*, Toulouse, Presse de l'Université des sciences sociales, 2004, t. 2, pp. 735-772 ; K. LENAERTS, « La systématique des voies de recours dans l'ordre juridique de l'Union européenne », *Mélanges en hommage à Georges Vandersanden : promenades au sein du droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 257-282.

⁴¹²⁷ Pour un rappel récent, voir par exemple CJUE, 25 mars 2021, *Carnalho e.a. c. Parlement et Conseil*, aff. C-565/19 P, ECLI:EU:C:2021:252, pt. 68 et suivantes.

⁴¹²⁸ A. PLIAKOS, *op. cit.* : « *L'insuffisance de la protection juridictionnelle indirecte des droits que les particuliers tirent des règles communautaires ne pouvait que conduire la Cour de justice à chercher à compenser sur le plan de l'ordre juridique des États membres* » (p. 171 – nous soulignons).

⁴¹²⁹ Pour exemple, voir CJCE, 20 octobre 2005, *Ten Kate Holding Musselkanaal e.a.*, aff. C-511/03, Rec. p. I-8979, pt. 27 et suivantes.

⁴¹³⁰ La doctrine souligne l'opportunité de cette accentuation des exigences du droit au juge dans le cadre des recours nationaux. Pour exemple, G. SCOFFONI, « Le contentieux des organismes nationaux d'application chargés en France de d'application des politiques communautaires », *CDE* 1990, pp. 574-619, spéc. pp. 583 et suivantes ; F. PICOD, « Le développement de la juridictionnalisation », in *De la Communauté de droit à l'Union de droit* précité, pp. 261-286, spéc. pp. 261 et suivantes ; L. COUTRON, « La revalorisation du juge », *ADE* 2006, pp. 143-174, spéc. pp. 170 et suivantes.

⁴¹³¹ Voir par exemple, à propos de l'arrêt CJCE, CJCE, *Francovich*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90 précité, L. DUBOIS, « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA*

pointé les limites d'une stricte équivalence entre les régimes européens et nationaux. L'avocat général TESAURO, dans ses conclusions sur l'arrêt *Brasserie du pêcheur*, invite à retenir une certaine souplesse dans cette équivalence : « [du] point de vue des exigences de protection des droits que l'ordre juridique communautaire reconnaît aux particuliers, il est en effet intolérable que la protection juridictionnelle qui peut être obtenue au niveau communautaire s'inspire de critères plus restrictifs et, en définitive, moins généreux que ceux qui prévalent au moins dans certains États membres »⁴¹³². De même, la Cour de justice ne requiert une équivalence dans les conditions d'octroi de mesures provisoires que dans la situation très précise de l'arrêt *Zuckerfabrik*. Dès lors, celle-ci n'est pas requise en dehors de ces cas-là, notamment au titre de la jurisprudence *Factortame*. L'équivalence dispose ici d'une portée opportunément limitée⁴¹³³.

991. Plus encore, la cohérence globale d'une telle démarche présente elle aussi ses limites. En exigeant tantôt une équivalence entre les régimes, tantôt la nécessité que le régime national soit plus protecteur que le régime européen, la Cour de justice rend son discours pour moins confus. À propos de la jurisprudence *Zuckerfabrik*, O. DUBOS estime « [qu'elle] contredit sa propre pétition de principe selon laquelle la protection des particuliers ne saurait différer selon que la violation est imputable à une autorité nationale ou à une institution ou un organe de l'Union »⁴¹³⁴. Si l'équivalence est justifiée au nom de cette uniformité, de cette cohérence entre les régimes européens et nationaux, toute différenciation apparaît en décalage. Certes, une telle différence entre ces régimes se comprend, voire est une nécessité. Le régime européen, qui est censé faire office de référentiel, n'a nullement été conçu dans cette optique. Il s'adapte également aux spécificités inhérentes au fonctionnement de l'Union européenne. En bref, il n'a pas vocation à servir de *modèle* pour les régimes équivalents en droit interne. Le fait est que la logique d'équivalence "verticale" en pâtit. Par exemple, l'intensité de la protection juridictionnelle effective varie selon qu'elle concerne les voies de droit nationales ou les recours européens

1992, pp. 1-9 : « Cet alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté aurait eu pour conséquence essentielle que la responsabilité de l'État ne serait engagée que pour "violation suffisamment caractérisée d'une règle supérieure de droit", ainsi que la jurisprudence l'exige (...). Or, cette jurisprudence restrictive de responsabilité, critiquée parce qu'insuffisamment protectrice des intérêts des particuliers, semble heureusement en voie d'assouplissements » (p. 5).

⁴¹³² G. TESAURO, conclusions sur CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 66.

⁴¹³³ Voir not. F. PICOD, « Le droit au juge en droit communautaire » précité : l'auteur juge nécessaire que les régimes restent distincts entre les situations visées dans les arrêts *Factortame* et *Zuckerfabrik*. Dans la même optique, L. COUTRON (*La contestation incidente des actes de l'Union européenne* précité, spéc. pp. 407-410) estime que ceci se justifie compte tenu des logiques différentes des deux arrêts : *Factortame* vise à « libérer le juge national d'un droit national "entravant" » parce ne permettant de prendre les mesures provisoires tandis que *Zuckerfabrik* vise « à permettre au juge national d'empêcher sur des compétences que le traité CE paraissait réserver à la Cour de justice » (p. 408).

ouverts devant la Cour de justice⁴¹⁵⁵. Elle se présente comme une exigence plus contraignante surtout pour les premières et moins pour les secondes. Comme le souligne C. KILPATRICK, « *l'effectivité [du droit de l'Union] et la protection juridictionnelle effective ne semblent pas pointer la même direction* »⁴¹⁵⁶.

992. Ce contexte a logiquement conduit la Cour de justice à une certaine prudence. L'équivalence "verticale" qu'elle a pu imposer s'avère de ce point de vue très imparfaite. D'une part, elle est asymétrique, en ce que l'Union européenne n'a évidemment pas à aligner son régime sur ceux existants dans les ordres juridiques nationaux. D'autre part, elle n'est que minimale⁴¹⁵⁷ : à la condition qu'il respecte au moins les conditions applicables pour le régime européen, l'État membre est libre de prévoir des modalités plus libérales. On pourrait dès lors y voir une grande proximité avec le principe d'équivalence qui présente, lui aussi, ces deux caractéristiques. Notre propos est ici de montrer que cette jurisprudence de la Cour de justice qui tend à instituer une équivalence "verticale" ne nuit que modérément à l'application du principe d'équivalence. Ce dernier a vocation à subsister. Il constitue même une garantie nécessaire pour assurer la protection juridictionnelle effective des individus et l'effet utile du droit de l'Union. En effet, comme nous l'avons déjà évoqué, si un traitement national plus favorable que celui requis par la Cour de justice, y compris au titre de l'équivalence "verticale", existe, le principe d'équivalence commande qu'il soit appliqué. R. MEHDI rappelle à juste titre que « *en tout état de cause, que les autorités internes se soumettent aux prescriptions de la Cour ou choisissent d'appliquer des conditions plus libérales, elles ne doivent pas perdre de vue que ces conditions ne devront jamais manquer aux exigences découlant des principes "d'équivalence" et "d'effectivité"* »⁴¹⁵⁸.

⁴¹⁵⁴ O. DUBOS, « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union » précité, p. 173.

⁴¹⁵⁵ Pour une approche plus nuancée sur la protection juridictionnelle appliquée aux recours européens, voir F. PICOD, « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison » précité, pp. 914 et suivantes.

⁴¹⁵⁶ C. KILPATRICK (« The Future of Remedies in Europe », in *The Future of Remedies in Europe* précité, pp. 1-31) note que, concernant les voies de droit ouvertes vis-à-vis des institutions, la Cour « [is] playing to a different tune » (p. 8). « *The Luxembourg Court's desire for effectiveness of EC law at national level which had driven the private enforcement model had been twinned, in justificatory terms, with the principle of effective judicial protection (...). Different institutional priorities prevailed of for the Court of Justice when considering compliance with Community law by the Community institutions, including the Community legislature. Here, effectiveness of the Community order and effective judicial protection did not seem to point the same direction* » (p. 8 – nous soulignons).

⁴¹⁵⁷ Si l'on omet, ceci dit, la jurisprudence CJCE, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89 précité.

⁴¹⁵⁸ R. MEDHI, « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubois*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 143-175, spéc. p. 173.

993. Une nouvelle fois, la jurisprudence relative à la responsabilité publique est édifiante⁴¹³⁹. Quand bien même la Cour de justice requiert une équivalence, pour des raisons pertinentes, entre la responsabilité de l'État membre et celle de l'Union, celle-ci n'est en rien absolue⁴¹⁴⁰. J. DUTHEIL DE LA ROCHERE souligne que « *le droit de la responsabilité reste national et il n'a jamais été sérieusement envisagé de transposer ici les principes mis en œuvre par la Cour en ce qui concerne la responsabilité extracontractuelle de la Communauté elle-même* »⁴¹⁴¹. L'un des problèmes, déjà évoqué, tient dans les conditions assez strictes qui s'appliquent pour la responsabilité extracontractuelle de l'Union. Dès lors, comme la Cour le rappelle avec constance, sous réserve du respect des conditions minimales énoncées dans la jurisprudence *Brasserie du pêcheur*, « *c'est dans le cadre du droit national de la responsabilité qu'il incombe à l'État de réparer les conséquences du préjudice causé* »⁴¹⁴² et notamment dans le respect du principe d'équivalence⁴¹⁴³. Un autre problème apparaît en ce que le régime européen est étranger à la réparation d'un préjudice causé par une personne privée. Logiquement, notamment dans son arrêt *Courage*⁴¹⁴⁴, la Cour de justice n'opère aucun parallèle avec la jurisprudence *Francovich* et renvoie au droit national le soin de fixer les modalités qui permettront l'exercice d'un tel recours en réparation⁴¹⁴⁵. *In fine*, d'une manière ou d'une autre, l'équivalence "verticale" ne concurrence que modérément l'application du principe d'équivalence. La prise en compte d'un référentiel "purement européen" reste *in fine* assez limitée, sinon exceptionnelle. Qui plus est, quand elle l'est, elle ne conduit pas à totalement supplanter l'autonomie procédurale et ainsi le champ d'application du principe d'équivalence. Enfin, cette approche "verticale" de l'équivalence ne semble pas contaminer l'exigence du principe d'équivalence. Ce dernier continue – et a vocation à continuer – à s'appliquer tel quel.

⁴¹³⁹ Voir not. J.-M. FAVRET, *op. cit.*, pp. 328-330. En écho aux propos précédents sur la protection juridictionnelle effective, l'auteur affirme que l'« [on] peut (...) se demander si l'alignement de la responsabilité de l'État pour violation du droit communautaire sur celle de la Communauté et de nature à garantir une protection effective des droits que le justiciable tire du droit communautaire, tant il est vrai que la jurisprudence développée par le juge communautaire (...) a posé des conditions tellement restrictives à l'engagement de la responsabilité de la Communauté qu'elles rendent extrêmement difficile la condamnation effective d'un institution communautaire à la réparation du dommage subi par la victime » (p. 329).

⁴¹⁴⁰ Voir P. LEGER, conclusions sur CJCE, 23 mai 1996, *Hedley Lomas*, aff. C-5/94, *Rec. p.* I-2553, pt. 144 et suivants (évoquées par J.-M. FAVRET, *op. cit.*, pp. 329-330).

⁴¹⁴¹ J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Conclusions », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis* précité, pp. 179-186, spéc. p. 186.

⁴¹⁴² CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 67.

⁴¹⁴³ Pour exemple, CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4021, pt. 27 ; CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. p.* I-10239, pt. 58 ; CJUE, *Transportes Urbanos*, aff. C-118/08 précité, pt. 31.

⁴¹⁴⁴ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, aff. C-453/99, *Rec. p.* 6297.

⁴¹⁴⁵ Sur ce point, voir not. A. BIONDI et M. FARLEY, « Damages in EU Law », in *Oxford Principles of European Union Law* précité, pp. 1040-1064, spéc. pp. 1047-1048.

§2 : Une équivalence assurée volontairement par les États membres

994. Le constat selon lequel le principe d'équivalence ne s'applique plus ou très peu s'explique en partie compte tenu de l'attitude des États membres vis-à-vis de l'intégration du droit de l'Union dans leur ordre juridique. Ledit principe garantit que les traitements accordés aux situations européennes soient équivalents à ceux accordés à des situations internes similaires. Si un tel alignement fait défaut, l'application du principe d'équivalence permet de corriger ce problème. À tout le moins, si un doute existe quant à la réalité de cet alignement entre les traitements accordés, son application dissipe ce doute. Logiquement, le principe d'équivalence tend à tomber en désuétude si les ordres juridiques nationaux établissent d'eux-mêmes, voire spontanément, cet alignement. Les États membres accordent de leur propre initiative une équivalence entre les traitements sans faire référence au principe d'équivalence. Pour se cantonner à l'ordre juridique français, rares sont les traitements accordés spécifiquement – directement ou indirectement – à des situations européennes⁴¹⁴⁶. Dans de telles circonstances, l'application du principe d'équivalence perd en intérêt.

995. Cette désuétude prend plus d'ampleur en ce que les États membres tendent souvent à accorder une *totale* ou *parfaite* équivalence entre les traitements accordés aux situations européennes et internes similaires. Nous l'avons vu, l'exigence du principe d'équivalence est asymétrique en ce qu'elle n'impose pas qu'un traitement national accordé à une situation interne s'aligne sur celui accordé à une situation européenne. En réalité, le plus souvent, ce sont les États membres qui compensent cette lacune. Par ce que la doctrine appelle un « *effet de contagion* »⁴¹⁴⁷, l'ordre juridique national institue une totale uniformité entre les traitements accordés à des situations similaires. En d'autres termes, l'État membre décide souverainement que les situations européennes et internes reçoivent un traitement identique. Le principe d'équivalence est ici totalement

⁴¹⁴⁶ Voir not. TC, 11 octobre 2011, *SCEA du Chêneau*, n° C3828, *Rec.* p. 698 ; dans une moindre mesure, voir l'art. L. 241-1 du code des relations entre le public et l'administration.

⁴¹⁴⁷ La doctrine utilise également l'expression de « *spill-over* » (pour exemple, voir R. CARANTA, « Learning from our Neighbours : Public Law Remedies Homogenization from Bottom Up » précité, p. 223 ; M. LUISA et F. ESTEBAN, « National Judges and Community Law : The Paradox of Two Paradigms of Law », *MJ* 1997, n° 4, pp. 143-151, spéc. p. 148 ; B. BERTRAND, « Le tropisme du droit de l'Union européenne », *Rev. UE* 2018, pp. 103-112, spéc. pp. 103-105). Le terme est toutefois assez polysémique et – surtout – s'emploie dans d'autres circonstances. Il désigne un effet de débordement des compétences européennes, qui vont au-delà de ce qui avait été anticipé (pour exemple, J. BARROCHE, « Théories fédéralistes et Union européenne », *Civitas Europa* 2017, n°38, pp. 337-367.). Il désigne aussi un effet d'engrenages dans l'expansion, signifiant qu'aucun retour en arrière n'est envisageable (pour exemple, L. COUTRON, « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », in A. BOUVERESSE et D. RITLÉNG (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161-190, spéc. p. 175). L'expression de « effet de contagion » nous paraît donc plus appropriée. Elle correspond bien au phénomène décrit : l'intégration de la règle européenne dans l'ordre juridique interne *contamine* les autres domaines proches ou similaires.

étranger à ce phénomène, ce qui laisse à penser que son application n'aurait que peu d'utilité (A.). Une fois encore, cette impression doit être appréciée de manière mesurée en ce que le principe d'équivalence n'a pas vocation à s'éteindre (B.).

A. Une équivalence par “effet de contagion”

996. L'équivalence par effet de contagion compense la portée asymétrique de l'exigence du principe d'équivalence. Concrètement, lorsque le droit de l'Union ou la Cour de justice impose directement une contrainte sur le traitement national, il est admis que celle-ci ne vaut *exclusivement* que pour des situations européennes. Les situations similaires mais qui échappent au champ d'application du droit de l'Union ne doivent pas, *juridiquement*, être soumises à un tel traitement⁴¹⁴⁸. Par conséquent, l'intervention du droit de l'Union est susceptible de créer un « *dualisme procédural* »⁴¹⁴⁹ : des situations similaires bénéficieront de traitements différents selon qu'elles sont européennes ou internes⁴¹⁵⁰. La jurisprudence *Factortame*, par exemple, implique que le juge national puisse adopter des mesures provisoires mais *uniquement* dans des situations européennes. Il ne peut faire de même, sur ce fondement, pour des situations purement internes similaires.

997. Cette incohérence entre les traitements se résorbe par l'effet de contagion⁴¹⁵¹. Alors même qu'aucune règle européenne ne l'y contraint, l'État membre va aligner le traitement de la situation interne sur celui de la situation européenne. Dans cette perspective, le droit de l'Union a “contaminé” le droit national. Une équivalence se

⁴¹⁴⁸ Voir L. DUBOIS, « À propos de deux principes généraux du droit communautaire », *RFDA*, 1988, pp. 691-701 : lorsque l'Union édicte un standard ou une règle, il reste normalement « *indifférent à l'existence ou à la qualité de la protection juridictionnelle assurée aux droits conférés par la seule règle interne* » (p. 699).

⁴¹⁴⁹ C. DEBOUY, « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G*, n°42, 1992, I, 3616, pp. 437-445, spéc. p. 445. Parlant d'un « *dualisme juridictionnel* », voir F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois* précité, pp. 297-310, spéc. p. 310.

⁴¹⁵⁰ Cette idée se transpose *in fine* quelle que soit la nature européenne ou interne de la situation en cause. Autrement dit, les situations similaires bénéficient d'un traitement identique ou équivalent, qu'elles soient européenne et interne ou exclusivement situations européennes. Un exemple est fourni par le régime procédural visant à prévenir la fuite d'un individu, ressortissant d'un État membre, sommé de quitter le territoire de l'Union. La Cour de justice considère, dans sa jurisprudence *Petrea* (CJUE, 14 décembre 2017, aff. C-184/16, ECLI:EU:C:2017:684), que la directive 2004/38 (29 avril 2004 relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres, *JOCE* 2004, L 158, p. 77) constitue la disposition qui encadre ce régime. Or celle-ci reste muette quant aux conditions procédures à suivre. Plusieurs États membres ont choisi d'aligner la procédure prévue dans la même situation vis-à-vis d'un ressortissant d'un État tiers ; procédure fixée par la directive 2008/115 du 16 décembre 2008 relative aux normes et procédures communes applicables dans les États membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (*JOCE* 2008, L 348, p. 98). La Cour de justice considère ainsi que « *les États membres peuvent s'inspirer des dispositions de la directive 2008/115 pour désigner les autorités compétentes et définir la procédure applicable à l'adoption d'une décision imposant le retour d'un citoyen de l'Union telle que celle en cause au principal, si aucune disposition du droit de l'Union ne s'y oppose* » (pt. 52). Pour une réitération de cette position, voir CJUE, 22 juin 2021, *Ordre des barreaux francophone et germanophone e.a. (Mesures préventives en vue d'éloignement)*, aff. C-718/19, ECLI:EU:C:2021:505, pt. 33 et suivants.

⁴¹⁵¹ Employant ce terme, voir J.-C. BONICHOT, « Le droit communautaire et le droit administratif français », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 15-19, spéc. p. 19 ou J. DUTHEIL DE LA ROCHERE, « Conclusions » précité, p. 182.

constate entre les traitements sans que cela ait découlé d'une application du principe d'équivalence. En effet, cet effet de contagion s'explique de deux manières. La première tient dans un alignement purement volontaire, motivé par le souci de conserver une cohérence entre les traitements nationaux accordés à des situations similaires – européennes ou internes (1.). La seconde résulte de la lutte contre les discriminations à rebours. L'effet de contagion est alors dicté par le respect du principe interne d'égalité de traitement qui contraint à cet alignement (2.).

1. Une contagion spontanée par souci de cohérence des traitements

998. La contagion spontanée est le phénomène qui a été observé en premier par la doctrine. Son étude doctrinale remonte surtout aux prérogatives conférées au juge national en matière de mesures provisoires, notamment par l'arrêt *Factortame* de la Cour de justice, et aux directives-recours⁴¹⁵². Ces deux éléments ont marqué cette idée de contagion qui, évidemment, existait antérieurement⁴¹⁵³. Pour ce qui est de l'arrêt *Factortame*, comme nous l'avons vu, celui-ci requiert que le juge national puisse adopter des mesures provisoires lorsqu'il est confronté à une situation européenne. Le juge anglais, à l'origine de l'affaire, craint une « *situation malheureuse* »⁴¹⁵⁴ selon laquelle cette prérogative se cantonnerait uniquement aux situations européennes et ne puisse bénéficier à des situations internes similaires. Plusieurs juges nationaux, comme le juge anglais⁴¹⁵⁵, grec⁴¹⁵⁶ ou espagnol⁴¹⁵⁷, remédieront à ce problème en généralisant cette prérogative à toute situation, même non européenne. Le juge administratif français, par exemple, fut plus lent à réagir, notamment à l'issue de son ordonnance *Diakité*⁴¹⁵⁸. Pour les directives-recours, le législateur français a opéré de lui-même cet alignement. Notamment avec la loi *Sapin*, le référé pré-précontractuel n'est pas limité aux contrats

⁴¹⁵² Sur ce sujet, voir not. J. SIRINELLI, « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 1223-1248, spéc. pp. 1229 et suivantes.

⁴¹⁵³ Voir pour exemple CE, 20 janvier 2016, *SARL EBS*, req. n°376980, *Rec. T.* p. 680 et p. 729. Le juge considère, à propos de l'article 25 de la loi du 30 décembre 1991 (ayant institué l'article 201 A CGI), transposant une directive de l'UE (90/434/CEE du 23 juillet 1990 sur la fusion de sociétés), que « le législateur n'a pas entendu, à cette occasion, traiter moins favorablement les fusions opérées uniquement entre sociétés françaises, qui sont hors du champ de cette directive, que celles qui mettent en cause les sociétés d'un autre État membre, qui sont dans le champ de cette directive » (csd. 2).

⁴¹⁵⁴ Lord WOOLF y voit « *an unhappy situation* » (*M. v. Home Office* [1993], cité par W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? » précité, p. 700).

⁴¹⁵⁵ *Ibid.*

⁴¹⁵⁶ Voir P. B. PAVLOPOULOS, « Aspect de la protection juridictionnelle provisoire dans le contentieux administratif. L'influence du droit communautaire européen sur l'ordre juridique hellénique », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epadinondas pp. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 331-372, spéc. pp. 348 et suivantes.

⁴¹⁵⁷ Voir M. LE BARBIER-LE BRIS, *Le juge espagnol face au droit communautaire*, Rennes, Éditions Apogée, 1998, pp. 274 et suivantes.

⁴¹⁵⁸ CE, réf., 16 juin 2010, *Diakité*, req. n°340250, *Rec. p.* 205.

publics expressément visés par les directives⁴¹⁵⁹. Certes, cet alignement ne résulte pas exclusivement d'un effet de contagion du droit de l'Union sur le droit national. Il reste qu'il explique en partie ce phénomène qui s'est depuis développé, surtout pour la matière contentieuse⁴¹⁶⁰. Les exigences imposées par le législateur de l'Union et/ou la Cour de justice peinent à ne pas déborder sur le traitement des situations pourtant purement internes. La doctrine explique ainsi certains revirements ou adaptations de jurisprudence du Conseil d'État français dans cette perspective.

999. Le cas de la responsabilité de l'État du fait du législateur est un exemple caractéristique de cet effet de contagion⁴¹⁶¹. La Cour de justice reconnaît dans son arrêt *Brasserie du pêcheur* que la responsabilité de l'État afin de « réparer les dommages causés aux particuliers par les violations du droit communautaire (...) » doit être engagée « lorsque le manquement reproché est attribué au législateur »⁴¹⁶². En droit français, un tel régime n'existe pas⁴¹⁶³ jusqu'à la décision *Gardedieu*⁴¹⁶⁴ du Conseil d'État. Le juge français consacre un régime *sui generis* de responsabilité du législateur lorsqu'un préjudice découle d'une violation d'une norme internationale. La critique doctrinale classique⁴¹⁶⁵, qui consiste à reprocher au Conseil d'État de ne pas instituer un régime “pour faute”, s'estompe au regard de l'effet de contagion. En effet, la Cour de justice ne prévoit pas la condition d'une “faute” pour engager la responsabilité de l'État. De ce point de vue, le juge français a réceptionné et généralisé *fidèlement* les conditions dictées par la Cour de

⁴¹⁵⁹ Voir pour exemple D. POUYAUD, v° « Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1126, 1^{er} janvier 2016 : « La loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention de la corruption et à la transparence des activités économiques et des procédures publiques (...) a inclus dans ce contentieux préventif le respect de l'ensemble des règles de publicité et de concurrence, **qu'elles soient ou non d'origine communautaire** » (par. 7 – nous soulignons).

⁴¹⁶⁰ Pour exemple, M.-F. CHRISTOPHE TCHAKALOFF, « Les principes généraux du droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis* précité, pp. 83-96 : « Les principes généraux du droit communautaire permettent (...) de faire valoir des droits qui n'existaient pas ou qui n'étaient pas pris en compte dans les ordres juridiques nationaux. En France, l'exigence de motivation des décisions administratives consacrées [par l'arrêt *Heylens*, aff. C-226/86 précité] a eu le mérite de transformer en obligation générale ce qui était une exception (...) » (p. 94). Idem concernant la loi du 8 février 1995 sur l'injonction du juge administratif qui est vue par l'auteur comme la conséquence de la jurisprudence *Johnston* (aff. C-222/84 précité) de la Cour de justice.

⁴¹⁶¹ Voir, par exemple, B. PLESSIX, *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, pp. 224 et suivantes.

⁴¹⁶² CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 36.

⁴¹⁶³ Voir C. BROYELE, *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, LGDJ, 2003, pp. 318 et suivantes ; du même auteur, « L'influence du droit de l'Union sur le régime de la responsabilité administrative », in *Traité de droit administratif européen* précité, pp. 1249-1259, spéc. pp. 1253 et suivantes. En effet, auparavant, seules les jurisprudences *La Fleurette* (CE, 14 janvier 1938, *Rec.* p. 25) et *Tobacco* (CE, 28 février 1992, req. n°87753, *Rec.* p. 78) pouvaient s'approcher du régime requis par l'arrêt *Brasserie du pêcheur*. Cependant, l'un comme l'autre n'y parviennent pas pleinement. Le régime *La Fleurette* repose sur une responsabilité sans faute qui nécessite la preuve d'un préjudice présentant des caractéristiques trop strictes. Une telle chose s'accommode mal avec la position de la Cour de justice qui retient tous les préjudices qui découlent de la violation du droit de l'Union. Pour le régime *Tobacco*, le Conseil d'État use d'un subterfuge en ce qu'il impute le préjudice et la violation du droit de l'Union à un acte administratif et non à la loi. Sauf à adopter une lecture très tolérante de la jurisprudence de la Cour de justice, ce régime ne convient pas dès lors que la Cour reconnaît explicitement que le législateur doit pouvoir être reconnu à l'origine de la violation du droit de l'Union et du préjudice causé.

⁴¹⁶⁴ CE, 8 février 2007, *Gardedieu*, req. n°279522, *Rec.* p. 78.

justice⁴¹⁶⁶. En outre, le régime *Gardedieu* s'applique à la violation de toute norme internationale, sans donc se cantonner au seul droit de l'Union⁴¹⁶⁷. Cet effet de contagion atteint son paroxysme avec la jurisprudence *Société Paris Clichy*⁴¹⁶⁸ du Conseil d'État : le régime de responsabilité *Gardedieu* est, en substance⁴¹⁶⁹, transposé à la responsabilité de l'État du fait d'une loi inconstitutionnelle.

1000. L'effet de contagion explique – au moins en partie⁴¹⁷⁰ – des évolutions du droit positif. Le régime imposé à l'origine par la Cour de justice et prévu uniquement pour les situations européennes est étendu aux situations internes similaires. Cette contagion s'analyse de plusieurs manières en doctrine. Pour certains auteurs, il ne s'agit ni plus ni plus moins que d'une forme « *d'influence* »⁴¹⁷¹ exercée par le droit de l'Union sur le droit national⁴¹⁷². Pour d'autres, la logique est différente. Ces auteurs⁴¹⁷³ insistent sur le

⁴¹⁶⁵ Pour un exposé de cette controverse, voir pour exemple, S. HENNETTE-VAUCHEZ, v° « Responsabilité sans faute », *Répertoire de la responsabilité de la puissance publique*, Dalloz, juin 2013 (actualisé en février 2020), pt. 78.

⁴¹⁶⁶ La Cour de justice considère que le fait générateur de cette responsabilité tient dans la « violation (...) suffisamment caractérisée » de « la règle de droit [qui confère] des droits aux particuliers » (CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 51). En ce sens, G. TESAURO (conclusions sur CJCE, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93 précité, pt. 88 et suivants) estime que cette idée doit être dissociée de celui de « faute », dont la signification est finalement trop fluctuante. L'important est, pour l'avocat général, que la violation soit identifiée sur la base de critères objectifs et non subjectifs. Sur ce point, voir par exemple A. ILIOPOULOU, « Les catégories du droit de la responsabilité de la puissance publique », in J.-B. AUBY (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 791-812, spéc. pp. 800 et suivantes.

⁴¹⁶⁷ Explicitement, voir L. DEREPA, « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », conclusions sur la décision *Gardedieu*, RFDA 2007, pp. 361-371 : « ce régime (...) permettra de satisfaire les exigences posées par les Cours de Strasbourg et de Luxembourg, et même au-delà s'agissant de la seconde. Le régime que nous vous proposons d'instaurer permettrait en effet, conformément à la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, de réparer intégralement tout préjudice résultant de la méconnaissance par la loi d'une norme internationale, ce qui va au-delà des principes posés par la Cour de justice des Communautés européennes dans son arrêt *Brasserie du Pêcheur* » (p. 367).

⁴¹⁶⁸ CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy e.a.*, req. jt. n°425981, 425982 et 425983.

⁴¹⁶⁹ L'adaptation du régime *Gardedieu* porte sur la constatation de l'inconstitutionnalité de la loi qui cause le préjudice ; une telle compétence ne pouvant revenir qu'au Conseil constitutionnel en vertu des articles 61 et suivants de la Constitution. Le Conseil d'État reconnaît donc être dépendant de la décision du Conseil constitutionnel, et notamment de sa portée, pour engager la responsabilité de l'État. Voir M. SIRINELLI, « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », conclusions sur *Société Paris Clichy e.a.* précitée, RFDA 2020, pp. 136-148, spéc. p. 140.

⁴¹⁷⁰ Au-delà de la réserve de J. SIRINELLI précitée (« L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif » précité), on constate que les conclusions rendues sur les décisions *Gardedieu* et *Paris Clichy* ne font qu'accessoirement référence au droit de l'Union. Le réel fondement ainsi que la principale justification à un tel régime de responsabilité du fait du législateur découle des « exigences inhérentes à la hiérarchie des normes » (CE, *Société Paris Clichy e.a.*, req. jt. n°425981, 425982 et 425983 précitée, pt. 6). La contagion n'est donc pas assumée et reste même, selon les rapporteurs publics évoqués, un élément assez secondaire pour justifier un tel régime (voir not. G. ALBERTON, « Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore irresponsable ? », *AJDA* 2006, pp. 2155-2162).

⁴¹⁷¹ Pour exemple, R. MEHDI, « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis* précité, pp. 143-175, spéc. pp. 152-158. Voir également L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, qui parle d'une « autorité persuasive » (p. 285).

⁴¹⁷² S. GERVASONI (« La Cour de justice et le dialogue des juges » précité) estime que « [la] Cour agit ici comme *inspiratrice* de nouvelles formes d'efficacité juridictionnelle et renforce l'office du juge national, parfois au-delà des exigences de l'application du seul droit communautaire. Ce mouvement, que l'on présente parfois à tort comme instituant des limites à l'autonomie procédurale du juge national, est en réalité représentatif d'une volonté de la Cour d'accompagner la sortie de certaines petites « chrysalides » procédurales qui, sur des points précis, réduisent la marge de manœuvre des juges nationaux » (p. 146 – nous soulignons).

⁴¹⁷³ G. LE CHATELIER, « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n°

caractère proprement « [inimaginable] *d'avoir dans le même ordre juridique des pouvoirs du juge complètement différents selon la [nature européenne ou interne] de la règle à appliquer* »⁴¹⁷⁴. L'avocat général D. RUIZ-JARABO COLOMER souligne qu'« *il ne fait aucun doute que les actions fondées sur le droit interne méritent de pouvoir être exercées dans le même délai que celles qui sont fondées sur l'ordre juridique communautaire dès lors que, sur le plan des principes, on ne saurait soutenir le contraire* »⁴¹⁷⁵. Même sans aller sur le terrain des discriminations à rebours, W. VAN GERVEN pointe la nécessité qu'un tel effet de contagion existe. Si le droit de l'Union, et notamment le principe d'équivalence, ne reconnaît « *pas explicitement une exigence pour le droit national de préserver l'homogénéité du droit national tombant à l'intérieur et à l'extérieur de la sphère du [droit de l'Union], une telle homogénéité est perçue comme souhaitable* »⁴¹⁷⁶. Enfin, dans le même esprit, P. B. PAVLOPOULOS note « [qu'il] est (...) manifeste que la généralisation [du traitement européen à] tout l'éventail de la protection juridictionnelle que consacrent les divers ordres juridiques des États membres, est **prévisible et naturelle**. En effet, il serait tout à fait **anormal et absurde**, pour l'ordre juridique d'un État membre quelconque, de consacrer [ou même d'admettre] des mécanismes de protection juridictionnelle à **deux vitesses**, à savoir celui qui garantit l'application du droit communautaire européen par les tribunaux nationaux et celui qui garantit l'application des autres dispositions par ces tribunaux »⁴¹⁷⁷.

1001. Cet alignement des traitements par effet de contagion résulte de la volonté presque souveraine des autorités nationales compétentes. Dès lors, il n'est en rien automatique ou même proprement prévisible. Sauf si une discrimination à rebours est en jeu, l'État membre reste libre de prévoir deux traitements distincts applicables à des

spécial, pp. 97-101 : « *il paraît peu raisonnable d'envisager un système juridique à deux vitesses (une série de règles de procédure et de compétence pour l'application du droit communautaire, une autre pour l'application du droit interne)* » (p. 101 – nous soulignons). Dans le même sens, le juge anglais GOFF estime « [qu'à] une époque où le droit communautaire revêt une importance croissante, il serait **étrange** si le droit d'un justiciable d'obtenir la répétition de sommes perçues en trop était moins largement reconnu en droit national qu'en droit communautaire » (cité par X. LEWIS, « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais », *AJDA* 1996, n° spécial précité, pp. 124-128, spéc. p. 126 – nous soulignons).

⁴¹⁷⁴ J.-C. BONICHOT, « Le droit communautaire et le droit administratif français », p. 19. Dans la même idée, F. GREVISSE et J.-C. BONICHOT, « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres » précité, à propos de l'arrêt *Factortame* : « *peut se créer, dans chaque État membre, une dichotomie, une sorte de "dualisme juridictionnel" dans la personne du même juge selon qu'il statue à titre national ou à titre communautaire* » (p. 310). « *Il est probable que les temps approchent où il conviendra de **confronter** les systèmes juridictionnels et procéduraux des États membres pour **profiter de l'effet d'entraînement** de la jurisprudence communautaire (...)* », (*ibid.*, p. 310 – nous soulignons).

⁴¹⁷⁵ D. RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions sur CJCE, 17 juin 2004, *Recheio – Cash & Carry*, aff. C-30/02, Rec. p. I-6051, pt. 42 (nous soulignons).

⁴¹⁷⁶ W. VAN GERVEN, « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? » précité : « *no explicit **requirement of national law to preserve the homogeneity of national law falling within and outside the sphere of Community law, such homogeneity is perceived as desirable*** » (p. 701 – il insiste).

⁴¹⁷⁷ P. B. PAVLOPOULOS, « Aspect de la protection juridictionnelle provisoire dans le contentieux administratif. L'influence du droit communautaire européen sur l'ordre juridique hellénique » précité, p. 346 – nous soulignons.

situations similaires européennes et internes⁴¹⁷⁸. Nous l'avons vu, le Conseil d'État français met un certain temps à consacrer, plus ou moins explicitement, la contagion et à mettre fin à la différence de traitement⁴¹⁷⁹. Dans l'intervalle, la doctrine spéculait logiquement. En outre, alors même qu'il y est invité, le Conseil d'État peut refuser d'opérer l'alignement et maintenir une différence des régimes⁴¹⁸⁰. Le cas de la confiance légitime en est une illustration⁴¹⁸¹. L. COUTRON s'est par exemple penché sur un éventuel « alignement spontané, à l'initiative du législateur ou des juges suprêmes nationaux de l'urgence sur les conditions [de la jurisprudence *Zuckerfabrik*] »⁴¹⁸². De prime abord, l'auteur estime « [qu']à partir du moment où le droit national de l'urgence est proche des exigences communautaires, il devient pratiquement indifférent que le juge national se réfère à l'un ou à l'autre lorsqu'il est confronté à une exception d'invalidité »⁴¹⁸³. Il concède toutefois que la jurisprudence du Conseil d'État laisse dubitatif⁴¹⁸⁴. Un autre débat pourrait surgir de l'arrêt *NAMA* de la Cour de justice, dans lequel elle affirme que « le soumissionnaire évincé est en droit de soulever tout moyen contre la décision d'admission d'un autre soumissionnaire, y compris ceux qui ne présentent pas de lien avec les irrégularités en raison desquelles son offre a été exclue »⁴¹⁸⁵. La jurisprudence administrative sur le sujet devra nécessairement évoluer pour se conformer à cette prise de position de la Cour de justice. Il reste à savoir si elle se cantonnera aux seules situations européennes découlant de l'arrêt *NAMA* ou non. Autrement dit, si l'effet de contagion fonctionne, les jurisprudences *SMIRGEOMES*⁴¹⁸⁶ et *Tarn-et-Garonne*⁴¹⁸⁷ seront éventuellement

⁴¹⁷⁸ Apportant un regard assez mesuré sur cet alignement, et même sa nécessité, voir J. MERTENS DE WILMARS, « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers » précité, pp. 393 et suivantes.

⁴¹⁷⁹ Sur ce sujet, voir not. L. XENOU, *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française* précité, pp. 315 et suivantes à propos de la confiance légitime et de la bonne administration.

⁴¹⁸⁰ En matière de responsabilité, la jurisprudence *Gestas* (CE, 18 juin 2008, req. n°295831, *Rec. p.* 230) est topique de cette attitude. Le Conseil d'État estime qu'une faute lourde n'est pas requise pour engager la responsabilité de l'État du fait d'une décision juridictionnelle définitive violant le droit de l'Union. En revanche, cette faute lourde reste nécessaire pour toute autre violation. Cette décision conduit, par exemple, F. CHALTIÉL (« Retour sur l'europanisation de la responsabilité administrative », *LPA* 2009, n°96, pp. 3-9), à y voir la reconnaissance d'une « place privilégiée du droit européen ».

⁴¹⁸¹ Voir G. NAZIROGLOU, *Intérêt personnel et intérêt général dans l'office du juge administratif*, Thèse dactyl., Paris II, 2021, pp. 281 et suivantes : l'auteur explique que le Conseil d'État considère ne subir aucune contagion sur ce sujet, refusant d'intégrer la confiance légitime à son contrôle. Cependant, la réalité est plus subtile : l'auteur démontre que, malgré cette prise de position, le Conseil d'État altère en partie sa conception de la sécurité juridique pour lui donner des dimensions proches de celle de la confiance légitime. L'auteur parle d'une « familiarisation » (pp. 293 et suivantes) des mécanismes de la confiance légitime et aborde l'idée d'un « spillover » (pp. 295-296).

⁴¹⁸² L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne* précité, p. 411.

⁴¹⁸³ *Ibid.*

⁴¹⁸⁴ *Ibid.*, à partir de la décision CE, 27 octobre 2006, *Société Techna*, req. n° 260767, *Rec. p.* 451.

⁴¹⁸⁵ CJUE, 24 mars 2021, *NAMA e.a.*, aff. C-771/19, ECLI:EU:C:2021:232, pt. 41.

⁴¹⁸⁶ CE, 3 octobre 2008, *SMIRGEOMES*, req. n°305420, *Rec. p.* 324.

⁴¹⁸⁷ CE, 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, req. n°358994, *Rec. p.* 70 : « saisi ainsi par un tiers dans les conditions définies ci-dessus, de conclusions contestant la validité du contrat ou de certaines de ses clauses, il appartient au juge du contrat, après avoir vérifié que l'auteur du recours autre que le représentant de l'État dans le département ou qu'un membre de l'organe délibérant de la collectivité territoriale ou du groupement de collectivités territoriales concerné se prévaut d'un intérêt susceptible d'être lésé de façon suffisamment directe et certaine et que les irrégularités qu'il critique sont de celles qu'il peut utilement invoquer, lorsqu'il constate l'existence de vices entachant la validité du contrat, d'en apprécier l'importance et les conséquences » (csd. 4).

modifiées en ce qu'un tiers au contrat contesté devra pouvoir invoquer tout type de moyen de légalité et pas uniquement ceux ayant un lien avec son intérêt lésé⁴¹⁸⁸.

2. Une contagion dictée par la lutte contre les discriminations à rebours

1002. L'effet de contagion cesse de relever de la bonne volonté de l'État membre lorsqu'est en cause une discrimination à rebours. L'alignement des traitements relève certes de l'action des autorités nationales mais il s'impose au nom du principe d'égalité reconnu en droit interne. Nous l'avons vu, le principe d'égalité de traitement en droit de l'Union ne permet pas à la Cour de justice de remédier à de telles différences de traitement. De manière assez « *choquante* » mais juridiquement logique⁴¹⁸⁹, l'ordre juridique de l'Union ne peut protéger les situations internes qui recevraient un traitement défavorable en comparaison de situations européennes similaires⁴¹⁹⁰. Dans ces circonstances, la différence de traitement est néanmoins problématique, y compris pour le bon fonctionnement du marché intérieur⁴¹⁹¹. K. MORTELMANS souligne par exemple que ce genre de différence « *semble bien révéler un “trouble de croissance”. Certes, l'enfant grandit, mais une de ses jambes est plus longue que l'autre. On ne peut espérer une stature harmonieuse et des mouvements coordonnés que dans un état ultérieur de développement* »⁴¹⁹². Une solution serait, évidemment, un investissement assez poussé du droit de l'Union dans un même domaine juridique. Nous l'avons vu, une telle harmonisation conduit à raréfier les situations purement internes ; le principe européen d'égalité pouvant alors prohiber de telles discriminations. À défaut, l'Union européenne et la Cour de justice dépendent de la bonne volonté des États membres, qui remédieront d'eux-mêmes et spontanément à ces

⁴¹⁸⁸ Sur cette question, voir not. F. LINDITCH, « Contentieux de la commande publique, la CJUE ne connaît pas la jurisprudence *Smirgeomes* ? », *JCP A*, 14 juin 2021, n°24, 2185, pp. 27-29.

⁴¹⁸⁹ Pour exemple, S. ROBIN-OLIVIER, *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999 : « Cette solution, parfaitement justifiée en égard à la conception instrumentale de l'égalité que retient le droit communautaire et à son utilisation aux fins de favoriser la mobilité, est néanmoins extrêmement choquante » (p. 136).

⁴¹⁹⁰ Voir not. CJCE, 16 juin 1994, *Steen*, aff. C-132/93, *Rec. p.* I-2715, pt. 9-10. À tout le moins, la Cour de justice peut retenir un champ d'application assez large de la règle européenne à appliquer (pour exemple, CJCE, 7 février 1979, *Knoors*, aff. 115/78, *Rec. p.* 399, pt. 17 et suivants ;), notamment en réduisant la portée du concept de situation purement interne (pour exemple, CJCE, 9 août 1994, *Lancry e.a.*, aff. jt. C-363/93, C-407/93, C-408/93, C-409/93, C-410/93 et C-411/93, *Rec. p.* I-3957, pt. 28 et suivants). Plus globalement, voir F. PICOD, « Libre circulation et situation interne », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 47-54 ; L. POTVIN-SOLIS, « Principe général de non-discrimination et “situations purement interne” », *CDE* 2016, n°1, pp. 337-364

⁴¹⁹¹ Voir également : P. COUDERT, « La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des États membres d'un espace économique intégré », *LPA* 2006, n° 166, pp. 8-13 : « un marché unifié suppose, pour son parfait fonctionnement, que les règles qui s'y appliquent ne créent pas de distorsion de concurrence ni en faveur, ni au détriment des ressortissants, produits, services ou capitaux émanant de tel État membre » ; en matière de citoyenneté européenne, voir S. PLATON, « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE* 2012, pp. 23-52.

⁴¹⁹² K. MORTELMANS, « La discrimination à rebours et le droit communautaire », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, n°1, pp. 1-30, spéc. p. 7.

discriminations. La jurisprudence de la Cour de justice issue de ses arrêts *Dzodzi*⁴¹⁹³ ou *Leur-Bloem*⁴¹⁹⁴ invite, d'une certaine manière, à cet alignement volontaire⁴¹⁹⁵.

1003. L'alignement peut cependant s'imposer à l'État membre afin de respecter son propre principe d'égalité. De cette manière, l'effet de contagion se manifestera. Puisque le traitement accordé à la situation européenne est imposé par le droit de l'Union, le principe de primauté interdit à l'État membre d'y toucher. En revanche, le traitement accordé à la situation interne similaire relève – en tout logique – de sa compétence. En conséquence, une violation du principe d'égalité survient si le traitement accordé à la situation interne diffère sans raison du traitement imposé à une situation européenne similaire. Pour y remédier, un alignement du premier traitement sur le second est nécessaire. La manifestation concrète de cet effet de contagion se présente de manière différente. Le Conseil d'État, dans son arrêt *Technicolor*⁴¹⁹⁶, a par exemple retenu un champ d'application d'une législation fiscale qui assure cet alignement. Ladite loi devait uniquement bénéficier aux situations européennes et le juge français l'interprète de telle sorte qu'elle s'applique également aux situations internes similaires. Ici, la discrimination à rebours est évitée préventivement. Il reste que l'alignement a été permis par le juge national.

1004. La contrainte d'un alignement des traitements atteint son paroxysme lorsqu'elle résulte d'une décision juridictionnelle qui reconnaît une violation du principe d'égalité⁴¹⁹⁷. En France, l'idée est admise depuis longtemps par la Cour de cassation⁴¹⁹⁸ et par le Conseil d'État avec sa décision *Compagnie des architectes de France*⁴¹⁹⁹. La chambre criminelle considère que, si une infraction pénale fixée par le pouvoir réglementaire méconnaît le droit de l'Union, elle doit être *entièrement* rendue inapplicable – et pas

⁴¹⁹³ CJCE, 18 octobre 1990, *Dzodzi*, aff. jt. C-297/88 et C-197/89, *Rec. p.* I-3763, pt. 37 et suivants.

⁴¹⁹⁴ CJCE, 17 juillet 1997, *Leur-Bloem*, aff. C-28/95, *Rec. p.* I-4161 : « lorsqu'une législation nationale se conforme pour les solutions qu'elle apporte à des situations purement internes à celles retenues en droit communautaire afin, notamment, d'éviter l'apparition de discriminations à l'encontre des ressortissants nationaux ou, comme en l'espèce au principal, d'éventuelles distorsions de concurrence, il existe un intérêt communautaire certain à ce que, pour éviter des divergences d'interprétation futures, les dispositions ou les notions reprises du droit communautaire reçoivent une interprétation uniforme, quelles que soient les conditions dans lesquelles elles sont appelées à s'appliquer » (pt. 32).

⁴¹⁹⁵ Voir not. CJCE, 5 décembre 2002, *Guimont*, aff. C-448/98, *Rec. p.* I-10663, pt. 23 ou CJCE, 5 mars 2002, *Reisch e.a.*, aff. jt. C-515/99, C-519/99 à C-524/99 et C-526/99 à C-540/99, *Rec. p.* I-2157, pt. 26. A leur sujet, S. PLATON (« Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure » précité) estime que la Cour adopte cette position « afin d'aider le juge national à faire bénéficier un justiciable des mêmes droits que ceux qu'un ressortissant d'un autre État membre tirerait du droit de l'Union européenne dans la même situation » (p. 31). Voir également L. POTVIN-SOLIS, « Qualification des situations purement internes », in *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national* précité, pp. 41-99, spéc. pp. 69 et suivants.

⁴¹⁹⁶ CE, 15 décembre 2014, *Société Technicolor*, req. n°380942, *Rec. p.* 388.

⁴¹⁹⁷ Voir sur ce sujet A. JAUREGUIBERRY, « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTDE* 2017, pp. 39-57, spéc. pp. 47 et suivantes.

⁴¹⁹⁸ Cass., Crim., 18 septembre 1997, *Pistre*, pourvoi n° 93-80.109, *Bull. crim.* 1997, n°305.

⁴¹⁹⁹ CE, 6 octobre 2008, *Cie des architectes de France*, req. 310146, *Rec. p.* 341.

seulement, comme cela est normalement prévu, pour les situations européennes. La Cour de cassation invalide les décisions de juge du fond qui s'abstiennent, au nom du principe d'égalité, de sanctionner ces discriminations à rebours⁴²⁰⁰. De son côté, le juge administratif applique de manière tout à fait traditionnelle le principe d'égalité pour sanctionner une « *différence de situation existant entre [des] professionnels français et les ressortissants d'autres États membres (...)* »⁴²⁰¹ susceptibles d'exercer la même profession. La QPC a amplifié ce phénomène dès lors qu'une loi qui laisse persister une discrimination à rebours pourra être invalidée par le Conseil constitutionnel. Sa décision *Métro Holding* le reconnaît explicitement⁴²⁰². D'une manière ou d'une autre, le principe d'égalité favorise l'effet de contagion du droit de l'Union⁴²⁰³. L'équivalence *parfaite* entre les traitements accordés est assurée de cette manière. Une fois encore, le principe d'équivalence y est totalement étranger et semble, dans un tel contexte, dépassé.

1005. Une nuance pourrait toutefois être soulignée⁴²⁰⁴. Le principe interne d'égalité suppose que les situations européenne et interne, dont les traitements sont différents, soient considérées comme similaires. Il arrive que ce préalable ne soulève aucune difficulté. Lorsqu'une « situation purement interne »⁴²⁰⁵ est identifiée, la similitude ne fait guère débat : les objets ou individus sont placés dans une situation totalement identique à la seule différence que l'une entre dans le champ d'application du droit de l'Union et pas l'autre. La décision *Compagnie des architectes de France* précitée du Conseil d'État touchait justement à une différence de traitement d'une même catégorie de travailleurs « européens » et « purement internes ». La jurisprudence *Metro Holding*, en matière fiscale, s'appuie sur le caractère transfrontalier ou purement interne du versement des dividendes taxés⁴²⁰⁶. En revanche, à la différence du principe d'équivalence, la similitude de situations ne sera pas envisagée dans certains cas. Les exemples précédemment cités, à propos de la responsabilité ou des mesures provisoires devant le juge national, auraient difficilement été résolus par l'application du principe d'égalité ; les traitements différents en cause ne visant pas tant un sujet de droit que la

⁴²⁰⁰ Récemment, voir Cass., Crim., 29 janvier 2019, *Emmanuel X.*, pourvoi n°17-84.366, *Dr. pénal* 2019 n° 53.

⁴²⁰¹ CE, *Cie des architectes de France*, req. 310146 précité.

⁴²⁰² Cons. Const., décision n°2015-520 QPC, 3 février 2016, *Société Metro Holding France SA venant aux droits de la société CRFP Cash [Application du régime fiscal des sociétés mères aux produits de titres auxquels ne sont pas attachés des droits de vote]*, csd. 10.

⁴²⁰³ A. JAUREGUBERRY, *op. cit.* : « la liberté juridique de l'État a subi une contrainte ou une incitation du fait de l'existence de la norme de l'Union au sein même de l'ordre juridique de l'État membre » (p. 57).

⁴²⁰⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁴²⁰⁵ Sur ce concept, cf. *supra*, pt. 225 et suivants.

⁴²⁰⁶ CE, *Société Metro Holding*, req. n°367256 précité : les dispositions nationales contestées « créent une différence de traitement entre les sociétés mères françaises, selon que les filiales dont elles perçoivent des distributions sont établies en France ou dans d'autres États membres de l'Union européenne » (csd. 8).

protection accordée à une règle européenne ou interne. Enfin, certaines différences de traitement favorables aux situations européennes sont affichées et assumées par l'État membre, souvent pour des motifs assez fallacieux. La jurisprudence *SCEA du Chênean*⁴²⁰⁷, les dérogations reconnues aux règles d'abrogation et de retrait d'actes administratifs⁴²⁰⁸ ou même le champ d'application du "droit à l'erreur"⁴²⁰⁹ pour garantir le respect du droit de l'Union créent une discrimination justifiée – en apparence – sur le respect du principe d'effectivité ou de primauté. Néanmoins, ces deux seuls principes n'imposent pas de maintenir une telle différence de traitement.

B. Un phénomène aux effets hétérogènes sur l'application du principe d'équivalence

1006. L'équivalence induite par effet de contagion tend, de prime abord, à rendre l'application du principe d'équivalence inutile. Plus encore, ce phénomène, qu'il résulte d'une action volontaire des États membres ou pour lutter contre les discriminations à rebours, laisse à supposer que ledit principe n'aurait en lui-même guère d'utilité. L'équivalence des traitements entre situations européennes et internes similaires⁴²¹⁰ se ferait sans lui. Il n'y aurait ainsi plus besoin d'appliquer le principe

⁴²⁰⁷ Voir not. D. RITLÉNG, « Le juge français se veut bon élève de l'Union », RTDE 2012, pp. 135-150, spéc. pp. 146 et suivantes.

⁴²⁰⁸ Notre remarque est évidente pour ces règles de révocations des actes administratifs. L'art. L. 241-1 du code des relations entre le public et l'administration dispose que « [sous] **réserve des exigences découlant du droit de l'Union européenne** et de dispositions législatives et réglementaires spéciales, les règles applicables à l'abrogation et au retrait d'un acte administratif unilatéral pris par l'administration sont fixées par les dispositions du présent titre » (nous soulignons). La mention d'une telle réserve n'est pas nécessaire (voir le commentaire sous cette disposition au code publié aux éditions Dalloz, 4^e édition, 2020, p. 180) et laisse entendre qu'un régime spécifique devrait être accordé aux actes administratifs touchant au droit de l'Union. Or, sauf dans de rares exceptions, la Cour de justice ne requiert rien de tel. Autrement dit, une porte semble laissée entre-ouverte quant à créer une discrimination à rebours sur le régime de révocation d'acte administratif alors même que rien ne l'impose.

⁴²⁰⁹ Le principe général est consacré à l'article L. 123-1 du code des relations entre le public et l'administration : il dispose « [qu'une] personne ayant pour la première fois une règle applicable à sa situation ou ayant commis une erreur matérielle (...) » doit être exonérée de sanction à certaines conditions. Or, ce principe est exclu lorsqu'il s'agit de « sanctions requises pour la mise en œuvre du droit de l'Union européenne ». Cette dérogation qui institue un traitement favorable aux situations européennes n'est nullement imposée par le droit de l'Union. Au contraire même, la jurisprudence de la Cour de justice relative aux sanctions nationales pourrait exiger qu'un tel droit à l'erreur bénéficie à l'individu ayant violé le droit de l'Union. Dans son arrêt *Ferverda* (aff. 265/78 précité), elle note que l'erreur commise de bonne foi par un particulier peut limiter la récupération d'une aide européenne indument versée (pt. 17). De même, un tel dispositif respecte le principe d'effectivité en ce qu'il présente des garanties suffisantes pour la violation de la règle en question n'ait aucune conséquence : en effet, le droit à l'erreur ne vaut que si une régularisation de la situation illicite de l'individu est possible. *In fine*, le principe d'équivalence pourrait presque s'opposer à un tel traitement : l'individu ayant violé le droit de l'Union se voit traité de manière moins favorable que s'il avait violé une disposition nationale. On en doute cependant dès lors que la situation européenne concernée se fonde sur la nécessité de sanctionner la violation du droit de l'Union et pas sur la protection à accorder aux particuliers à l'origine de cette violation (cf. *supra*, pt. 219 et suivants).

⁴²¹⁰ On trouve même un exemple où un juge national opère de lui-même un alignement du traitement accordé à une situation interne sur celui à accorder à la situation européenne. Autrement dit, sans s'en rendre compte, le juge fait respecter spontanément le principe d'équivalence. L'illustration est tirée de l'affaire *Bourgoin* traitée par le juge anglais (les deux décisions du juge anglais sont reproduites au CMLR 1985, p. 528 et CMLR 1986, p. 267) : comme le résume D. SIMON et A. BARAV, « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire » précité, l'alignement a été opéré de sorte que « la violation des normes communautaires directement applicables (...) devait être assimilée à la violation d'une obligation imposée par la loi (breach of statutory duty) et justifiait à ce titre l'ouverture d'un recours en dommages et intérêts » (p. 167). Voir également J. DUTHEIL DE LA ROCHERE et A. SYNGELLAKIS,

d'équivalence. Les États membres se sentiraient contraints, au nom d'une logique de *cobérence*, de *rationalité* ou de *simplicité* de leur ordre juridique, à aligner les traitements accordés à des situations similaires, qu'elles soient européennes ou internes⁴²¹¹. Ce contexte conduit logiquement à un déclin de l'application voire de l'utilité de ce principe. Paradoxalement, il ne faut pas y voir un problème. Comme nous l'avons vu, le principe d'équivalence contribue à l'intégration du droit de l'Union européenne au sein des ordres juridiques. Il tend à ce que les règles européennes cessent d'être perçues et traitées comme un droit "étranger" et "venu d'ailleurs"⁴²¹². Dès lors, si spontanément et de leur propre initiative les États membres traitent à l'identique le droit de l'Union et leur propre droit interne, cela signifie que l'intégration européenne, dans cette perspective, fonctionne bien (1.). L'absence d'application ou de violation du principe d'équivalence apparaît ainsi comme une bonne nouvelle pour l'Union européenne. Ceci étant, il semble erroné de souhaiter sa disparition pure et simple. Le principe d'équivalence conserve son rôle de garde-fou, d'assurance que les États membres conservent cette attitude. Le fait qu'il soit peu, voire pas, appliqué ou sanctionné ne doit donc pas être perçu comme un signe de son inutilité (2.).

1. Un déclin de l'application du principe d'équivalence synonyme d'une intégration européenne efficace

1007. En exigeant que les situations européennes et internes similaires bénéficient *au moins* d'un traitement équivalent, la Cour de justice contribue à renforcer l'intégration du droit de l'Union européenne au sein des ordres juridiques nationaux. Même si le principe d'équivalence est plus subtil, sa finalité reste assez claire : une règle n'a pas vocation à recevoir un traitement spécifique et surtout discriminatoire uniquement parce qu'elle a été édictée par l'Union européenne. L'État membre n'a donc

« L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1984-1986), *RTDE* 1986, pp. 435-455, spéc. pp. 440 et suivantes et spéc. p. 442. Pour une illustration française, en matière d'intensité du contrôle juridictionnel, voir R. ABRAHAM, « Extension du contrôle du Conseil d'État à la qualification juridique des faits en matière de police des étrangers ressortissants des États membres de la Communauté européenne », conclusions sur CE, 24 octobre 1990, *Alfredo Ragusi*, *AJDA* 1991, pp. 322-325. Le commissaire du gouvernement justifie qu'un contrôle normal soit appliqué vis-à-vis d'une décision de refus de titre de séjour. Pour y parvenir, dans le vague de la jurisprudence européenne sur ce sujet (p. 323), il opère un parallèle avec des mesures similaires de pur droit interne et qui, elles, font l'objet d'un contrôle normal (p. 324). Le principe d'équivalence n'est, une fois encore, nullement évoqué.

⁴²¹¹ Cf. *supra*, pt. 998 et suivants. Nous avons vu que les réactions du législateur français à des violations avérées ou éventuelles du principe d'équivalence sont résolues sans y faire référence. Autrement dit, ce n'est pas dans l'optique de remédier à cette violation (ou à un risque de violation) que des modifications sont opérées. Les travaux et débats parlementaires montrent qu'il s'agit de se conformer au droit de l'Union (de manière générale) ou, surtout, d'adopter un système procédural cohérent et lisible. La tendance tient à alors à harmoniser, uniformiser les traitements procéduraux accordés à des situations similaires – et ce sans prendre en compte leur potentielle nature européenne ou interne.

pas à traiter le droit de l'Union comme « *un droit venu d'ailleurs* »⁴²¹³, selon l'expression polémique de J. CARBONNIER qui qualifie même ce droit d'« *intrus par excellence* »⁴²¹⁴. Bien au contraire, le principe d'équivalence l'oblige à le traiter de la même manière que son propre droit, à bien l'« intégrer » au sein de l'ordre juridique national⁴²¹⁵. Dès lors, si ce principe tend à ne plus s'appliquer, notamment parce que l'équivalence est assurée spontanément par les États membres, c'est que l'intégration européenne a – au moins en partie – atteint une certaine maturité. F. BECKER note à ce titre que, « *à ce niveau d'intégration supranationale, une violation [du principe d'équivalence] sera difficile à identifier* »⁴²¹⁶.

1008. Ce déclin de l'application du principe d'équivalence apparaît alors comme un phénomène normal⁴²¹⁷, voire souhaitable. Nul besoin de le brandir pour contraindre ou même inciter les États membres à ne pas discriminer la règle européenne. Ceux-ci le font d'eux-mêmes. Dans cette optique, le droit de l'Union se présente vraiment comme un droit « commun ». L'adjectif est polysémique⁴²¹⁸ mais il peut ici renvoyer à l'idée de « banalité », d'un droit finalement comme les autres⁴²¹⁹. Évidemment, le droit de l'Union jouit de certaines spécificités qui le distinguent du droit national⁴²²⁰. Il reste que ces particularismes, qui découlent essentiellement des principes d'effet direct, de primauté et d'uniformité, ne valent que pour permettre une bonne intégration de la règle européenne⁴²²¹. Au bout du compte, l'objectif reste bien que le droit de l'Union fasse corps avec l'ordre juridique national, qu'il y produise directement et immédiatement ses effets. En un sens, il doit bénéficier d'une application normale, ordinaire, *commune* de la

⁴²¹² Cf. *supra*, pt. 264 et suivants.

⁴²¹³ J. CARBONNIER, *Droit et passion du droit sous la Ve République*, Paris, Flammarion, 1996, pp. 44 et suivantes.

⁴²¹⁴ *Ibid.*, p. 48.

⁴²¹⁵ Voir not. F. BERROD, *La systématique des voies de droit communautaire* précité, p. 799. Sur ce point, cf. *supra*, pt. 267-268.

⁴²¹⁶ F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness » précité : « *at this stage of supranational integration a violation of this principle will be difficult to identify at all* » (p. 1043).

⁴²¹⁷ En ce sens, voir I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens (une « théorie impure » de l'ordre juridique) », *CDE* 2007, n°1-2, pp. 111-148 : « *Bien évidemment, chaque norme communautaire s'intégrera d'une façon cohérente dans la hiérarchie de normes propre à chaque ordre juridique national* » (p. 135). Nous sommes moins péremptores quant y voir un constat proprement « évident ». Si tel est le cas, c'est que le degré d'intégration est suffisamment important.

⁴²¹⁸ Voir not. O. BEAUD, « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Droits*, n°14, 1991, pp. 3-16, spéc. pp. 10 et suivantes.

⁴²¹⁹ En ce sens, R. MEHDI et E. BROSSET, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union en tant que droit commun des États membres », in B. BONNET (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 669-691 : « *ce qui est commun [peut désigner] ce qui est banal, ordinaire, courant, le droit commun [pouvant] également désigner un "droit accessible à tous" (...)* » (p. 671).

⁴²²⁰ Cf. *supra*, pt. 269 et suivants.

⁴²²¹ En ce sens, voir O. DUBOS, « L'Union européenne : Sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron* précité, pp. 29-56, spéc. p. 41.

part des autorités nationales. Les individus doivent pouvoir en bénéficier normalement ou “*communément*”, sans que la nature européenne du droit conféré en constitue un obstacle ou un frein, même minime, par rapport à une règle interne. Dans le cas contraire, la logique même d'intégration serait artificielle ou illusoire et il deviendrait impossible de parler d'un “droit commun”. R. LECOURT estime par exemple que « [la] règle commune aux États membres et à leurs ressortissants n'est ni pour eux, ni pour les tribunaux, une loi étrangère. C'est une loi que les États se sont donnés à eux-mêmes »⁴²²². L.-J. CONSTANTINESCO reprend également l'idée d'un « droit interne créé par un organe international »⁴²²³. Si le droit de l'Union continuait encore et manière significative à faire l'objet de traitements nationaux différents et discriminatoires, c'est que l'État membre en cause ne l'apprécie pas comme un droit “commun”, “ordinaire”, “banal” ou “anodin” mais bien comme un droit “différent” et même “étranger” ou “intrusif”⁴²²⁴.

1009. Ce phénomène s'inscrit *in fine* dans la dynamique plus large d'un droit commun européen. R. MEHDI l'affirme en estimant que « [le] “*décloisennement*” des droits administratifs et les influences réciproques subséquentes constituent un phénomène déjà ancien décrit (...) par J. RIVERO, qui n'hésitait pas à évoquer les linéaments d'un véritable “droit commun européen” »⁴²²⁵. Le principe d'équivalence devient obsolète dans un tel contexte puisque, par l'identification de ce droit ou de ces principes et logiques communs, les États membres s'accordent globalement pour accorder des traitements analogues à des situations similaires. Ici, l'équivalence transcende les seules situations européennes et internes et tend à se généraliser. Plus précisément, en venir à dissocier une situation ou une règle en fonction de sa nature européenne ou interne n'a plus de sens si un droit commun européen existe. Les règles et les traitements accordés à des situations similaires ont vocation à être substantiellement équivalents entre les différents États membres, et si des différences existent, elles restent relativement minimes. Nous en revenons ainsi à une équivalence proche de celle issue du principe d'équivalence qui tolère des différences de traitements mineures. Certes, ce droit “commun” européen peine à s'identifier avec précision et relève surtout d'une théorie doctrinale, voire d'un discours

⁴²²² R. LECOURT, *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2008), p. 223.

⁴²²³ A. VERDROSS, « Le fondement du droit international », *RCADI* n°16 1927, p. 262, spéc. p. 311 (cité par L.-J. CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *RTDE* 1966, pp. 1-30, spéc. p. 2).

⁴²²⁴ Voir CJCE, *Salumi*, aff. jt. 66/79, 127/79 et 128/79 précité: selon B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, « [la] Cour regrette (...) la présence d'une “réglementation nationale **spéciale**” en matière formelle, c'est-à-dire d'une forme applicable au seul droit communautaire » (p. 279 – nous soulignons), bien qu'admettant que c'est son caractère défavorable qui sera sanctionné.

⁴²²⁵ R. MEHDI, « Le contentieux administratif » précité, p. 143.

performatif chez certains auteurs⁴²²⁶. Il reste que ce contexte accentue l'interpénétration – on dirait plutôt “l’inter-intégration” – entre les ordres juridiques nationaux et européens⁴²²⁷. L'assimilation, voire la *fusion*⁴²²⁸, de la règle européenne dans l'ordre juridique national s'opère ainsi plus facilement si, pour la situation concernée, un droit commun européen existe. Les disparités qui pouvaient éventuellement rendre des États réticents à une telle intégration sont gommées⁴²²⁹. Dès lors, le traitement qui lui sera accordé sera en toute logique – autrement dit, sans que cela soit dicté par une exigence juridique – équivalent à celui accordé à une situation interne similaire. Le principe d'équivalence n'a pas à s'appliquer puisque la règle européenne a pu, sans avoir besoin de lui, pleinement s'insérer dans l'ordre juridique interne.

2. Un statut de “garde-fou” conforté pour le principe d'équivalence

1010. Ce contexte rend l'intégration européenne prospère. Dès lors, la question de la survivance du principe d'équivalence se pose logiquement. L'harmonisation européenne des droits nationaux couplée à l'attitude volontaire des États membres, qui alignent leurs traitements nationaux, laissent entendre qu'il n'aurait guère d'intérêt. S'il continue d'apparaître dans la jurisprudence de la Cour de justice, ce ne serait que par habitude, par un réflexe pavlovien, sans qu'il ait vocation à imposer une contrainte réelle sur l'autonomie des États membres. Autrement dit, il ne faudrait pas tenir rigueur de ses mentions dans les arrêts, même récents, de la Cour de justice. Sans anticiper sur la

⁴²²⁶ J. LIMPENS, « Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 75-94, spéc. pp. 75 et suivantes. Dans la même veine, estimant que la circulation des concepts et principes bénéficie d'un terreau fertile (ou d'un *background* solide), voir R. SACCO, « Droit commun de l'Europe et composantes du droit », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe* précité, pp. 95-109, spéc. pp. 95 et suivantes. Actualisation cette réflexion, voir les contributions in M. RUFFERT (dir.), *Administrative law in Europe : between common principles and national traditions*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013.

⁴²²⁷ Voir not. P.-Y. MONJAL, « À la recherche d'une notion perdue : le “commun” », in P.-Y. MONJAL et E. NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 7-31 : « Le principal trait qui ressort du terme “commun” est celui selon lequel des individualités (membres) se rassemblent parce qu'elles partagent une caractéristique sinon identique, du moins semblable, comparable. La constitution des communautés, qu'elles soient d'individus ou d'États, procède donc d'un phénomène de reconnaissance et de partage de ces éléments semblables. Ici, le commun joue le rôle de facteur constitutif, déclencheur du groupe du collectif » (p. 17). L'Union européenne ne fait alors que catalyser ou favoriser ce phénomène de reconnaissance et partage.

⁴²²⁸ Voir P. PESCATORE, Préface, in *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau des relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972 (rééd. Bruxelles, Bruylant, 2005) : « si le droit international est un droit relationnel, au mieux coopératif, le droit de l'intégration est un droit **fusionnel** et unitaire » (p. 5 – nous soulignons).

⁴²²⁹ Voir, pour exemple, concernant la distinction française entre droit public et droit privé, voir R. MEHDI et E. BROSSET, « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? À propos du droit de l'Union en tant que droit commun des États membres » précité, pp. 687-688 ou J.-C. BONICHOT, « Épilogue. Que faire ? », in P. ALVAZZI DEL FRATE, S. BLOQUET et A. VERGNE (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles)*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 281-290, spéc. p. 287. Plus généralement, les spécificités nationales qui demeurent indépassables tendent de moins en moins à faire obstacle à l'intégration du droit de l'Union dans l'ordre juridique national. Celles-ci demeurent mais s'accroissent, s'adaptent, mutent pour permettre cette intégration.

conclusion générale⁴²³⁰, une telle position nous paraît inexacte. En un mot, ce n'est pas parce que le principe d'équivalence s'applique peu et de moins en moins qu'il mérite de disparaître totalement. Au contraire, le principe d'équivalence reste un "garde-fou" nécessaire. Deux arguments peuvent être trouvés pour plaider en faveur du maintien de son existence⁴²³¹.

1011. Le premier a déjà été évoqué en substance tout au long de cette thèse. Il repose sur le champ d'application indéterminé du principe d'équivalence et, en conséquence, sur sa capacité à encadrer tout type de situations et de traitements, même les plus improbables d'entre eux⁴²³². Il existe et il existera toujours des domaines entièrement régis par le droit national et qui devront respecter le principe d'équivalence. Dans cette perspective, l'Union européenne ne peut que *tendre* – au sens mathématique du terme – vers une totale harmonisation et intégration sans jamais y parvenir absolument. J. RIVERO reconnaît par exemple que « [ce] "*droit commun européen*" (...) ne peut être que l'ensemble des similitudes qui, déduites de l'analyse de ces droits, constitueraient, par-delà les particularités propres à chaque État, leur patrimoine collectif, une sorte de *Corpus regroupant, les thèmes juridiques fondamentaux à partir desquels les droits nationaux broderaient leurs variations* »⁴²³³. Le principe d'équivalence a précisément vocation à encadrer ces variations qui peuvent avoir des effets parfois non négligeables sur l'application du droit de l'Union. Plus encore, il fait figure de garantie de dernier recours, d'une exigence "par défaut"⁴²³⁴, susceptible de préserver l'effet utile lorsqu'aucune autre protection n'existe. Presque par précaution, son existence demeure nécessaire. Certes, dans cette perspective, le principe d'équivalence subit alors la concurrence du principe d'effectivité mais nous avons montré que celle-ci reste mesurée et n'aboutit pas à l'extinction du premier⁴²³⁵.

1012. Le second argument est le rôle de "dernier rempart" joué par le principe d'équivalence. Autrement dit, il constitue une ligne jaune au-delà de laquelle l'État

⁴²³⁰ Cf. *infra*, pt. 1018 et suivants.

⁴²³¹ Un autre argument pourrait être tiré de l'affirmation selon laquelle « [le principe d'équivalence permet] de **préserver la cohérence normative** interne aux systèmes nationaux, puisqu'il évite l'application parallèle par les juges nationaux d'une procédure spécifique à la mise en œuvre du droit communautaire » (I. RADUCU et N. LEVRAT, « Le métissage des ordres juridiques européens (une "théorie impure" de l'ordre juridique » précité, p. 135 – nous soulignons). Autrement dit, le principe d'équivalence encourage, entretient, favorise l'effet de contagion précédemment évoqué. Même s'il ne le requiert pas, il véhicule l'idée selon laquelle les traitements accordés à des situations similaires doivent être *pleinement* équivalents entre eux. Difficile toutefois d'éprouver cette impression.

⁴²³² Voir not. CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagorion*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841 : le principe d'équivalence est susceptible de s'appliquer à un régime national relatif aux successions en ce qu'il détermine des créanciers (pt. 31).

⁴²³³ J. RIVERO, « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe* précité, pp. 389-406, spéc. p. 389.

⁴²³⁴ Sur cette idée, à propos du renvoi à l'autonomie procédurale, voir B. LE BAUT-FERRARESE, *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres* précité, pp. 106 et suivantes.

⁴²³⁵ Cf. *supra*, pt. 914-915.

membre n'assure plus une mise en œuvre du droit de l'Union dans le respect du principe de coopération loyale. Le fait que cette ligne soit rarement, sinon presque jamais, franchie ne signifie pas qu'elle n'a aucune utilité ; bien au contraire. D'une part, dans le prolongement de l'argument précédent, le principe d'équivalence reste une exigence juridique susceptible de s'appliquer si jamais l'effet de contagion précité ne fonctionne pas. Nous l'avons vu, l'État membre reste souverain en ce domaine et décide librement d'accorder des traitements équivalents. Pour des raisons évidentes, le principe d'équivalence permet à la Cour de justice et à l'Union européenne de ne pas totalement dépendre de ce bon vouloir. Si, pour une raison ou une autre, l'État membre refuse d'opérer cet alignement, la Cour dispose toujours de la possibilité d'appliquer le principe d'équivalence pour que la situation européenne ne soit pas traitée de manière défavorable vis-à-vis d'une situation interne⁴²³⁶. En d'autres termes, tout ne repose pas sur la seule bonne volonté des États membres ; le principe d'équivalence reste d'actualité pour sanctionner ces éventuels et improbables écarts de conduite⁴²³⁷. D'autre part, la Cour de justice mentionne régulièrement et avec constance le principe d'équivalence, même s'il n'est pas appliqué formellement. De cette manière, la ligne jaune qu'il formalise est rappelée, voire martelée, à l'attention des juges nationaux – chargés de le faire respecter concrètement – et des États membres. Le principe d'équivalence ne sombre ainsi pas dans une forme d'oubli.

⁴²³⁶ Récemment, voir CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825, dans lequel la Cour constate qu'un recours en répétition de l'indu fondé sur le droit de l'Union « [est subordonné] à un délai procédural, d'une durée d'environ un an, qui est **considérablement** inférieur et donc moins avantageux que celui, d'une durée de cinq ans, qui s'applique aux demandes tendant au remboursement de créances fiscales fondées sur une violation du droit interne » (pt. 34 – nous soulignons).

⁴²³⁷ Nous en revenons à la vision de l'avocat général H. S. ØE (conclusions sur CJUE, *XC e.a.*, aff. C-234/17 précité) selon laquelle « l'objectif poursuivi par le principe d'équivalence (...) est celui de prévenir des **pratiques de protectionnisme procédural** de la part d'un État membre qui consisteraient à octroyer un statut privilégié aux normes domestiques par rapport à celui offert au droit de l'Union » (pt. 68 – nous soulignons).

Conclusion du Chapitre 2

1013. L'application du principe d'équivalence souffre d'un contexte relativement défavorable. L'évolution du droit de l'Union européenne, caractérisée par une harmonisation et un encadrement croissants des droits nationaux, conduit à écarter le principe d'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. La condition nécessaire à l'application du principe d'équivalence, selon laquelle le droit de l'Union reste silencieux sur ses modalités de mise en œuvre, fait de plus en plus défaut. Le traitement national accordé à la situation européenne fait l'objet d'un encadrement direct et, en conséquence, la comparaison avec un traitement accordé à une situation interne similaire devient alors sans objet. Ce processus d'harmonisation nuit au principe d'équivalence principalement en raison de son caractère diversifié. Tout type de situation ou tout élément se rattachant au traitement peut faire l'objet d'une telle harmonisation et, en conséquence, rendre inopérant le principe d'équivalence. Ce processus découle certes du législateur européen mais aussi de la Cour de justice. Sa jurisprudence développe des interprétations parfois constructives de dispositifs juridiques qui aboutissent également à écarter l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres. Des exigences spécifiques sont identifiées et encadrent directement le traitement national. Sa jurisprudence demeure également assez imprévisible : il reste difficile d'anticiper la position qu'adoptera la Cour de justice, entre celle écartant cette autonomie des États membres et celle préférant s'y rattacher en faisant une application du principe d'équivalence. Ce contexte nuit au principe d'équivalence, dont le contour du champ d'application devient plus flou et moins prévisible.

1014. Le principe d'équivalence se heurte également à des situations dans lesquelles une équivalence est assurée ou requise sans son application. Tel est le cas lorsque la Cour de justice requiert une équivalence entre le traitement national accordé à une situation européenne et le traitement européen accordé à une situation similaire dans l'ordre juridique de l'Union. L'exemple le plus illustratif ressort de sa jurisprudence sur les conditions permettant d'engager la responsabilité de l'État membre : celles-ci doivent être au moins équivalentes à celles exigées pour engager la responsabilité de l'Union. L'équivalence prend une dimension verticale et non plus horizontale : il ne s'agit plus de comparer des traitements accordés à des situations similaires au sein de l'ordre juridique national mais entre ceux prévus en droit interne et en droit de l'Union. L'application du

principe d'équivalence tend enfin à devenir inutile lorsque les États membres accordent, spontanément, sans chercher à respecter ledit principe, une équivalence des traitements accordés à des situations similaires. Ce phénomène s'explique par la volonté des autorités nationales de préserver une cohérence dans l'organisation de leur ordre juridique national ou d'éviter l'apparition de discriminations à rebours. *In fine*, les disparités entre les traitements nationaux qui auraient pu être sanctionnées par l'application du principe d'équivalence disparaissent par cette action des États membres.

1015. Les conséquences de ce contexte sur le principe d'équivalence méritent toutefois de ne pas être exagérées. Certes, son application, et plus précisément la fréquence de son application, en pâtit. Cependant, le principe d'équivalence conserve un rôle dans de telles conditions. Même si elle s'efface dans certains domaines, l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres demeure : des silences ou imprécisions sur les modalités de mise en œuvre des règles européennes pourront toujours être identifiés, nécessitant à ce titre l'application du principe d'équivalence. D'une certaine manière, les interventions du législateur et de la Cour de justice ne font que remodeler son champ d'application. Certains domaines jusque-là encadrés par le principe d'équivalence cessent de l'être au profit d'autres. En outre, l'équivalence verticale requise par la Cour de justice se cantonne à des régimes juridiques très limités. Enfin, le principe d'équivalence conserve son utilité malgré l'attitude des États membres qui lissent spontanément leurs traitements nationaux. Son application reste nécessaire afin que l'Union européenne ne dépende pas totalement de la volonté discrétionnaire des États membres dans l'alignement des traitements accordés aux situations européennes et internes similaires.

Conclusion du Titre 2

1016. La faculté du principe d'équivalence à déployer pleinement ses effets est entravée par le contexte dans lequel il s'inscrit. Son application devient de moins en moins fréquente. Les situations jusqu'alors principalement encadrées par le principe d'équivalence sont assujetties à d'autres exigences, jugées plus efficaces ou plus faciles à mettre en œuvre. Le principe d'effectivité est l'une d'elles. La protection de l'effet utile, y compris dans le cadre de l'administration indirecte, apparaît davantage renforcée par son application. La Cour de justice impose aux traitements nationaux, sans se référer à ce qui existe dans les ordres juridiques nationaux, un seuil d'effectivité propre à chaque situation examinée. La facilité avec laquelle le principe d'effectivité s'applique contribue également à ce qu'il soit privilégié en lieu et place du principe d'équivalence, compte tenu de la complexité avec laquelle ce dernier est mis en œuvre. Plus généralement, l'application du principe d'équivalence tombe de plus en plus en désuétude eu égard à l'intervention toujours plus poussée du droit de l'Union dans l'organisation des ordres juridiques nationaux. Le champ d'application du concept d'autonomie institutionnelle et procédurale se réduit, rendant en conséquence le principe d'équivalence inopérant. Dans ce contexte, son utilité peine à se manifester. Le principe d'équivalence semble n'apporter rien de concret, de significatif à l'ordre juridique de l'Union. Un tel constat mérite de rester nuancé. Certes, ce contexte défavorise l'application du principe d'équivalence mais il n'aboutit pas à le rendre totalement dispensable. Son utilité demeure même si elle se manifeste de manière plus occasionnelle.

CONCLUSION DE LA PARTIE 2

1017. Le principe d'équivalence se présente comme faillible, susceptible d'échouer dans l'accomplissement de sa mission. L'exigence d'équivalence qu'il impose aux États membres n'est pas en elle-même en cause. Le cœur du problème repose sur son application concrète. La Cour de justice, pas plus que les juges et autorités nationales, ne réussit à en vérifier le respect dans des conditions satisfaisantes. Il est très fréquent que le principe d'équivalence soit uniquement présumé respecté. Cette situation résulte d'un ensemble de problèmes, à la fois propre aux conditions d'application du principe d'équivalence et au contexte dans lequel il est censé être appliqué. D'une manière générale, il apparaît trop complexe à mettre en œuvre. En dépit de clarifications apportées par la Cour de justice, sa méthode d'application reste trop obscure et insaisissable. Il en découle un contrôle souvent approximatif, voire superficiel ; seules les violations manifestes du principe d'équivalence étant sanctionnées. Ces difficultés se mêlent à un contexte plutôt défavorable à l'application du principe d'équivalence. D'autres exigences, parfois considérées comme plus pertinentes et plus simples à faire respecter, viennent l'occulter. La principale d'entre elles est celle du principe d'effectivité. Au-delà, c'est surtout l'harmonisation croissante des droits nationaux, conduisant à un effacement de l'autonomie institutionnelle et procédurale, qui est responsable de ce contexte. L'application du principe d'équivalence tombe alors dans une forme de désuétude. Toutefois, ces problèmes ne concernent que sa mise en œuvre et non le principe d'équivalence en lui-même. Qui plus est, la raréfaction de son application ne signifie qu'il serait devenu totalement obsolète. Malgré tout, force est d'admettre que sa place et son importance dans l'ordre juridique de l'Union en souffrent.

CONCLUSION GENERALE

1018. Le bilan relatif au principe d'équivalence s'avère mitigé : sa place et son importance dans l'ordre juridique européen restent sujettes à appréciation et à débat. Il demeure difficile de conclure purement et simplement que le rôle du principe d'équivalence l'élève ou non au rang des concepts et exigences incontournables de l'Union européenne. Son utilité, aussi certaine soit-elle, complète des garanties apportées par d'autres principes, comme la primauté, l'effectivité ou la protection juridictionnelle effective. La préservation de l'effet utile et le rapprochement des ordres juridiques seraient assurés, peut-être pas avec la même intensité ou avec les mêmes effets, sans le principe d'équivalence par la combinaison de ces autres principes. Son exigence, aussi générale et originale soit-elle, n'apporte une garantie intéressante pour l'effet utile du droit de l'Union qu'à la condition que le droit interne prévoit *déjà* pour des situations internes un traitement avantageux⁴²³⁸. A défaut, l'application du principe d'équivalence n'apportera aucune protection significative à la mise en œuvre du droit de l'Union. Dans ces conditions, et nonobstant les failles l'affectant, le principe d'équivalence peut difficilement être considéré comme une notion primordiale du droit de l'Union. Le qualifier de principe « minimaliste » fait sens⁴²³⁹. Sa place et son importance n'en sont certes pas risibles ou négligeables pour autant mais elles restent somme toute assez relatives.

1019. Dans le même temps, les failles rencontrées par le principe d'équivalence, qu'elles lui soient propres ou qu'elles découlent du contexte dans lequel il s'applique, ne doivent pas être extrapolées. Plus encore, elles ne manifestent aucun obstacle proprement inexorable. Il est vrai qu'elles sont réelles, parfois très préjudiciables à l'application du principe d'équivalence, mais sans être annonciatrices de sa futilité, voire de sa disparition. Pour l'essentiel, elles rendent son *application*, dans les faits, plus rares,

⁴²³⁸ Voir G. TESAURO (conclusions sur CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec. p. I-1029*) qui considère que, dans certaines circonstances, l'exigence du principe d'équivalence, « *qu'il faut entendre précisément en ce sens que la protection juridictionnelle doit être au moins égale à celle prévue pour les situations juridiques similaires engendrées par les dispositions internes, peut parfois se révéler dénuée de toute utilité* [nous soulignons]. *Il suffit de penser aux (...) dans lesquels le droit national ne prévoit aucune réglementation* [il insiste] *en la matière (...)* » (pt. 108).

⁴²³⁹ Voir F. HUBEAU, « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE* 1981, pp. 442-470, spéc. p. 448 ; S. PRECHAL, « EC Requirements for an Effective Remedy », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley

plus difficiles, moins visibles, moins perceptibles. Cependant, *en lui-même*, dans son essence, le principe d'équivalence ne s'altère pas. Paradoxalement, en ce qu'il échappe aux controverses et sujets sensibles, il fait figure d'un des rares principes européens à conserver autant de stabilité dans la jurisprudence. De même, puisqu'il vise à encadrer l'autonomie des États membres dans la mise en œuvre du droit de l'Union, le principe d'équivalence impose une exigence nécessairement *situationnelle*. Ses effets se concrétisent rarement et, en un sens, restent souvent *potentiels*⁴²⁴⁰. Ils ne se manifestent qu'à l'occasion de certaines situations⁴²⁴¹ : une pratique protectionniste qu'aucune autre exigence ne pourrait interdire⁴²⁴² ; une contrainte imposée sans raison et de manière incohérente uniquement à une situation européenne⁴²⁴³. La raréfaction de ces situations conduit à ce que le principe d'équivalence soit appliqué avec moins de ferveur, presque de manière moins visible. Toutefois, aussi longtemps que ces situations peuvent *potentiellement* et toujours se présenter, le principe d'équivalence conservera son utilité. En un sens, sa mention régulière dans la jurisprudence, même si elle ne découle pas sur une sanction, produit un effet dissuasif, rappelant aux États membres l'interdiction ces pratiques discriminatoires. La place et l'importance – relatives – du principe d'équivalence méritent de ne pas être sous-estimées.

1020. Ces résultats en demi-teintes permettent malgré tout d'affirmer que le principe d'équivalence mérite l'exégèse et que son rôle doit être souligné. L'intuition de M. DOUGAN, qui présentait des « *profondeurs cachées* »⁴²⁴⁴ à son sujet, est bel et bien fondée. Les développements récents de la jurisprudence de la Cour de justice, qui apportent des éclairages et précisions bienvenus sur le principe d'équivalence en général ou sur son exigence et son champ d'application, le confirment. Le principe d'équivalence se démarque surtout par son originalité qui explique ses avantages et ses inconvénients

& Sons Ltd, 1997, pp. 3-13, spéc. p. 6 ; J. CAVALLINI, *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, p. 234.

⁴²⁴⁰ Voir M. DOUGAN, *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004 : « *the principle of equivalence has recently become the focus of increasing interest by litigants keen to exploit its full potential to improve the levels of protection offered by the national courts in respect of Community law rights. The Court has responded by making clear that the principle of equivalence is not so broad as to oblige the Member States to extend to Community actions any more favourable remedial or procedural rules available in respect of domestic claims falling simply within the same policy field* » (p. 24).

⁴²⁴¹ *Ibid.*, p. 25.

⁴²⁴² Voir les délais institués spécialement pour limiter les effets d'une violation du droit de l'Union en matière de répétition de l'indu : CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec.* p. 3513 ; CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean*, aff. C-200/14, ECLI:EU:C:2016:494 ; CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825.

⁴²⁴³ Voir CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec.* p. I-10467 ; CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

majeurs, et toute son ambivalence. Par exemple, l'exigence d'équivalence est d'ordre général et unique en son genre, sans aucun équivalent, distincte d'autres principes comme l'égalité ou la non-discrimination. Son avantage repose alors sur sa faculté à s'appliquer là où ces autres exigences en sont incapables et à imposer une contrainte différente sur les États membres. L'inconvénient qui en résulte est la difficulté à maîtriser et comprendre une exigence aussi originale, notamment de la part des juges nationaux chargés de la faire respecter. Une autre spécificité du principe d'équivalence renvoie à son caractère hybride, mélangeant des éléments issus du droit de l'Union et du droit national. D'un côté, sa définition et ses caractéristiques relèvent de la jurisprudence de la Cour de justice et il vise à protéger des situations européennes – c'est-à-dire dans lesquelles une règle européenne a vocation à s'appliquer. De l'autre côté, son respect incombe aux juges nationaux, nécessite l'identification d'une situation interne similaire et enfin la comparaison de deux traitements nationaux. L'inconvénient majeur découle de la grande complexité pour appliquer une telle exigence qui nécessite un partage subtil des rôles entre Cour de justice et juge national. Cependant, l'Union européenne dispose de l'avantage de profiter des protections et garanties existantes dans le droit national et qu'elle n'aurait pu imposer sans le principe d'équivalence.

1021. Cette ambivalence quant à la fonction du principe d'équivalence et à sa capacité à l'assurer offre une manière de dépasser le paradoxe que nous identifions en introduction⁴²⁴⁵. Pour mémoire, deux approches entraînent en opposition pour appréhender le principe d'équivalence : l'une tendant à le considérer comme important, comme un principe "classique" du droit de l'Union ; l'autre le présentant comme un concept anecdotique et sans réel intérêt. Le paradoxe se résout en ce que ces perceptions du principe d'équivalence s'avèrent caricaturales et imparfaites. Des propositions plus nuancées, et reposant sur les mêmes justifications, dissipent toute contradiction entre ces approches. Pour la première, le principe d'équivalence mérite d'être considéré comme digne d'intérêt, ce qui explique sa présence constante dans la jurisprudence et dans les manuels généraux de droit de l'Union européenne. De ce fait, il dispose d'une certaine importance dans l'ordre juridique de l'Union, quand bien même elle serait moindre que celles de principes comme la primauté, l'effectivité ou la protection juridictionnelle

⁴²⁴⁴ M. DOUGAN, « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in P. CRAIG et G. DE BÚRCA (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438, spéc. p. 423.

⁴²⁴⁵ Cf. *supra*, pt. 66 et suivants.

effective. Pour la seconde approche, cette "importance relative" du principe d'équivalence s'explique compte tenu de l'état global de la jurisprudence européenne, offrant assez peu d'éléments permettant de mieux le cerner et qui entretiennent des doutes sur sa méthode d'application ou sa relation avec d'autres principes. Elle se justifie également eu égard aux difficultés pour garantir pleinement son respect. De cette manière, les deux approches ne sont en rien contradictoires. Elles ne font que révéler l'ambivalence du principe d'équivalence, qui dispose d'un potentiel significatif qui peine à se concrétiser pour différentes raisons.

1022. Dans ces conditions, force est d'admettre que le parallèle entre le principe d'équivalence et son homonyme identifié par A. EINSTEIN est bel et bien inopportun. Le statut de principe cardinal et matriciel d'une théorie révolutionnaire du second échappe sans conteste au premier. Une autre analogie plus intéressante peut toutefois être trouvée en biochimie. En effet, un rapprochement du principe d'équivalence avec celui d'une enzyme paraît opportun pour apprécier son rôle. L'enzyme correspond à une protéine qui joue le rôle de catalyseur de certaines réactions chimiques nécessaires à un organisme vivant. Cette idée de « catalyseur » nous paraît correspondre pleinement au principe d'équivalence. La catalyse renvoie à une accélération des conditions dans lesquelles une réaction chimique est censée se produire. Autrement dit, sans l'agent catalyseur, la réaction se ferait malgré tout, mais de manière bien trop complexe et lente. L'enzyme n'est donc à proprement parler indispensable. Toutefois, elle facilite grandement la réaction chimique. Dès lors, compte tenu des avantages qu'elle procure, elle joue un rôle important pour l'organisme. Enfin, elle ne concerne que certaines réactions chimiques données. Dès lors, lorsqu'une défaillance d'enzyme est identifiée chez un individu, la médecine est parfois en mesure de prodiguer des substituts.

1023. En admettant la métaphore selon laquelle l'Union européenne est l'organisme vivant qui a besoin de plusieurs agents et organes pour survivre et s'épanouir, le principe d'équivalence en constitue une enzyme. Son rôle est celui de catalyser, de favoriser, d'accélérer des processus qui, même sans lui, ont vocation à se produire : l'application effective du droit de l'Union par les États membres, la garantie que les individus puissent jouir des droits conférés par l'Union européenne, la dynamique d'intégration des règles européennes au sein des ordres juridiques nationaux. À l'instar de l'enzyme, le principe d'équivalence reste situationnel et ne produit ses effets que dans certains cas spécifiques. De même, des substituts plus efficaces peuvent être produits par l'Union européenne, par le biais de l'harmonisation des législations

notamment. *In fine*, ce parallèle avec l'enzyme permet de clairement cerner la manière d'appréhender son importance et son rôle dans l'Union européenne. La biochimie explique que toute enzyme, toute catalyse qui serait défailante produirait des effets indésirables et préjudiciables pour l'organisme. D'une certaine manière, dans les faits, l'absence de catalyse signifie l'absence de la réaction chimique – le processus serait trop lent pour produire, en temps utile, les effets souhaités. Par conséquent, quitte à forcer le trait à travers cette comparaison avec une enzyme, le principe d'équivalence doit être considéré comme un principe indispensable pour l'Union européenne.

BIBLIOGRAPHIE

I. Manuels et ouvrages généraux

- ALLAND (D.), *Manuel de droit international public*, Paris, PUF, 5^e édition, 2018, 308 p.
- AUER (A.), MALINVERNI (G.) et HOTTELIER (M.), *Droit constitutionnel suisse. Volume I : L'État*, Berne, Stämpfli Editions, 3^e édition, 2013, 833 p.
- AUTEXIER (C.), *Introduction au droit public allemand*, Paris, PUF, 1997, 329 p.
- BLANQUET (M.), *Droit général de l'Union européenne*, Paris, Sirey, 11^e édition, 2018, 1035 p.
- BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, coll. « Manuel », 7^e édition, 2019, 1039 p.
- BLUMANN (C.) et DUBOUIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit public », 8^e édition, 2019, 974 p.
- BOULOUIS (J.) et CHEVALLIER (R.-M.), *Grands arrêts de la cour de justice des communautés européennes*, t. 1, Paris, Dalloz, 6^e édition, 1994, 434 p.
- BOUTAYEB (C.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 6^e édition, 2020, 778 p.
- BROYELLE (C.), *Contentieux administratif*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 9^e édition, 2021, 560 p.
- CADIET (L.), NORMAND (J.) et AMRANI MEKKI (S.), *Théorie générale du procès*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e édition, 2020, 953 p.
- CARREAU (D.), JUILLARD (P.), BISMUTH (R.) et HAMANN (A.), *Droit international économique*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 6^e édition, 2017, 942 p.
- CARRE DE MALBERG (R.), *Contribution à la théorie générale de l'État*, Paris, Sirey, t. 1-2, 1920-1922, rééd. Paris, Dalloz, 2004, 1526 p.
- CHARLETY (V.) *et al.*, *Dictionnaire encyclopédique de la gouvernance européenne*, Bruxelles, Larcier, 2018, 354 p.
- CHANAIS (C.), FERRAND (F.), MAYER (L.) et GUINCHARD (S.), *Procédure civile. Droit interne et européen du procès civil*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 35^e édition, 2020, 1866 p.
- CHAPUS (R.), *Droit du contentieux administratif*, Paris, Montchrestien, coll. « Domat droit public », 13^e édition, 2008, 1540 p.
- COLLET (M.) et COLLIN (P.), *Procédures fiscales*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 4^e édition, 2020, 388 p.
- COMBACAU (J.) et SUR (S.), *Droit international public*, Paris, LGDJ, coll. « Domat droit public », 13^e édition, 2019, 882 p.
- CONSTANTINESCO (V.) et PIERRE-CAPS (S.), *Droit constitutionnel*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 7^e édition, 2016, 550 p.

- CRAIG (P.), *EU Administrative Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2012, 777 p.
- CRAIG (P.) et BURCA (G. DE), *EU Law. Text, cases and materials*, Oxford, Oxford University Press, 6^e édition, 2015, 1198 p.
- DEBARD (T.), LE BAUT-FERRARESE (B.) et NOURISSAT (C.), *Dictionnaire du droit de l'Union européenne*, Paris, Ellipses, 2^e édition, 2007, 360 p.
- DELPEREE (F.), *Le fédéralisme en Europe*, Paris, PUF, coll. « Que sais-je ? », 2000, 127 p.
- DEUMIER (P.), *Introduction générale au droit*, Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 5^e édition, 2019, 396 p.
- DUPRE DE BOULOIS (X.), *Droit des libertés fondamentales*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2^e édition, 2002, 587 p.
- FALLON (M.), *Droit matériel général de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2002, 902 p.
- FLORE (D.), *Droit pénal européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014, 844 p.
- FROMONT (M.), *Droit administratif des États européens*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2006, 362 p.
- GAUALDA (C.), PARLEANI (G.) et LECOURT (B.), *Droit des affaires de l'Union européenne*, Paris, LexisNexis, 8^e édition, 2019, 650 p.
- GAUDIN (H.), BLANQUET (M.), ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.) et FINES (F.), *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne. Tome 1 – Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, 2014, 1032 p.
- GOHIN (O.) *et al.*, *Droit des collectivités territoriales*, Paris, Ed. Cujas, 2^e édition, 2015, 708 p.
- GONIN (L.), *Droit constitutionnel suisse*, Genève/Zurich, Ed. Schulthess, 2015, 198 p.
- GUINCHARD (S.) *et al.*, *Droit processuel. Droits fondamentaux du procès*, Paris, Dalloz, coll. « Précis », 11^e édition, 2021, 1600 p.
- JACQUE (J.-P.), *Droit institutionnel de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Cours », 9^e édition, 2018, 854 p.
- KARPENSCHIF (M.) et NOURISSAT (C.) (dir.), *Les grands arrêts de la jurisprudence de l'Union européenne*, PUF, coll. « Thémis droit », 3^e édition, 2016, 668 p.
- LAUVAUX (P.) et LE DIVELLEC (A.), *Les grandes démocraties contemporaines*, Paris, PUF, coll. « Classiques », 4^e édition, 2015, 1070 p.
- LOUIS (J.-V.) et RONSE (T.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Genève-Bâle-Munich-Bruxelles-Paris, Helbing & Liechtenhahn / Bruylant / LGDJ, 2005, 458 p.
- MAGNON (X.), *Théorie(s) du droit*, Paris, Ellipses, coll. « Université », 2008, 167 p.
- MAILLARD DESGREES DU LOU (D.), *Institutions administratives*, Paris, PUF, coll. « Thémis droit », 2^e édition, 2015, 599 p.
- MARTUCCI (F.), *Droit de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Hypercours », 2^e édition, 2019, 924 p.
- MAURER (H.), *Droit administratif allemand*, trad. FROMONT (M.), Paris, LGDJ, coll. « Manuel », 1994, 421 p.
- MINE (M.), *Droit des discriminations dans l'emploi et le travail*, Bruxelles, Larcier, 2016, 852 p.

- ODENT (R.), *Contentieux administratif*, Paris, Dalloz, 2007, t. 1, 1051 p.
- PESCATORE (P.), *L'ordre juridique des Communautés Européennes. Etudes des sources du droit communautaire*, Liège, Presse Universitaires de Liège, 1975, réed. Bruxelles, Bruylant, 2006, 316 p.
- PILORGE-VRANCKEN (J.), *Le droit de la fonction publique de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 340 p.
- PLESSIX (B.), *Droit administratif général*, Paris, LexisNexis, 3^e édition, 2020, 1741 p.
- POLTORAK (N.), *European Union Rights in National Courts*, Alphen-sur-le-Rhin, Kluwer Law International BV, 2015, 390 p.
- QUERMONNE (J.-L.), *Le système politique de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 5^e édition, 2015, 158 p.
- ROBIN-OLIVIER (S.), *Manuel de droit européen du travail*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 668 p.
- RUFFERT (M.) (dir.), *Administrative law in Europe : between common principles and national traditions*, Groningen, Europa Law Publishing, 2013, 221 p.
- SALMON (J.) (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, Bruylant, 2001, 1198 p.
- SAURON (J.-L.), *Droit communautaire et décision nationale*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes », 1998, 212 p.
- SCHWARZE (J.), *Droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2009, 1631 p.
- SCELLE (G.), *Cours de droit public (Licence 3^e année – 1943-1944)*, Paris, Les cours de droit, 1944, 350 p.
- SCELLE (G.), *Manuel de droit international public*, Paris, Montchrestien, 1948, 1008 p.
- SCHERMERS (H. G.) et WAELBROECK (D. F.), *Judicial Protection in the European Union*, La Haye, Kluwer Law International, 6^e édition, 2001, 889 p.
- SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, PUF, coll « Droit », 3^e édition, 2001, 779 p.
- STOLLEIS (M.), *Introduction à l'histoire du droit public en Allemagne. XVI^e-XXI^e siècle*, trad. GAILLET (A.), Paris, Classiques Garniers, 2018, 265 p.
- SUDRE (F.) *et al.*, *Droit européen et international des droits de l'homme*, Paris, PUF, coll. « Droit fondamental », 15^e édition, 2021, 1013 p.
- TEITGEN (P.-H.), *Droit institutionnel communautaire*, 1977, réed. Bruxelles, Bruylant, 2019, 410 p.
- TRIDIMAS (T.), *The General Principles of EU Law*, Oxford, Oxford University Press, 2^e édition, 2006, 591 p.
- WATHELET (M.), *Contentieux européen*, Bruxelles, Larcier, 2^e édition, 2014, 552 p.
- ZOLLER (E.), *Les grands arrêts de la Cour suprême des États-Unis*, Paris, Dalloz, coll. « Grands arrêts », 2010, 940 p.

II. Thèses et monographies

- ADALID (S.), *La Banque centrale européenne et l'Eurosystème*, Bruxelles, Bruylant, 2015, 767 p.
- AURIEL (P.), *L'équivalence des protections des droits fondamentaux dans l'Union européenne*,

- Bruxelles, Bruylant, 2020, 650 p.
- AUSTIN (J. L.), *Quand dire, c'est faire – How to do Things with Words*, Oxford, Oxford University Press, 1972, réed. Paris, Seuil, 1991, trad. G. LANE, 203 p.
- BAILLEUX (J.), *Penser l'Europe par le droit. L'invention du droit communautaire en France*, Paris, Dalloz, 2014, 484 p.
- BARAV (A.), *La fonction communautaire du juge national*, Thèse dactylographiée, Univ. Strasbourg, 1983, 612 p.
- BEAUD (O.), *Théorie de la Fédération*, Paris, PUF, coll. « Léviathan », 2007, 447 p., spéc. pp. 174.
- BECHILLON (D. DE), *Qu'est-ce qu'une règle de Droit ?*, Paris, Ed. Odile Jacob, 1997, 302 p.
- BERNEL (A.), *Le principe d'équivalence ou de "reconnaissance mutuelle" en droit communautaire*, Zürich, Verlag, 1995, 350 p.
- BERROD (F.), *La systématique des voies de droit communautaire*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2003, 1136 p.
- BERTRAND (B.), *Le juge de l'Union européenne, juge administratif*, Bruxelles, Bruylant, 2012, 1170 p.
- BIANCHI (D.), *Le rôle de la comitologie (1958-2010) dans la politique agricole commune (PAC)*, Thèse dactylographiée, Univ. Paris II, 2010, 493 p.
- BLANQUET (M.), *L'article 5 du Traité C.E.E.. Recherche sur les obligations de fidélité des États membres de la Communauté*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international et communautaire », t. 108, 1994, 502 p.
- BLUMANN (C.), *La fonction législative communautaire*, Paris, LGDJ, 1995, 184 p.
- BONIFAY (E.), *Le principe de reconnaissance mutuelle et le droit international privé. Contribution à l'édification d'un espace de liberté, sécurité et justice*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2017, 495 p.
- BONNET (B.), *Repenser les rapports entre ordres juridiques*, Paris, Lextenso, 2013, 208 p.
- BONNIEC (N. LE), *La procéduralisation des droits substantiels par la Cour européenne des droits de l'homme. Réflexion sur le contrôle juridictionnel du respect des droits garantis par la Convention européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 681 p.
- BOSKOVITS (K.), *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, Athènes-Bruxelles, Bruylant, 1999, 876 p.
- BOUCOBZA (I.), *La gouvernance administrative européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 2017, 134 p.
- BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2010, 657 p.
- BROYELLE (C.), *La responsabilité de l'État du fait des lois*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 236, 2003, 454 p.
- CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, 711 p.
- CAVALLINI (J.), *Le juge national du provisoire face au droit communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 527 p.
- CHALTIEL (F.), *La souveraineté de l'État et l'Union européenne, l'exemple français. Recherches sur*

la souveraineté de l'État membre, Paris, LGDJ, coll « Bibliothèque constitutionnelle et de science politique », t. 99, 2000, 606 p.

CHEVALIER (E.), *Bonne administration et Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2014, 538 p.

CLAUSEN (F.), *Les moyens d'ordre public dans le contentieux relevant de la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Univ. Paris II, 2017, 845 p.

CONSTANTINESCO (L.-J.), *L'applicabilité directe dans le droit de la C.E.E.*, Paris, LGDJ, 1970, red. Bruxelles, Bruylant, 2006, 145 p.

CONSTANTINESCO (V.), *Compétences et pouvoirs dans les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1974, 492 p.

CONSTANTINIDES-MEGRET (C.), *La politique agricole commune en question*, Paris, Pedone, 1982, 253 p.

COUTRON (L.), *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2008, 872 p.

CROISAT (M.) et QUERMONNE (J.-L.), *L'Europe et le fédéralisme*, Paris, Montchrestien, 2e édition, 1999, 156 p.

DELMAS-MARTY (M.), *Les forces imaginantes du droit (III). Le pluralisme ordonné*, Paris, Ed. Seuil, 2006, 303 p.

DENIZEAU (C.), *L'idée de puissance publique à l'épreuve de l'Union européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 239, 2004, 677 p.

DOUGAN (M.), *National Remedies Before the Court of Justice. Issues of Harmonisation and Differentiation*, Oxford / Portland, Hart Publishing, 2004, 418 p.

DUBEY (B.), *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse. Systèmes, enjeux et conséquences*, Genève-Bâle-Munich-Bruxelles-Paris, Helbing & Liechtenhahn / Bruylant / LGDJ, 2002, 876 p.

DUBOUT (E.), *L'article 13 du traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 845 p.

DUBOUT (E.) et NABLI (B.), *Droit français de l'intégration européenne*, Paris, LGDJ-Lextenso, coll. « Systèmes », 2015, 194 p.

DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2001, 1015 p.

FARTUNOVA (M.), *La preuve dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 733 p.

FAVRET (J.-M.), *Les influences réciproques du droit communautaire et du droit national de la responsabilité extracontractuelle*, Paris, Pedone, 2000, 431 p.

FENGER (N.) et BROBERG (M.), *Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Larcier, 2013, 666 p.

FERCOT (C.), *La protection des droits fondamentaux dans l'État fédéral*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Collection des thèses, n°45, 2011, 819 p.

FINES (F.), *Étude de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », t. 101, 1990, 501 p.

GALETTA (D.-U.), *Procedural Autonomy of EU Member States : Paradise Lost ?*, Berlin-

Londres, Springer, 2010, 145 p.

GEORGOPOULOS (T.), *La séparation horizontale des pouvoirs en France et en Allemagne à l'épreuve du droit communautaire : la fonction de contre-pouvoir*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 44, 2005, 658 p..

GUIOT (F.-V.), *La distinction du fait et du droit par la Cour de justice de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir juridictionnel*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, Collection des thèses, n°127, 2016, 1007 p.

GUTIERREZ-FONS (J.-A.) et LENAERTS (K.), *Les méthodes d'interprétation de la Cour de justice de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 214 p.

HAGUENAU (C.), *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruxelles, Bruylant, 1995, 619 p.

HAMON (F.), *Les discriminations saisies par le droit*, Issy-les-Moulineaux, LGDJ, coll. « Systèmes », 2016, 170 p.

HART (H. L. A.), *Le concept de droit*, Bruxelles, Publications des Facultés universitaires Saint-Louis, 1976, 314 p.

HATZOPOULOS (V.), *Le principe communautaire d'équivalence et de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation de services*, Athènes-Bruxelles, Sakkoulas/Bruylant, 1999, 567 p.

HERNU (R.), *Principe d'égalité et principe de non-discrimination dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 232, 2003, 555 p.

HO-DAC (M.), *La loi du pays d'origine en droit de l'Union européenne. Analyse sous l'angle du droit international privé*, Bruxelles, Bruylant, 2002, 639 p.

JANSSENS (C.), *The Principle of Mutual Recognition in EU Law*, Oxford, University Press, 2013, 358 p.

JORDA (J.), *Le pouvoir exécutif de l'Union européenne*, Aix-en-Provence, PUAM, 2001, 687 p.

JOUANJAN (O.), *Le principe d'égalité devant la loi en droit allemand*, Paris, Economica, 1992, 449 p.

KAPSALI (V.), *Les droits des administrés dans la procédure administrative non contentieuse. Étude comparée des droits français et grec*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 291, 2015, 614 p.

KELSEN (H.), *Théorie pure du droit*, Paris, Dalloz, 1962, trad. EISENMANN (C.), réd. Paris-Bruxelles, LGDJ / Bruylant, coll. « La pensée juridique », 1999, 367 p.

KLIMEK (L.), *Mutual Recognition of Judicial Decisions in European Criminal Law*, Cham, Springer, 2017, 742 p.

LE BARBIER-LE BRIS (M.), *Le juge espagnol face au droit communautaire*, Rennes, Éditions Apogée, 1998, 569 p.

LE BAUT-FERRARESE (B.), *La Communauté européenne et l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres*, Thèse dactylographiée, Lyon III, 1996, 839 p.

LECOURT (R.), *L'Europe des juges*, Bruxelles, Bruylant, 1976 (red. Bruxelles, Bruylant, 2008), 321 p.

LENAERTS (K.), *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, Bruylant, 1988, 817 p.

- LESGUILLONS (H.), *L'application d'un traité-fondation : le traité instituant la C.E.E.*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit international », t. 48, 1968, 319 p.
- MALHIERE (F.), *La brièveté des décisions de justice (Conseil constitutionnel, Conseil d'État, Cour de cassation). Contribution à l'étude des représentations de la justice*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de Thèses », vol. 125, 2013, 665 p.
- MARCIALI (S.), *La flexibilité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, 878 p.
- MARTENET (V.), *L'autonomie constitutionnelle des cantons*, Bâle-Genève-Munich, Helbing & Lichtenhahn, 1999, 566 p.
- MARTIN (D.), *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2006, 669 p.
- MARTUCCI (F.), *L'ordre économique et monétaire de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, 1271 p.
- MCKAY (D.), *Federalism and European Union. A Political Economy Perspective*, Oxford, Oxford University Press, 1999, 200 p.
- MEHDI (R.), *Le statut contentieux des mesures nationales d'exécution du droit communautaire. L'exemple français*, Thèse dactylographiée, Univ. Rennes I, 1994, 572 p.
- MELIN-SOUCRAMANIEN (F.), *Le principe d'égalité dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM/Economica, coll. « Droit public positif », 1997, 397 p.
- MICHEL (V.), *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, Paris, L'Harmattan, 2003, 704 p., spéc. pp. 426.
- MITSILEGAS (V.), *EU criminal law after Lisbon : rights, trusts and the transformation of justice in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2016, 296 p.
- MONNET (J.), *Mémoires*, Paris, Fayard, 1976 (réed. 1985), 642 p.
- MONTAY (B.), *Doctrine des fonctions de l'« Exécutif »*, Thèse dactyl., Paris II, 2017, 785 p.
- NABLI (B.), *L'exercice des fonctions d'État membre dans la Communauté européenne. Étude de la participation des organes étatiques à la production et à l'exécution du droit communautaire. Le cas français*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2007, 669 p.
- NAVEL (L.), *L'argument de continuité jurisprudentielle dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Thèse dactylographiée, Univ. Montpellier, 2020, 684 p.
- NAZIROGLOU (G.), *Intérêt personnel et intérêt général dans l'office du juge administratif*, Thèse dactylographiée, Univ. Paris II, 2021, 807 p.
- NEFRAMI (E.), *L'action extérieure de l'Union européenne. Fondements, moyens, principes*, Paris, LGDJ, coll. « Systèmes droit », 2010, 208 p.
- OST (F.) et KERCHOVE (M. VAN), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Bruxelles, Facultés universitaires Saint-Louis, 2002, 596 p.
- PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration. Émergence d'un phénomène nouveau des relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes*, Leiden, A. W. Sijthoff-Leiden, 1972 (réed. Bruxelles, Bruylant, 2005), 100 p.
- PERELMAN (C.), *Justice et raison*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 2e édition, 1972, 255 p.
- PERTEK (J.), *Le renvoi préjudiciel. Droit, liberté ou obligation de coopération des juridictions nationales avec la CJUE*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2021, 442 p.

- PLIAKOS (A.), *Le principe général de la protection juridictionnelle efficace en droit communautaire*, Athènes-Bruxelles, Sakkoula/Bruylant, 1997, 278 p.
- POELEMANS (M.), *La sanction dans l'ordre juridique communautaire. Contribution à l'étude du système répressif de l'Union européenne*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 2004, 754 p.
- POTVIN-SOLIS (L.), *L'effet des jurisprudences européennes sur la jurisprudence du Conseil d'État français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 187, 1999, 799 p.
- PRECHAL (S.), *Directives in EC Law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2005, 349 p.
- PREVEDOUROU (E.), *L'évolution de l'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne. Recherche sur le pouvoir du juge administratif d'apprécier d'office la compatibilité du droit national avec le droit communautaire*, Londres-Bruxelles, Esperia Publications Ltd/Bruylant, coll. « Bibliothèque de droit public européen », vol. 12, 1999, 289 p.
- RACLET (A.), *Droit communautaire des affaires et prérogatives de puissance publique nationales*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », vol. 20, 2002, 555 p.
- RAIMBAULT (P.), *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 256, 2009, 693 p.
- RIALS (S.), *Le juge administratif français et la technique du standard. Essai sur le traitement juridictionnel de l'idée de normalité*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 135, 1980, 564 p.
- RIALS (S.), *Destin du fédéralisme*, Paris, LGDJ, 1986, 78 p.
- ROBIN-OLIVIER (S.), *Le principe d'égalité en droit communautaire. Étude à partir des libertés économiques*, Aix-en-Provence, PUAM, 1999, 552 p.
- ROCCATI (M.), *Le rôle du juge national dans l'espace judiciaire européen*, Bruxelles, Bruylant, 2013, 623 p.
- RONDU (J.), *L'individu, sujet du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2020, 869 p.
- SANTULLI (C.), *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Paris, Pédone, 2001, 540 p.
- SIMON (D.), *L'interprétation judiciaire des traités d'organisations internationales. Morphologie des conventions et fonction juridictionnelle*, Paris, Pedone, 1981, 936 p.
- SIRINELLI (J.), *Les transformations du droit administratif par le droit de l'Union européenne. Une contribution à l'étude du droit administratif européen*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 266, 2011, 617 p.
- TAUPIAC-NOUVEL (G.), *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, Clermont-Ferrand, Fondation Varenne, Collection des Thèses, n°50, 2011, 554 p.
- TREMEAU (J.), *La réserve de loi. Compétence législative et Constitution*, Aix-en-Provence/Paris, PUAM/Economica, coll. « Droit public positif », 1997, 414 p.
- TRIENBACH (M.), *Les normes non directement applicables en droit public français*, Paris, LGDJ, coll. « Bibliothèque de droit public », t. 287, 2015, 540 p.
- TURMO (A.), *L'autorité de la chose jugée en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 582 p.
- TUSSEAU (G.), *Les normes d'habilitation*, Paris, Dalloz, coll. « Nouvelle bibliothèque de thèses », 2006, 813 p.

VAERINI JENSEN (M.), *Exécution du droit communautaire par les États membres. Méthode communautaire et nouvelles formes de gouvernance*, Bâle/Bruxelles/Paris, Helbing Lichtenhahn / Bruylant / LGDJ, 2007, 305 p.

WILDEMEERSCH (J.), *Contentieux de la légalité des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2019, 666 p.

XENOU (L.), *Les principes généraux du droit de l'Union européenne et la jurisprudence administrative française*, Bruxelles, Bruylant, 2017, 522 p.

ZOLLER (E.), *La bonne foi en droit international public*, Paris, Pedone, 1977, 392 p.

III. Dictionnaires et encyclopédies

BERLIN (D.), v° « Interdiction des impositions intérieures discriminatoires ou protectrices. Champ d'application. Contenu », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 1610, 1er avril 2015.

BARAV (A.), v° « Applicabilité directe », in BARAV (A.) et PHILIP (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 104-107.

BLANQUET (M.), v° « Effet direct du droit communautaire », *Répertoire de droit européen*, Paris, Dalloz, août 2011 (actualisé en avril 2015).

COUTRON (L.), v° « Union européenne – Adhésion – Aspects juridiques généraux », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 115, 31 octobre 2012.

DEBARD (T.), v° « Droit de l'Union européenne et procédure civile », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, juillet 2018 (actualisé en décembre 2019).

DERO-BUGNY (D.), v° « Marchés publics. Recours », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 1058, 2 septembre 2019

DUBOS (O.), v° « Droit administratif et droit communautaire », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 24, 5 décembre 2006 (actualisé le 1er juillet 2015).

GUILLOUD-COLLIAT (L.), v° « Actes non législatifs », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 191-2, 27 mars 2015.

GUINCHARD (S.), v° « Procès équitable », *Répertoire de procédure civile*, Dalloz, mars 2017 (actualisé en avril 2017).

HUGLO (J.-G.), v° « Voies de droit et moyens d'application du droit de l'Union européenne en France », *JurisClasseur Europe Traité*, Fasc. 490, 13 septembre 2012.

JOUANJAN (O.), v° « Égalité », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 585-589.

LEBEN (C.), v° « Ordre juridique », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 1113-1119.

LEBŒUF (L.), v° « Politique commune d'asile », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 2640, 1^{er} novembre 2017.

LABAYLE (H.), v° « Espace de liberté, sécurité et justice. Cadre général », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 2625, 1^{er} septembre 2012.

LAQUIEZE (A.), v° « Sanction », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 1381-1384.

- MARTIN (D.), v° « Article 19 TFUE, article 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux et lutte contre les discriminations », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 602, 11 mai 2017.
- MEHDI (R.), v° « Ordre juridique de l'Union européenne – Effet direct », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 195, 6 février 2013.
- MEHDI (R.), v° « Ordre juridique de l'Union européenne – Primauté du droit de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 196, 15 avril 2013.
- MOUTON (J.-D.), v° « Effet utile », in BARAV (A.) et PHILIP (C.) (dir.), *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, pp. 449-454.
- PFERSMANN (O.), v° « Hiérarchie des normes », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 779-783.
- PFERSMANN (O.), v° « Lacunes et complétude », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 911-913.
- PICOD (F.) et RIDEAU (J.), v° « Renvoi préjudiciel », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2006 (actualisé en octobre 2013).
- PICOD (F.), v° « Traité de Lisbonne », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 10, 24 juin 2016.
- PIETRO (C.), v° « Mise en œuvre des articles 101 et 102 TFUE dans la sphère publique. Compétences et procédures », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 1445, 30 mars 2020.
- PETON (N.), v° « Actions en cas de non-conformité à une règle de droit supérieur. Action en restitution de prélèvements indus (LPF, art. L. 190, al. 3 à 5). Action en répétition du préjudice subi (LPF, art. L. 190 A) », *JurisClasseur Procédures fiscales*, fasc. 775, 25 octobre 2017.
- POUYAUD (D.), v° « Contentieux des contrats administratifs. Formation du contrat », *JurisClasseur Administratif*, fasc. 1126, 1^{er} janvier 2016.
- RIDEAU (J.), v° « Ordre juridique de l'Union européenne », *JurisClasseur Europe Traités*, fasc. 189, 11 août 2011.
- RIDEAU (J.), v° « Recours en annulation – Conditions de recevabilité », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 330, 1^{er} août 2015.
- RIDEAU (J.), v° « Union européenne. Nature, valeurs et caractères généraux », *JurisClasseur Europe Traité*, fasc. 110, 5 janvier 2015.
- SEILLER (B.), v° « Acte administratif : régime », *Répertoire de contentieux administratif*, Dalloz, octobre 2015 (actualisé en mai 2018).
- SIMON (D.), v° « Droit communautaire », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 448-453.
- SIMON (D.), v° « Répétition de l'indu », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, août 2008 (actualisé en septembre 2012).
- SPELTDOORN (O.), v° « Responsabilité de l'Union européenne », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, juin 2011 (actualisé en juin 2013).
- SPELTDOORN (O.), v° « Recours en annulation », *Répertoire de droit européen*, Dalloz, janvier 2018.
- THERY (P.), v° « Exécution », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 678-680.

ZOLLER (E.), v° « Bonne foi », in ALLAND (D.) et RIALS (S.) (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, Paris, Lamy / PUF, 2003, pp. 143-145.

IV. *Articles, contributions et note de jurisprudence*

ABRAHAM (R.), « Les principes généraux de la protection juridictionnelle administrative en Europe : l'influence des jurisprudences européennes », *Rev. Eur. Droit Public*, 2017, pp. 577-593.

ACCETTO (M.) et ZLEPTNIG (S.), « Principle of Effectiveness : Rethinking Its Role in Community Law », *Eur. Pub. Law*, 2005, n°11, pp. 375-404.

ADINOLFI (A.), « The “Procedural Autonomy” of the Member States and the Constraints Stemming from the ECJ’s Case Law : Is Judicial Activism still Necessary ? », in MICKLITZ (H.-W.) et DE WITTE (B.) (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 281-303.

ALBERTON (G.), « Le législateur français transgressant le droit international pourra-t-il demeurer encore irresponsable ? », *AJDA* 2006, pp. 2155-2162.

ALLAND (D.), « Monisme et dualisme : retour sur quelques origines d’un débat », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 45-64.

AMSELEK (P.), « La répétition de l’indu payé aux personnes publiques », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 5-37.

ANDREONE (F.), « Typologie et cadre juridique des “autres organes de l’Union européenne” », *Rev. UE* 2017, pp. 221-230.

ANDRIANTSIMBAZOVINA (J.), « La subsidiarité devant la Cour de justice des Communautés européennes et la Cour européenne des droits de l’homme », *RAE*, 1998, n°1-2, pp. 28-47.

ARENA (A.), « The Twin Doctrines of Primacy and Pre-Emption », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 300-349

ARLETTAZ (J.), « La fin des *Taricco* », *AJDA* 2018, n°11, pp. 615-622.

ARNAUD (A.-J.), « Ces âpres particularismes... », in *L’Europe et le droit, Droits*, n°14, 1991, pp. 17-26.

ARNOLD (R.), « L’influence du droit communautaire sur le droit administratif allemand », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d’un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 110-117.

ARNOLD (R.), « Le droit administratif allemand dans le creuset européen », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 787-794.

ARNULL (A.), « The principle of effective judicial protection in EU law: an unruly horse ? », *ELR* 2011, n°36, pp. 51-70.

ARNULL (A.), « Remedies Before National Courts », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 1011-1039.

AUBY (J.-M.), note sous la décision CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, RDP 1982, pp. 1113-1122.

AUDIT (M.), « La compatibilité du principe de l'autonomie procédurale avec l'édification de l'espace judiciaire européen », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 253-263.

AUSTRY (S.), « QPC fiscale et effets de la décision dans le temps » NCCC 2011, n°33.

AUTEXIER (C.), « Regard français », réponse à la contribution de SCHNEIDER (H.-P.), « L'exécution des lois fédérales par les *Länder* : aspects juridiques et financiers », in FROMONT (M.) (dir.), *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, pp. 79-90.

AZOULAY (L.), « The Court of Justice and the Administrative Governance », *European Law Journal*, Vol. 7, 2001, pp. 425-441.

AZOULAI (L.), « Autonomie et antinomie du droit communautaire : la norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA* 2004, n° 199, pp. 4-16.

AZOULAI (L.), « La loi et le règlement vus du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°19, janvier 2006, pp. 109-114.

AZOULAI (L.), « Pour un droit de l'exécution de l'Union européenne », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 2-23.

AZOULAI (L.), « La protection juridique en matière d'exécution nationale du droit communautaire », in SCHWARZE (J.) (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 323-336.

AZOULAI (L.) et DUBOUT (E.), « Repenser la primauté. L'intégration européenne et la montée de la question identitaire », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 567-583.

BAQUERO CRUZ (J.), « La procédure préjudicielle suffit-elle à garantir l'efficacité et l'uniformité du droit de l'Union européenne ? », in AZOULAI (L.) et BURGORGUE-LARSEN (L.) (dir.), *L'autorité de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2006, pp. 241-266.

BARAV (A.), « La répétition de l'indu dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », *CDE* 1981, pp. 507-538.

BARAV (A.), « L'incidence du droit communautaire sur le pouvoir répressif national », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlarg KG, 1983, pp. 9-32.

BARAV (A.), « La plénitude de compétence du juge national en sa qualité de juge communautaire », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 1-20.

BARAV (A.), note sous CJCE, 19 novembre 1991, *Franovich et Bonifaci*, aff. C-6/90 et C-9/90, *JCP G*, 1992, II, 21783, pp. 12-16.

BARAV (A.), « The effectiveness of judicial protection and the rôle of the national courts », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 259-296.

BARAV (A.), « State Liability in Damages for Breach of Community Law in the National

- Courts », in HEUKELS (T.) et McDONELL (A.) (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye / Londres / Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 363-408.
- BARAV (A.), « Le renvoi préjudiciel communautaire », *Justices, Revue Générale de Droit Processuel* 1997, n°6, Paris, Dalloz, pp. 1-14 (reproduit dans PICOD (F.) (dir.), *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 1-17).
- BARAV (A.), « Une anomalie préjudicielle », in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, t. 2, pp. 773-801 (reproduit dans PICOD (F.) (dir.), *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 161-190).
- BARAV (A.), « Transmutations préjudicielles », *Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, BMV-Berliner Wissenschafts Verlag, 2003, pp. 621-635 (reproduit dans PICOD (F.) (dir.), *Études sur le renvoi préjudiciel dans le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 19-36).
- BARBATO (J.-C.), « L'affirmation de la justice étatique comme appareil judiciaire européen est-elle compatible avec la souveraineté nationale ? », *Politeia*, n°25, 2014, pp. 189-207.
- BARBOU DES PLACES (S.), « Signification et fonction du principe de non-discrimination en droit communautaire », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Le principe de non-discrimination face aux inégalités de traitement entre les personnes dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 65-89.
- BARNARD (C.) et SHARPSTON (E.), « The Changing Face of Article 177 References », *CMLR* 1997, n°34, pp. 1113-1171.
- BARON (F.), « L'application des principes de protection juridictionnelle effective et d'égalité de traitement au bénéfice des travailleuses enceintes », *RAE* 2009-2010, n°3, pp. 613-618
- BARROCHE (J.), « Théories fédéralistes et Union européenne », *Civitas Europa* 2017, n°38, pp. 337-367.
- BATAILLER (F.), « Le juge interne et le droit communautaire », *AFDI*, 1963, vol. 9, pp. 735-778.
- BAUGARD (D.), « La période d'éviction en cas de réintégration », *Rev. Droit du travail* 2020, pp. 185-190.
- BEAUD (O.), « L'Europe entre droit commun et droit communautaire », in *L'Europe et le droit, Droits*, n°14, 1991, pp. 3-16.
- BEAUD (O.), « Fédéralisme et souveraineté. Notes pour une théorie constitutionnelle de la Fédération », *RDP* 1998, n°1, pp. 83-122.
- BEAUD (O.), « La répartition des compétences dans une Fédération. Essai de reformulation du problème », *Jus Politicum*, n°16, juillet 2016, pp. 179-206.
- BECKER (F.), « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *CMLR* 2007, n°44, pp. 1035-1056.
- BELAICH (F.), « La répétition de l'indu en droit communautaire dans la jurisprudence de la cour de justice des communautés européennes », *RMCUE* 2000, pp. 100-116.
- BELL (M.), « The Principle of Equal Treatment : Widening and Deepening », in CRAIG (P.) et BÚRCA (G. DE) (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 611-639.

- BELLESCIZE (D. DE), « L'article 169 du traité de Rome, et l'efficacité du contrôle communautaire sur les manquements des États membres », *RTDE* 1977, pp. 173-212.
- BELLOUBET-FRIET (N.), « Le principe d'égalité », *Les droits fondamentaux. Une nouvelle catégorie juridique ?*, *AJDA* 1998, n° spécial, pp. 152-164.
- BENOIT-ROHMER (F.), « La violation du droit communautaire, moyen d'ordre public ? », *LPA* 1996, n°129, pp. 23-32.
- BERGE (J.-S.), « La part d'originalité du droit communautaire », in ROBIN-OLIVIER (S.) et FASQUELLE (D.) (dir.), *Les échanges entre droits, l'expérience communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 159-172.
- BERGERES (M.-C.), « Le remboursement des impositions perçues en violation d'une directive », *LPA* 1998, n°141, pp. 22-28.
- BERLIN (D.), « Concurrence normative entre les Etats. Comment est-elle gérée par le droit européen ? », in KESSEDIAN (C.) (dir.), *L'autonomie en droit européen*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2013, pp. 41-70.
- BERNARD (N.), « La libre circulation des marchandises, des personnes et des services dans le traité CE sous l'angle de la compétence », *CDE* 1998, pp. 11-45.
- BERNARD (E.), « Les mesures nationales d'exécution du droit communautaire, une spécificité à relativiser dans l'ordre juridique français », in ECKERT (G.), GAUTIER (Y.), KOVAR (R.) et RITLÉNG (D.) (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 91-127.
- BERR (C.-J.), note sous CA Lyon, 30 novembre 1978, *SARL Les Fils de Henri Ramel*, *D.* 1979, pp. 371-375.
- BERRAMDANE (A.), « Considérations sur le droit pénal de l'Union européenne », in *Entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 241-256.
- BERROD (F.), « L'autonomie de l'Union européenne est-elle soluble dans les droits de l'Homme ? Quelques propos (im)pertinents sur l'identité constitutionnelle de l'Union européenne au travers du prisme de l'adhésion de l'UE à la CEDH », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 65-81.
- BERTRAND (B.), « Les revirements de politique jurisprudentielle », in E. CARPANO (E.) (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 111-142.
- BERTRAND (B.), « Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit », *RFDA* 2013, pp. 1217-1230.
- BERTRAND (B.) et SIRINELLI (J.), « Le principe du droit au juge et à une protection juridictionnelle effective », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 565-593.
- BERTRAND (B.), « La compétence des agences pour prendre des actes normatifs ; le dualisme des pouvoirs d'exécution », *RTDE* 2015, pp. 21-37.
- BERTRAND (B.), « Le tropisme du droit de l'Union européenne », *Rev. UE* 2018, pp. 103-112.
- BERTRAND (B.), « La loyauté des États membres de l'Union européenne », in FERRARI (S.) et HOURSON (S.) (dir.), *La loyauté en droit public*, Paris, Institut Universitaire Varenne,

2018, pp. 143-154.

BERTRAND (C.), « Les droits des administrés à la mise en œuvre du droit de l'Union européenne dans leurs rapports avec l'administration », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 1045-1056.

BEULAY (M.) « L'État membre dans l'Union européenne », in *Union européenne et droit international. En l'honneur de Patrick Daillier*, Paris, Pedone, 2012, pp. 116-138.

BIANCARELLI (J.), « L'ordre juridique communautaire a-t-il compétence pour instituer des sanctions ? », in DELMAS-MARTY (M.) (dir.), *Quelle politique pénale en Europe ?*, Paris, Economica, 1993, pp. 257-275.

BIANCHI (D.), « La comitologie est morte ! vive la comitologie », *RTDE* 2012, pp. 75-114.

BIONDI (A.) et FARLEY (M.), « Damages in EU Law », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Vol. I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 1040-1064.

BIGAY (M.), « L'application des règlements communautaires en droit pénal français », *RTDE* 1971, pp. 53-61.

BIRKS (P.), « Rights, Wrongs and Remedies », *Oxford Journal Of Legal Studies* 2000, vol. 20, pp. 1-37.

BLANLUET (G.), « Discrimination à rebours : le droit interne à l'épreuve du droit de l'Union européenne – À propos de Cons. const., 3 févr, 2016, n° 2015-520 QPC, *Ste Metro Holding* », *Rev. Droit fiscal*, n°12, 24 mars 2016, 233.

BLANQUET (M.), « Acceptation et consécration d'un concept communautaire : la fidélité communautaire », in POILLOT-PERUZZETTO (S.) (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 145-158.

BLANQUET (M.), « La coopération entre les États membres et les institutions communautaires », in AUVRET-FINCK (J.) (dir.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 115-181.

BLANQUET (M.), « La protection de l'identité constitutionnelle de la France », in H. GAUDIN (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 73-91.

BLECKMANN (A.), « Considérations sur l'interprétation de l'article 7 du Traité C.E.E. », *RTDE* 1976, pp. 469-481.

BLECKMANN (A.), « L'applicabilité directe du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 85-130.

BLUMANN (C.), « La Commission, agent d'exécution du droit communautaire. La comitologie », in LOUIS (J.-V.) et WAELBROECK (D.) (dir.), *La Commission au cœur du système institutionnel des communautés européennes*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1989, pp. 9-23.

BLUMANN (C.), « Le Parlement européen et la comitologie : une compilation pour la Conférence intergouvernementale de 1996 », *RTDE* 1996, pp. 1-24.

BLUMANN (C.), « Le droit de la fonction publique », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 123-141.

- BLUMANN (C.), « Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire », *JCP G* 2007, n°30, doct. 175, pp. 13-22.
- BLUMANN (C.), « Le droit matériel de l'Union européenne peut-il être nationalisé ? », *ADE* 2007, pp. 163-179.
- BLUMANN (C.), « La comitologie et l'administration indirecte », in J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union européenne, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 139-158.
- BLUMANN (C.), « Querelles internes », in PICOD (F.) (dir.), *Doctrine et droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 93-113.
- BLUMANN (C.), « Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement n°182/2011 du 16 février 2011 », *CDE* 2011, n°1, pp. 23-52.
- BLUMANN (C.), « À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les “nouveaux” actes délégués » in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 127-144.
- BOBEK (M.), « Why There is No Principle of “Procedural Autonomy” of the Member States », in MICKLITZ (H.-W.) et DE WITTE (B.) (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 305-323.
- BONICHOT (J.-C.), « Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire », *RFDA* 1990, p. 912-920.
- BONICHOT (J.-C.), « Le droit communautaire et le droit administratif français », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 15-19.
- BONICHOT (J.-C.), « Loin des théories : le refus de la Cour de justice d'imposer un modèle juridictionnel européen », *RDP* 2008, n°3, pp. 745-753.
- BONICHOT (J.-C.), « Epilogue. Que faire ? », in ALVAZZI DEL FRATE (P.), BLOQUET (S.) et VERGNE (A.) (dir.), *La summa divisio droit public / droit privé dans l'histoire des systèmes juridiques en Europe (XIXe-XXIe siècles)*, Bayonne, Institut Universitaire Varenne, 2018, pp. 281-290.
- BONNET (B.), « Les droits européens, facteurs de bouleversement de la hiérarchie des normes, facteurs de bouleversement de l'État : autour des articles 54, 55 et 88-1 de la Constitution », in GAUDIN (H.) (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 93-104.
- BOSSE-PLATIERE (I.), « Le juge de l'Union, artisan de la cohérence du système de contrôle juridictionnel au sein de l'Union européenne, y compris en matière de PESC », *RTDE* 2017, pp. 555-563.
- BOUCHARD (J.-C.) et HAYDEN MILLER (J.), « La TVA : une question de principes. Analyse des grands principes communautaires », *Rev. Droit fiscal* 2009, n°7, 182, pp. 9-14.
- BOUCOBZA (I.), « La “co-administration” dans la production des normes juridiques communautaires », *DA* 2004, n°12, étude 21.
- BOUCOBZA (I.), « Le titulaire du pouvoir d'exécution dans l'Union européenne », *Rev. UE* 2018, pp. 615-619.
- BOGDANDY (A. VON) et BAST (J.), « European Union's Vertical Order of Competences : The Current Law and Proposals for Its Reform », *CMLR* 2002, n°39, pp. 227-268.

- BOULOUIS (J.), note sous l'arrêt Cass., ch. mixte, 1975, *Société des cafés Jacques Vabre*, *AJDA* 1975, pp. 569-574.
- BOULOUIS (J.), note sous l'arrêt CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *AJDA* 1978, pp. 323-327.
- BOULOUIS (J.), « Nouvelles réflexions à propos du caractère "préjudiciel" de la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes statuant sur renvoi des juridictions nationales », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 23-31.
- BOULOUIS (J.), « Quelques observations à propos de la sécurité juridique », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 53-58.
- BOUHIER (V.), « L'autonomie procédurale : les contours évolutifs d'un principe dans le cadre de la répétition de l'indu », *Rev. UE* 2013, pp. 481-488.
- BOUVERESSE (A.), « La mise en conformité des mesures nationales contraires au droit communautaire : le retrait, une obligation à géométrie variable », in ECKERT (G.), GAUTIER (Y.), KOVAR (R.) et RITLENG (D.) (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 129-161.
- BOUVERESSE (A.), « L'effectivité comme argument d'autorité de la norme », in BOUVERESSE (A.) et RITLENG (D.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 63-85.
- BOYENGA-BOFALA (F.), « L'impact des directives-recours sur l'organisation des voies de droit internes et les modalités d'exercice par le juge administratif français de son office », *RTDE* 2002, pp. 499-525.
- BOYNES (N. DE), « La CJUE ouvre la voie à une réforme du régime des fusions et des apports », *Rev. Droit fiscal*, n°20, mai 2017, comm. 306.
- BRIBOSIA (E.), RORIVE (E.) et HISLAIRE (J.), « Article 21. Non-discrimination », in PICOD (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 489-514.
- BRIDGE (J.), « Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the Legal Systems of the Member States », *ELR* 1984, pp. 28-42.
- BROSSET (E.) et TRUILHE-MARENGO (E.), « L'accès au juge dans le domaine de l'environnement : le hiatus du droit de l'Union européenne », *RDLF* 2018, chron. n°7.
- BROUSSY (E.), DONNAT (F.) et LAMBERT (C.), « Chronique de jurisprudence communautaire », *AJDA* 2007, pp. 2248, spéc. pp. 2251.
- BROYELLE (C.), « La responsabilité de l'État du fait de la loi non conventionnelle : une nouvelle hypothèse de responsabilité sans faute de l'État législateur », *JCP A* 2007, n°14, 2083.
- BROYELLE (C.), « La responsabilité de l'État pour non-exécution du droit de l'Union », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 937-949.
- BROYELLE (C.), « L'imputation de la responsabilité dans les situations d'exécution nationale du droit de l'Union », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 1035-1044.
- BROYELLE (C.), « L'influence du droit de l'Union sur le régime de la responsabilité

administrative », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 1249-1259.

BRUNET (P.), « Entre représentation et nation : le concept d'organe chez Carré de Malberg », in BEAUD (O.) et WACHSMANN (P.), *La science juridique française et la science juridique allemande de 1870 à 1918*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, Annales de la Faculté de droit de Strasbourg, 1997, pp. 273-293.

BÚRCA (G. DE), « The Role of Equality in European Community Law », in *The Principle of Equal Treatment in E.C. Law*, Londres, Sweet & Maxwell, 1997, pp. 13-34.

CALMOT (Y.) et BONICHOT (J.-C.), « La Cour de justice des Communautés européennes et la transposition des directives en droit national », *RFDA* 1988, pp. 1-23.

CALVET (H.), « Droit administratif de la responsabilité et droit communautaire », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 92-96.

CANIARD (H.), « Pouvoirs et moyens de l'agence européenne de garde-frontières et de garde-côtes : le règlement (UE) 2016/1624 traduit-il un renforcement des moyens et des capacités ? », in CHEVALLIER-GOVERS (C.) et TINIERE (R.) (dir.), *De Frontex à Frontex. Vers l'émergence d'un service européen des garde-côtes et garde-frontières*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 41-54.

CANIVET (G.), « Le droit communautaire et l'office du juge national », *Droit et société*, n°20-21, 1992, pp. 133-141.

CANIVET (G.) et HUGLO (J.-G.), « L'obligation pour le juge judiciaire national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* 1995, n°4, chron. 4.

CARANTA (R.), « Judicial Protection against Member States : A New *Jus Commune* Takes Shape », *CMLR* 1995, n°32, pp. 703-726.

CARANTA (R.), « Learning from our Neighbours : Public Law Remedies Homogenization from Bottom Up », *MJ* 1997, n°4, pp. 220-248.

CARIAT (N.), « Chapitre 53. Niveau de protection », in PICOD (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 1143-1160.

CARREAU (D.), « Droit communautaire et droits nationaux : concurrence ou primauté ? », *RTDE* 1978, pp. 381-418.

CASSIA (P.) et SAULNIER (E.), « Juridictions nationales », note sous CE, 30 juillet 2003, *Association « Avenir de la langue française »*, Rec. 347, *Europe* 2004, n°2, comm. 30.

CASSIA (P.), « L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif : la guerre des juges n'a pas eu lieu », *RFDA* 2002, pp. 20-32.

CASSIA (P.), « Quelles perspectives pour la recevabilité du recours en annulation des particuliers ? », *D.* 2002, pp. 2825-2830.

CASSIA (P.), « Le maire, agent de l'État », *AJDA* 2004, pp. 245-259.

CAULET (F.), « Le principe d'effectivité comme pivot de répartition des compétences procédurales entre les États membres et l'Union européenne », *RTDE* 2012, n°3, pp. 594-29-594-55.

CAUNES (K.), « Et la fonction exécutive européenne créa l'administration à son image... Retour vers le futur de la comitologie », *RTDE* 2007, pp. 297-346.

- CAVALLINI (J.), « Autonomie procédurale et effet de la jurisprudence sur les délais de prescription », *JCP S* 2014, n° 24, 1252.
- CAVALLINI (J.), « Autonomie procédurale des États et prescription des voies de droit », *JCP S* 2010, n° 25, 1264.
- CAZET (S.), « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe* 2009, n° 7, étude 7.
- CAZET (S.), « Relevé d'office », note sous CJUE, 17 mars 2016, *Benallal*, Aff. C-161/15, *Europe* 2016, n°5, comm. 153.
- CEREXHE (E.), « L'égalité de traitement dans l'ordre juridique communautaire », in *Mélanges offerts à Pierre-Henri Teitgen*, Paris, Pedone, 1984, pp. 34-65.
- CHALTIEL (F.), « Retour sur l'euphémisation de la responsabilité administrative », *LPA* 2009, n°96, pp. 3-9.
- CHAMON (M.), « Les agences de l'Union européenne : origines, état des lieux et défis », *CDE* 2015, n°1, pp. 293-318.
- CHAMON (M.), « Les agences décentralisées et le droit procédural de l'UE », *CDE* 2016, n°2, pp. 541-574.
- CHEVALIER (E.), « L'espace administratif européen », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 451-465.
- CHEVALIER (E.), « L'application de l'article 41 de la Charte des droits fondamentaux dans l'ordre juridique interne ou le dialogue des juges au péril des droits fondamentaux », in *Entre ordres juridiques. Mélanges en l'honneur du Doyen François Hervouët*, Poitiers-Issy-les-Moulineaux, Presses universitaires juridiques de Poitiers/LGDJ-Lextenso, 2015, pp. 39-72.
- CHEVALLIER (R.-M.), « Le droit de la Communauté européenne et les juridictions françaises », *RDP* 1962, pp. 646-663.
- CHEVALLIER (R.-M.), « Methods and Reasoning of the European Court in Its Interpretation of Community Law », *CMLR* 1964, n°2, pp. 21-35.
- CHEYNEL (B.), « L'«effet d'exclusion» des directives après l'arrêt *Dominguez* », *RAE* 2012, n°1, pp. 169-182.
- CHEYNEL (B.), « Les «situations purement internes» à la lumière de l'arrêt *Libert e.a.* », *RAE* 2013, n°2, pp. 405-412.
- CHITI (E.), « Existe-t-il un modèle d'Agence de l'Union européenne ? », in MOLINIER (J.) (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 49-74.
- CHITI (E.), « Les agences exécutives et l'administration directe dans l'Union européenne », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 149-156.
- CHITI (E.), « Les agences, l'administration indirecte et la coadministration », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 357-369.
- CHRISTIANOS (V.), « Le mécanisme d'harmonisation procédurale dans l'Union européenne », *RAE* 2007-2008, n°3, pp. 589-600.
- CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.-F.), « Le principe d'égalité », *Droit administratif et droit*

communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 168-177.

CHRISTOPHE-TCHAKALOFF (M.-F.), « Les principes généraux du droit communautaire », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation Française, 2000, pp. 83-96

CIAVARINI AZZI (G.), « L'application du droit communautaire dans les États membres : une vue d'ensemble », *Rev. Fr. Ad. Pub.* 1985, n°34, pp. 191-53.

CLAES (M.), « The Primacy of EU Law in European and National Law », in ARNULL (A.) et CHALMARS (D.) (dir.), *The Oxford Handbook of European Law*, Oxford, Oxford University Press, 2015, pp. 178-201.

CLAMOUR (G.) et COUTRON (L.), « L'exception d'illégalité devant le juge judiciaire », *RDP* 2012, pp. 853-899.

CLAUSEN (F.), « Invocation tardive et relevé d'office du droit de l'Union européenne devant le juge national », *ADE* 2012, pp. 215-242.

COLIN (J.-P.) et SINKONDO (M.), « Principe de non-discrimination et protection de la concurrence en droit international et en droit communautaire », *RMCUE* 1993 , pp. 36-55.

COLLINS (A.), « Falling Short ? An analysis of Minister for Justice and Equality v. Workplace Relations Commission », *RAE* 2020, n°3, pp. 595-605.

COMTE (F.), « Agences décentralisées : vers un statut unifié ? Approche commune du Parlement européen, du Conseil de l'Union européenne et de la Commission européenne sur les agences décentralisées », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, t. 1, pp. 143-156.

CONSTANTINESCO (L.-J.), « La spécificité du droit communautaire », *RTDE* 1966, pp. 1-30.

CONSTANTINESCO (V.), « La primauté du droit communautaire, mythe ou réalité ? », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlagn KG, 1983, pp. 109-123.

CONSTANTINESCO (V.), « L'article 5 CEE, de la bonne foi à la loyauté », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 97-115.

CONSTANTINESCO (V.), Rapport in CIAVARINI AZZI (G.) (dir.), *L'Application du Droit Communautaire par les États Membres*, Maastricht, Institut Européen d'Administration Publique, 1985, pp. 51-60.

CONSTANTINESCO (V.), « Le principe de subsidiarité : un passage obligé vers l'Union européenne », in *L'Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 35-45.

CONSTANTINESCO (V.), « Europe fédérale ou fédération d'États-nations ? », in DEHOUSSE (F.) (dir.), *Une Constitution pour l'Europe ?*, Paris, Presses de Science Po, 2002, pp. 115-149.

CORNU (G.), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit civil français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, Dalloz, t. 14, 1965, pp. 87-133.

- COUDERT (P.), « La discrimination à rebours en droit communautaire : une analyse juridique du comportement discriminatoire des États membres d'un espace économique intégré », *LPA* 2006, n° 166, pp. 8-13.
- COURONNE (V.), « L'autonomie procédurale des États membres de l'Union européenne à l'épreuve du temps », *CDE* 2010, n°3-4, pp. 273-309.
- COUTRON (L.), note sous CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, aff. C-453/00, *RAE* 2003-2004, n°3, pp. 417-434.
- COUTRON (L.), « La revalorisation du juge », *ADE* 2006, pp. 143-174.
- COUTRON (L.), « La revanche de *Kühne* ? A propos de l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTDE* 2009, pp. 69-90.
- COUTRON (L.), « L'identification du revirement en droit de l'Union européenne et la normativité de la jurisprudence », in CARPANO (E.) (dir.), *Le revirement de jurisprudence en droit européen*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 69-89.
- COUTRON (L.), « La pratique de la motivation par la Cour de justice », *Revue Lamy Droit Civil* 2012, n°89, p. 74.
- COUTRON (L.), « La consécration prometteuse d'une nouvelle hypothèse de réexamen d'un acte administratif définitif non contesté en justice », *RTDE* 2013, pp. 304-311.
- COUTRON (L.), « L'irénisme des cours européennes. Rapport introductif », in COUTRON (L.) (dir.), *L'obligation de renvoi préjudiciel à la Cour de justice : une obligation sanctionnée ?*, Bruxelles, Bruylant, 2014, pp. 13-58.
- COUTRON (L.), « L'héritage de l'arrêt *UPA* », *AJDA* 2014, pp. 548-556.
- COUTRON (L.), « La motivation des questions préjudicielles », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finances de l'Université du Luxembourg », 2015, pp. 101-155.
- COUTRON (L.), « Retour fataliste aux fondements de l'invocabilité des directives », *RTDE* 2015, pp. 39-62.
- COUTRON (L.), « Compatibilité avec le droit de l'Union de l'interdiction de présenter des moyens nouveaux en cassation : la réponse en clair-obscur de la Cour de justice », *RTDE* 2017, pp. 383-385.
- COUTRON (L.), « Impossibilité de qualifier de "juridiction nationale" au sens de l'article 267 TFUE les greffiers des tribunaux espagnols en matière de violence envers les femmes », *RTDE* 2017, pp. 408-410.
- COUTRON (L.), « Les instruments de l'effectivité : la sanction (juridictionnelle) de la norme », in BOUVERESSE (A.) et RITLÉNG (D.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 161-190.
- CRAIG (P.), « Competence and Member State Autonomy : Causality, Consequence and Legitimacy », in MICKLITZ (H.-W.) et DE WITTE (B.) (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 11-34.
- CRUZ VILAÇA (J. L. DA), « Le principe de l'effet utile du droit de l'Union dans la jurisprudence de la Cour », in *La Cour de justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 279-306.
- DARMON (M.) et HUGLO (J.-G.), « La formation des juges en droit communautaire », in

Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 303-312.

DAVID (R.), « Le Droit Continental, la “Common Law” et les Perspectives d’un “Jus Commune” Européen », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d’un droit commun de l’Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 113-135.

DAVID (E.), « L’État-communautaire », in ECKERT (G.), GAUTIER (Y.), KOVAR (R.) et RITLENG (D.) (dir.), *Incidences du droit communautaire sur le droit public français*, Strasbourg, Presses Universitaires de Strasbourg, 2007, pp. 13-37.

DAVOUDET (E.) et EL ARJOUN (O.), « Action en restitution de l’article L. 190 du LPF : deux réformes et de nombreuses interrogations », *Rev. Droit fiscal* 2014, n°21, 334, pp. 9-14.

DEBBASCH (C.), « L’influence du processus d’intégration communautaire sur les administrations nationales », in *L’Europe et le Droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 113-137.

DE BEYS (J.), « Le droit européen est-il applicable aux situations purement internes ? À propos des discriminations à rebours dans le marché unique », *JTDE* 2001, n°80, pp. 137-144.

DEBOUY (C.), « Intégration communautaire et pratique procédurale du juge administratif français », *JCP G*, n°42, 1992, I, 3616, pp. 437-445.

DE BRUYCKER (P.), « Le corps européen des gardes-frontières, les limites d’une nouvelle forme d’agence européenne », *RFDA* 2017, pp. 922-928.

DE CECCO (F.), « Room to Move – Minimum Harmonization and Fundamental Rights », *CMLR* 2006, n°43, pp. 9-30.

DEHOUSSE (F.), « Les États membres, le Conseil et la Commission », in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6e colloque de l’IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège/La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège / Martinus Nijhoff, 1973, pp. 117-172.

DELCOURT (C.), « The *Acquis Communautaire* : Has the Concept Had Its Day ? », *CMLR* 2001, n°38, pp. 829-870.

DELICOSTOPOULOS (J.) et SZYSZCZAK (E. M.), « Intrusions into national procedural autonomy : the French paradigm », *ELR* 1997, n°22/2, pp. 141-149.

DELLIS (G.), « Le droit au juge comme élément de la problématique sur la protection des droits fondamentaux au sein de l’ordre juridique communautaire », *Rev. Eur. Droit public*, 2001, n°1, pp. 279-332.

DERO-BUGNY (D.), « Les principes de sécurité juridique et de protection légitime », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 651-669.

DE WITTE (B.), « The Impact of *Van Gend en Loos* on Judicial Protection at European and National Level : Three Types of Preliminary Question », in *Le 50^e anniversaire de l’arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)*, colloque organisé à la Cour de justice de l’Union européenne, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 93-101.

DIBOUT (P.), « La restitution des taxes perçues en violation d’une directive communautaire et la prescription », *Rev. Droit fiscal* 1998, n°11, 100113.

DIBOUT (P.) « Incompatibilité avec une convention internationale n’est pas non-

conformité. Précision sur le champ d'application de l'article L. 190, al. 3 à 5 du LPF », *Rev. Droit fiscal* 2010, n°45, comm. 554.

DIEU (F.), « La responsabilité de l'État français du fait des lois inconventionnelles », *CDE* 2007, n°1-2, pp. 255-286.

DIMITRIOU (D.), « Article 16. Conformité/Compliance », in DUBOUT (E.) (dir.), *Directive 2000/78 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 367-376.

DONNAT (F.), « Stabilité des situations juridiques : la jurisprudence du Conseil d'État vue dans le prisme de celle de la Cour de justice des Communautés européennes », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 281-291.

DONNAT (F.), « Abandon de la jurisprudence *Septfonds* : le droit de l'Union en demandait-il tant ? », *D.* 2011, pp. 3046-3052.

DONNY (M.), « Les discriminations fondées sur la nationalité dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes », in DARDENNE (E.), MAGNETTE (P.) et WEYEMBERGH (A.) (dir.), *Union européenne et nationalités*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 45-62.

DOUGAN (M.), « Minimum Harmonization and the Internal Market », *CMLR* 2000, n°37, pp. 853-885.

DOUGAN (M.), « The vicissitudes of life at the coalface : remedies and procedures for enforcing Union law before the national courts », in CRAIG (P.) et BÚRCA (G. DE) (dir.), *The evolution of EU law*, Oxford, Oxford University Press, 2e édition, 2011, pp. 407-438.

DOUGLAS-SCOTT (S.), « The European Union and Fundamental Rights », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 383-422.

DUBEY (B.), « Administration indirecte et fédéralisme d'exécution en Europe », *CDE* 2003, n°1-2, pp. 87-133.

DUBOS (O.), « L'invocabilité d'exclusion des directives : une autonomie enfin conquise », *RFDA* 2003, pp. 568-575.

DUBOS (O.), « Quel statut personnel pour les ressortissants des États tiers ? », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 83-94.

DUBOS (O.), « Adaptation européenne des législations nationales et système juridique étatique : quelle alchimie ? », *LPA* 2004, n°198, pp. 6-14.

DUBOS (O.), « L'Union européenne : Sphinx ou énigme ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, pp. 29-56.

DUBOS (O.), « Le déploiement de recours de troisième type », *JCP A* 2004, n°21, 1349.

DUBOS (O.), « Les circulaires au service de la bonne application du droit communautaire : obligations et pouvoirs de l'administration », *Lexbase Hebdo – ed. Publique*, 2006, n°9.

DUBOS (O.), « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale du juge national ? Histoire de l'attribution d'une compétence au nom de l'effectivité et de l'efficacité du droit de l'Union », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finances

de l'Université du Luxembourg », 2015, pp. 159-181.

DUBOS (O.), « L'Union européenne et la procédure administrative nationale : des compétences étriquées et intriquées », *Journal du Droit Administratif (JDA)*, 2016, Dossier 02 « Les relations entre le public & l'administration », SAUNIER (S.), CROUZATIER-DURAND (F.) & ESPAGNO-ABADIE (D.) (dir.), Art. 81 (lien : <http://www.journal-du-droit-administratif.fr/?p=1036> ; consulté le 6 février 2017).

DUBOS (O.), « L'effet utile et l'effectivité dans l'Union européenne : identification normative », in BOUVERESSE (A.) et RITLÉNG (D.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 49-62.

DUBOS (O.) et GAUTIER (M.), « Actes communautaires d'exécution », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 181-200.

DUBOUIS (L.), « À propos de deux principes généraux du droit communautaire », *RFDA*, 1988, pp. 691-701.

DUBOUIS (L.), « La responsabilité de l'État pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire », *RFDA* 1992, pp. 1-9.

DUBOUIS (L.), « La responsabilité de l'État législateur pour les dommages causés aux particuliers par la violation du droit communautaire et son incidence sur la responsabilité de la Communauté », *RFDA* 1996, pp. 583-595.

DUBOUIS (L.), « France », in RIDEAU (J.) (dir.), *Les États membres de l'Union européenne, adaptations, mutations, résistances*, Paris, LGDJ, 1997, pp. 215-237.

DUBOUIS (L.), « Introduction », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 7-15.

DUBOUT (E.), « Le “contentieux de la troisième génération” ou l'incomplétude du système juridictionnel communautaire », *RTDE* 2007, pp. 427-443.

DUBOUT (E.), « Être ou ne pas être (du droit) ? Effectivité et champ d'application du droit de l'Union européenne », in BOUVERESSE (A.) et RITLÉNG (D.) (dir.), *L'effectivité du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 87-119.

DUBOUT (E.) et NABLI (B.), « L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne », *RFDA* 2010, pp. 1021-1034.

DUBOUT (E.), « Entrave et discrimination », in AZOULAI (L.) (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruxelles Bruylant, 2011, pp. 137-168.

DUBOUT (E.), « La primauté du droit de l'Union et le passage au pluralisme constitutionnel. Réflexions autour de l'arrêt *MAS et MB* », *RTDE* 2018, pp. 563-86.

DUBOUT (E.), « Le Conseil d'État, gardien de la sécurité », *RDLF* 2021, chron. 18

DUE (O.), « La protection juridictionnelle dans les Communautés européennes », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 855-864.

DUMON (F.), « La jurisprudence de la Cour de justice. Examen critique des méthodes d'interprétation », in *Rencontre judiciaire et universitaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, Cour de justice des Communautés européennes, 1976, III, pp. 1-154.

DUPONT-LASSALLE (J.), « La “subsidiarité juridictionnelle”, instrument de l'intégration communautaire ? », *Droit et société*, 2012/1 (n°80), pp. 47-71.

- DURANT (C.-F.), « La mise en œuvre du principe de subsidiarité », in DELPEREE (F.) (dir.), *Le principe de subsidiarité*, Paris / Bruxelles, LGDJ / Bruylant, 2002, pp. 367-373.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) et SYNGELLAKIS (A.), « L'application du droit communautaire par les juridictions britanniques (1984-1986) », *RTDE* 1986, pp. 435-455.
- DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.), « Conclusions », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 179-186.
- EBKE (W. B.), « Les techniques contentieuses d'application du droit dans les Communautés européennes », *RTDE* 1986, pp. 209-230.
- EECKHOUT (P.), « EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question », *CMLR* 2002, n°39, pp. 954-994.
- EILMANSBERGER (T.), « Relationship between Rights and Remedies in EC Law : In Search in the Missing Link », *CMLR* 2004, n°41, pp. 1199-1246.
- FABBRINI (F.), « The Principle of Subsidiarity », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Vol. I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 221-242.
- FALLON (M.) et MARTIN (D.), « Dessine-moi une discrimination... », *JDE* 2010, n°170, pp. 165-173.
- FARTUNOVA (M.), « La coopération loyale vue sous le prisme de la reconnaissance mutuelle : quelques réflexions sur les fondements de la construction européenne », *CDE* 2016, n°1, pp. 193-219.
- FARTUNOVA-MICHEL (M.) et MARZO (C.), « La notion de reconnaissance mutuelle : entre confiance et équivalence », in FARTUNOVA-MICHEL (M.) et MARZO (C.) (dir.), *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 13-56.
- FAURE (B.), « Le Conseil d'État et le pouvoir réglementaire des collectivités territoriales », *AJDA* 2013, pp. 2240-2246.
- FEILHES (L.), « TVA, Italie et sanction pénale : le cocktail dangereux à nouveau désamorcé par la Cour de justice », *RAE* 2018, n°2, pp. 353-363.
- FEVRIER (J.-M.), « La jurisprudence communautaire et le contentieux administratif du sursis à exécution », *AJDA* 1995, pp. 867-874.
- FINES (F.), « Subsidiarité et responsabilité », *RAE* 1998, n°1-2, pp. 95-101.
- FLYNN (L.), « Whatever Happened to Emmott ? The Perfecting of Community Rules on National Time-Limits », in KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.) et SKIDMORE (P.) (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 51-67.
- FLYNN (L.), « When national procedural autonomy meets the effectiveness of Community law, can it survive the impact ? », *ERA Forum*, 2008, n°2, pp. 245-258.
- FORIERS (P.), « Les lacunes du droit », in LEBEN (C.) (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1968, pp. 9-29.
- FOUQUET (O.), « Droit des fusions transfrontalières européennes : le législateur français a mal interprété le droit dérivé et le droit primaire de l'Union », *RTD Com.* 2017, pp. 733-738.
- FONTENELLE (L. DE), « La déclaration d'inconstitutionnalité d'une imposition n'ouvre

pas un nouveau délai de réclamation », *AJDA* 2019, pp. 1301-1303.

FRANCHINI (C.), « Les notions d'administration indirecte et de coadministration », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 335-355.

FROMONT (L.) et VAN WAEYENBERGE (A.), « La protection juridictionnelle effective en Europe ou l'histoire d'une procession d'Echternach », *CDE* 2015, n°1, pp. 113-150.

FROMONT (M.), « Le principe de sécurité juridique », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 178-184.

GARCÍA DE ENTERRÍA (E.), « The Extension of the Jurisdiction of National Administrative Courts by Community Law : the Judgement of the Court of Justice in *Borelli* and Article 5 of EC Treaty », *YEL*, n°13, 1993, pp. 19-37.

GARCIA DE ENTERRIA (E.), « Perspectives d'évolution des justices administratives dans le cadre européen », *DA* 2001, chn. 6.

GARCIA URETA (A.), « La Commission européenne », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 119-147.

GARRONNE (P.), « La discrimination indirecte en droit communautaire : vers une théorie générale », *RTDE* 1994, pp. 425-449.

GAUDEMMENT-TALON (H.), « De nouvelles fonctions pour l'équivalence en droit international privé ? », in *Le droit international privé : esprit et méthodes. Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, Paris, Dalloz, 2005, pp. 303-325.

GAUDIN (H.), « Les principes d'interprétation de la Cour de justice des Communautés Européennes et la subsidiarité », *RAE* 1998, n°1-2, pp. 10-27.

GAUDIN (H.), « Diversité et évolution des champs d'application en droit communautaire », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 7-20.

GAUDIN (H.), « Un ordre juridique propre : l'affirmation de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire », *ADE* 2007, vol. 5, pp. 3-28.

GAUTIER (M.) et MELLERAY (F.), « Le champ d'application matériel, limite à la primauté du droit communautaire », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 27-36.

GAUTIER (M.), « QPC et droit communautaire. Retour sur une tragédie en cinq actes », *DA* n°10, Octobre 2010, étude 19.

GAUTIER (M.), « Discriminations à rebours, une espèce à protéger », in FINES (F.), GAUTHIER (C.) et GAUTIER (M.) (dir.), *La non-discrimination entre européens*, Paris, Pédone, 2012, pp. 145-160.

GAUTIER (Y.), « L'État membre et l'exécution du droit communautaire », in DUPRAT (G.) (dir.), *L'Union européenne. Droit, politique, démocratie*, Paris, PUF, 1996, pp. 39-79.

GAUTRON (J.-C.), « Un ordre juridique autonome et hiérarchisé », in RIDEAU (J.) (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 25-64.

GAZIN (F.), « L'étendue du versement des sommes dues par les États en violation du droit de l'Union européenne : le beurre et l'argent du beurre au service de l'efficacité du droit », *Rev. UE* 2013, pp. 475-480.

GENEVOIS (B.), « L'application du droit communautaire par le Conseil d'État », *RFDA*

2009, pp. 201-213.

GENEVOIS (B.), « Le contrôle *a priori* de constitutionnalité au service du contrôle *a posteriori* », *RFDA* 2010, pp. 1-14.

GENEVOIS (B.), « Retour sur le dialogue des juges », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 1809-1821.

GEORGOPOULOS (T.), « Les catégories juridiques du contentieux administratif », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 777-789.

GERVASONI (S.), « La Cour de justice et le dialogue des juges », in LICHIERE (F.), POTVIN-SOLIS (L.) et RAYNOUARD (A.) (dir.), *Le dialogue entre les juges européens et nationaux : incantation ou réalité ?*, Bruxelles, Nemesis-Bruylant, 2004, pp. 145-152.

GILLIAUX (P.), « Constitutionnalité et conformité au droit de l'Union. Question de priorité », *JDE* 2010, n°173, pp. 269-275.

GIRERD (P.), « Les principes d'équivalence et d'effectivité : encadrement ou désencadrement de l'autonomie procédurale des États membres ? », *RTDE* 2002, pp. 75-102.

GODECHOT-PATRIS (S.), « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des systèmes », *Revue critique de droit international privé* 2010, pp. 271-313.

GOFFIN (L.), « A propos des principes régissant la responsabilité non contractuelle des États membres en cas de violation du droit communautaire », *CDE* 1997, pp. 531-552.

GREMAUD (W.), « Le positivisme de René Chapus », *RFDA* 2019, pp. 361-368.

GREVISSE (F.) et BONICHOT (J.-C.), « Les incidences du droit communautaire sur l'organisation et l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 297-310.

GREVISSE (F.), COMBREXELLE (J.-D.) et HONORAT (E.), « Responsabilité extracontractuelle de la Communauté et des États membres dans l'élaboration et dans la mise en œuvre du droit communautaire : compétences respectives de la Cour de justice des Communautés européennes et des juridictions nationales », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 933-952.

GREWE (C.) et RUIZ FABRI (H.), « La situation respective du droit international et du droit communautaire dans le droit constitutionnel des États », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 251-282.

GUASTAFERRO (B.), « Sincere Cooperation and Respect for National Identities », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 350-382.

GUILLOUD (L.), « Les concours de responsabilités entre le droit national et le droit de l'Union », *Responsabilité civile et assurances*, février 2012, n°2, dossier 4.

GUYOMAR (M.), « La recherche de l'harmonie entre normes internes et européennes : repenser l'équivalence », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 587-592.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), « Sanction nationale du droit communautaire : “sanctions effectives, proportionnées et dissuasives” », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*,

Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 205-223.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), « Les États et le respect du droit communautaire par leurs sujets de droit : mécanismes de droit administratif (contrôles et sanctions) », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 991-1006.

HAGUENAU-MOIZARD (C.), « Les bienfaits de la défiance mutuelle dans l'Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice », in *Europe(s), Droit(s) Européen(s). Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 223-240.

HARLOW (C.), « Codification of EC Administrative Procedures ? Fitting the Foot to the Shoe or the Shoe to the Foot », *ELJ* 1996, vol. 2, pp. 3-25.

HARLOW (C.), « A Common European Law of Remedies ? », in KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.) et SKIDMORE (P.) (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 69-83.

HATZOPOULOS (V.), « Des marchés publics à la délivrance des autorisations. *Spill-over all over ?* », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, I.E. Peter Lang, 2013, t. 1, pp. 325-338.

HATZOPOULOS (V.), « Le principe de reconnaissance mutuelle dans la libre prestation des services », *CDE* 2010, n°1-2, pp. 47-93.

HATZOPOULOS (V.), « Du principe de non-discrimination (au niveau européen) au principe de la bonne administration (au niveau national) ? », *CDE* 2016, n°1, pp. 311-336.

HESS (B.), « L'office du juge dans les litiges impliquant des consommateurs. Une situation spécifique ? », in CHAINAIS (C.) *et al.* (dir.), *L'office du juge. Études de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 113-125.

HERVOUËT (F.), « L'immédiateté du droit de l'Union européenne », *Politeia*, n°25, 2014, pp. 155-169.

HEUKELS (T.) et TIB (J.), « Towards Homogeneity in the Field of Legal Remedies : Convergence and Divergence », in BEAUMONT (P.), LYONS (C.) et WALKER (N.) (dir.), *Convergence and Divergence in European Public Law*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2002, pp. 111-128.

HONORAT (E.) et SCHWARTZ (R.), « Chronique générale de jurisprudence administrative française », à propos de la décision CE, Sect., 11 janvier 1991, *S.A. Morgane*, *Rec. p. 9*, *AJDA* 1991, pp. 111-113.

HOUYET (Y.), « Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *JDE* 2008, n°153, pp. 257-264.

HOUYET (Y.), « L'application d'office du droit de l'Union européenne par les juges nationaux », *JDE* 2010, n°167, pp. 69-76.

HOUYET (Y.), « Une nouvelle restriction à l'intangibilité des décisions administratives nationales : l'obligation de réexamen des actes administratifs dont le caractère définitif implique la perpétuation de la violation du droit européen », *RAE* 2013, n°3, pp. 533-542.

HOUYET (Y.), « L'équivalence entre les normes de droit de l'Union européenne et les règles nationales d'ordre public », *JDE* 2017, n° 244, pp. 391-394.

HUBEAU (F.), « La répétition de l'indu en droit communautaire », *RTDE* 1981, pp. 442-

470.

HUBEAU (F.), « L'exception d'ordre public et la libre circulation des personnes en droit communautaire », *CDE* 1981, pp. 207-256.

HUGLO (J.-G.), « La répétition de l'indu communautaire dans la jurisprudence de la Cour de cassation française », *RTDE* 1995, pp. 1-10.

IDOT (L.), « Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (règlement 1/2003 et projets de textes d'application) », *CDE* 2003, n°3-4, pp. 283-371.

IDOT (L.), « Le règlement 1/2003 : vers une fédéralisation, une communautarisation, ou une renationalisation du droit de la concurrence ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Etudes en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pédone, 2004, pp. 117-135.

IDOT (L.), « La Cour de justice précise le principe d'autonomie procédurale et, par voie de conséquence, la place du droit national dans la mise en œuvre des articles 101 et 102 du TFUE », *Rev. des contrats* 2011, n°4, pp. 1201-1207.

ILIOPOULOU (A.), « Les catégories du droit de la responsabilité de la puissance publique », in AUBY (J.-B.) (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 791-812.

ILIOPOULOU-PENOT (A.), « Le principe d'égalité et de non-discrimination », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 595-623.

IONESCU (R. N.), « L'abus de droit en droit de l'Union européenne », in KESSEDIAN (C.) (dir.), *L'autonomie en droit européen*, Paris, Ed. Panthéon-Assas, 2013, pp. 207-222.

ISAAC (G.), « La condamnation du régime français de publicité pour boissons alcooliques », *RTDE* 1983, pp. 470-485.

JACOBS (F. G.), « Remedies in national courts for the enforcement of Community rights », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 969-983.

JACOBS (F. G.), « Enforcing Community Rights and Remedies : The Changing Approach of the Court of Justice », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1997, pp. 25-36.

JACOT GUILLARMOD (O.), « Autonomie procédurale des États (articles 6, 13, 35 et 46 CEDH) : de l'apport possible de la jurisprudence de Luxembourg à celle de Strasbourg », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne. Mélanges à la mémoire de Rolv Ryssdal*, Cologne, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 617-633.

JACKSON (V. C.), « Fédéralisme – Normes et territoires », trad. MASTOR (W.), in TROPER (M.) et CHAGNOLLAUD (D.) (dir.), *Traité international de droit constitutionnel*, Paris, Dalloz, t. 2, 2012, pp. 5-52.

JACQUE (J.-P.), « L'éternel retour. Réflexions sur la comitologie », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 211-224.

JACQUE (J.-P.), « L'importance d'un droit administratif européen vue de l'Union européenne », in SCHWARZE (J.) (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 33-44.

JACQUE (J.-P.), « La Cour de justice face à l'article 51 de la Charte des droits fondamentaux. Timidité ou perspectives d'ouverture », in *Les dimensions internes et externes*

du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, t. 1, pp. 211-228.

JACQUE (J.-P.), « Pouvoir législatif et pouvoir exécutif dans l'Union européenne », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 43-67.

JACQUE (J.-P.), « La Commission européenne après Lisbonne : déclin ou changement de paradigme ? », in *Europe(s), Droit(s) européen(s), une passion d'universitaire. Liber amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 241-266.

JAUREGUIBERRY (A.), « La discrimination à rebours devant le juge national », *RTDE* 2017, pp. 39-57.

JEAMMAUD (A.), « Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? », in *Vers un code européen de la consommation*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 35-55.

JOHANNES (H.), « Le droit pénal et son harmonisation dans les Communautés Européennes », *RTDE* 1971, pp. 315-352.

JORDA (J.), « L'art d'exécuter le droit communautaire – Une lecture de la comitologie – », in *L'Union européenne : Union de droit, Union des droits. Mélanges en l'honneur de Philippe Manin*, Paris, Pedone, 2010, pp. 271-282.

JOUANJAN (O.), « Réflexions sur l'égalité devant la loi », *Droits* 1992, n°16, pp. 131-139.

JOUANJAN (O.), « Le Conseil constitutionnel, gardien de l'égalité ? », *Jus Politicum* 2012, vol. 4, pp. 157-171.

JOUANJAN (O.), « Logiques de l'égalité », *NCCC* 2020, n°4.

KAHN-FREUND (O.), « Common Law and Civil Law – Imaginary and Real Obstacles to Assimilation », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 137-168.

KAKOURIS (C. N.), « La relation de l'ordre juridique communautaire avec les ordres juridiques des États membres », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 319-345.

KAKOURIS (C. N.), « Existe-t-il une "autonomie" procédurale judiciaire des États membres ? », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 159-179.

KAUFMANN (S.), « Le *Bundesverfassungsgericht* et les limites à la primauté du droit de l'Union. Confrontation ou complémentarité dans l'intégration européenne ? », *RTDE* 2017, pp. 59-73.

KILPATRICK (C.), « The Future of Remedies in Europe », in KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.) et SKIDMORE (P.) (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 1-31.

KNAPP (B.), « Le fédéralisme », *Rev. Droit suisse*, 1984, II, pp. 275-430.

KOOPMANS (T.), « La procédure préjudicielle – victime de son succès ? », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 347-357.

KORNEZOV (A.), « Res Judicata of National Judgments Incompatible with EU Law: Time for a Major Rethink », *CMLR* 2014, n°51, pp. 809-842.

- KORTENBERG (H.), « Comitologie : le retour », *RTDE* 1998, pp. 317-328.
- KOUOMOU SIMO (L.), « Déclaration d'inconstitutionnalité et réouverture du délai de réclamation en matière fiscale : l'embarras du Conseil d'État ? », *Constitutions* 2019, pp. 101-106.
- KOVAR (R.), « L'effectivité interne du droit communautaire », in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6e colloque de l'IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège/La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège / Martinus Nijhoff, 1973, pp. 201-234.
- KOVAR (R.), « Voies de droit ouvertes aux individus devant les instances nationales en cas de violation des normes et décisions du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européen*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 245-283.
- KOVAR (R.), « Droit communautaire et droit procédural national », *CDE* 1977, pp. 230-244.
- KOVAR (R.), « Note sur les critères du droit communautaire non directement applicable », in *Mélanges Fernand Debousse. La construction européenne*, Paris / Bruxelles, Fernand Nathan/ Labor, 1979, vol. 2, pp. 227-233.
- KOVAR (R.), « Observations sur l'intensité normative des directives », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 359-372.
- KOVAR (R.), « Le droit national d'exécution du droit communautaire : essai d'une théorie de l'«écran communautaire» », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 341-347.
- KOVAR (R.), « Le contrôle de la légalité des actes nationaux en droit communautaire », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruylant, 1997, pp. 143-176.
- KOVAR (R.), « L'emprise du droit communautaire sur le régime du retrait des actes administratifs nationaux », in *Renouveau du droit constitutionnel. Mélanges en l'honneur de Louis Favoren*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 767-793.
- KOVAR (R.), « La qualification des actions visant à obtenir réparation des préjudices résultant de mesures fiscales nationales contraires au droit communautaire », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 363-380.
- KROMMENDIJK (J.), « Is There Light on the Horizon: The Distinction between Rewe Effectiveness and the Principle of Effective Judicial Protection in Article 47 of the Charter after *Orizzonte* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1395-1418.
- LABAYLE (H.), « L'effectivité de la protection juridictionnelle des particuliers », *RFDA* 1992, pp. 619-642.
- LABAYLE (H.), « La protection des intérêts financiers de la Communauté », *Europe* 1995, n°3, chron. 4.
- LABAYLE (H.), « L'ouverture de la jarre de Pandore, réflexions sur la compétence de la Communauté en matière pénale », *CDE* 2006, n°3-4, pp. 379-428.
- LABAYLE (H.), « Architecte ou spectatrice ? La Cour de justice dans l'Espace de liberté, sécurité et justice », *RTDE* 2006, pp. 1-46.
- LABAYLE (H.), « La confiance mutuelle dans l'Espace de Liberté, Sécurité et Justice »,

Grenzüberschreitendes Recht. Festschrift für Kay Hailbronner, Hambourg, C.F. Müller, 2013, pp. 153-168.

LABAYLE (H.), « Du dialogue des juges à la diplomatie judiciaire entre juridictions constitutionnelles : la saga *Taricco* devant la Cour de justice », *RFDA* 2018, pp. 521-529.

LAGRANGE (M.), Intervention, in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri Capitant, Paris, Dalloz, t. 14, 1965, pp. 427-428.

LAGRANGE (M.), « Les obstacles constitutionnels à l'intégration européenne », *RTDE* 1969, pp. 240-254.

LAMBLIN-GOURDIN (A.-S.), « Ordre juridique de l'Union et droits fédératifs des individus », in BARBATO (J.-C.) et PETIT (Y.) (dir.), *L'Union européenne, une Fédération plurinationale en devenir ?*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 205-251.

LE BARBIER-LE BRIS (M.), « Les principes d'autonomie institutionnelle et procédurale et de coopération loyale. Les États membres de l'Union européenne, des États pas comme les autres », in *Le droit de l'Union européenne en principes – Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Rennes, Éditions Apogée, 2006, pp. 419-457.

LE BAUT-FERRARESE (B.), « Dans quelle situation le droit de l'Union européenne trouve-t-il à s'appliquer en droit interne ? », *LPA* 2005, n°97, pp. 4-9.

LE CHATELIER (G.), « Les incidences du droit communautaire sur le droit du contentieux administratif », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 97-101.

LE BAUT-FERRARESE (B.), « Le juge judiciaire acteur de l'intégration normative dans le cadre de l'autonomie procédurale nationale », *RTDE* 2014, pp. 438-440.

LEBEN (C.), « Le Conseil constitutionnel et le principe d'égalité devant la loi », *RDP* 1982, pp. 296-353.

LEBEN (C.), « À propos de la nature juridique des Communautés européennes », in *L'Europe et le droit, Droits*, n°14, 1991, pp. 61-72.

LECOURT (R.), « Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 349-361.

LENAERTS (K.), « L'égalité de traitement en droit communautaire », *CDE* 1991, pp. 3-41.

LENAERTS (K.), « Some Reflections on the Separation of the Powers in the European Community », *CMLR* 1991, n°11, pp. 11-35.

LENAERTS (K.), « Regulating the Regulatory Process : "delegation of powers" in the European Community », *ELR* 1993, n°18, pp. 23-49.

LENAERTS (K.), « De quelques principes généraux du droit de la procédure devant le juge communautaire », in *Mélanges en hommage à Jean-Victor Louis*, Bruxelles, Éditions de l'Université de Bruxelles, 2003, pp. 241-261.

LENAERTS (K.) et VERHOEVEN (A.), « Towards a Legal Framework for Executive Rule-Making in the EU : The Contribution of the New Comitology Decision », *CMLR* 2000, n°37, pp. 645-686.

LENAERTS (K.) et CORTHAUT (T.), « Of birds and hedges : the role of primacy in invoking norms of EU law », *ERL* 2006, n°31, pp. 287-315.

- LENAERTS (K.), « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 421-442.
- LENAERTS (K.) et GUTIERREZ-FONS (J. A.), « L'autonomie conceptuelle de la citoyenneté de l'Union », in *Les dimensions internes et externes du droit européen à l'épreuve. Liber Amicorum Paul Demaret*, Bruxelles, P.I.E. Peter Lang, 2013, t. 1, pp. 93-108.
- LENAERTS (K.), « The decentralised Enforcement of EU Law : The Principles of Equivalence and Effectiveness », in *Scritti in onore di Giuseppe Tesaurò*, Naples, Editoriale Scientifica, t. 2, 2014, pp. 1057-1085.
- LEWIS (X.), « L'influence du droit communautaire sur le droit administratif anglais », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, AJDA 1996, n° spécial, pp. 124-128.
- LIMPENS (J.), « Les facteurs propices à l'éclosion et au développement d'un droit commun européen », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 75-94.
- LINDITCH (F.), « Contentieux de la commande publique, la CJUE ne connaît pas la jurisprudence Smirgeomes ? », *JCP A*, 14 juin 2021, n°24, 2185, pp. 27-29.
- LOPEZ-ESCUADERO (M.), « Autonomie procédurale des États membres et lutte contre la fraude aux intérêts financiers de l'Union européenne », in BERLIN (D.), MARTUCCI (F.) et PICOD (F.) (dir.), *La fraude et le droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 103-126.
- LOUIS (J.-V.), « Le règlement, source directe d'unification des législations », in *Les instruments du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne*, Bruxelles, Ed. Université de Bruxelles, 1976, pp. 15-35.
- LOUIS (J.-V.), « La primauté du droit communautaire », in *Les recours des individus devant les instances nationales en cas de violation du droit européenne*, Bruxelles, Larcier, 1978, pp. 145-170.
- LOUIS (J.-V.), « La primauté du droit de l'Union, un concept dépassé ? » in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 443-461.
- LUISA (M.) et ESTEBAN (F.), « National Judges and Community Law : The Paradox of Two Paradigms of Law », *MJ* 1997, n° 4, pp. 143-151.
- MAFFEO (A.), « Le système italien de la prescription des poursuites pénales entre Charybde et Scylla », à propos de l'arrêt CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e. a.*, aff. C-105/14, *RAE* 2015, n°3, pp. 589-596.
- MAGNON (X.), « La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne », *RAE* 2011, n°2, pp. 245-251.
- MAGNON (X.), « L'exigence d'un standard de protection des droits fondamentaux : un moyen de pacification des rapports entre les cours suprêmes ? », in FATIN-ROUGE STEFANINI (M.) et SCOFFONI (G.) (dir.), *Existe-t-il une exception française en matière de droits fondamentaux ?*, Aix-en-Provence, PUAM, Cahiers de l'Institut Louis Favoreu, n°2, 2013, pp. 61-69.
- MAGNON (X.), « Souveraineté, identité et Europe : autour des articles 1, 2 et 3 de la Constitution. De l'échec d'une formalisation d'une *souveraineté interne* à une reconnaissance inévitable d'une *souveraineté internationale* de l'État », in GAUDIN (H.) (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 53-71.

- MALENOVSKY (J.), « Sur le passé, le présent et l'avenir du contrôle *ultra vires* », in *La Cour de justice de l'Union européenne sous la présidence de Vassilios Skouris (2003-2015). Liber amicorum Vassilios Skouris*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 427-443.
- MALHIERE (F.), « Le contrôle de l'équivalence des protections des droits fondamentaux : les juges et les rapports de systèmes », *RDP* 2013, n°6, pp. 1523-1556.
- MARCOU (G.), « Le thème de l'Agence et la réforme des administrations centrales », in MOLINIER (J.) (dir.), *Les agences de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. 3-36.
- MARIATTE (F.), « Encadrement de l'autonomie procédurale nationale », note sous CJCE, 16 mai 2000, *Shirley Preston*, Aff. C-78/98, *Europe* 2000, n° 7, comm. 194.
- MARTIN (T.), « Le relevé d'office par le juge européen : le moyen tiré du droit de la violation des droits de la défense est-il d'ordre public ? », *CDE* 2016, n°1, pp. 523-539.
- MARTUCCI (F.), « Situations purement internes et liberté de circulation », DUBOUT (E.) et MAITROT DE LA MOTTE (A.) (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 43-104.
- MARTUCCI (F.), « Les coopérations renforcées, quelques années plus tard : une idée pas si mauvaise que cela ? », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 385-398.
- MARTUCCI (F.), « Situations purement internes et autonomie régionale et locale dans l'Union », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *L'Union européenne et l'autonomie locale et régionale*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 37-69.
- MARTY (M.), « La répression pénale transfrontalière de la fraude à la TVA dans l'Union européenne », in HERBAIN (C.-A.) (dir.), *La fraude à la TVA*, Windhof, Larcier Luxembourg, 2017, pp. 295-327.
- MARZO (C.), « Reconnaissance mutuelle et citoyenneté européenne », in FARTUNOVA-MICHEL (M.) et MARZO (C.) (dir.) *Les dimensions de la reconnaissance mutuelle en droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2018, pp. 13-56
- MASTOR (W.), « Les rapports de systèmes au sein d'un État fédéral : l'exemple des États-Unis », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 1768-1778.
- MAUBERNARD (C.), « Le principe d'égalité de traitement : un principe cardinal du droit de l'Union européenne », *RMCUE* 2010, pp. 373-378.
- MEHDI (R.), « Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence », *RTDE* 1996, pp. 77-100.
- MEHDI (R.), « Le contentieux administratif », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 2000, pp. 143-175.
- MEHDI (R.), « Les retombées de la Communauté de droit dans les États membres », in RIDEAU (J.) (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 377-422.
- MEHDI (R.), « Les moyens d'ordre public dans la procédure contentieuse communautaire », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'honneur de Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 105-119.
- MEHDI (R.), « La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales

à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas lieu... », *RTDE* 2003, pp. 23-50.

MEHDI (R.), « L'exécution nationale du droit communautaire. Essai d'actualisation d'une problématique au cœur des rapports de systèmes », in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, t. 2, pp. 615-637.

MEHDI (R.), « L'autonomie institutionnelle et procédurale et le droit administratif », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 887-936.

MEHDI (R.) et BROSSET (E.), « De quoi le droit de l'Union est-il le nom ? A propos du droit de l'Union en tant que droit commun des États membres », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 669-691.

MELCHIOR (M.), Discussion in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6^e colloque de l'IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège-La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège / Martinus Nijhoff, 1973, pp. 245-250.

MERCADIER-FRANCISCI (M.-F.), « Le vide juridique et ses conséquences institutionnelles en droit communautaire », *RTDE* 1994, pp. 579-608.

MERTENS DE WILMARS (J.), « L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers », *CDE* 1981, pp. 379-409.

MERTENS DE WILMARS (J.), « Réflexions sur le système d'articulation du droit communautaire et du droit des États membres », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 391-408.

MICHEL (V.), « L'ordre juridique étatique : un ordre juridique concurrencé ? La question du principe de reconnaissance mutuelle », *ADE* 2004, pp. 31-50.

MICHEL (V.), « Reconnaissance des diplômes, discrimination à rebours et situation purement interne », note sous CJUE, 21 février 2013, *Ordine degli Ingegneri di Verona e Provincia*, aff. C-111/12, *Europe*, n°4, 2013, comm. 13.

MILLARD (E.), « Hauriou et la théorie de l'institution », *Droit et société*, 1995, n°30-31, pp. 381-412.

MILLET (F.-X.), « Réflexions sur la notion de protection équivalente des droits fondamentaux », *RFDA* 2012, pp. 307-317.

MINET (A.), « Le statut particulier du droit de l'Union européenne en droit français », *RFDA* 2013, pp. 1199-1216.

MODERNE (F.), « Sur le nouveau pouvoir d'injonction du juge administratif », *RFDA* 1996, pp. 43-57.

MODERNE (F.), « À la recherche d'un fondement constitutionnel du principe de protection de la confiance légitime. Du droit communautaire au droit interne », in *Au carrefour des droits. Mélanges en l'hommage à Louis Dubouis*, Paris, Dalloz, 2002, pp. 595-617.

MODERNE (F.), « La question de la primauté du droit de l'Union en Espagne et au Portugal », *RFDA* 2005, pp. 43-50.

MOLINIER (J.), « Les méthodes en droit communautaire », in POILLOT-PERUZZETTO (S.) (dir.), *Vers une culture juridique européenne ?*, Paris, Montchrestien, 1998, pp. 111-120.

MOREAU (J.), « L'influence du développement de la construction européenne sur le droit

français de la responsabilité de la puissance publique », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 408-420.

MORTELMANS (K.), « La discrimination à rebours et le droit communautaire », *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1980, n°1, pp. 1-30.

MORTELMANS (K.), « Les lacunes provisoires en droit communautaire », *CDE* 1981, pp. 410-436.

MOULTON (J.-D.), « Vers la reconnaissance de droits fondamentaux dans le système communautaire ? », in *Les dynamiques du droit européen en début de siècle. Mélanges en l'honneur de Jean-Claude Gautron*, Paris, Pedone, 2004, pp. 462-477.

NAFILYAN (G.), note sous CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe*, aff. 33/76, *RTDE* 1977, pp. 93-99.

NEFRAMI (E.), « L'État membre au service de l'Union européenne », *ADE* 2004, pp. 51-77.

NEFRAMI (E.), « L'exercice en commun des compétences illustré par le devoir de loyauté », in MONJAL (P.-Y.) et NEFRAMI (E.) (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 179-201.

NEFRAMI (E.), « Le principe de coopération loyale comme fondement identitaire de l'Union européenne », *Rev. UE* 2012, pp. 197-203.

NEFRAMI (E.), « Le rôle du juge national dans le renvoi préjudiciel : une marge d'appréciation ? », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finances de l'Université du Luxembourg », 2015, pp. 21-36.

NEFRAMI (E.), « Compétences matérielles et obligations procédurales dans le cadre de la mise en œuvre des accords mixtes : quels enseignements pour la portée de la loyauté ? Réflexions à partir de l'arrêt *Lesoochranaske Zoskupenie* », in *Europe(s), Droit(s) européen(s). Une passion d'universitaire. Liber Amicorum en l'honneur du professeur Vlad Constantinesco*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 425-440.

NEFRAMI (E.), « Principe de coopération loyale et principe d'attribution dans le cadre de la mise en œuvre du droit de l'Union », *CDE* 2016, n°1, pp. 221-251.

NEFRAMI (E.), « La force intégrative du statut de l'État membre dans la fonction juridictionnelle » in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 333-357

NICOLL (W.), « Qu'est-ce que la comitologie ? », *RMC* 1987, pp. 185-187.

NIVARD (C.), « L'ambivalence du traitement jurisprudentiel de la sécurité juridique », *DA* 2010, n°2, étude 3.

NORMAND (J.), « Le relevé d'office des moyens touchant au droit substantiel. Obligation ou faculté ? », *RTD Civ.* 1991, pp. 152-159.

NOURISSAT (C.), « L'égalité en droit communautaire », *L'égalité*, Paris, Dalloz, Archives de philosophie du droit, t. 51, 2008, pp. 195-203.

OBERDORFF (H.), « Des incidences de l'Union européenne et des Communautés européennes sur le système administratif français », *RDP* 1995, pp. 25-49.

OBERDORFF (H.), « La fonction publique de l'Union européenne », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 291-307.

- O'KEEFFE (D.), « Is The Spirit of Article 177 Under Attack ? Preliminary References and Admissibility », in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, vol. 2, pp. 695-729.
- OLIVER (P.), « Le droit communautaire et les voies de recours nationales », *CDE* 1992, n°2-3, pp. 348-374.
- OLIVER (P.), « Joint Liability of the Community and the Member States », in HEUKELS (T.) et McDONELL (A.) (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 285-309.
- OLIVER (P.), « Le règlement 1/2003 et les principes d'efficacité et d'équivalence », *CDE* 2005, n°3-4, pp. 351-394.
- PACTEAU (B.), « La sécurité juridique, un principe qui nous manque ? », *AJDA* 1995, *Hors-série*, pp. 151-155.
- PALLI (B.) et SCHMITT (M.), « L'effectivité de la protection juridictionnelle de la femme enceinte en cas de licenciement », *Droit social* 2010, pp. 334-342.
- PAPADAMAKI (I.), « L'obligation de motivation en droit administratif français sous l'influence du droit de l'Union européenne », *RDP* 2017, n°5, pp. 1245-1272.
- PAPADOPOULOU (R.-E.), « Situations purement internes et droit communautaire : un instrument jurisprudentiel à double tranchant ou une arme à double tranchant », *CDE* 2002, n°1-2, pp. 95-129.
- PAVLOPOULOS (P. B.), « Aspect de la protection juridictionnelle provisoire dans le contentieux administratif. L'influence du droit communautaire européen sur l'ordre juridique hellénique », in *État – Loi – Administration. Mélanges en l'honneur de Epadinondas pp. Spiliotopoulos*, Athènes-Bruxelles, N. Sakkoulas / Bruylant, 1998, pp. 331-372.
- PEERBUX-BEAUGENDRE (Z.), « Autorité de chose jugée et primauté du droit communautaire », *RFDA* 2005, pp. 473-482.
- PELLET (A.), « Vous avez dit “monisme” ? », in *L'architecture du Droit. Mélanges en l'honneur de Michel Troper*, Paris, Economica, 2006, pp. 827-857.
- PERNICE (I.), « The Autonomy of the EU Legal Order – Fifty Years After *Van Gend* », in *Le 50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)*, colloque organisé à la Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 55-80.
- PERRIN (A.), « Que reste-t-il de l'autonomie procédurale des États membres ? (à propos de la décision de la CJCE du 18 juillet 2007, Commission c/ Allemagne) », *RDP* 2008, n°6, pp. 1661-1668.
- PESCATORE (P.), Discussion au rapport CATALANO, in *Droit communautaire et Droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 87-106.
- PESCATORE (P.), « Les objectifs de la Communauté européenne comme principes d'interprétation dans la jurisprudence de la Cour de justice », in *Mélanges W. J. Ganshof van der Meersch*, Bruxelles-Paris, Bruylant/LGDJ, 1972, t. 2, pp. 325-363.
- PESCATORE (P.), « La répartition des compétences entre la Communauté et ses États membres », in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6^e colloque de l'IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège-La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège / Martinus Nijhoff, 1973, pp. 61-93.
- PESCATORE (P.), « L'application du droit communautaire dans les États membres », in *Rencontres judiciaire et universitaire*, Luxembourg, Office des publications officielles des

Communautés européennes, Cour de justice des Communautés européennes, 1976, VI, pp. 1-42.

PESCATORE (P.), « Aspects judiciaires de l'«acquis communautaire» », *RTDE* 1981, pp. 617-651

PESCATORE (P.), « La carence du législateur communautaire et le devoir du juge », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean Constantinesco*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlarg KG, 1983, pp. 559-580.

PETIT (J.), « Autonomie et influence entre les catégories nationales et européennes », in BERTRAND (B.) (dir.), *Les catégories juridiques du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2016, pp. 49-61.

PICKUP (D. M. W.), « Reverse Discrimination and Freedom of Movement for Workers », *CMLR* 1986, n°23, pp. 136-156.

PICOD (F.), « Le droit au juge en droit communautaire », in RIDEAU (J.) (dir.), *Le droit au juge dans l'Union européenne*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 141-170.

PICOD (F.), « La transparence dans la procédure juridictionnelle », in J. RIDEAU (J.) (dir.), *La transparence dans l'Union européenne. Mythe ou principe juridique ?*, Paris, LGDJ, 1998, pp. 147-174.

PICOD (F.), « Le développement de la juridictionnalisation », in RIDEAU (J.) (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit*, Paris, LGDJ, 2000, pp. 261-286.

PICOD (F.), « La coopération juridictionnelle », in AUVRET-FINCK (F.), *L'Union européenne, carrefour de coopérations*, Paris, LGDJ, 2002, pp. 199-232.

PICOD (F.), « Libre circulation et situation interne », *RAE* 2003-2004, n°1, pp. 47-54.

PICOD (F.), « La normativité du droit communautaire », *Cahiers du Conseil constitutionnel*, n°21, 2006, pp. 94-99.

PICOD (F.), « Article I-4 – Libertés fondamentales et non-discrimination », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 78-95.

PICOD (F.), « Article I-29 – La Cour de justice de l'Union européenne », in *Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Architecture constitutionnelle. Commentaire article par article*, Bruxelles, Bruylant, t. 1, 2007, pp. 384-400.

PICOD (F.), « Droit au juge et voies de droit communautaire. Un mariage de raison », in *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, Paris, Pédone, 2010, pp. 907-920.

PICOD (F.), « La Charte doit être respectée dès qu'une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union », à propos de l'arrêt CJUE, 7 mai 2013, *Åkerberg Fransson*, aff. C-617/10, *JCP G* 2013, n°11, p. 550.

PICOD (F.), « Le statut des particuliers, désormais titulaires de droits individuels », in *Le 50^e anniversaire de l'arrêt Van Gend en Loos (1963-2013)*, colloque organisé à la Cour de justice de l'Union européenne, Luxembourg, 13 mai 2013, pp. 81-92.

PICOD (F.), « La Cour de justice de l'Union européenne et les rapports entre les ordres juridiques de l'Union européenne et des États membres », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 995-1010

PICOD (F.), « Article 51. Champ d'application », in PICOD (F.) et VAN DROOGHENBROECK (S.) (dir.), *La Charte des droits fondamentaux. Commentaire article par*

article, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 1059-1082.

PIETRI (M.) et SIMON (D.), « La jurisprudence en matière de répétition de l'indu : confirmations, précisions, infléchissements ? », *Europe* 1998, n°11, chron. 8.

PIETRI (M.), « Répétition de l'indu », note sous CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères SA*, aff. C-88/99, *Europe* 2001, n°1, comm. 12.

PIRIS (J.-C.), « L'Union européenne : vers une nouvelle forme de fédéralisme ? », *RTDE* 2005, pp. 243-260.

PIRIS (J.-C.), « La comitologie : vers l'épilogue d'une longue saga ? », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 547-558.

PISSALOUX (J.-L.), « Réflexions sur les moyens d'ordre public dans la procédure administrative contentieuse », *RDP* 1999, n°3, pp. 781-828.

PLATON (S.), « Le champ d'application des droits du citoyen européen après les arrêts *Zambrano*, *McCarthy* et *Dereci*. De la boîte de Pandore au labyrinthe du Minotaure », *RTDE* 2012, pp. 23-52.

PLATON (S.), « Le principe de protection équivalente. À propos d'une technique de gestion contentieuse des rapports entre systèmes », in POTVIN-SOLIS (L.) (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruxelles, Bruylant, 2012, pp. 463-494.

PLATON (S.), « Le périmètre de l'obligation de respecter les droits fondamentaux en droit de l'Union européenne », in VIAL (C.) et TINIERE (R.) (dir.), *La protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Entre évolution et permanence*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 67-86.

PLATON (S.), « L'autonomie institutionnelle des États membres de l'Union européenne : parent pauvre ou branche forte du principe d'autonomie institutionnelle et procédurale ? », in *Le statut d'État membre de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2017, pp. 461-490.

PLIAKOS (A.), « La fonction communautaire/européenne du juge national remise en question », *Rev. UE* 2011, pp. 79-95.

PLOUVIER (L.), « L'arrêt de la cour constitutionnelle d'Italie du 22 octobre 1975 I.C.I.C. (Industrie Chimiche Italia Centrale) », *RTDE* 1976, pp. 271-294.

POIARES MADURO (M.), « The Scope of European Remedies : The Case of Purely Internal Situation and Reverse Discrimination », in KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.) et SKIDMORE (P.) (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 117-140.

POILLOT (E.), commentaire sous CJUE, 17 mai 2018, *Karel de Grote - Hogeschool Katholieke Hogeschool Antwerpen*, aff. C-147/16, ECLI:EU:C:2018:320, in PICOD (F.) (dir.), *Jurisprudence de la CJUE 2018. Décisions et commentaires*, Bruxelles, Bruylant, 2019, pp. 828-844.

PONGERARD-PAYET (H.), « Répétition de l'indu et responsabilité des États membres : convergences et défis à l'aune de la primauté », *Rev. UE*, 2017, n°3, pp. 65-88.

POPOV (A.), « La complémentarité entre les recours en annulation formés par les particuliers et les renvois préjudiciels en appréciation de validité avant comme après l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne et l'accès au prétoire de l'Union européenne », *CDE* 2012, n°1, pp. 167-194.

POTVIN-SOLIS (L.), « Le respect de l'autonomie institutionnelle et procédurale interne devant le juge communautaire », in BARBATO (J.-C.) et MOUTON (J.-D.), (dir.) *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ? Réflexions à partir des notions d'identité et de solidarité*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 113-156.

POTVIN-SOLIS (L.), « Qualification des situations purement internes », in NEFRAMI (E.) (dir.), *Renvoi préjudiciel et marge d'appréciation du juge national*, Bruxelles, Larcier, coll. « Collection de la Faculté de Droit, d'Économie et de Finance de l'Université du Luxembourg », 2015, pp. 41-99.

POTVIN-SOLIS (L.), « Principe général de non-discrimination et “situations purement interne” », *CDE* 2016, n°1, pp. 337-364.

PRAT (A.), « La différenciation, réponse au trop grand nombre d'États membres ? », in *L'intégration européenne au XXI^e siècle. En hommage à Jacques Bourrinet*, Paris, La Documentation française, 2004, pp. 73-86.

PRATS (Y.), « Incidences des dispositions du traité instituant la Communauté Économique Européenne sur le droit administratif français », *RTDE* 1968, pp. 19-49.

PRECHAL (S.), « EC Requirements for an Effective Remedy », in *Remedies for Breach of EC Law*, Chichester, John Wiley & Sons Ltd, 1997, pp. 3-13.

PRECHAL (S.), « Community Law in National Court : The Lessons from *Van Schijndel* », *CMLR* 1998, n°35, pp. 681-706.

PRECHAL (S.), « Does Direct Effect Still Matter ? », *CMLR* 2000, n°37, pp. 1047-1069.

PRECHAL (S.), « Direct Effect Reconsidered, Redefined and Rejected », in PRINSEN (J. M.) et SCHRAUWEN (A.) (dir.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue, Europa Law Publishing, 2004, pp. 15-41.

PRECHAL (S.), « Member State Liability and Direct Effect : What's the Difference after All ? », *EBLR* 2006, n°17, pp. 299-316.

PRECHAL (S.) et SHELKOPLYAS (N.), « National Procedures, Public Policy and EC Law. From *Van Schijndel* to *Eco Swiss* and Beyond », *Eur. Rev. Private Law*, 2004, n°5, pp. 589-611.

PRECHAL (S.) et WIDDERSHOVEN (R.), « Redefining the Relationship between “Rewe-effectiveness” and Effective Judicial Protection », *Rev. European Public Law*, 2011, n°2, pp. 31-50.

PRECHAL (S.) et WIDDERSHOVEN (R.), « Effectiveness or Effective Judicial Protection : A Poorly Articulated Relationship », in *Today's Multilayered Legal Order : Current, Issues and Perspectives. Liber amicorum in honour of Arjen W.H. Meij*, Zutphen, Paris Legal Publishers, 2011, pp. 283-296.

PREVEDOUROU (E.), « L'influence de l'obligation du recours administratif préalable sur l'action en justice », *RFDA* 1998, pp. 1023-1034.

PUISSOCHET (J.-P.) et GERVASONI (S.), « Droit communautaire et droit national : à la recherche des situations de l'ordre interne », in *Juger l'administration, administrer la justice. Mélanges en l'honneur de Daniel Labetoulle*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 717-732.

RABAUT (H.), « La notion de droit public en droit administratif allemand », *RDP* 1997, pp. 111-142.

RADUCU (I.) et LEVRAT (N.), « Le métissage des ordres juridiques européens (une “théorie impure” de l'ordre juridique) », *CDE* 2007, n°1-2, pp. 111-148.

- REICH (A.), « How Proportionate Is the Proportionality Principle ? », MICKLITZ (H.-W.) et DE WITTE (B.) (dir.), *The European Court of Justice and the Autonomy of Member States*, Cambridge-Antwerp-Portland, Ed. Intersentia, 2012, pp. 83-111.
- REICH (N.), « Competition between Legal Orders : A New Paradigm of EC Law », *CMLR* 1992, n°29, pp. 861-896.
- REMY-CORLAY (P.), « L'influence du droit communautaire sur l'office du juge judiciaire », *RTD Civ.* 2009, pp. 684-688.
- RENOUX (T. S.), « Justice, pouvoir et fonctions judiciaires. À propos de l'eupéanisation de l'autorité judiciaire », in GAUDIN (H.) (dir.), *La Constitution européenne de la France*, Paris, Dalloz, 2017, pp. 247-266.
- RIDEAU (J.), « Le rôle des États membres dans l'application du droit communautaire », *AFDI*, vol. 18, 1972, pp. 864-903.
- RIDEAU (J.), « Le contentieux de l'application du droit communautaire par les pouvoirs publics nationaux », *D.* 1974, pp. 147-156.
- RIDEAU (J.), « L'administration communautaire et l'administration nationale », *AEAP* 1986, pp. 183-208 (reproduit dans *Les États membres de l'Union européenne : adéquations et résistances*, Bruxelles, Bruylant, 2020, pp. 255-284).
- RIDEAU (J.), « La responsabilité de la puissance publique », in *Droits nationaux, droit communautaire : influences croisées. En hommage à Louis Dubouis*, Paris, La Documentation française, 1999, pp. 97-121.
- RIGAUX (A.), « L'arrêt "Brasserie du Pêcheur – Factortame III" : le roi peut mal faire en droit communautaire... », *Europe* 1995, n°5, chron. 5.
- RIGAUX (A.), « Taxes d'effet équivalent et impositions intérieures : du syncrétisme jurisprudentiel au confusionnisme conceptuel ? », *Europe* 2000, n°4, comm. 101.
- RITLÉNG (D.), « L'identification de la fonction exécutive dans l'Union », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 27-51.
- RITLÉNG (D.), « De l'utilité du principe de primauté en droit de l'Union européenne », *RTDE* 2009, pp. 677-698.
- RITLÉNG (D.), « Le retrait des actes administratifs contraires au droit communautaire », in SCHWARZE (J.) (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 251-270.
- RITLÉNG (D.), « La délégation du pouvoir législatif de l'Union européenne », in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, Dalloz, 2010, pp. 559-576.
- RITLÉNG (D.), « L'encadrement des procédures devant le juge national par le droit à un procès équitable », in PICHERAL (C.) (dir.), *Le droit à un procès équitable au sens du droit de l'Union européenne*, Bruxelles, Anthemis-Nemesis, 2012, pp. 103-135.
- RITLÉNG (D.), « Le juge français se veut bon élève de l'Union », *RTDE* 2012, pp. 135-150.
- RITLÉNG (D.), « La nouvelle Frontex : évolution plutôt que révolution », *RTDE*, 2017, pp. 437-456.
- RIVERO (J.), « Apologie des "faiseurs de systèmes" », *D.* 1951, pp. 99-102 (publié in LAUBADERE (A. DE) *et al.*, *Pages de doctrine*, Paris, LGDJ, 1980, pp. 3-10).

- RIVERO (J.), « Le problème de l'influence des droits internes sur la Cour de Justice de la C.E.C.A. », *AFDI*, vol. 4, 1958, pp. 295-308.
- RIVERO (J.), « Les notions d'égalité et de discrimination en droit public français », in *Les notions d'égalité et de discrimination en droit interne et en droit international*, Travaux de l'association Henri CAPITANT, Paris, Dalloz, t. 14, 1965, pp. 343-360.
- RIVERO (J.), « Vers un droit commun européen : nouvelles perspectives en droit administratif », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 389-406.
- ROCCATI (M.), « Quelle place pour l'autonomie procédurale des États membres ? », *Revue internationale de droit économique* 2015, n°4, pp. 429-439.
- RODIERE (P.), « Sur les effets directifs du droit (social) communautaire », *RTDE* 1991, pp. 565-586.
- RODRIGUEZ IGLESIAS (G. C.), « Le droit interne devant le juge international et communautaire », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum Pierre Pescatore*, Baden-Baden, Nomos Verlagsgesellschaft, 1987, pp. 583-600.
- RODRIGUEZ IGLESIAS (G. C.) et KEPPELNE (J.-P.), « L'incidence du droit communautaire sur le droit national », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 517-551.
- RODRIGUEZ IGLESIAS (G. C.), « L'évolution de l'architecture juridictionnelle de l'Union européenne », in *La Cour de justice et la Construction de l'Europe : Analyses et Perspectives de Soixante Ans de Jurisprudence*, La Haye, Asser Press, 2013, pp. 37-48.
- ROSS (A.), « Sur les concepts d'«État» et d'«organes d'État» en droit constitutionnel », *Droits*, 1996, n°23, pp. 131-144.
- ROUX (J.), « Quel statut pour le droit communautaire dans l'ordre juridique national ? », *ADE* 2007, pp. 141-161.
- RUFFERT (M.), « Droit administratif européen », in GONOD (P.), MELLERAY (F.) et YOLKA (P.) (dir.), *Traité de droit administratif*, Paris, Dalloz, 2011, pp. 734-772.
- SACCO (R.), « Droit commun de l'Europe et composantes du droit », in *New perspectives for a common law of Europe – Nouvelles perspectives d'un droit commun de l'Europe*, Londres-Stuttgart-Bruxelles-Florence, Sijthoff/Klett-Cotta/Bruylant/Le Monnier, 1978, pp. 95-109.
- SAFJAN (M.) et DÜSTERHAUS (D.), « A Union of Effective Judicial Protection: Addressing a Multi-level Challenge through the Lens of Article 47 CFREU », *YEL* 2014, vol. 33, pp. 3-40.
- SAFJAN (M.), DÜSTERHAUS (D.) et GUERIN (A.), « La Charte des droits fondamentaux de l'Union et les ordres juridiques nationaux, de la *mise en œuvre* à la *mise en balance* », *RTDE* 2016, pp. 219-247.
- SAURON (J.-L.), « Les réseaux d'administrations nationales et de l'Union européenne », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 401-413.
- SCELLE (G.), « Le droit constitutionnel international », in *Mélanges R. Carré de Malberg*, Vaduz-Paris, Topos Verlag AG/E. Duchemin, 1977, pp. 503-515.
- SCHMIDT-ABMANN (E.), « Les influences réciproques entre les droits administratifs

- nationaux et le droit administratif européen », *Droit administratif et droit communautaire. Des influences réciproques à la perspective d'un droit administratif européen*, *AJDA* 1996, n° spécial, pp. 146-155.
- SCHMIDT-ASSMANN (E.), « Le modèle de l'«administration composée» et le rôle du droit administratif européen », *RFDA* 2006, pp. 1246-1255.f
- SCHMIED (F.), « L'accès des particuliers au juge de la légalité. L'apport de l'arrêt *Unibet* », *JTDE* 2007, n°6, n°140, pp. 166-170.
- SCHNEIDER (H.-P.), « L'exécution des lois fédérales par les Länder : aspects juridiques et financiers », in FROMONT (M.) (dir.), *Les cinquante ans de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, Publications de la Sorbonne, 1999, pp. 65-78.
- SCHOCKWEILER (F.), « La portée du principe de non-discrimination de l'article 7 du traité C.E.E. », *Rivista di diritto europeo* 1991, pp. 3-24.
- SCHOCKMEILER (F.), « La responsabilité de l'autorité nationale en cas de violation du droit communautaire », *RTDE* 1992, pp. 27-50.
- SCHÜTZE (R.), « Le domaine des compétences d'exécution », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2^e édition, 2014, pp. 69-86.
- SCHÜTZE (R.), « Direct Effects and Indirect Effects of Union Law », in SCHÜTZE (R.) et TRIDIMAS (T.) (dir.), *Oxford Principles of European Union Law. Volume I : The European Union Legal Order*, Oxford, Oxford University Press, 2018, pp. 265-299.
- SCHWARTZ (I. E.), « De la conception du rapprochement des législations dans la Communauté économique européenne », *RTDE* 1967, pp. 238-268.
- SCHWARZE (J.), « L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen – L'entrée en matière », in SCHWARZE (J.) (dir.), *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010, pp. 11-30.
- SCHWARZ-LIEBERMANN VON WAHLENDORF (H. A.), « Une notion capitale du droit constitutionnel allemand : la *Bundestreue* (fidélité fédérale) », *RDP* 1979, pp. 769-792.
- SCOFFONI (G.), « Le contentieux des organismes nationaux d'application chargés en France de d'application des politiques communautaires », *CDE* 1990, pp. 574-619.
- SEILLER (B.), « Le droit communautaire et le principe de séparation des autorités », *RFDA* 1996, pp. 1161-1168.
- SEILLER (B.), « Contribution à la résolution de quelques incohérences de la formulation prétorienne du principe d'égalité », *Le droit administratif : permanence et convergences. Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Paris, Dalloz, 2007, pp. 979-1000.
- SIMON (D.) et BARAV (A.), « La responsabilité de l'administration nationale en cas de violation du droit communautaire », *RMC* 1987, n°305, pp. 165-174.
- SIMON (D.), « Les exigences de la primauté du droit communautaire : continuité ou métamorphoses ? », in *L'Europe et le droit, Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 481-493.
- SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, n°14, pp. 73-86.
- SIMON (D.), « Une étape décisive dans la protection des droits des justiciables communautaires : la responsabilité des États membres en cas de non-transposition des directives », *Europe*, 1991, n°2, pp. 1-3.

- SIMON (D.), « Droit communautaire et responsabilité de la puissance publique. Glissements progressifs ou révolution tranquille ? », *AJDA* 1993, pp. 235-243.
- SIMON (D.), « "Supervignette, le retour". A propos des arrêts de la Cour de cassation du 13 décembre 1994 », *Europe* 1995, n°2, chron. 3.
- SIMON (D.) et LAGONDET (F.), « Libre circulation des marchandises et situations purement internes : chronique d'une mort annoncée », *Europe* 1997, n°7, chron. 9.
- SIMON (D.), « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE* 1998, n°1-2, pp. 84-94.
- SIMON (D.), « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, Paris, Pedone, 2000, pp. 209-249.
- SIMON (D.), « Impact croissant du droit communautaire sur le contentieux administratif : quelques illustrations emblématiques... », *Europe* 2005, n°5, alerte 42.
- SIMON (D.), « La jurisprudence récente du Conseil d'État : le grand ralliement à l'Europe des juges ? », *Europe* 2007, n°3, étude 3.
- SIMON (D.), « Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ? », *Europe* mai 2009, n°5, repère 5.
- SIMON (D.), « Pourrait-on enfin en finir avec les discriminations à rebours ? », *Europe* 2008, n°11, repère 10.
- SIRINELLI (J.), « L'acte administratif de mise en œuvre du droit de l'Union », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 965-990.
- SIRINELLI (J.), « L'impact du droit de l'Union européenne sur le contentieux administratif », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 1223-1248.
- SKOURIS (V.), « Effet Utile *versus* Legal Certainty : The Case-Law of the Court of Justice on the Direct Effect of Directives », *EBLR* 2006, n°17, pp. 241-255.
- SKOURIS (V.), « The Principle of Procedural Autonomy and the Duty of Loyal Cooperation of National Judges under Article 10 EC », in *Tom Bingham and the Transformation of EC Law. A Liber Amicorum*, Oxford, Oxford University Press, 2009, pp. 493-507.
- SOHIER (M.) et MEGRET (C.), « Le rôle de l'exécutif national et du législateur national dans la mise en œuvre du droit communautaire », in *Droit communautaire et Droit national*, Bruges, De Tempel, 1965, pp. 107-145.
- SOWERY (K.), « Equivalent treatment of Union rights under national procedural law : *Tarsia* », *CMLR* 2016, n°53, pp. 1705-1726.
- SPITZER (J.-P.), « La responsabilité indirecte de l'État pour violation du droit communautaire : la répétition de l'indu », in *La protection juridictionnelle des droits dans le système communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1997, pp. 367-382.
- SNYDER (F.), « The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Processes, Tools and Techniques », *Mod. L. Review* 1993, pp. 19-54.
- STEINER (J.), « How to make suit the case : domestic remedies for breach of EEC law », *ELR* 1987, n°12/2, pp. 102-122.

- STIRN (B.), « La construction d'une politique jurisprudentielle du Conseil d'État concernant les rapports entre ordres juridiques », in BONNET (B.) (dir.), *Traité des rapports entre ordres juridiques*, Paris, LGDJ, 2016, pp. 916-925.
- STORME (M.), « Rapport général introductif », in *Approximation of Judiciary Law in the European Union*, Dordrecht-Boston-Londres, Martinus Nijhoff Publishers, 1994, pp. 3-36.
- STRUYS (M.), « Le droit communautaire et l'application des règles procédurales nationales », *JTDE* 2000, n°67, pp. 49-54.
- SUDRE (F.), « À propos d'un bric à brac jurisprudentiel : le respect des garanties du procès équitable par les autorités administratives indépendantes exerçant un pouvoir de sanction », *JCP G*, 8 mars 2000, n°10, II, 10267.
- TASCHNER (H. C.), « L'étendue de la protection des intérêts financiers de la Communauté : sanctions pénales et administratives. L'évolution possible du droit communautaire », in *La protection juridique des intérêts financiers de la Communauté. Actes du Séminaire organisé par le Contrôle financier et le Service juridique de la Commission des Communautés européennes, les 27, 28 et 29 novembre 1989, à Bruxelles*, Luxembourg, Office des publications officielles des Communautés européennes, 1990, pp. 211-127.
- TASH (A.), « Remedies for European Community Law Claims in Member State Courts : Toward a European Standard », *Colum. Jour. Trans. Law*, n°31, 1993, pp. 377-401.
- TATON (X.) et VAN DER HAEGEN (O.), « Le droit européen des recours juridictionnels en matière de régulation : un recul de l'autonomie procédurale des États membres », *JDE* 2011, n°180, pp. 157-166.
- TEITGEN (P.-H.), « L'application du droit communautaire par le législatif et l'exécution français », in RIDEAU (J.) *et al.* (dir.), *La France et les Communautés européennes*, Paris, LGDJ, 1975, pp. 777-809.
- TEMPLE LANG (J.), « European Community Constitutional Law : The Division of Powers between the Community and Members States », *NILQ* 1988, n°39, pp. 209-234.
- TEMPLE LANG (J.), « The duties of national courts under Community constitutional law », *ELR* 1997, n°22/1, pp. 3-18.
- TEMPLE LANG (J.), « Article 10 EC – The Most Important “General Principle” of Community Law », in U. Bernitz *et al.* (dir.), *General Principles of EC Law in a Process of Development*, Alphen-sur-le-Rhin, Wolters Kluwer, 2008, pp. 75-113.
- TESAURO (G.), « La sanction des infractions au droit communautaire », *Rivista di diritto europeo*, 1992, pp. 477-509.
- TESAURO (G.), « The Effectiveness of Judicial Protection and Co-operation between the Court of Justice and the National Courts », *YEL* 1993, n°13, pp. 1-17.
- TESAURO (G.), « Les mesures provisoires dans le système communautaire », in *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Don Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1241-1254.
- TINIERE (R.), « Le pluralisme désordonné de la protection des droits fondamentaux en Europe : le salut réside-t-il dans l'équivalence ? », *RDLF* 2017, chrn. 17.
- TIZZANO (A.), « L'article 235 CEE et le développement des compétences communautaires », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlags KG, 1983, pp. 781-799.

- TRAIN (F.), « L'articulation des conceptions nationales et communautaire en matière de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime », *RAE* 2007-2008, n°3, pp. 611-627.
- TRIDIMAS (T.), « Enforcing Community rights in National Courts : Some Recent Developments », in KILPATRICK (C.), NOVITZ (T.) et SKIDMORE (P.) (dir.), *The Future of Remedies in Europe*, Oxford-Portland, Hart Publishing, 2000, pp. 35-50.
- TRIDIMAS (T.), « Liability for Breach of Community Law : Growing up and Mellowing Down ? », *CMLR* 2001, n°38, pp. 301-332.
- TSOUTSOS (A. G.), « Le dédoublement fonctionnel dans l'ordre juridique international », in *Rechtsvergleichung, Europarecht und Staatenintegration. Gedächtnisschrift für Léontin-Jean CONSTANTINESCO*, Cologne-Berlin-Bonn-Munich, C. H. Verlags KG, 1983, pp. 823-839.
- TURMO (A.), « Immutabilité des actes juridictionnels et droit de l'Union européenne : poursuite de l'exploration des mécanismes nationaux de révision et de réexamen par la Cour de justice », *RAE* 2019, n°3, pp. 639-652.
- VAJDA (C.), « The compatibility of national limitation periods with Community law », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 577-618.
- VANDERSANDEN (G.), « La procédure préjudicielle : à la recherche d'une identité perdue », in *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 619-648.
- VAN ELSUWEGE (P.), « The Phenomenon of Reverse Discrimination : An Anomaly in the European Constitutional Order ? », in ROSSI (L. S.) et CASOLARI (F.) (dir.), *The EU after Lisbon. Amending or Coping with the Existing Treaties ?*, Cham, Springer, 2014, pp. 161-177.
- VAN GERVEN (W.), « Bridging the Gap between Community and National Laws : Towards a Principle of Homogeneity in the Field of Legal Remedies ? », *CMLR* 1995, n°32, pp. 679-702.
- VAN GERVEN (W.), « Editorial », *CDE* 1995, pp. 527-528.
- VAN GERVEN (W.), « Of rights, Remedies and Procedures », *CMLR* 2000, n°37, pp. 501-536.
- VAN MEERBEECK (J.), « De la généralité *in abstracto* des principes généraux à leur effet direct *in concreto* », *CDE* 2016, n°1, pp. 65-90.
- VAN WAEYENBERGE (A.) et PECHO (P.), « L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective », *CDE* 2008, n°1-2, pp. 123-156.
- VARNAY (E.), « L'acquis communautaire et les PECO », *RAE* 2001-2002, n°8, pp. 1048-1057.
- VERDURE (C.), « La portée de l'office du juge national en droit de la consommation de l'Union européenne : examen au regard de la réglementation des clauses abusives », *ADE* 2012, pp. 331-342.
- VIGNES (D.), « Le rapprochement des législations mérite-t-il encore son nom ? », in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, Dalloz, 1991, pp. 533-546.
- VIRALLY (M.), « Sur un pont aux ânes : les rapports entre droit international et droits internes », in *Mélanges offerts à Henri Rollin. Problèmes de droit des gens*, Paris, Pedone, 1964, pp. 488-505.
- WACHSMANN (P.), « Le dialogue au lieu de la guerre », in *Le dialogue des juges. Mélanges en l'honneur du président Bruno Genevois*, Paris, Dalloz, 2009, pp. 1121-1138.

- WAELEBROECK (M.), « La garantie du respect du droit communautaire par les États membres. Les actions au niveau national », à propos de l'arrêt CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *CDE* 1985, pp. 30-48.
- WAELEBROECK (D. F.), « Treaty Violations and Liability of Members States : the Effect of the *Francovich* Case Law », in HEUKELS (T.) et McDONELL (A.) (dir.), *The Action for Damages in Community Law*, La Haye-Londres-Boston, Kluwer Law International, 1997, pp. 311-337.
- WAELEBROECK (D.) et BOMBOIS (T.), « Des requérants “privilegiés” et des autres... A propos de l'arrêt *Inuit* et de l'exigence de protection juridictionnelle effective des particuliers en droit européen », *CDE* 2014, n°1, pp. 21-75.
- WARD (A.), « More than an “Infant Disease”. Individual Rights, EC Directives, and the Case for Uniform Remedies », PRINSSSEN (J. M.) et SCHRAUWEN (A.) (dir.), *Direct Effect. Rethinking a Classic of EC Legal Doctrine*, Groningue, Europa Law Publishing, 2004, pp. 43-75.
- WATHELET (M.) et VAN RAEPENBUSCH (S.), « La responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire. Vers un alignement de la responsabilité de l'État sur celle de la Communauté ou l'inverse ? », *CDE* 1997, pp. 13-63.
- WATHELET (M.), « La répétition des montants payés en violation du droit communautaire », *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milan, Dott. A. Giuffrè Editore, 1998, vol. 2, pp. 1033-1065.
- WEILER (J. H. H.) et LOCKHART (N. J. S.), « Taking Rights Seriously Seriously : The European Court and Its Fundamental Rights Jurisprudence - Part 1 », *CMLR* 1995, n°32, pp. 51-94.
- WINTER (J. A.), « Direct Applicability and Direct Effect. Two Dinstinct and Different Concept in Community Law », *CMLR* 1972, n°9, pp. 425-438.
- ZAMPINI (F.), « À propos du droit au juge d'une entité infra-étatique, de la responsabilité de l'État et de la coopération loyale... », in *Mélanges en l'honneur de Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, t. 2, Toulouse, Presses de l'Université des Sciences Sociales, 2004, pp. 655-693.
- ZILLER (J.), « Droit administratif et droit communautaire : du bon usage du principe de subsidiarité », in *Mélanges René Chapus*, Paris, Montchrestien, 1992, pp. 681-691.
- ZILLER (J.), « Exécution centralisée et exécution partagée : le fédéralisme d'exécution en droit de l'Union européenne », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 111-138.
- ZILLER (J.), « Les concepts d'administration directe, d'administration indirecte et de coadministration et les fondements du droit administratif européen », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 327-334.
- ZILLER (J.), « Le principe de subsidiarité », in AUBY (J.-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, Bruylant, 2e édition, 2014, pp. 527-542.
- ZULEEG (M.), « Les répartitions de compétences entre la Communauté et ses États membres », in *La Communauté et ses États membres*, Actes du 6e colloque de l'IEJE sur les Communautés européennes à Liège les 10, 11 et 12 janvier 1973, Liège-La Haye, Ed. Faculté de droit de Liège et Martinus Nijhoff, 1973, pp. 23-59.

ZWART (T.), « À la poursuite du père *Meroni* ou pourquoi les agences pourraient jouer un rôle plus en vue dans l'Union européenne », in DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, Bruylant, 2009, pp. 159-173.

V. *Conclusions sur décisions de justice*⁴²⁴⁶

ABRAHAM (R.), « Extension du contrôle du Conseil d'État à la qualification juridique des faits en matière de police des étrangers ressortissants des États membres de la Communauté européenne », conclusions sur CE, 24 octobre 1990, *Alfredo Ragusi*, *AJDA* 1991, pp. 322-325.

ABRAHAM (R.), « La non-indemnisation des servitudes d'urbanisme au regard de la Convention européenne des droits de l'homme », conclusions sur CE, 3 juillet 1998, *Bitouzet*, *Rec. p. 288*, *RFDA* 1998, pp. 1243-1253.

DEREPAS (L.), « La responsabilité du fait des lois en cas de méconnaissance des engagements internationaux », conclusions sur la décision CE, 8 février 2007, *Gardedieu*, *RFDA* 2007, pp. 361-371.

DOMINO (X.), « Droit d'être entendu et OQTF : un exemple de dialogue entre les jurisprudences », conclusions sur CE, 4 juin 2014, *Halifa*, *AJDA* 2014, pp. 1501.

FOMBEUR (P.), « Le principe d'impartialité et les juridictions d'aides sociales », conclusions sur CE, Ass., 6 décembre 2002, *Maciolak*, *RFDA* 2003, pp. 694.

GENEVOIS (B.), conclusions sur CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, *D.* 1982, J, pp. 209-213.

GUYOMAR (M.), « Le contrôle de constitutionnalité d'un règlement transposant une directive communautaire », conclusions sur CE, Ass., 8 février 2007, *Scte Arcelor Atlantique et Lorraine*, *RFDA* 2007, pp. 384-401.

HAGELSTEEN (M.-D.), « Le juge doit-il soulever d'office l'incompatibilité d'un texte avec une directive communautaire ? », conclusions sur CE, Sect., 11 janvier 1991, *SA Morgane*, *RFDA* 1991, pp. 652-662.

JEANNENEY (P.-A.), conclusions sur CE, 28 septembre 1984, *Confédération nationale des sociétés de protection des animaux de France et des pays d'expression française et autres*, *AJDA* 1984, pp. 695-699.

LALLET (A.), « Données personnelles : droit de l'Union européenne et Constitution », conclusions sur CE, 21 avril 2021, *French Data Network*, *RFDA* 2021, pp. 421-457

SALINS (C. DE), « Responsabilité de l'État du fait du contenu d'une décision juridictionnelle », conclusions sur CE, 18 juin 2008, *M. Gestas*, *RFDA* 2008, pp. 755-761.

SENER (F.), « Circulaire impérative et responsabilité : le cas d'une circulaire ordonnant l'application d'une décision communautaire », *RFDA* 2004, pp. 1021-1028.

SIRINELLI (M.), « La responsabilité du fait des lois inconstitutionnelles », conclusions sur CE, 24 décembre 2019, *Société Paris Clichy e.a.*, *RFDA* 2020, pp. 136-148.

VIALETTES (M.), « Les limites d'âge sont-elles conformes au droit de l'Union ? », conclusions sur CE, 13 mars 2013, *Mme Cherence*, *Rev. juridique de l'économie publique* n°713, 2013, comm. 48.

⁴²⁴⁶ Ne sont ici reproduites que les conclusions publiées dans des revues spécialisées.

VI. *Rapports et documents officiels*

« Le juge administratif et le droit de l'Union européenne », *Les dossiers thématiques du Conseil d'État*, mis en ligne le 23 septembre 2015,

(lien : <http://www.conseil-etat.fr/content/download/47718/416523/version/5/file/juge-adm-et-droit-ue.pdf> - consulté le 12 octobre 2017).

Conclusions de la présidence, Conseil européen des 21 et 22 décembre à Copenhague, lien : <http://www.consilium.europa.eu/media/21222/72922.pdf> (consulté le 17 septembre 2018).

Conclusions de la présidence, Conseil européen de 14 et 15 décembre 2001, lien : http://www.europarl.europa.eu/summits/pdf/lae2_fr.pdf (consulté le 18 septembre 2018).

HUGLO (J.-G.) et SOULARD (C.) « Les principes généraux du droit communautaires », actes du colloque « Les principes communs d'une justice des États de l'Union européenne », 2000, Cour de cassation (lien : https://www.courdecassation.fr/colloques_activites_formation_4/2000_2038/principes_generaux_droit_communautaire_9445.html - consulté le 24 novembre 2018).

HUGLO (J.-G.), « La répétition de l'indu communautaire », *Rapport annuel de la Cour de cassation*, 2000, (lien : https://www.courdecassation.fr/publications_26/rapport_annuel_36/rapport_2000_98/deuxieme_partie_tudes_documents_100/tudes_diverses_103/communautaire_m.5861.html (consulté le 9 janvier 2018).

Loi fondamentale pour la République fédérale d'Allemagne, trad. AUTEXIER (C.), FROMONT (M.), GREWE (C.) et JOUANJAN (O.), novembre 2012,

(lien : https://www.bundestag.de/resource/blob/189762/f0568757877611b2e434039d29a1a822/loi_fondamentale-data.pdf - consulté le 10 avril 2019).

TRUCHOT (L.), « Le juge national et le droit de l'Union européenne », Cour de cassation, colloque « Les 60 ans des traités de Rome », 28 avril 2017, pp. 1-7, lien : <https://www.courdecassation.fr/IMG///Laurent%20TRUCHOT%20Colloque%2060%20ans%20des%20trait%C3%A9s%20de%20Rome.pdf> (consulté le 28 septembre 2020).

INDEX THEMATIQUE

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe.

~ A ~

- Adhésion : 106
Administration directe : 93 et s.
Administration indirecte : 89 et s. ; 142-143
Administration nationale : 99 et s. ; 104
- *dédoublément fonctionnel* : 118 et s. ; 125 et s.
 - *perception de ressources pécuniaires pour l'Union européenne* : 400
- Agence européenne : 98 ; 940
Applicabilité directe : 51 ; 208s ; 219s (*voir également « Effet direct »*)
Assimilation (principe d') : 20 ; 27 ; 423 et s.
Autonomie de l'ordre juridique européen : 146
Autonomie institutionnelle et procédurale (principe de l') : 45-47 ; 130 et s. ; 182 et s. ; 341 ; 392 ; 534-535 ; 836 ; 916 ; 919 ; 931 et s. ; 938 et s. ; 948s ; 969s
- *absence de réglementations européennes* : 159 et s. ; 162 et s. ; 731
 - *et respect du principe d'équivalence* : 548 et s.
 - *et respect du principe d'effectivité* : 906 et s.
- Autorité de chose décidée : 172 ; 403 ; 525
Autorité de chose jugée : 403 ; 525 ; 575 et s. ; 612 ; 625 ; 666-667 ; 845 ; 985
- *caractère abusif d'une clause au titre de la directive 93/13* : 577

~ C ~

- Clause du traitement national : 61-63
Coadministration : 96 et s.
Commission européenne : 96-97 ; 132 ; 433 ; 450 ; 644 ; 655 ; 723 ; 740 ; 943
Compétence de l'Union européenne :
- *compétence impliquée* : 112 ; 116
 - *compétence exclusive et compétence partagée* : 111
- Coopération loyale (principe de) : 48 ; 55 ; 137 et s. ; 176 et s. ; 183-184 ; 315 ; 843
Comitologie : 97
Confiance mutuelle : 321-322
Contentieux (droit du) : 343 et s. ; 944
- *compétence juridictionnelle* : 369 et s. ; 639
 - *encadrement par la jurisprudence européenne* : 347 (*voir également « Exigences spécifiques du droit de l'Union »*)
 - *frais de justice* : 372 ; 495 ; 639 ; 671 ; 712
 - *injonction* : 379 ; 904
 - *mesures provisoires* : 360 ; 379 ; 612 ; 984 ; 990-991

- *preuve* : 378 ; 838 ; 842
- *recevabilité du recours* : 373 et s.
- *recours suspensif* : 363 ; 570 ; 943

Cour de justice de l'Union européenne : 588

- *relation avec les États membres* : 258-259
- *relation avec le juge national* : 643 ; 729 et s. ; 759 et s. ; 771 ; 777-778 ; 779 et s. ; 895 (*voir également* « Renvoi préjudiciel »)
- *rôle dans l'application du droit de l'Union* : 588 ; 726 et s. ; 729 et s.

~ D ~

Discrimination (principe général de non-) : 57-59 ; 283 et s.

- *discrimination indirecte* : 697 ; 700 et s. ; 706 et s.

Discrimination à rebours : 512-513 ; 520-521 ; 1002 et s.

Discrimination en raison de la nationalité : 298s

- *critère de la "nationalité"* : 305 et s. ; 953
- *interdiction de cautio judicatum solvi* : 301s

Distinction droit formel / droit matériel : 274-275 ; 439 et s.

Droit au juge (*voir également* « Protection juridictionnelle effective ») : 867 ; 904 ; 958

- *accès à un juge* : 192 ; 869-870 ; 989
- *double-degré de juridiction* : 570
- *droits de la défense* : 813-814 ; 887

Droit fiscal : 405 et s. ; 566 ; 808 ; 811-812

- *demande en répétition de l'indu fiscal* : 408 et s.

Droit du travail : 236 ; 244 ; 291 ; 420 ; 601 ; 615-617 ; 664-665 ; 672 ; 817 ; 857 ; 928

~ E ~

Effectivité (principe d') : 403 ; 534 ; 824 et s. ; 968

- *exigence d'effectivité* : 850 et s. ; 871 et s.
- *relation avec la protection juridictionnelle effective* : 186-187 ; 189 ; 864 et s.
- *relation avec le principe d'équivalence* : 18 ; 557 et s. ; 829 et s. ; 841 et s.
- *sanction en cas de non-respect* : 550 ; 900 et s.

Effet direct (principe d') : 50-51 ; 55 ; 146 et s. (*voir également* « Applicabilité directe »)

- *critères de clarté, d'intelligibilité et d'inconditionnalité* : 209s ; 212 ; 215s
- *et concept de "situation européenne"* : 204 et s. ; 219 et s.

Effet utile (concept d') : 54-55 ; 174 ; 182 ; 956 ; 968 ; 971

- « *effet utile de l'effet direct* » : 205 et s.
- *et principe d'effectivité* : 178 ; 833 ; 847
- *et principe d'équivalence* : 180-181
- *et principe de protection juridictionnelle effective* : 186 et s.

Égalité (principe d') : 57-59 ; 283 et s. ; 294 et s. ; 670-671 ; 745 ; 1003

- *et encadrement des traitements nationaux* : 291-293
- *fonction* : 288 et s.
- *méthode* : 674 et s.

Ententes : 731

- Équivalence en droit international privé : 60 ; 309
- Équivalence (exigence d') : 37-38 ; 473s ; 498 et s. ; 692
- *asymétrie de l'équivalence* : 482 ; 507 et s.
 - *et exigence d'analogie* : 432 ; 483 et s.
 - *et exigence d'identité* : 479 et s.
 - *et exigence de non-discrimination* : 488 et s.
 - *et interdiction d'un traitement "moins favorable"* : 492
- Équivalence des protections : 4 ; 323 et s.
- Équivalence "verticale" : 975 et s. ; 987 et s.
- État membre : 91 et s. ; 123 ; 129 et s. ; 140 ; 264
- *organe* : 126
- Exécution (fonction d') : 111 ; 113
- *administrative* : 114-115
 - *d'actes de droit dérivé* : 148-149
 - *inexécution* : 116
 - *normative* : 102-103 ; 114
- Exécution forcée : 98 ; 450 ; 612
- Exigences spécifiques du droit de l'Union :
- *généralités* : 271 et s. ; 515 ; 955 et s.
 - *juge national* : 347 ; 724
 - *et principe d'équivalence* : 273 et s. ; 960 et s. ; 965 et s.
 - *et principe d'effectivité* : 863 ; 960 et s. ; 965 et s.

~ F ~

- Fédération : 248 et s. ; 264
- *autonomie des entités fédérées* : 249 et s.
 - *fédéralisme d'exécution* : 108 ; 113 ; 116
 - *harmonisation des ordres juridiques fédérés* : 254
 - *et principe d'équivalence* : 246-247
 - *principe de fidélité fédérale* : 140

~ H ~

- Harmonisation : 919 et s. ; 972
- *et reconnaissance mutuelle* : 318 et s. ; 936
 - *harmonisation "minimale"* : 937

- I -

- Individu
- *citoyenneté européenne* : 232
 - *rôle dans l'application du droit de l'Union* : 193-194 ; 297
 - *et concept de "situation européenne"* : 218 et s.
- Intégration européenne : 245 ; 262 et s. ; 316 ; 1006 et s.

Interprétation

- *interprétation conforme* : 141 ; 213 ; 552 ; 905
- *interprétation du droit national* : 737 ; 793 ; 795
- *interprétation du droit de l'Union* : 54 ; 133 ; 155 ; 217 ; 729 ; 732 ; 739-740 ; 742-743 ; 754 ; 949 et s. ; 962
- *méthode d'interprétation* : 75 ; 140 ; 174 ; 948-953

Invocabilité : 211 ; 609

~ J ~

Juge national : 344 ; 724 ; 775 et s. ; 902

- *relation avec la Cour de justice* : 759 et s. ; 771 et s. ; 777-778
- *rôle dans l'application du droit de l'Union* : 726-728 ; 734 et s.

~ L ~

Libertés de circulation : 226 et s. ; 231 ; 315 ; 707 ; 953

- *interdiction des impositions intérieures* : 633-634

~ M ~

Mise en œuvre

- *Article 51 de la Charte des droits fondamentaux* : 202 ; 240 et s.
- *et champ d'application général du droit de l'Union* : 241 et s.
- *généralités* : 102-103 ; 115

Modalités procédurales (*voir également à « Contentieux »*)

- *délai* : 171 ; 374 et s. ; 565 ; 640 ; 695 ; 859 ; 883 ; 890
- *principe de bonne administration* : 401-402 ; 887
- *procédure administrative* : 395 et s. ; 943

Monisme : 118 et s.

Moyen relevé d'office : 383 et s.

- *caractère abusif d'une clause au titre de la directive 93/13* : 388 ; 571 ; 863
- *moyen d'ordre public* : 384 et s. ; 524 ; 985

~ O ~

Ordre juridique national

- *organisation générale* : 538
- *répartition des compétences législatives et exécutives* : 278 et s.
- *comme source d'inspiration pour le droit de l'Union* : 979 et s. ; 986

Ordre juridique de l'Union européenne

- *incomplétude de l'ordre juridique* : 101 ; 116 ; 554
- *influence sur les droits nationaux* : 367 ; 520 ; 1000

~ P ~

Primauté (principe de) : 52-53 ; 55 ; 122 ; 151 et s. ; 182 ; 209-210 ; 463 ; 1003

Proportionnalité (contrôle de) : 679-680 ; 682-683 ; 884 et s.

Proportionnalité (principe de)

- *et répartition des compétences dans l'Union européenne* : 111 ; 933
- *et proportionnalité des sanctions nationales* : 422 ; 430 ; 432 ; 486

Protection internationale : 570 ; 857 ; 929-930 ; 943

Protection juridictionnelle effective : 185s ; 867 ; 989 ; 991

- *et droit à un procès équitable* : 173 ; 192 ; 331 ; 864 ; 867
- *et principe d'effectivité* : 188-189 ; 864 et s.
- *et principe d'équivalence* : 188 ; 190

~ Q ~

Question Prioritaire de Constitutionnalité (QPC) : 268

~ R ~

Rapport de systèmes : 199 ; 329

- *rapport de hiérarchie* : 121s ; 134 et s.
- *rapport de coopération* : 124

Reconnaissance mutuelle : 311 et s.

- *et encadrement des traitements nationaux* : 314

Recours contentieux (*voir également « Voie de droit »*)

- *cause du recours* : 619 et s.
- *“éléments essentiels” du recours* : 622 et s. ; 654
- *objet du recours* : 599 et s.
- *recours en “prestation”* : 603-606
- *recours en “régularisation”* : 603-605 ; 607 ; 613 (*voir également « Répétition de l'indu »*)
- *recours en “réparation”* : 604-604 ; 606-607 (*voir également « Responsabilité de l'État membre »*)

Recours pour excès de pouvoir : 616

Recours en révision (*voir « Autorité de chose jugée »*)

Référé : 612 ; 998

Référé préjudiciel : 542 et s. ; 631 et s. ; 659 et s.

Renvoi préjudiciel en interprétation : 141 ; 258 ; 588-589 ; 694 ; 724 ; 726s ; 735 ; 742-743 ; 776 ; 894 ; 897

- *recevabilité* : 239 ; 739 ; 748 et s. ; 751 et s. ; 761 et s.
- *relation entre la Cour de justice et le juge national* : 365 ; 631-632 ; 637 ; 644-646 ; 694 ; 732-733 ; 738 et s.

Répétition de l'indu : 380 ; 390 ; 609 ; 614 ; 647 ; 792 ; 809

- *affaire de la “supervignette”* : 401 et s. ; 713 ; 819
- *article L. 190 LPF* : 713s ; 816

Responsabilité de l'État membre :

- *conditions* : 358-359 ; 448 ; 573-574 ; 983 ; 990 ; 993
- *du fait du législateur* : 999
- *du fait d'une décision juridictionnelle* : 516 ; 757
- *imputabilité du fait générateur* : 127-128
- *lien de causalité* : 574

- *montant de l'indemnisation* : 173 ; 380 ; 862
- *recours similaire de droit interne* : 391 ; 705

~ S ~

Sanction nationale : 415 et s. ; 568 ; 835 ; 862 ; 941-942

- *signification* : 418 et s.
- *et applicabilité du principe d'équivalence* : 427 et s. ; 437 (*voir également « Assimilation »*)

Sécurité juridique : 169 et s. ; 888-890 ; 1001

Similitude :

- *généralités* : 541 ; 633 ; 636 ; 642 ; 650
- *entre recours contentieux* : 595 et s. ; 666-667 (*voir également « Recours contentieux »*)
- *entre sanctions nationales* : 632 ; 649
- *entre une situation européenne et interne* : 544 et s. ; 628 et s. ; 632 ; 679-681 ; 794-795 (*voir également « Référentiel »*)

Situation (concept de) : 34-35 ; 627 ; 652-654

- *situation "européenne"* : 201 et s. ; 213 et s. ; 924 et s.
- *situation "interne"* : 223 et s. ; 235 et s. ; 659 et s. ; 839 ; 924 et s.
- *situation "purement interne"* : 225 et s. ; 229 et s. ; 512 ; 1005

Standard (concept de) : 590 ; 593 ; 643

Standard de comparaison (*voir « Référentiel »*).

~ T ~

Traitement national : 36-37 ; 609 ; 627 ; 652-654

- *alignement des traitements nationaux* : 501 ; 520 ; 549 et s. ; 922 ; 998
- *cobérence entre les traitements nationaux* : 511 ; 540 ; 1000 ; 1006
- *comparaison des traitements* : 482 ; 493 ; 495 ; 637 et s. ; 655 ; 677 et s. ; 698
- *exigence d'un traitement approprié* : 179 ; 268 ; 269 et s. ; 275 ; 461 et s. ; 833-835

~ U ~

Uniformité : 154 et s. ; 182 ; 463 ; 934

~ V ~

Voie de droit : 349 et s. ; 355 et s. ; 635

- *organisation des voies de droit nationales* : 105 ; 346 ; 944
- *concept de remedy* : 352-353

“Vide juridique” : 162 et s. ; 901

INDEX JURISPRUDENTIEL

Les numéros renvoient aux numéros de paragraphe. Ne sont ici mentionnées que les décisions qui sont étudiées dans le corps de la thèse.

I. Juridictions européennes

- CJCE, 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, aff. 26/62, *Rec. p.* 3 : **193 ; 221**
- CJCE, 19 décembre 1968, *Salgoil*, aff. 13/68, *Rec. p.* 661 : 369 ; **457 et s.**
- CJCE, 15 décembre 1971, *International Fruit Company e.a.*, aff. 51/71, *Rec. p.* 1107 : **277**
- CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe et Comet*, aff. 33/76 et aff. 45/76, *Rec. p.* 1989 et p. 2043 : **15 ; 182**
- CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, *Rec. p.* 629 : **55 ; 210 ; 356 ; 397 ; 775 ; 901 ; 964**
- CJCE, 5 mars 1980, *Pecastaing*, aff. 98/79, *Rec. p.* 691 : **363 ; 480**
- CJCE, 11 mars 1980, *Foglia c. Novello*, aff. 104/79, *Rec. p.* 745 : **752**
- CJCE, 12 juin 1980, *Express Dairy Foods*, aff. 130/79, *Rec. p.* 1887 : **161 ; 163 ; 166-167**
- CJCE, 6 mai 1982, *Fromme*, aff. 54/81, *Rec. p.* 449 : **491**
- CJCE, 17 mai 1983, *Ferriere Sant'Anna*, aff. 168/82, *Rec. p.* 1681 : **480**
- CJCE, 9 novembre 1983, *San Giorgio*, aff. 199/82, *Rec. p.* 3595 : **18 ; 711 ; 842**
- CJCE, 15 mai 1986, *Johnston*, aff. 222/84, *Rec. p.* 1651 : **529 ; 867 ; 869**
- CJCE, 15 octobre 1987, *Heylens*, aff. 222/86, *Rec. p.* 4097 : **397**
- CJCE, 29 juin 1988, *Deville*, aff. 240/87, *Rec. p.* 3513 : **19 ; 398 ; 411 ; 547 ; 713**
- CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, *Rec. p.* 2609 : **241 ; 243-244**
- CJCE, 19 juin 1990, *Factortame*, aff. C-213/89, *Rec. p.* I-2433 : **351-352 ; 360 ; 516 ; 998**
- CJCE, 21 février 1991, *Zuckerfabrik*, aff. jt. C-143/88 et C-92/89, *Rec. p.* I-415 : **984 ; 990-991**
- CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, aff. C-260/89, *Rec. p.* I-2925 : **242-244**
- CJCE, 25 juillet 1991, *Emmott*, aff. C-208/90, *Rec. p.* I-4269 : **362 ; 911-912**
- CJCE, 19 novembre 1991, *Franco vich et Bonifaci*, aff. jt. C-6/90 et C-9/90, *Rec. p.* I-5357 : **206 ; 209 ; 212 ; 448**
- CJCE, 3 décembre 1992, *Borelli*, aff. C-97/91, *Rec. p.* I-6313 : **361 ; 481**
- CJCE, 26 janvier 1993, *Telemarsicabruzzo e.a.*, aff. jt. C-320/90, C-321/90 et C-322/90, *Rec. p.* I-393 : **754**
- CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, aff. C-312/93, *Rec. p.* I-4599 : **356 ; 383 ; 860**
- CJCE, 14 décembre 1995, *Van Schijndel*, aff. jt. C-430/93 et C-431/93, *Rec. p.* I-4705 : **21 ; 356 ; 383 ; 524 ; 529-520**
- CJCE, 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jt. C-46/93 et C-48/93, *Rec. p.* I-1029 : 359 ; **983**
- CJCE, 26 septembre 1996, *Data Delecta Aktiebolag et Forsberg*, aff. C-43/95, *Rec. p.* I-4661 : **302**

- CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, *Rec. p.* I-4025 : **374 ; 606**
- CJCE, 2 décembre 1997, *Fantask*, aff. C-188/95, *Rec. p.* I-6783 : **362**
- CJCE, 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica (Edis)*, aff. C-231/96, *Rec. p.* I-4951 : **375 ; 481**
- CJCE, 1^{er} décembre 1998, *Levez*, aff. C-326/96, *Rec. p.* I-7835 : **25 ; 236-237 ; 601**
- CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, aff. C-126/97, *Rec. p.* 126/97 : **385**
- CJCE, 16 mai 2000, *Preston e.a.*, aff. C-78/98, *Rec. p.* I-3201 : **615**
- CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, aff. jt. C-240/98 à C-244/98, *Rec. p.* I-4941 : **388 ; 954**
- CJCE, 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, *Rec. p.* I-10465 : **714 ; 816**
- CJCE, 8 mars 2001, *Metallgesellschaft e.a.*, aff. jt. C-397/98 et C-410/98, *Rec. p.* I-1727 : **306-308**
- CJCE, 19 juin 2002, *Pasquini*, aff. C-34/02, *Rec. p.* I-6515 : **227-228**
- CJCE, 30 septembre 2003, *Köbler*, aff. C-224/01, *Rec. p.* I-10239 : **516 ; 757**
- CJCE, 2 octobre 2003, *Weber's Wine World e.a.*, aff. C-147/01, *Rec. p.* I-11365 : **390**
- CJCE, 13 janvier 2004, *Kühne & Heitz*, aff. C-453/00, *Rec. p.* I-837 : **172 ; 255 ; 403 ; 525 ; 531**
- CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jt. C-295/04 à C-298/04, *Rec. p.* I-6619 : **370**
- CJCE, 12 septembre 2006, *Eman et Sevinger*, aff. C-300/04, *Rec. p.* I-8055 : **567**
- CJCE, 13 mars 2007, *Unibet*, aff. C-432/05, *Rec. p.* I-2271 : **518 ; 874**
- CJCE, 18 juillet 2007, *Lucchini*, aff. C-119/05, *Rec. p.* I-6199 : **910 ; 954**
- CJCE, 11 octobre 2007, *Paquay*, aff. C-460/06, *Rec. p.* I-8511 : **664-665 ; 672**
- CJCE, 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, *Rec. p.* I-2119 : **654**
- CJCE, 4 juin 2009, *T-Mobile Netherlands e.a.*, aff. C-8/08, *Rec. p.* I-4529 : **731**
- CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom Telecomunicaciones*, aff. C-40/08, *Rec. p.* I-9579 : **577**
- CJCE, 29 octobre 2009, *Pontin*, aff. C-63/08, *Rec. p.* I-10467 : **617 ; 620 ; 857 ; 884**
- CJUE, 26 janvier 2010, *Transportes Urbanos y Servicios Generales*, aff. C-118/08, ECLI:EU:C:2010:39 : **391 ; 620 ; 623 ; 627 ; 710**
- CJUE, 15 avril 2010, *Barth*, aff. C-542/08, ECLI:EU:C:2010:193 : **655 ; 794**
- CJUE, 8 juillet 2010, *Bulicke*, aff. C-246/09, ECLI:EU:C:2010:418 : **617 ; 795**
- CJUE, 7 décembre 2010, *Vebic*, aff. C-439/08, ECLI:EU:C:2010:739 : **962**
- CJUE, 15 septembre 2011, *Accor*, aff. C-310/09, ECLI:EU:C:2011:581 : **306-308 ; 406 ; 678**
- CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési*, aff. C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440 : **213 ; 228**
- CJUE, 19 juillet 2012, *Littlewoods Retail e.a.*, aff. C-591/10, ECLI:EU:C:2012:478 : **647**
- CJUE, 4 octobre 2012, *Byankov*, aff. C-249/11, ECLI:EU:C:2012:608 : **403 ; 888**
- CJUE, 26 février 2013, *Melloni*, aff. C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107 : **331**
- CJUE, 27 juin 2013, *Agrokonsulting-04*, aff. C-93/12, ECLI:EU:C:2013:432 : **371 ; 606**
- CJUE, 26 novembre 2014, *Mascolo e.a.*, aff. jt. C-22/13, C-61/13 à C-63/13 et C-418/13, ECLI:EU:C:2014:2401 : **213**
- CJUE, 28 janvier 2015, *Starjakob*, aff. C-417/13, ECLI:EU:C:2015:38 : **238**
- CJUE, 12 février 2015, *Baczó et Viznyiczai*, aff. C-567/13, ECLI:EU:C:2015:88 : **372 ; 495 ; 639**
- CJUE, 12 février 2015, *Surgicare*, aff. C-662/13, ECLI:EU:C:2015:89 : **566**
- CJUE, 4 juin 2015, *Faber*, aff. C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357 : **379**

- CJUE, 8 septembre 2015, *Taricco e.a.*, aff. C-105/14, ECLI:EU:C:2015:555 : **332 ; 903**
- CJUE, 6 octobre 2015, *Orizzonte Salute*, aff. C-61/14, ECLI:EU:C:2015:655 : **712**
- CJUE, 6 octobre 2015, *Tárjia*, aff. C-69/14, ECLI:EU:C:2015:662 : **666-667**
- Tr. UE, 24 novembre 2015, *Pays-Bas c. Commission*, aff. T-126/14, ECLI:EU:T:2015:875 : **433 ; 605**
- CJUE, 17 mars 2016, *Bensada Benallal*, aff. C-161/15, ECLI:EU:C:2016:175 : **387 ; 813**
- CJUE, 30 juin 2016, *Câmpean et Ciup*, aff. C-200/14 et C-288/14, ECLI:EU:C:2016:494 et ECLI:EU:C:2016:495 : **412 ; 626**
- CJUE, 30 juin 2016, *Toma*, aff. C-205/15, ECLI:EU:C:2016:499 : **671**
- CJUE, 9 novembre 2017, *Dimos Zagoriou*, aff. C-217/16, ECLI:EU:C:2017:841 : **450-452**
- CJUE, 5 décembre 2017, *M.A.S. et M.B. (Taricco II)*, aff. C-42/17, ECLI:EU:C:2017:936 : **332 ; 903**
- CJUE, 7 mars 2018, *Santoro*, aff. C-494/16, ECLI:EU:C:2018:166 : **763**
- CJUE, 2 mai 2018, *Scialdone*, aff. C-574/15, ECLI:EU:C:2018:295 : **434-435 ; 649 ; 785 ; 794**
- CJUE, 31 mai 2018, *Sziber*, aff. C-483/16, ECLI:EU:C:2018:367 : **784-785 ; 794 ; 886**
- CJUE, 20 septembre 2018, *EOS KSI Slovensko*, aff. C-448/17, ECLI:EU:C:2018:745 : **571 ; 784**
- CJUE, 26 septembre 2018, *Belastingdienst c. Toeslagen (Effet suspensif de l'appel)*, aff. C-175/17, ECLI:EU:C:2018:776 : **570 ; 930**
- CJUE, 24 octobre 2018, *XC e.a.*, aff. C-234/17, ECLI:EU:C:2018:853 : **625 ; 627 ; 710**
- CJUE, 6 novembre 2018, *Bauer*, aff. jt. C-569/16 et C-570/16, ECLI:EU:C:2018:871 : **217**
- CJUE, 4 décembre 2018, *Minister for Justice and Equality et Commissioner of the Garda Síochána*, aff. C-378/17, ECLI:EU:C:2018:979 : **964**
- CJUE, 14 février 2019, *Nestrade*, aff. C-562/17, ECLI:EU:C:2019:115 : **406**
- CJUE, 29 juillet 2019, *Hochtief Solutions*, aff. C-620/17, ECLI:EU:C:2019:630 : **625 ; 769**
- CJUE, 5 septembre 2019, *AW e.a. (Appels au 112)*, aff. C-417/18, ECLI:EU:C:2019:671 : **574**
- CJUE, 11 septembre 2019, *Călin*, aff. C-676/17, ECLI:EU:C:2019:700 : **357 ; 525 ; 625 ; 710 ; 786**
- CJUE, 19 décembre 2019, *Deutsche Umwelthilfe*, aff. C-752/18, ECLI:EU:C:2019:1114 : **904**
- CJUE, 9 juillet 2020, *Raiffeisen Bank*, aff. jt. C-698/18 et C-699/18, ECLI:EU:C:2020:537 : **648 ; 678**
- CJUE, 16 juillet 2020, *UR (Assujettissement des avocats à la TVA)*, aff. C-424/19, ECLI:EU:C:2020:581 : **845**
- CJUE, 14 octobre 2020, *Valoris*, aff. C-677/19, ECLI:EU:C:2020:825 : **640 ; 785**
- CJUE, 24 mars 2021, *NAMA e.a.*, aff. C-771/19, ECLI:EU:C:2021:232 : **1001**

II. Juridictions nationales

- CE, 2 octobre 1981, *GIE Vipal*, *Rec. p.* 347 : **128**
- Cass., com., 13 décembre 1994, *M. Abdelsobn*, *RJF* 2/1995, n°284 : **809**

CE, 18 juin 2008, *Gestas*, req. n°295831, *Rec.* p. 230 : **516**

TC, 11 octobre 2011, *SCEA du Chéneau*, req. n°C3828, *Rec.* p. 698 : **517**

CE, 20 juin 2016, *Euro Park*, req. n°369311, *RJF* 10/2017, n°916 : **308 ; 808 ; 819**

CE belge, 17 novembre 2016, *Benallal*, n°236.440 : **814**

CE, 26 janvier 2018, *M. Reynaerts*, req. n°408561, *Rec. T.* p. 640 et p. 659 : **810**

CE, avis, 11 janvier 2019, *SCI Maximoise de création e.a.*, req. n°424819 : **717 ; 816**

Cass., soc., 29 janvier 2020, pourvoi n° 18-21.862, *D.* 2020, p. 287: **817**

TABLE DES MATIERES

<i>Remerciements</i>	7
<i>Principales abréviations</i>	9
<i>Sommaire</i>	11
<i>Introduction générale</i>	13
Section 1 : L'objet de l'étude.....	18
§1 : La conception retenue du principe dit "d'équivalence" émanant de la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne	19
A. Exposé de la jurisprudence européenne relative au principe d'équivalence.....	19
1. La phase de 1976 à 1997 : émergence et consécration erratique du principe d'équivalence	20
a. La période 1976-1983 : mention des caractéristiques fondamentales du principe d'équivalence et premières fluctuations jurisprudentielles	20
b. La période 1983-1997 : des incertitudes dépassées sur la pérennité du principe d'équivalence.....	23
2. La phase postérieure à 1997 : rationalisation et constance du principe d'équivalence	26
a. La période 1997-2010 : une rationalisation refrénant les conceptions trop contraignantes du principe d'équivalence.....	27
b. La période postérieure à 2010 : une jurisprudence plus équilibrée et cohérente ...	30
B. La définition universelle du principe d'équivalence.....	32
1. Une définition reposant sur les concepts de "traitement", "situation" et "équivalence minimale".....	33
2. Une identification envisageable à partir du renvoi aux modalités nationales existantes	36
§2 : Les relations du principe d'équivalence vis-à-vis de concepts voisins	38
A. Les concepts connectés au principe d'équivalence	38
1. Le principe de l'autonomie dite "institutionnelle et procédurale" et le principe de coopération loyale	39
2. Les principes d'effet direct, de primauté et d'effet utile	42
B. Les concepts distincts du principe d'équivalence	45
1. Les principes d'égalité et de non-discrimination	46
2. Un « principe d'équivalence » en droit international	47
Section 2 : Problématique de l'étude	50

§1 : Le “paradoxe” du traitement juridique et doctrinal du principe d'équivalence en droit de l'Union européenne	51
A. Deux approches contradictoires instituant un paradoxe	51
B. Des indices incitant à dépasser le paradoxe	53
§2 : L'ambition de l'étude : la résolution du paradoxe	55
A. Une étude axée sur la fonction du principe d'équivalence	56
B. Méthodologie de l'étude	57
Annnonce de plan	60

Partie 1 : Un principe utile..... 61

Titre 1 : Une fonction singulière..... 63

Chapitre 1 : La préservation de l'effet utile du droit de l'Union dans le cadre de l'administration indirecte	65
---	----

Section 1 : Une réponse à l'inévitable renvoi de l'exécution du droit de l'Union aux États membres	66
--	----

§1 : Le fruit d'un choix pragmatique irréversible	67
---	----

A. Le refus d'une administration directe européenne importante	68
--	----

1. Des obstacles à une centralisation des moyens de mise en œuvre du droit de l'Union	69
---	----

2. La coadministration comme alternative à l'administration directe	71
---	----

B. La disponibilité des systèmes administratifs nationaux	75
---	----

1. Des moyens nationaux nécessaires à l'application effective du droit de l'Union	76
---	----

2. Le constat global de la solidité des structures administratives nationales	79
---	----

§2 : L'exercice autonome d'une compétence nationale	82
---	----

A. Les faiblesses de la thèse d'une compétence d'exécution européenne déléguée aux États membres	84
--	----

1. L'absence d'une pleine fonction d'exécution détenue ab initio par l'Union européenne	85
---	----

a. Une possible identification par analogie avec la logique fédérale de répartition des compétences	85
---	----

b. Une compétence européenne d'exécution tout au plus résiduelle	88
--	----

2. Le refus d'un dédoublement fonctionnel des autorités nationales appliquant le droit de l'Union	91
---	----

a. Une thèse d'apparence fondée	91
---------------------------------------	----

b. Une thèse discutabile pour l'ordre juridique européen	93
--	----

i. L'absence de rapports hiérarchiques entre l'Union européenne et les autorités nationales	93
---	----

ii. Le rejet d'une imputabilité de l'action des autorités nationales à l'Union européenne	96
---	----

B. Le fondement de l'administration indirecte dans le principe de coopération loyale	100
---	-----

1. Le principe d'une autonomie dans la mise en œuvre nationale du droit de l'Union	100
--	-----

a. Un principe indispensable à l'application du droit de l'Union	101
b. Une existence indifférente à la subordination des autorités nationales au droit de l'Union européenne	104
2. Une mise en œuvre nationale assurée de bonne foi par le principe de coopération loyale	106
Section 2 : Une atténuation mesurée des risques inhérents à l'administration indirecte	111
§1 : Un risque permanent d'une inapplication du droit de l'Union en raison du traitement national accordé	112
A. L'insuffisance des "principes de contentieux de première génération"	112
1. L'inopérance de la protection de l'autonomie de l'ordre juridique européen et du principe d'effet direct	113
2. L'insuffisance des principes de primauté et d'uniformité	117
a. Limites du principe de primauté	118
b. Limites du principe d'uniformité du droit de l'Union	120
B. Un risque considéré acceptable pour l'ordre juridique européen	122
1. Une situation justifiée par l'absence de réglementation européenne	123
a. Un risque de non-application comme conséquence de l'absence de réglementation européenne	123
b. Une absence non synonyme de "vide juridique"	126
2. Un traitement national protecteur de valeurs et droits reconnus par l'Union européenne	130
§ 2 : Une garantie d'équivalence apportée à l'effet utile du droit de l'Union	135
A. Une traduction particulière du principe de coopération loyale	137
1. Le respect d'un seuil minimum d'efficacité dépendant du droit national	138
2. Un principe conditionnant l'autonomie des États membres	142
B. Une finalité première distincte de la protection juridictionnelle effective des individus	144
1. Un objectif fréquemment partagé ou confondu de renforcement de l'effet utile du droit de l'Union	145
2. Des différences fondamentales liées à la spécificité de la protection juridictionnelle effective	148
Conclusion du Chapitre 1	153
Chapitre 2 : Une logique inédite de rapprochement du droit de l'Union européenne avec le droit interne	155
Section 1 : Une liaison singulière entre ordres juridiques	156
§1 : Une mise en parallèle d'une "situation européenne" avec une "situation interne"	156
A. Une acception volontairement large de la "situation européenne"	157
1. Une situation étrangère à l'exigence d'effet direct du droit de l'Union	159
a. Une jurisprudence européenne indifférente à l'effet direct du droit de l'Union ..	159
b. Une conception de l'effet direct distincte de l'applicabilité directe	162

i. Une distinction liée aux effets attendus de l'application de la norme européenne	163
ii. Une distinction éclairant la jurisprudence de la Cour de justice	166
2. Une situation limitée à l'application directe d'une norme européenne par une autorité nationale	168
a. Une unique condition : la détermination certaine du contenu de la norme européenne.....	168
b. Une relative indifférence dans le destinataire de la disposition européenne.....	171
B. La définition négative et délicate d'une "situation interne"	174
1. L'inopérance du concept de "situation purement interne"	176
a. Un concept limité aux libertés de circulation.....	176
b. Un concept impropre à caractériser un standard de comparaison	179
2. La difficulté d'une identification négative générale de la situation interne	182
a. Une appréhension relativement stricte de la "situation interne"	182
b. Une approche en partie cohérente par rapport au champ d'application des droits fondamentaux	185
§2 : Un renfort incident à l'intégration du droit de l'Union	190
A. Un palliatif à l'absence d'unité fédérale de l'Union européenne	190
1. Les limites préventives à l'étendue de l'autonomie des États fédérés	192
a. Les limites issues du droit constitutionnel ou législatif fédéral.....	192
b. Les limites issues de l'homogénéité des systèmes fédérés.....	195
2. La sanction effective et directe du juge fédéral	197
B. Une assimilation formelle du droit de l'Union européenne au droit interne	200
1. Une contribution au refus d'appréhender le droit de l'Union comme un droit d'origine externe.....	201
2. L'application appropriée du régime national normalement prévu pour le droit interne	204
a. Une logique conciliée avec les exigences spécifiques de la norme européenne....	205
b. Le refus d'une banalisation inconsidérée du droit de l'Union	209
Section 2 : Une liaison impossible par l'intermédiaire d'autres concepts	213
§1 : Une distinction délicate les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement .	214
A. Des oppositions fondamentales avec le principe d'égalité.....	216
1. L'exigence de l'égal traitement comme moyen et non comme fin en soi.....	216
2. L'impossibilité d'identifier un "bénéficiaire" du droit au traitement équivalent	221
B. Une différence subtile vis-à-vis du principe de non-discrimination en raison de la nationalité	223
1. Une absorption partielle du principe d'équivalence dans la non-discrimination en raison de la nationalité	225
2. Une portée plus réduite de la non-discrimination en raison de la nationalité.....	228
§2 : Distinction vis-à-vis de la reconnaissance mutuelle et de l'équivalence des protections	231
A. La reconnaissance mutuelle	232

1. Une proximité fonctionnelle minimisant des divergences	233
2. L'existence déterminante de prérequis pour l'application de la reconnaissance mutuelle	235
B. L'équivalence des protections	239
1. Une présomption plus qu'une exigence	240
2. Une technique issue des ordres juridiques nationaux et sous surveillance de l'Union européenne	243
Conclusion du Chapitre 2.....	247
Conclusion du Titre 1	249
Titre 2 : Une exigence adaptée.....	251
Chapitre 1 : Une exigence applicable à l'ensemble du droit national	253
Section 1 : Une application privilégiée à des dispositions d'ordre procédural	254
§1 : Une place particulière vis-à-vis du droit du contentieux	255
A. Un domaine ouvert à l'application du principe d'équivalence	257
1. Le problème de la polysémie du concept de "voie de droit"	259
2. Une application variable selon l'objet du droit du contentieux en cause	264
a. Une application restreinte quant à l'existence de la voie de droit	264
b. Une application importante aux modalités procédurales encadrant la voie de droit	267
B. Un domaine favorable à l'application du principe d'équivalence.....	271
1. Des modalités litigieuses facilement identifiables.....	272
a. Modalités relatives à l'action	272
i. Règles de compétence juridictionnelle.....	273
ii. Règles de recevabilité	275
b. Modalités relatives à l'instance	278
2. Une distinction et une comparabilité simplifiées des situations européenne et interne	280
a. La nature de la norme invoquée : le cas des moyens contentieux.....	281
b. La nature de la norme violée	286
§2 : L'inclusion logique du droit procédural non contentieux.....	288
A. Les procédures nationales non contentieuses pleinement soumises au principe d'équivalence	289
1. La nécessité d'encadrer directement l'activité administrative nationale	290
2. Une application faiblement concurrencée par d'autres exigences	294
B. Le constat d'une grande variété des procédures régies.....	297
1. Une application significative en matière fiscale.....	298
2. Une application incontournable aux demandes en répétition de l'indu	299
Section 2 : Une application claire à des dispositions non procédurales.....	303
§1 : Le cas édifiant du droit des sanctions nationales	303
A. Un doute originel sur l'application du principe d'équivalence.....	305
1. Le problème de la polysémie de la "sanction"	306

2. L'existence envisageable d'un "principe d'assimilation" spécifique aux sanctions nationales.....	309
B. Une application indéniable et justifiée	312
1. Une généralisation souhaitée et souhaitable de l'application du principe d'équivalence	313
2. Une application explicitement reconnue dans l'arrêt Scialdone	316
§2 : Une indifférence sur la nature procédurale ou matérielle de la disposition nationale soumise au principe d'équivalence	320
A. Une application logique du principe d'équivalence à des dispositions nationales matérielles.....	320
1. Une position justifiable théoriquement.....	321
a. Les difficultés évitées quant à la distinction entre "droit matériel" et "droit formel"	321
b. Une position cohérente pour l'encadrement de la mise en œuvre du droit de l'Union	323
2. Une position confirmée par la jurisprudence : l'arrêt Dimos Zagorion	326
B. Une conception extensive justifiée du droit national de mise en œuvre du droit de l'Union.....	329
1. La controverse autour de l'arrêt Salgoil : une qualification interne du droit de l'Union européenne ?.....	331
2. Une controverse sans objet : une qualification interne implicitement limitée	334
Conclusion du Chapitre 1	339
Chapitre 2 : Une règle opportunément peu contraignante.....	341
Section 1 : Une exigence minimaliste d'équivalence des traitements nationaux	342
§1 : Une simple exigence d'un traitement "au moins équivalent"	343
A. Une exigence d'équivalence formulée de manière variable	345
1. Conceptions strictes de l'équivalence.....	346
a. L'exigence rigide d'identité entre les traitements	346
b. L'exigence sectorielle d'analogie entre les traitements	349
2. Conceptions souples de l'équivalence	352
a. L'exigence originelle de non-discrimination.....	352
b. L'exigence emblématique de l'interdiction d'un traitement "moins favorable" ...	355
B. Une exigence à la signification unique et constante	358
1. Une exigence déterminée au regard de la finalité du principe d'équivalence	359
2. Les refus répétés de modifier l'exigence du principe d'équivalence	362
§2 : Une exigence d'équivalence nécessairement biaisée	365
A. Une exigence d'équivalence asymétrique	366
1. Une asymétrie inéluctable	366
a. Une exigence insusceptible de protéger une situation interne	366
b. Une asymétrie aisément constatable.....	370
2. Une asymétrie acceptable en elle-même.....	373

B. Une exigence dépassant exceptionnellement une simple équivalence	375
1. La transformation occasionnelle d'une possibilité en une obligation.....	376
2. Une transformation justifiée pour un meilleur équilibre entre les protections de l'autonomie procédurale et de l'effet utile du droit de l'Union	379
Section 2 : Une exigence déterminée en fonction du traitement national préexistant	383
§1 : Une exigence de compromis efficace entre le respect de l'autonomie des États membres et la protection de l'effet utile du droit de l'Union	384
A. Une exigence reposant exclusivement sur le droit national existant	385
1. Une neutralité opportune quant à l'organisation de l'ordre juridique interne.....	386
2. Une neutralité à relativiser quant aux conditions d'identification du référentiel pertinent.....	389
B. Une exigence sanctionnée aisément sans aucun "vide juridique"	392
§2 : Une exigence permettant de bénéficier des avantages et protections offerts par l'ordre juridique national	396
A. Une exigence d'équivalence presque suffisante en elle-même pour éprouver l'effectivité du traitement national.....	397
B. Le bénéfice d'une protection potentiellement supérieure à celle exigée par l'Union européenne	401
1. Le bénéfice d'avantages mineurs	402
2. Le bénéfice d'avantages normalement inaccessibles	407
a. Des assouplissements aux conditions d'engagement de la responsabilité de l'État	408
b. Des dérogations à l'autorité de la chose jugée	410
Conclusion du Chapitre 2.....	415
Conclusion du Titre 2	417
Conclusion de la Partie 1	419
<i>Partie 2 : Un principe faillible</i>	<i>421</i>
Titre 1 : Des problèmes intrinsèques	423
Chapitre 1 : Les difficultés inhérentes à la méthode d'application	425
Section 1 : Des modalités d'application peu opératoires	427
§1 : L'existence de critères perfectibles relatifs à la similitude de recours contentieux	429
A. Le critère de l'objet du recours.....	431
1. Une approche finaliste de l'objet du recours	431
a. Une possible classification triptyque de l'objet du recours	433
b. Un critère pertinemment associé à la manière d'appliquer une disposition	435
2. Les limites à une approche trop schématique des objets des recours	438
B. Les critères de la cause et des éléments essentiels	442
1. Le caractère relatif du critère de la cause du recours	442
2. Le caractère insaisissable du critère des "éléments essentiels" du recours	445
§2 : Une méthode universelle globalement insaisissable.....	449

A. L'énoncé quasi impossible d'une méthode d'application générale	450
1. Une inévitable indétermination dans la méthode d'identification du référentiel pertinent	451
2. L'affirmation simple d'une comparaison in abstracto et in globo des traitements accordés aux situations européenne et interne similaires	455
B. Une jurisprudence excessivement prudente	458
1. L'absence de précisions à portée	460
2. Des imprécisions sources de confusion	465
Section 2 : Une méthode risquée pour une application optimale	469
§1 : Une méthode reposant sur des choix discutables	470
A. Un débat sur le caractère "purement national" du référentiel	470
1. Le cœur du débat : admettre comme référentiel une situation européenne similaire	471
2. Enjeux du débat quant au rôle et à place du principe d'équivalence	476
B. Le choix d'une méthode éloignée de l'application du principe d'égalité de traitement	480
1. Une divergence de méthode entre principe d'équivalence et principe d'égalité	482
2. La justification d'une méthode du principe d'équivalence autonome de celle du principe d'égalité	486
§2 : Le problème d'une méthode simplifiée : l'application "indifférenciée" de la modalité nationale litigieuse	490
A. Une approche simpliste de l'application du principe d'équivalence	491
1. Une approche exclusivement pertinente pour caractériser un doute quant au respect du principe d'équivalence	492
2. Une méthode excessivement réductrice	495
B. Une méthode ignorant les discriminations indirectes	498
1. Des discriminations indirectes évidemment prohibées par le principe d'équivalence	499
2. Les dangers d'un principe d'équivalence insusceptible de sanctionner des discriminations indirectes	503
a. Une prise en compte timorée des risques de la méthode simplifiée	503
b. L'exemple de la comptabilité de l'article L. 190 du Livre des procédures fiscales avec le principe d'équivalence	506
Conclusion du chapitre 1	513
Chapitre 2 : Une vérification inaboutie	515
Section 1 : Une application compromise par les rôles respectifs des juridictions européenne et interne	516
§1 : Les difficultés liées au partage des fonctions entre la Cour de justice et le juge national	517
A. Une répartition des compétences classique et a priori opérante	519
1. Rôle de la Cour de justice : interprétation du principe d'équivalence et assistance du juge national	521

2. Rôle du juge national : application concrète du principe et manipulation des éléments pertinents de droit interne	526
B. Une répartition en réalité problématique : l'absence d'une juridiction pleinement compétente	529
1. La Cour de justice, dépendante des éléments fournis par le juge national	530
2. Le juge national, tributaire d'une méthode d'application opérationnelle de la Cour de justice	532
§2 : Les failles d'une simple relation de "collaboration" entre Cour de justice et juge national	535
A. Une jurisprudence européenne presque indifférente à l'action du juge national	537
1. La politique jurisprudentielle européenne traditionnelle de responsabilisation de l'action du juge national	538
a. L'accentuation des conditions de recevabilité du renvoi préjudiciel.....	539
b. La reconnaissance d'une forme de contrôle et de sanction du jugement des juridictions nationales.....	543
2. Une position jurisprudentielle visiblement évitée pour le principe d'équivalence	545
a. Une attitude excessivement tolérante de la Cour de justice vis-à-vis du juge national.....	546
b. Une position jurisprudentielle discutabile et même regrettable	549
B. La nécessité d'une relation de symbiose entre la Cour de justice et le juge national	552
1. Une symbiose par l'acculturation et l'implication des juges nationaux	554
a. Une acculturation nécessaire à une mise en œuvre effective du droit de l'Union par les juges nationaux.....	555
b. Une acculturation légitimement entravée pour le principe d'équivalence	558
2. Une relation de symbiose en récent épanouissement par certains arrêts de la Cour de justice	560
Section 2 : Un contrôle insuffisant du respect du principe d'équivalence	564
§1 : Point de vue de l'Union européenne : un contrôle tolérant et en demi-teinte	564
A. Un contrôle aboutissant à la seule sanction des violations manifestes du principe d'équivalence	565
B. Le résultat d'un principe simplement considéré "présumé respecté"	570
§2 : Point de vue interne : un principe mal maîtrisé	574
A. Un contrôle juridictionnel national globalement évasif	575
1. Une vérification souvent superficielle	576
2. De rares applications abouties	579
B. Une prise en considération très incertaine par les autorités nationales	583
Conclusion du chapitre 2	589
Conclusion du Titre 1	591
Titre 2 : Des problèmes extrinsèques	593
Chapitre 1 : Une place concurrencée par le principe d'effectivité	595
Section 1 : Un principe d'effectivité privilégié pour encadrer l'action des États membres	597

§1 : Une exigence considérée comme plus efficace dans la protection de l'effet utile du droit de l'Union.....	598
A. Une complémentarité harmonieuse initialement envisagée avec l'exigence d'équivalence	599
1. Une complémentarité par une application combinée des exigences d'équivalence et d'effectivité.....	600
a. Une protection renforcée de l'effet utile du droit de l'Union	600
b. Une diversité des traitements nationaux aisément appréhendée	603
2. Des exigences autonomes et additionnelles	606
B. Une tendance à une prévalence généralisée du principe d'effectivité.....	610
§2 : Une exigence d'effectivité opportunément indéterminée	614
A. Les avantages d'une exigence malléable.....	615
1. L'approche dominante : une obligation négative, souple et appréciée in concreto ..	617
2. L'approche occasionnelle : une obligation positive et appréciée in abstracto	621
B. Une contrainte accentuée par une proximité avec le principe de protection juridictionnelle effective	625
1. Une dissociation concrète impossible des principes d'effectivité et de protection juridictionnelle effective	628
2. Une proximité favorisant une exigence d'effectivité plus contraignante	632
Section 2 : Une vérification facilitée du respect du principe d'effectivité	636
§1 : Une mise en application globalement aisée du principe d'effectivité	637
A. Un contrôle classique de compatibilité du traitement national avec le principe d'effectivité.....	638
1. La prise en compte de motifs justifiant une atteinte mesurée à l'effet utile du droit de l'Union	640
2. Un examen faisant intervenir des standards et principes juridiques familiers	645
B. Un partage efficace des rôles entre Cour de justice et juge national	649
1. Une appréciation prudente mais pleinement opérée par la Cour de justice	650
2. Un rôle plus secondaire mais confortable du juge national	653
§2 : Une application pourtant confrontée à des inconvénients réels	655
A. Les difficultés liées aux conséquences à tirer d'une violation du principe d'effectivité	656
B. Un principe potentiellement trop attentatoire à l'autonomie des États membres	661
Conclusion du Chapitre 1	669
Chapitre 2 : Une application parfois désuète	671
Section 1 : Un contexte juridique uniformisé défavorable	672
§1 : Une harmonisation croissante et diversifiée des droits nationaux par le droit de l'Union	674
A. Une raréfaction des référentiels par l'investissement du droit de l'Union dans un domaine juridique	676
B. Un encadrement direct des traitements nationaux écartant l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres	681

1. Une harmonisation réduisant logiquement le champ d'application du principe d'équivalence	682
2. Une harmonisation touchant l'ensemble des facettes des traitements nationaux	686
§2 : Une harmonisation accentuée par la jurisprudence de la Cour de justice	692
A. L'identification d'exigences jurisprudentielles régissant directement les traitements nationaux	694
1. Une jurisprudence supplantant l'autonomie procédurale	695
a. Une identification par une interprétation "constructive" des dispositions textuelles	695
b. Une identification par la reconnaissance d'exigences autonomes purement jurisprudentielles.....	699
2. Les controverses posées par ces exigences jurisprudentielles	703
a. Les problèmes inhérents à la nécessité et à la portée des exigences jurisprudentielles.....	703
b. Les problèmes de la "Rewe-Simmenthal Contradiction"	708
B. Une jurisprudence non synonyme d'un changement de paradigme sur l'autonomie procédurale	711
Section 2 : Une équivalence assurée sans recourir au principe d'équivalence	716
§1 : Une équivalence "verticale" entre traitements européens et nationaux.....	716
A. Le référentiel identifié à partir du régime encadrant l'activité administrative et judiciaire de l'Union	718
1. Le résultat d'une dynamique de flux et de reflux des influences réciproques entre droit de l'Union et droits nationaux	718
2. Des manifestations explicites de l'équivalence "verticale" à certains domaines juridiques	720
B. Les limites d'une équivalence entre système européen et national	724
§2 : Une équivalence assurée volontairement par les États membres	730
A. Une équivalence par "effet de contagion"	731
1. Une contagion spontanée par souci de cohérence des traitements	732
2. Une contagion dictée par la lutte contre les discriminations à rebours.....	737
B. Un phénomène aux effets hétérogènes sur l'application du principe d'équivalence	740
1. Un déclin de l'application du principe d'équivalence synonyme d'une intégration européenne efficace.....	741
2. Un statut de "garde-fou" conforté pour le principe d'équivalence	744
Conclusion du Chapitre 2.....	747
Conclusion du Titre 2	749
Conclusion de la partie 2	751
<i>Conclusion générale.....</i>	<i>753</i>
<i>Bibliographie.....</i>	<i>759</i>
I. Manuels et ouvrages généraux	759

II. Thèses et monographies	761
III. Dictionnaires et encyclopédies	767
IV. Articles, contributions et note de jurisprudence	769
V. Conclusions sur décisions de justice	806
VI. Rapports et documents officiels	807
<i>Index thématique</i>	809
<i>Index jurisprudentiel.....</i>	815
I. Juridictions européennes.....	815
II. Juridictions nationales	817
<i>Table des matières</i>	819

LE PRINCIPE D'ÉQUIVALENCE EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE

Résumé : Le principe d'équivalence, tel qu'issu de la jurisprudence *Reve* et *Comet* de la Cour de justice de l'Union européenne, constitue un concept classique du droit de l'Union européenne. En tant que limite à l'autonomie institutionnelle et procédurale des États membres, il interdit qu'un traitement national accordé à une situation européenne ne soit pas au moins équivalent à celui accordé à une situation interne similaire. Sa proximité avec les principes de coopération loyale, d'égalité de traitement, d'effectivité, de protection juridictionnelle effective ou d'équivalence des protections incite à lui reconnaître une place non négligeable au sein de l'ordre juridique européen. Cependant, dans l'ensemble, la doctrine et les juges nationaux se désintéressent d'un tel principe. Trop obscur ou difficile à appliquer en raison d'une jurisprudence européenne assez évasive, il subit également le contexte d'harmonisation croissante des ordres juridiques nationaux par le droit de l'Union.

La présente thèse vise à comprendre et cerner au mieux la place et l'utilité du principe d'équivalence. À bien des égards, il joue un rôle certain en accordant une protection originale à l'effet utile du droit de l'Union et en favorisant l'intégration des règles européennes dans les ordres juridiques nationaux. Il rencontre toutefois différentes difficultés pour accomplir pleinement sa mission, ce qui explique l'indifférence avec laquelle il est traité. En définitive, le caractère hybride du principe d'équivalence, qui nécessite l'identification d'éléments de droit de l'Union et de droit interne, caractérise toute sa spécificité et son intérêt.

Descripteurs : *office du juge national ; intégration européenne ; droit au juge ; contentieux nationaux ; contentieux européen ; équivalence ; non-discrimination ; égalité ; effectivité du droit de l'Union européenne ; procédures administratives ; rapport de systèmes ; harmonisation européenne*

Title and Abstract: The principle of equivalence, from the ECJ's *Reve-Comet* judgments, is a well-known concept of European Union law. As a limit to the institutional and procedural autonomy, it does not allow that national rules for European law enforcement are not less favourable than those governing similar domestic situations. Its proximity with principles of sincere cooperation, equal treatment, effectiveness, effective judicial protection or equivalence protection induces to see an important principle of European law. Yet, the academics lawyers and national judges stay disinterested about it. It became too opaque or complex to be applied because of an elusive ECJ case-law and the European harmonization of national legal orders.

This work intends to understand and define the part and the utility of the principle of equivalence. In many ways, it fulfills a real function by providing effectiveness of European law and by increasing the integration of European rules into national legal orders. It encounters however some difficulties to do it, that explain the disinterest about it. *In fine*, it's a hybrid concept, which imply to determine elements from European and national laws, and that's define all its specificity and its importance.

Keywords: *national remedies ; national procedure ; EU enforcement ; European integration ; non-discrimination ; equal treatment ; effectiveness*