

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne

Adam, Stanislas

Published in:

L'article 159 de la Constitution

Publication date:

2010

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Adam, S 2010, Le contrôle incident de légalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne: entre mutations et transfiguration . dans M Nihoul (ed.), *L'article 159 de la Constitution* . Projucit, La Chartre, Bruxelles, pp. 353-426.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

LE CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE A L'EPREUVE DU DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ENTRE MUTATIONS ET TRANSFIGURATION

Stanislas ADAM

*Aspirant du Fonds flamand pour la recherche scientifique, Université de
Gand (Europees Instituut)*

Collaborateur scientifique aux F.U.N.D.P. Namur

Membre du centre de recherches PROJUCIT

*« Vigilantibus non dormientibus
subveniunt jura »*

INTRODUCTION

1. Davantage qu'un simple artifice juridictionnel, le contrôle incident de la légalité des actes pris par les autorités publiques contribue à l'affirmation d'un ordre juridique comme Etat de droit. Pour autant, la recherche d'un équilibre entre le respect dû à la loi, la sécurité juridique que poursuivent les délais impartis pour l'introduction de recours directs, la séparation des pouvoirs et la protection juridictionnelle effective, s'avère le plus souvent un redoutable exercice. La présente contribution se donne pour objet de mettre en lumière l'impact du droit de l'Union européenne (ci-après, le droit de l'Union)¹ sur cette complexité, en particulier au regard de la règle contenue à l'article 159 de la Constitution belge. Trois axes de recherche subdivisent le propos.
2. Il s'agit tout d'abord de dresser un bilan du contrôle incident, par la Cour de justice, de la validité des actes pris par les institutions de l'Union ainsi que de sa contribution au processus de constitutionnalisation de l'ordre juridique communautaire et, désormais, de l'Union (1). Par ailleurs, l'examen par un juge de la conformité d'une norme à une autre, en

¹ Le traité de Lisbonne, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, met fin à la distinction qui existait autrefois entre la Communauté européenne et l'Union européenne. L'Union a la personnalité juridique (art. 47 nouv. T.U.E.).

Belgique comme dans tout Etat membre, ne saurait ignorer les effets de la primauté du droit de l'Union – qu'il ait rang primaire ou non – sur les règles qui ressortissent à l'ordre juridique interne. Il en va de même de l'effet direct qui s'attache à certaines règles de droit de l'Union, et qui permet à un justiciable de s'en prévaloir en justice lorsqu'il estime pouvoir en tirer un avantage. De cette façon, le droit de l'Union ne se contente pas de compléter, au niveau européen, le mécanisme visé à l'article 159 de la Constitution belge, mais influence directement sa nature et sa portée. Il semble ainsi permis d'évoquer un effet de transfiguration du contrôle incident de légalité sous l'influence du droit de l'Union (II). Dans une troisième section, enfin, une comparaison est proposée entre les contrôles incidents de légalité en droit belge et en droit de l'Union, qui souligne les différences que présentent ces deux ordres juridiques (III). Ces développements permettent d'identifier deux facteurs principaux à l'origine des divergences entre ces systèmes de contrôle incident, à savoir, d'une part, l'étendue du droit d'accès des particuliers au recours en annulation et, d'autre part, l'ancrage plus profond en droit belge qu'en droit de l'Union du principe de la séparation des pouvoirs.

I. LE CONTROLE INCIDENT DE LA LEGALITE DES ACTES DE L'UNION

3. L'organisation du contrôle incident de légalité en droit de l'Union retient dans un premier temps l'attention (A). Sa mise en œuvre révèle tant une fonction de compensation qu'une fonction d'apurement, au gré des circonstances (B). Une fois mises en lumière les spécificités techniques du contrôle incident de légalité en droit de l'Union (C), sont esquissées les conséquences pour ce dernier liées à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne (D).

A. L'ORGANISATION DU CONTROLE

4. Le contrôle incident de légalité poursuit globalement des objectifs similaires en droit de l'Union et en droit belge. En principe, un acte de l'Union est définitif lorsqu'il n'a pas été attaqué dans le délai de deux mois prévu à cet effet². Les Traités ménagent de la sorte la sécurité juridique en ne prolongeant pas au-delà de ce qui est nécessaire la période d'instabilité

² V. pour un arrêt fondateur, C.J.C.E., aff. 20/65, *Collotti c. Cour de justice*, 17 novembre 1965, *Rec.*, p. 1045 ; C.J.C.E., aff. 52/64, *Pfloeschner c. Commission*, 14 décembre 1965, *Rec.*, p. 1211 ; C.J.C.E., aff. 161/87, *Muyers et Tulp c. Cour des comptes*, 14 juin 1988, *Rec.*, p. 3037, points 9 et 10.

au cours de laquelle un acte est susceptible d'anéantissement juridictionnel³. Pourtant, les justiciables ne sont pas censés déceler l'ensemble des problèmes de validité que posent des actes de droit dérivé dans un délai aussi court, et encore moins de prendre l'initiative – et de supporter les coûts – d'un recours en annulation chaque fois qu'un doute existe. Il en va d'autant plus ainsi s'agissant des actes généraux et abstraits, dont seule la mise en œuvre révèle bien souvent les illégalités. Les Traités ouvrent ainsi la voie à un double contrôle incident, à savoir l'exception d'illégalité au sens strict (1) et le renvoi préjudiciel en validité (2).

1. L'exception d'illégalité

5. A l'instar de l'article 159 de la Constitution belge, l'article 277 nouv. T.F.U.E. (anciennement, l'article 241 C.E.) nuance la rigueur du délai de recours en annulation, en autorisant toute partie, nonobstant l'expiration de ce délai, à exiger qu'un acte illégal de portée générale adopté par une institution de l'Union soit déclaré inapplicable à l'occasion d'un litige porté devant la Cour de justice⁴. Cette disposition ne crée toutefois pas une voie de recours autonome, la recevabilité de l'exception d'illégalité étant subordonnée à la condition que la Cour soit saisie d'un recours « principal » et recevable⁵. Ce mécanisme trouve le plus souvent à s'appliquer lorsqu'un Etat membre tente de contrecarrer un recours en manquement en soulevant une exception d'illégalité contre le règlement qu'il n'a prétendument pas respecté, lorsqu'un requérant sollicite, à l'appui de son recours en annulation, l'inapplication du/des acte(s) sur le(s)quel(s) la/les mesure(s) querellée(s) se fonde(nt), ou encore lorsque l'institution à l'origine de l'acte qui fait l'objet du recours en annulation tente d'écarter le moyen pris par le requérant de la méconnaissance d'un acte de droit dérivé,

³ V. not. C.J.C.E., aff. 169/80, *Gondrand*, 9 juillet 1981, *Rec.*, p. 1931, point 17.

⁴ Cette règle trouve également à s'appliquer dans le cadre du Traité EURATOM. V. le nouvel art. 106 bis, § 1^{er} EA.

⁵ C.J.C.E., aff. jtes 31/62 et 33/62, *Wöhrmann et Lütticke c. Commission*, 14 décembre 1962, *Rec.*, p. 965, sp. p. 979 ; C.J.C.E., aff. 33/80, *Albini c. Conseil et Commission*, 16 juillet 1981, *Rec.*, p. 2141, point 17 ; C.J.C.E., aff. jtes 87 et 130/77, 22/83 et 10/84, *Salerno e.a. c. Commission*, 11 juillet 1985, *Rec.*, p. 2523, point 36 ; C.J.C.E., aff. C-64/93 (ord.), *Donatub e.a. c. Commission*, 28 juin 1993, *Rec.*, p. I-3595, point 19 ; C.J.C.E., aff. jtes C-300/99 et 388/99 P, *Area Cova s.a. e.a. c. Conseil*, 1^{er} février 2001, *Rec.*, p. I-983. V. également T.P.I.C.E., aff. jtes T-54/00 et T-73/00 (ord.), *Federación de Cofradías de Pescadores de Guipúzcoa e.a. c. Conseil*, 19 septembre 2001, *Rec.*, p. II-2691, point 82 ; T.P.I.C.E., aff. T-312/06 (ord.), *FMC Chemical c. Autorité européenne de sécurité des aliments*, 17 juin 2008, *Rec.*, p. II-89, points 71 et 72.

en excipant de l'invalidité de ce dernier au regard d'une norme de rang plus élevé.

6. Ainsi que le laissait présager l'arrêt *Meroni* prononcé au sujet des actes adoptés sur le fondement du Traité C.E.C.A.⁶, le contrôle incident de légalité s'est vu reconnaître la qualité de principe général en droit communautaire, à l'occasion de l'arrêt *Simmenthal* du 6 mars 1979⁷. Cette société poursuivait l'annulation d'une décision de la Commission spécifiant la quantité de viande bovine congelée pouvant être importée à des conditions avantageuses. A cette occasion, elle contestait plus généralement le système d'octroi des quotas, notamment fixé dans des avis d'adjudication. La Cour répondit que : « l'article (277 nouv. T.F.U.E.) est l'expression d'un principe général assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité des actes institutionnels antérieurs, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire (...) un recours direct contre ces actes, dont elle subit ainsi les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation »⁸. L'impact de cette précision ne saurait être sous-estimé, dès lors qu'elle permit à la Cour d'apprécier indirectement la validité d'actes communautaires qui, tout en n'ayant pas la forme de règlements – seuls visés à l'époque par le Traité en vue du contrôle incident –, présentaient néanmoins une portée générale et abstraite.
7. Un facteur déterminant dans l'organisation du contrôle incident de la légalité des actes de l'Union tient à l'enserrement très strict du droit d'accès des particuliers au recours en annulation contre les actes dont ils ne sont pas destinataires. L'article 263, al. 4 nouv. T.F.U.E. conditionne en effet en principe la recevabilité d'un tel recours à la démonstration, par un requérant non-privilegié, que l'acte contesté le concerne directement et individuellement⁹. Dans ces conditions, la possibilité d'une contestation incidente de la validité d'un acte de droit dérivé par un tel requérant constitue l'un des rouages essentiels du système complet de voies de recours et de procédures institué par les Traités, et destiné à confier à la

⁶ C.J.C.E., aff. 9/56, *Meroni c. Haute Autorité*, 13 juin 1958, *Rec.*, p. 11, sp. p. 26 ; aff. 10/56, *Meroni c. Haute Autorité*, 13 juin 1958, *Rec.*, p. 53, sp. p. 66. Ce traité n'est plus en vigueur depuis le 23 juillet 2002.

⁷ C.J.C.E., aff. 92/78, *Simmenthal c. Commission*, 6 mars 1979, *Rec.*, p. 777.

⁸ *Idem*, point 39.

⁹ V. toutefois, sur l'extension mesurée de l'accès des particuliers au recours en annulation depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, *infra*, I.D.

Cour de justice le contrôle exclusif de la légalité des actes pris par les institutions¹⁰. Sur ce point déjà, le droit de l'Union se distingue du droit belge où, en principe, tout requérant apte à démontrer son intérêt est recevable à poursuivre l'annulation d'un acte administratif (individuel ou réglementaire), voire même législatif. Nous y reviendrons¹¹.

2. Le renvoi préjudiciel en validité

8. C'est une exigence similaire de protection juridictionnelle qui fonde l'existence du second volet du contrôle incident de légalité en droit de l'Union, à savoir le renvoi par un juge national d'une question préjudicielle à la Cour de justice, visant à apprécier la validité d'un acte adopté par une institution de l'Union (art. 267 nouv. T.F.U.E.)¹². Dans ce cas, le renvoi à la Cour de justice vise à déterminer si un acte de droit dérivé censé s'appliquer au litige dont est saisi le juge national doit être écarté au motif qu'il est contraire à une règle supérieure de l'ordre juridique de l'Union. Ainsi, par exemple, un justiciable auquel une administration nationale entend appliquer un règlement peut avoir intérêt à mettre en doute la validité de ce dernier. De même, un justiciable à qui il est reproché de s'être soumis à des règles nationales potentiellement contraires à un acte de droit dérivé peut tenter d'écarter l'application de ce dernier pour éviter une sanction ou faire obstacle à la mise en œuvre de sa responsabilité. Ainsi que nous le verrons, le renvoi préjudiciel en validité forme un ensemble cohérent avec l'exception d'illégalité au sens strict, dans l'organisation du contrôle incident de la légalité des actes de l'Union. Cette convergence ne surprend guère dès lors que l'une et l'autre forme de contrôle sont l'expression d'un même principe général du droit de l'Union. Le renvoi préjudiciel en validité ne vise pas uniquement à offrir une protection juridictionnelle effective aux particuliers contre les actes de l'Union qui leur font grief. A l'instar de tout mécanisme préjudiciel, ce type de renvoi

¹⁰ C.J.C.E., aff. 294/83, *Les Verts c. Parlement*, 23 avril 1986, *Rec.*, p. 1339, 23. Sur l'exclusivité de compétence de la Cour de justice pour apprécier la validité des actes communautaires, v. C.J.C.E., aff. 314/85, *Foto-Frost*, 22 octobre 1987, *Rec.*, p. 4199. Plus généralement, sur l'exclusivité de la compétence de la Cour pour l'interprétation et l'application des Traités, v. C.J.C.E., aff. C-459/03, *Commission c. Irlande*, 30 mai 2006, *Rec.*, p. I-4635.

¹¹ V. *infra*, III.

¹² Sur la pratique du renvoi préjudiciel par le Conseil d'Etat, v. P. GILLIAUX, « Le renvoi préjudiciel à la Cour de justice des Communautés européennes. L'expérience du Conseil d'Etat belge », *A.P.T.*, 2003/1, pp. 1-58.

visé également à garantir l'unité d'interprétation et d'application du droit de l'Union.

B. DE LA COMPENSATION DES VOIES DE RECOURS A L'APUREMENT DES ILLEGALITES : LA FONCTION DOUBLE DU CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE DES ACTES DE L'UNION

9. En droit de l'Union, le contrôle incident de légalité poursuit essentiellement deux fonctions, partiellement fondées sur l'identité de celui qui revendique l'inapplicabilité d'un acte pris par une institution¹³. La principale d'entre elles, dite « *de compensation* », permet à un justiciable de tenter d'écarter d'un litige un acte contre lequel il n'aurait sans aucun doute pu agir en annulation ; une fois écoulé le délai prévu à l'article 263, al. 6 nouv. T.F.U.E. pour le dépôt d'un recours en annulation, elle exclut par contre qu'un justiciable puisse soulever une exception d'illégalité contre un acte dont il est destinataire ou, en tout cas, contre lequel il aurait manifestement pu agir. La Cour de justice complète néanmoins cette dimension par une fonction « *d'apurement* » lorsque l'illégalité d'un acte général et abstrait est soulevée par un requérant (semi-) privilégié. Dans ce cas, l'accent n'est pas tant mis sur la faculté dont jouissait celui qui prend l'initiative du contrôle incident de poursuivre l'annulation d'un tel acte, mais plutôt sur la formulation de l'article 277 nouv. T.F.U.E. ainsi que sur la difficulté, en ce compris pour les requérants (semi-) privilégiés, de découvrir d'emblée les problèmes de légalité que présente un acte de portée générale et abstraite, avant même qu'il n'ait été mis en œuvre. Une première section examine le contrôle incident à l'initiative des requérants privilégiés que sont les Etats membres, le Conseil, la Commission et le Parlement européen ainsi que les requérants semi-privilégiés (la Cour des comptes, la B.C.E. et le Comité des régions) (1). Une deuxième section est consacrée à la contestation incidente de la légalité d'un acte de l'Union à l'initiative d'un particulier (2).

1. Le contrôle incident à l'initiative des requérants (semi-) privilégiés

10. Il convient de distinguer selon que la contestation incidente porte sur un acte dont un Etat membre ou une institution est destinataire, d'une part (a), et un acte général et abstrait, d'autre part (b).

¹³ V. L. COUTRON, *La contestation incidente des actes de l'Union européenne*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 142.

- a. La contestation incidente d'un acte dont un Etat membre ou une institution est destinataire

11. La logique de compensation opère pleinement en cas de contestation incidente, par un requérant (semi-) privilégié, d'un acte dont il est destinataire. Selon une jurisprudence constante, une telle contestation n'est plus recevable, à défaut pour celui qui en prend l'initiative d'avoir poursuivi l'annulation de l'acte qu'il conteste dans les délais prévus à cet effet¹⁴. Une autre solution porterait atteinte à la cohérence du système des voies de recours instituées par les Traités ainsi qu'au principe de la sécurité juridique, puisqu'elle permettrait aux requérants (semi-) privilégiés, en particulier les Etats membres, de se faire justice à eux-mêmes, en n'exécutant pas des obligations découlant du droit de l'Union qu'ils jugeraient illégales et en laissant à d'autres – singulièrement, la Commission – la charge d'une procédure en justice destinée à en assurer le respect¹⁵. Ainsi que nous le verrons plus en détail, cette conclusion semble s'étendre aux directives, assimilées par la Cour de justice à des décisions individuelles adressées aux Etats membres¹⁶.

Cette logique de compensation trouve régulièrement à s'appliquer dans le cadre de recours en manquement, notamment lorsque la Commission entend dénoncer l'illégalité d'une aide d'Etat et exige d'un Etat membre qu'il prenne les mesures nécessaires pour obtenir sa récupération. Selon une jurisprudence bien établie, les recours en manquement, d'une part, et en annulation et en carence, d'autre part, poursuivent des objectifs distincts et sont soumis à des modalités différentes. Il en résulte qu'un Etat membre ne peut soulever l'illégalité d'une décision précisant qu'une aide qu'il a accordée est illégale à l'occasion d'un recours visant à faire constater qu'il a manqué à ses obligations découlant des Traités en n'exigeant pas son

¹⁴ C.J.C.E., aff. 3/59, *Allemagne c. Haute Autorité CECA*, 8 mars 1960, *Rec.*, p. 134 ; C.J.C.E., aff. jtes 6/69 et 11/69, *Commission c. France*, 10 décembre 1969, *Rec.*, p. 523, point 24 ; C.J.C.E., aff. 156/77, *Commission c. Belgique*, 12 octobre 1988, *Rec.*, p. 1881, point 24 ; C.J.C.E., aff. 226/87, *Commission c. République hellénique*, 30 juin 1988, *Rec.*, p. 3611, et les conclusions présentées le 24 mai 1988 par l'Avocat général MANCINI, sp. le point 3 ; C.J.C.E., aff. C-135/93, *Espagne c. Commission*, 29 juin 1995, *Rec.*, p. I-1651 ; C.J.C.E., aff. C-1/00, *Commission c. France*, 13 décembre 2001, *Rec.*, p. I-9989, point 101.

¹⁵ C.J.C.E., aff. 156/77, *idem*, point 22.

¹⁶ V. *infra*, I.B.1.b.

remboursement¹⁷. Il en va ainsi même si l'Etat membre mis en cause a pris la peine d'introduire un recours en annulation contre une telle décision¹⁸. Ceci n'empêche naturellement pas un Etat membre de solliciter de la Cour de justice, dans le cadre d'une telle procédure en annulation, qu'elle suspende à titre provisoire son obligation de récupérer les aides prétendument illégales. Dans ce dernier cas, le manquement ne peut être constaté qu'après que le recours en annulation ait été rejeté, voire après que la demande de mesures provisoires ait été écartée¹⁹.

12. L'impossibilité pour un Etat membre d'opposer à un recours en manquement l'illégalité de la décision dont l'inexécution lui est reprochée, malgré le dépôt dans les délais d'une requête en annulation contre cet acte, contraste avec la solution retenue lorsqu'une exception de ce type est soulevée à l'occasion d'un recours en annulation ou lors d'une procédure préjudicielle. Dans l'affaire *Walter Rau*, sur laquelle nous reviendrons, la Cour a en effet admis que l'illégalité d'un acte pouvait être soulevée à l'occasion d'une procédure préjudicielle, même par un justiciable qui en est destinataire, pour peu que le recours en annulation ait été introduit dans le délai prescrit à cet effet²⁰. Cette solution semble justifiée par la circonstance que, dans cette hypothèse, les procédures à l'occasion desquelles l'acte est contesté poursuivent globalement un objectif proche, qui est d'apprécier la validité d'un acte de l'Union. Les recours en manquement et en annulation ne présentent pas un tel parallélisme. Notons encore – même si une telle situation est exceptionnelle – que la logique de compensation fait également obstacle à ce qu'un Etat membre puisse tenter de contester la légalité d'un acte dont il est destinataire en invitant un juge interne à opérer un renvoi préjudiciel, sauf s'il a déposé en temps utile un recours en annulation qui n'a pas encore donné lieu à un arrêt de rejet²¹.

¹⁷ V. not. C.J.C.E., aff. 52/83, *Commission c. France*, 15 novembre 1983, *Rec.*, p. 3707, point 10; C.J.C.E., aff. C-135/93, *o. c.*, note 14, point 17; C.J.C.E., aff. C-404/97, *Commission c. Portugal*, 27 juin 2000, *Rec.*, p. I-4897, point 24.

¹⁸ V. C.J.C.E., aff. C-261/99, *Commission c. France*, 22 mars 2001, *Rec.*, p. I-2537, point 18 et C.J.C.E., aff. C-17/99, *France c. Commission*, 22 mars 2001, *Rec.*, p. I-2481.

¹⁹ V. les conclusions présentées le 27 juin 2000 par l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire *Commission c. Portugal* (C-404/97, point 37).

²⁰ C.J.C.E., aff. jtes 133-136/85, *Walter Rau*, 21 mai 1987, *Rec.*, p. 2289. V. *infra*, I.B.2.1.

²¹ V. not. C.J.C.E., aff. C-241/01, *National Farmer's Union*, 22 octobre 2002, *Rec.*, p. I-9079, point 36. La *National Farmer's Union* avait intenté un recours en annulation

13. Cela dit, la Cour de justice n'attache pas aveuglément un effet de forclusion à l'expiration du délai de recours en annulation. Tout d'abord, cette foreclusion est conditionnée à une notification en bonne et due forme de l'acte querellé. Surtout, dans le cadre d'un recours en manquement, la Cour vérifie par ailleurs si la décision qu'un Etat membre n'a pas entièrement ou correctement exécutée indique de manière suffisamment précise l'attitude attendue de ce dernier. A défaut, l'Etat membre en question doit pouvoir contester la légalité d'un tel acte²².
14. Il ne paraît toutefois pas que l'obstacle à la contestation incidente évoqué dans ces lignes soit subordonné à la mention dans l'acte de la possibilité pour son destinataire d'en poursuivre l'annulation devant les juridictions de l'Union²³. Sur le plan de la protection juridictionnelle, les requérants privilégiés ne sauraient en effet être assimilés à des particuliers, dans la mesure précisément où ils sont susceptibles d'agir contre tout acte pris par une institution de l'Union. Une conclusion identique semble pouvoir être tirée au sujet des requérants « *semi-privilégiés* » que sont la B.C.E., la Cour des comptes et le Comité des régions, seuls à même d'évaluer – sous le contrôle ultime de la Cour de justice – si un acte est de nature à porter atteinte à leurs prérogatives.

devant le Conseil d'Etat français contre la décision implicite du gouvernement de rejeter une demande de levée de l'embargo qui était imposé par la France sur certaines viandes bovines en provenance du Royaume-Uni, suite à la crise de la « vache folle ». Cet embargo avait été maintenu en dépit de décisions par lesquelles la Commission avait décidé qu'aucun motif de santé publique ne justifiait plus une telle limitation à la libre circulation de la viande bovine. La France, qui n'avait pas agi en annulation contre cette décision, tenta d'en dénoncer l'illégalité à l'occasion du recours introduit par la *National Farmer's Union* devant le Conseil d'Etat. Saisie sur question préjudicielle, la Cour de justice confirme qu'un Etat membre, destinataire d'une décision, n'est plus en droit d'exciper de son illégalité une fois écoulé le délai prévu pour intenter un recours en annulation.

²² C'est ainsi que l'Allemagne a pu mettre en doute la légalité de la décision par laquelle la Commission avait dénoncé l'incompatibilité d'aides accordées par cet Etat avec des entreprises minières, mais sans lui fournir les indications nécessaires quant à la période couverte par la décision et les critères sur la base desquels les aides devaient être récupérées (C.J.C.E., aff. 70/72, *Commission c. République fédérale d'Allemagne*, 12 juillet 1973, *Rec.*, p. 813, sp. points 20-23).

²³ *Cpr. O. ODUDU, « Case 11/00, Commission of the European Communities v. European Central Bank. Judgment of 10 July 2003 », C.M.L. Rev., 2004, p. 1088.*

b. La contestation incidente d'un acte général et abstrait

15. L'application de la logique de compensation aux actes dont un requérant (semi-) privilégié est destinataire ne soulève pas de controverse majeure. Ainsi qu'il a été souligné plus haut, cette solution repose sur des motifs de sécurité juridique ainsi que sur la nécessité d'assurer l'effectivité du droit de l'Union. Un Etat membre ou une institution perd-il par contre le droit de soulever une exception d'illégalité contre tout acte général et abstrait, contre lequel il pouvait agir ? La question n'est pas dépourvue d'importance. Comme l'écrivait l'Avocat général ROEMER dès le milieu des années soixante, « les vices dont est entaché un règlement général n'apparaissent bien souvent dans toute leur force qu'au moment de leur application aux cas d'espèce »²⁴. Qui plus est, le libellé de l'article 277 nouv. T.F.U.E. ne paraît pas conditionner le contrôle incident des actes de portée générale à l'impossibilité d'en poursuivre annulation : sinon, comment expliquer qu'il s'applique « *nonobstant l'expiration* » du délai prévu à l'article 263, al. 6 T.F.U.E.²⁵ ? Quoique encouragée en ce sens par plusieurs de ses avocats généraux et par une doctrine majoritaire²⁶, la Cour n'avait jusqu'à récemment pas encore admis qu'un Etat membre puisse dénoncer incidemment l'illégalité d'un acte de ce type²⁷. C'est désormais

²⁴ Conclusions présentées le 22 mars 1966 dans l'affaire *Italie c. Conseil et Commission* (32/65, *Rec.*, 1966, p. 600).

²⁵ A. BARAV, « The Exception of illegality in Community law : a critical analysis », *C.M.L. Rev.*, 1974, pp. 371-373. V. en ce sens également les conclusions présentées le 19 septembre 2007 dans l'affaire *Commission c. Conseil* (C-91/05, points 51-53).

²⁶ V. not. A. BARAV, *idem*, pp. 366 et s. ; G. VANDERSANDEN, A. BARAV, *Contentieux communautaire*, Bruxelles, Bruylant, 1977, pp. 260-263 ; P. DUBOIS, « L'exception d'illégalité devant la Cour de justice des Communautés européennes », *C.D.E.*, 1978, pp. 411 et s. V. *contra*, G. BEBR, « Judicial Remedies of Private Parties against Normative Acts of the European Communities : the Role of the Exception of Illegality », *C.M.L. Rev.*, 1966-1967, pp. 11 et 13 ; R. JOLIET, *Le droit institutionnel des Communautés européennes. Le contentieux*, Liège, Faculté de droit, d'économie et de sciences sociales, 1981, pp. 134 et 135.

²⁷ V. C.J.C.E., aff. 32/65, *République italienne c. Conseil et Commission*, 13 juillet 1966, *Rec.*, p. 563 et les conclusions de l'Avocat général ROEMER, citées à la note 23 ; C.J.C.E., aff. 116/82, *Commission c. Allemagne*, 18 septembre 1986, *Rec.*, p. 2519 ; C.J.C.E., aff. 181/85, *France c. Commission*, 12 février 1987, *Rec.*, p. 689 et les conclusions de l'Avocat général Sir Gordon SLYNN présentées le 16 décembre 1986 (pp. 702-704) ; C.J.C.E., aff. 204/86, *République hellénique c. Conseil*, 27 septembre 1988, *Rec.*, p. 5323 et les conclusions présentées par l'Avocat général MANCINI le 25 mai 1988 (pp. 5343 et 5344) ; C.J.C.E., aff. C-258/89, *Commission c. Espagne*, 25 juillet 1991, *Rec.*, p. I-3977, et les conclusions présentées par l'Avocat général DARMON le 29 mai 1991 (pp. 3988-3992). Ce dernier avait en particulier attiré l'attention de la Cour sur le risque que ne se multiplient des recours en annulation

chose faite, même si certaines zones d'ombre subsistent quant à la portée exacte de cette logique « *d'apurement* ».

b.1. La fonction d'apurement, correctif à l'accès privilégié de certains justiciables au recours en annulation

16. L'arrêt prononcé par la Cour de justice le 10 juillet 2003 dans l'affaire *Commission c. Banque centrale européenne* implique qu'un requérant privilégié puisse contester par voie incidente la légalité d'un acte général et abstrait, même s'il n'a pas agi en annulation contre ce dernier dans le délai prévu à cet effet²⁸. La Commission contestait une décision par laquelle la B.C.E. avait fixé un cadre propre pour lutter contre la fraude, en marge du Règlement relatif à la procédure par laquelle l'O.L.A.F. mène des investigations contre la fraude au sein des institutions. La B.C.E. invoquait, pour l'essentiel, deux arguments à l'appui de sa défense, à savoir, d'une part, que ce Règlement ne lui était pas applicable et, d'autre part, qu'il était en tout état de cause illégal, en particulier parce qu'il avait été adopté sans la consulter et portait atteinte à son indépendance. La Commission contestait la faculté pour la B.C.E. de soulever une telle exception, dès lors que ces deux arguments auraient pu être invoqués par la B.C.E. à l'appui d'un recours direct contre le Règlement en question, destiné à préserver ses prérogatives²⁹.

La Cour écarta cette objection, estimant que le principe de sécurité juridique « *n'affectait (...) en aucune manière la règle posée à l'article 241 CE, dont le libellé prévoit que toute partie peut, à l'occasion d'un litige mettant en cause un règlement visé à cette disposition, se prévaloir des moyens prévus à l'article 230, deuxième alinéa, CE pour invoquer devant la Cour l'inapplicabilité de ce règlement* »³⁰. La Cour ajouta que le caractère normatif du Règlement mis en cause n'avait pas été mis en doute par les parties et qu'il n'avait pas été allégué qu'il devrait être assimilé à une décision ni que, en pareil cas, la B.C.E. en serait destinataire. La seule possibilité pour un Etat membre ou l'une des institutions visées à l'article

« *préventifs* » des Etats membres, destinés uniquement à éviter les inconvénients liés à une impossibilité de contestation incidente ultérieure (point 30).

²⁸ C.J.C.E., aff. C-11/00, *Commission c. B.C.E.*, 10 juillet 2003, *Rec.*, p. I-7147.

²⁹ Pour rappel, la B.C.E. n'étant, à l'instar de la Cour des comptes et du Comité des régions, qu'un requérant semi-privilégié, elle n'est recevable à agir en annulation devant la Cour de justice qu'en vue de sauvegarder ses prérogatives (art. 263, alinéa 3 T.F.U.E.).

³⁰ C.J.C.E., aff. C-11/00, *o. c.*, note 27, point 76.

263 nouv. T.F.U.E. d'agir en annulation contre un règlement ne porte dès lors pas préjudice à la faculté qui leur est reconnue d'en contester la validité, par voie d'exception, lors d'un recours ultérieur porté devant une juridiction nationale ou de l'Union³¹. Il importe peu, à cet égard, que l'illégalité dénoncée dans l'acte réglementaire antérieur ait été répétée dans l'acte qui fait l'objet du recours en annulation³².

La Cour semble avoir entériné de la sorte le point de vue défendu de longue date par plusieurs de ses avocats généraux, en consacrant la distinction entre les actes généraux et individuels sur laquelle repose l'article 277 nouv. T.F.U.E.³³. Au-delà de l'argument textuel solide sur lequel elle repose, cette solution est justifiée par la difficulté d'identifier les irrégularités d'un acte général de l'Union avant sa mise en œuvre dans des cas concrets. Cela dit, selon nous, il ne serait pas opportun de subordonner la recevabilité de la contestation incidente d'un acte de droit dérivé par un requérant (semi-) privilégié à la démonstration qu'il avait « de bonnes raisons » de ne pas agir en annulation contre l'acte en question, par exemple parce qu'il était convaincu que ce dernier ne lui était pas applicable ou parce qu'il ne pouvait raisonnablement déceler, au moment de son adoption, la/les illégalité(s) dont il serait entaché³⁴. Un tel examen conduirait en effet la Cour dans une appréciation particulièrement subjective, difficilement conciliable avec le principe de sécurité juridique³⁵. Une précision de la Cour sur ce point serait en tout cas souhaitable³⁶.

³¹ Cette solution a été confirmée depuis lors. V. C.J.C.E., aff. C-110/03, *Belgique c. Commission*, 14 avril 2005, *Rec.*, p. I-2801, points 76-83. V. également l'argumentation de la Commission devant T.P.I.C.E. dans l'affaire *Pologne c. Commission* (T.P.I.C.E., aff. T-258/04, *Pologne c. Commission*, 10 juin 2009, n.e.p., point 29).

³² V. C.J.C.E., aff. 181/85, *o. c.*, note 27, points 28-30. V. également C.J.C.E., aff. 2/57, *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c. Haute Autorité*, 12 juin 1958, *Rec.*, p. 131, sp. p. 146.

³³ V. *supra*, note 27. V. au contraire, pour une défense de l'application analogique et générale de la logique de l'arrêt *Simmenthal* aux requérants (semi-) privilégiés, les conclusions présentées par l'Avocat général LENZ le 14 mars 1995 dans l'affaire *Espagne c. Commission* (C-135/93, points 46-49).

³⁴ V. dans le même sens, les conclusions présentées par l'Avocat général Sir GORDON SLYNN le 16 décembre 1986 dans l'affaire *France c. Commission* (*o. c.*, note 27, pp. 173 et 174) ; les conclusions présentées par l'Avocat général JACOBS le 3 octobre 2002 dans l'affaire *Commission c. B.C.E.* (C-11/00, point I-60) ainsi que les conclusions présentées par l'Avocat général MENGIOZZI le 19 septembre 2007 dans l'affaire *Commission c. Conseil* (C-91/05, points 68 et 69).

³⁵ V. dans le même sens les conclusions présentées par l'Avocat général JACOBS dans l'affaire *Commission c. B.C.E.* (*idem*, point 194). Sir Gordon SLYNN, dans ses

Le droit d'accès privilégié des Etats membres et de certaines institutions au recours en annulation a joué un rôle prépondérant dans la distance prise en l'espèce par la Cour avec la logique de compensation. A défaut, les requérants privilégiés auraient perdu toute possibilité de contestation incidente ou presque, dès lors qu'ils sont recevables à agir contre tout acte de l'Union qui emporte des effets juridiques, qu'il soit ou non général et abstrait. Une telle solution aurait porté atteinte à l'équilibre qui peut être souhaité entre le respect de la légalité et la sécurité des rapports juridiques, en mettant exagérément l'accent sur cette dernière. Ainsi que nous le verrons dans la suite du propos, la situation est très différente pour les requérants non-privilégiés dès lors que ces derniers ne jouissent que d'un accès limité au recours en annulation en droit de l'Union³⁷.

17. Dans l'arrêt *C.E.D.E.A.O.* du 20 mai 2008, la Cour a confirmé l'approche retenue dans l'affaire *Commission c. B.C.E.*, mais dans une situation où la contestation incidente portait sur une action commune, adoptée par l'U.E. – et non plus par la C.E. – au titre de la P.E.S.C.³⁸. Cette critique était formulée par la Commission à l'occasion d'un recours en annulation contre une décision prise dans le cadre de la P.E.S.C., en exécution de cette action commune. La Commission n'avait toutefois pas introduit de recours direct contre cette dernière. En principe, la Cour est incompétente pour statuer sur un recours en annulation dirigé contre un acte de la P.E.S.C., si ce n'est en vue de vérifier qu'un tel acte n'empiète pas sur les procédures et l'étendue respective des institutions en droit de l'Union³⁹. Dans la mesure où la Commission avait orienté sa critique de l'action commune litigieuse dans le sens d'un empiètement, la question pouvait être posée de savoir si une telle contestation incidente était encore recevable. L'Avocat général MENGIOZZI avance un argument textuel imparable pour appuyer une réponse

conclusions présentées dans l'affaire *France c. Commission*, avait en particulier souligné qu'une appréciation des raisons qui ont conduit un requérant (semi-) privilégié à ne pas tenter de recours en annulation contre un acte poserait « de difficiles questions de fait » (*o. c.*, note 27, p. 703).

³⁶ O. ODUDU, *o. c.*, note 23, pp. 1088-1091 ; F. MARIATTE, « L'exception de recours parallèle enfin clairement circonscrite ? », *Europe*, octobre 2003, p. 14.

³⁷ V. *infra*, I.B.

³⁸ C.J.C.E., aff. C-91/05, *Commission c. Conseil* (« CEDEAO »), 20 mai 2008, *Rec.*, p. I-3651.

³⁹ Article 40 nouv. T.U.E. *in fine* article 24, § 1^{er}, alinéa 2 nouv. T.U.E. et 275, alinéa 2 nouv. T.F.U.E. Avant l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, la Cour de justice était compétente pour vérifier l'absence d'empiètement d'une mesure de la PESC sur le droit communautaire (v. l'ancien art. 46 f U.E. *in fine* art. 47 U.E.).

affirmative. L'article 277 nouv. T.F.U.E. autorise la contestation incidente d'un acte de portée générale « *nonobstant l'expiration du délai* » prévu pour introduire un recours direct. Cette précision, héritée de l'ancien article 241 C.E., n'aurait aucun sens si la faculté de soulever de manière incidente l'illégalité d'un acte de droit dérivé, à l'occasion d'une procédure devant une juridiction de l'Union, était limitée aux seuls cas dans lesquels celui qui en prend l'initiative n'avait pas la faculté de poursuivre l'annulation de l'acte en question. La Cour confirma ce point de vue : dès lors que la Commission ne pouvait être tenue pour destinataire de l'action commune litigieuse, elle était en droit de contester la validité de cette dernière à l'occasion d'un recours contre une décision visant à lui donner exécution. A l'instar de tout recours intenté contre un acte de la P.E.S.C., une telle contestation n'est toutefois recevable qu'en tant qu'elle relève de la compétence de la Cour de justice⁴⁰.

b.2. La portée de la fonction d'apurement

18. Encore convient-il de préciser la portée de la fonction d'apurement. L'affaire *Espagne c. Conseil* a été l'occasion pour la Cour d'opérer une mise au point importante quant à l'articulation entre cette fonction et le recours en annulation⁴¹. Le Royaume d'Espagne entendait contester la légalité d'un règlement de base relatif à la gestion de l'effort de pêche, à l'occasion d'un recours en annulation dirigé contre un règlement d'exécution. Or, cet Etat membre avait introduit sans succès un recours en annulation contre le règlement de base. Le rejet du premier recours n'était toutefois pas motivé par des considérations de fond mais par la circonstance que l'Espagne avait sollicité une annulation partielle, jugée impossible par la Cour. Dans ces conditions, l'examen de la contestation incidente ne heurtait pas l'autorité de la chose jugée puisque, au moment de se prononcer sur le second recours, la Cour n'avait pas encore statué au fond sur le recours en annulation contre le règlement de base. La Cour conclut dès lors à la recevabilité de l'exception d'illégalité⁴². L'autorité de chose jugée s'oppose par contre à ce que soit déclarée recevable une exception d'illégalité lorsque cette dernière s'appuie

sur des moyens identiques à ceux qui ont été rejetés au fond par la Cour, à l'occasion d'un recours antérieur⁴³.

19. Par ailleurs, il serait aventureux de généraliser la solution préconisée par la Cour dans l'arrêt *Commission c. B.C.E.* à tous les actes de l'Union de portée générale. Dans cet arrêt, la Cour a en effet souligné l'importance de la circonstance que la B.C.E. n'était pas destinataire du Règlement qu'elle entendait contester. Le critère qui apparaît en filigrane de ce raisonnement *a contrario* n'est pas très différent de celui retenu dans l'arrêt *Commission c. Belgique* (1978), mais en élargit toutefois le spectre ; la négligence d'un Etat membre ou d'une institution ne fait pas uniquement obstacle à ce qu'il/elle puisse contester par voie incidente la légalité d'une décision qui lui est adressée ; elle l'empêche aussi de mettre en doute, de la même façon, tout acte qui présente formellement une portée générale mais dont il/elle peut être considéré(e) comme le destinataire.

C'est en se fondant sur ce principe que la Cour a écarté la possibilité pour un Etat membre de mettre en doute, par voie incidente, la validité d'une directive. Dans un arrêt *Commission c. Allemagne* du 27 octobre 1992, la Cour a ainsi assimilé une directive à une décision dont les Etats membres sont destinataires⁴⁴. La Commission reprochait à l'Allemagne d'avoir manqué à son obligation de transposer dans les délais requis certaines dispositions de la Sixième Directive du Conseil sur l'harmonisation de la T.V.A.⁴⁵. L'Allemagne estimait toutefois qu'il lui était impossible d'appliquer l'une des dispositions de cette Directive, consacrée à certaines opérations des agences de voyage. L'argument pris de l'illégalité de cette disposition fut déclaré irrecevable dès lors qu'une directive est un acte adressé aux Etats membres ou à certains d'entre eux. Il est remarquable que la Cour ait jugé qu'il en va ainsi même lorsque, comme en l'espèce, la directive en question vise une harmonisation générale.

⁴⁰ V. pour une défense de la solution promue par la Cour et par son Avocat général, R. VAN OOI, « Cross-Pillar Litigation Before the ECJ : Demarcation of Community and Union Competences », *E.C.L.R.*, 2008/4, p. 405. V. aussi, sur cet arrêt, C. HILLION, R.A. WESSELS, « Competence Distribution in EU External Relations after ECOWAS : Clarification or Continued Fuzziness ? », *C.M.L. Rev.*, 2009, p. 570.

⁴¹ C.J.C.E., aff. C-442/04, *Espagne c. Conseil*, 15 mai 2008, *Rec.*, p. I-3517.

⁴² V. également les conclusions présentées par l'Avocat général BOT le 31 janvier 2008 (points 50-87).

⁴³ V. C.J.C.E., aff. C-91/05, *o. c.*, note 38, point 111. La Cour examine en premier lieu les vices qui affectent l'acte qui fait l'objet du recours principal. Si l'existence de ces vices est confirmée, et que ledit acte doit être annulé, la Cour ne se prononce pas sur l'exception d'illégalité, qui ne présente qu'un caractère accessoire.

⁴⁴ C.J.C.E., aff. C-74/91, *Commission c. Allemagne*, 27 octobre 1992, *Rec.*, p. I-5437, point 10.

⁴⁵ Sixième Directive 77/388/CEE du Conseil, du 17 mai 1977, en matière d'harmonisation des législations des Etats membres relatives aux taxes sur le chiffre d'affaires, *J.O. L* n° 145/1, 13 juin 1977.

Cette interprétation semblait pouvoir être mise en doute depuis l'entrée en vigueur du traité de Maastricht. Les directives « qui sont adressées à tous les Etats membres » sont en effet, à l'instar des règlements, publiées au *Journal officiel de l'Union européenne* et entrent en vigueur, à défaut de dispositions contraires, le vingtième jour qui suit leur publication⁴⁶. Cette formule contraste avec celle retenue au sujet des « autres directives », lesquelles entrent en vigueur lors de leur notification « à leurs destinataires ». Au regard de cette distinction, la légalité d'une directive générale et abstraite semble, à l'instar d'un règlement, pouvoir être contestée par un Etat membre de manière incidente, indépendamment de la question de savoir s'il en a ou non poursuivi l'annulation⁴⁷. Il n'est en effet pas aisé d'identifier les irrégularités dont de tels actes sont affectés, avant l'expiration du délai prévu pour en poursuivre l'annulation. De plus, la faculté de contestation incidente ferait contrepoids aux difficultés auxquelles les nouveaux Etats membres font face en vue de contester la compatibilité avec les Traités de directives adoptées avant leur adhésion, et dont ils n'ont pu poursuivre l'annulation⁴⁸.

Jusqu'il y a peu, un doute subsistait sur l'entérinement d'une telle distinction par la Cour de justice. Si cette dernière avait, à plusieurs reprises, confirmé sa jurisprudence *Commission c. Allemagne*, c'était en effet toujours à propos de directives adoptées avant l'entrée en vigueur du traité de Maastricht⁴⁹. Dans deux arrêts *Commission c. Allemagne*, prononcés le 15 juillet 2004 au sujet d'une directive adoptée le 5 juin 2000,

⁴⁶ Article 297, § 2, alinéa 2 nouv. T.F.U.E.

⁴⁷ Patrick DUBOIS avait défendu une telle distinction dès avant le traité de Maastricht. V. P. DUBOIS, *op. cit.*, note 26, pp. 420-422. V. également en ce sens K. LENAERTS, D. ARTS, *Europees procesrecht*, derde herziene uitgave, Antwerpen/Apeldoorn, Maklu, 2003, p. 275.

⁴⁸ V. pour une mise en évidence de ce déficit procédural et de pistes envisageables en vue d'y remédier, les conclusions présentées à la Cour de justice le 21 juin 2007 par l'Avocat général POIARES MADURO dans l'affaire *Pologne c. Conseil* (aff. C-273/04, points 27-60).

⁴⁹ V. C.J.C.E., aff. C-154/00, *Commission c. République hellénique*, 25 avril 2002, *Rec.*, p. I-3879, point 28 ; C.J.C.E., aff. C-52/00, *Commission c. France*, 25 avril 2002, *Rec.*, p. I-3827, point 28 ; C.J.C.E., aff. C-194/01, *Commission c. Autriche*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-4579, point 41. V. également C.J.C.E., aff. C-53/05, *Commission c. Portugal*, 6 juillet 2006, *Rec.*, p. I-6215, point 30. Dans ce dernier arrêt, la Cour, après avoir déclaré irrecevable le moyen pris par le Portugal de l'illégalité de la directive dont la méconnaissance lui était reprochée, propose toutefois une analyse au fond des arguments invoqués par le Portugal à l'appui de sa contestation.

la Cour a néanmoins levé toute ambiguïté en la matière⁵⁰. Suivant en cela le point de vue défendu par plusieurs de ses avocats généraux⁵¹, elle y a en effet décidé que, une fois écoulé le délai d'annulation, un Etat membre n'est pas davantage recevable à contester une directive qu'une décision dont il est destinataire. Les directives sont dès lors, pour les besoins du contrôle incident de légalité, assimilées à des actes dont les Etats membres sont des destinataires et ce, quel que soit leur contenu et leur portée.

Il est permis de s'interroger sur la conformité de cette orientation avec la logique qui sous-tend l'arrêt *Commission c. B.C.E.* ainsi que l'article 277 nouv. T.F.U.E., et qui repose sur une distinction entre les actes individuels et les actes généraux. Les directives sont certes adressées aux Etats membres, chargés de leur donner exécution endéans le délai qu'elles prescrivent. Beaucoup d'entre elles présentent toutefois un niveau élevé de généralité et d'abstraction. Pour cette raison, il eut sans doute été préférable de retenir l'approche nuancée évoquée plus haut, et consistant à distinguer, parmi les directives, entre celles qui se prêtent ou non à une assimilation à un acte général⁵².

Cela dit, un Etat membre est libre de contester par voie incidente l'existence même d'une directive. Au surplus, la Cour peut examiner d'office la légalité d'une directive, même après l'expiration du délai prévu pour poursuivre son annulation, lorsque le motif d'invalidité qui la vicia ressortit à l'ordre public⁵³. C'est ainsi que, dans le cadre d'une procédure en manquement, le Royaume de Belgique avait invoqué, à titre incident, l'illégalité de l'article 55 de la Directive sur l'harmonisation des régimes d'assurance autres que sur la vie, qui ne pouvait, selon cet Etat, reposer sur les anciens articles 47 et 55 C.E. Sans se pencher directement sur la

⁵⁰ C.J.C.E., aff. C-118/03, *Commission c. Allemagne*, 15 juillet 2004, non publié au Recueil, point 7 ; C.J.C.E., aff. 139/03, *Commission c. Allemagne*, 15 juillet 2004, non publié au Recueil, point 7.

⁵¹ V. les conclusions présentées par l'Avocat général SAGGIO le 20 janvier 2000 dans l'affaire *Commission c. Belgique* (C-206/98, point 27) et le 18 mai 2000 dans l'affaire *Commission c. Autriche* (C-290/98, points 51-55). V. également les conclusions communes de l'Avocat général GEELHOED présentées le 18 septembre 2001 dans les affaires *Commission c. France* (aff. C-52/00, point 78) et *González Sánchez* (aff. C-183/00, point 78).

⁵² Cpr. M. VOGT, « Indirect judicial protection in EC Law – the case of the plea of illegality », *E.L. Rev.*, 2006, p. 375.

⁵³ V. not. C.J.C.E., aff. C-210/98 P, *Salzgitter c. Commission*, 13 juillet 2000, *Rec.*, p. I-5843, point 56 ; T.P.I.C.E., aff. T-147/00, *Laboratoires Servier c. Commission*, 27 septembre 2005, *Rec.*, p. II-85, point 45.

question de la recevabilité d'une telle contestation incidente, la Cour répondit toutefois sur le fond au moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte, en indiquant que « les entreprises d'assurances en cause exercent une activité économique de prestation de services qui peut être harmonisée par une directive adoptée sur le fondement des articles 57, paragraphe 2, et 66 du traité »⁵⁴. Il n'y a là rien de surprenant dès lors que, selon une jurisprudence constante, ce type de moyen doit être examiné d'office par la Cour de justice. Ce point de vue a été confirmé depuis lors⁵⁵.

2. Le contrôle incident à l'initiative des particuliers

20. Lorsqu'il est entrepris à l'initiative d'un particulier, le contrôle incident de légalité d'un acte de l'Union dévoile pleinement sa fonction compensatoire. Le droit pour un requérant non-privilegié de contester directement un tel acte est, en effet, limité de manière drastique (a). Ceci n'empêche pas la Cour de justice de faire traditionnellement montre d'une attention particulière en vue de préserver la protection juridictionnelle effective (b).

a. Un domaine de prédilection de la fonction compensatoire du contrôle incident

21. L'arrêt *Simmenthal c. Commission* fut l'occasion pour la Cour d'étendre aux contestations incidentes à l'initiative de particuliers la logique de compensation développée quelques années plus tôt à l'égard des actes dont les Etats membres sont destinataires⁵⁶. Transposant au droit de la C.(E.)E. la souplesse dont elle avait fait preuve dans les arrêts *Meroni c. Haute Autorité*⁵⁷ et *Compagnie des Hauts Fourneaux de Chasse c. Haute Autorité*⁵⁸, prononcés dans le contexte du Traité C.E.C.A., la Cour tient l'article 277 nouv. T.F.U.E. pour l'expression d'un principe général

⁵⁴ C.J.C.E., aff. C-206/98, *Commission c. Belgique*, 18 mai 2000, *Rec.*, p. I-3509, point 39.

⁵⁵ C.J.C.E., aff. C-443/05 P, *Common Market Fertilizers c. Commission*, 13 septembre 2007, *Rec.*, p. I-7209, points 111-113. La Cour s'écarte sur ce point du Tribunal, qui était quant à lui d'avis que le moyen tiré de l'incompétence de l'auteur de l'acte ne revêt pas un caractère d'ordre public lorsqu'il est soulevé dans le cadre d'une contestation incidente (T.P.I.C.E., aff. jtes T-134 et 135/03, *Common Market Fertilizers c. Commission*, 27 septembre 2005, *Rec.*, p. II-3923, point 52).

⁵⁶ C.J.C.E., aff. 92/78, *o. c.*, note 7.

⁵⁷ V. *supra*, arrêts cités à la note 6.

⁵⁸ C.J.C.E., aff. 15/57, *Compagnie des hauts fourneaux de Chasse c. Haute Autorité*, 12 juin 1958, *Rec.*, p. 157, sp. p. 184.

assurant à toute partie le droit de contester, en vue d'obtenir l'annulation d'une décision qui la concerne directement et individuellement, la validité d'un acte institutionnel antérieur, constituant la base juridique de la décision attaquée, si cette partie ne disposait pas du droit d'introduire un recours direct contre un tel acte, dont elle subit les conséquences sans avoir été en mesure d'en demander l'annulation. Ce principe général s'applique à des actes des institutions qui, s'ils n'ont pas la forme de règlements, n'en produisent pas moins des effets analogues et qui, pour ces motifs, ne peuvent en principe être attaqués par des sujets de droit autres que les Etats membres et les institutions⁵⁹. Inversement, cette même logique de compensation conduisit la Cour, dès la première moitié des années quatre-vingt, à juger que la légalité d'un acte individuel adressé à une entreprise ne pouvait plus être mise en cause dans le cadre d'un recours contre un acte ultérieur, à défaut pour cette entreprise d'avoir agi en annulation contre le premier acte dans le délai prévu à cet effet⁶⁰.

22. L'arrêt *Walter Rau*, prononcé par la Cour de justice le 21 mai 1987, avait néanmoins fait naître quelques hésitations à ce sujet⁶¹. Cette affaire concernait des mesures prises par la Commission en vue de promouvoir la vente de beurre sur le marché de Berlin ouest. Hostiles à cette initiative, des entreprises spécialisées dans la distribution de margarine avaient poursuivi l'annulation des décisions de la Commission devant la Cour de justice et, parallèlement, introduit un recours devant les juridictions allemandes. Saisie de diverses questions préjudicielles par la Verwaltungsgerichtshof de Hesse, la Cour de justice devait notamment trancher la question de savoir si la possibilité reconnue à un particulier d'intenter un recours direct contre une décision prise par une institution de l'Union, et l'utilisation effective de cette faculté, excluait celle de former un recours devant une juridiction nationale contre un acte interne exécutant cette décision, en faisant valoir l'illégalité de cette dernière. Dans sa réponse, la Cour de justice estima laconiquement que, lorsque la solution d'un litige porté devant les juridictions nationales dépend de la validité d'un acte communautaire (aujourd'hui, de l'Union), le juge national peut interroger la Cour par voie préjudicielle. Ceci signifiait-il pour autant que les particuliers seraient en droit de contourner le délai de deux mois accordé pour déposer un recours

⁵⁹ C.J.C.E., aff. 92/78, *o. c.*, note 7, points 39 et 40.

⁶⁰ V. not. C.J.C.E., aff. 265/82, *Usinor c. Commission*, 19 octobre 1983, *Rec.*, p. 3105, point 7 ; aff. 270/82, *Estel c. Commission*, 29 février 1984, *Rec.*, p. 1195, point 11.

⁶¹ C.J.C.E., aff. jtes 133-136/85 (*Walter Rau*), *o. c.*, note 20.

en annulation, en invoquant ultérieurement l'illégalité de l'acte critiqué à l'occasion d'un recours porté devant les juridictions nationales ?

Une telle lecture de l'arrêt *Rau* fut proposée par le gouvernement français dans ses observations déposées à l'occasion de la célèbre affaire *TWD Textilwerke Deggendorf*, dans laquelle une entreprise textile tentait de mettre en cause la légalité d'une décision par laquelle la Commission avait déclaré illégales les aides qui lui avaient été accordées par l'Allemagne⁶². La Cour rejeta ce moyen sans la moindre ambiguïté. L'arrêt *Walter Rau* impliquait certes qu'une procédure en annulation et un renvoi préjudiciel en validité puissent coexister. Cette solution n'avait toutefois été rendue possible que parce que les distributeurs de margarine concernés avaient introduit en temps utile un recours en annulation contre les décisions de la Commission⁶³. A l'inverse, le bénéficiaire d'une aide n'est pas recevable à invoquer l'invalidité d'une décision de la Commission ordonnant à un Etat membre de récupérer cette aide dès lors que, à l'instar de la situation ayant donné lieu à l'affaire *TWD*, il a omis de poursuivre l'annulation de la décision de la Commission et qu'il aurait sans aucun doute pu le faire. Si tel n'était pas le cas, le destinataire de la mesure querellée serait libre de contourner le caractère définitif qui, en vertu du principe de sécurité juridique, s'attache à une décision après l'expiration du délai de recours en annulation. La Cour ne limite pas l'application de cette jurisprudence aux seules décisions dont les particuliers qui invoquent l'invalidité sont destinataires. Elle l'étend à tous les actes adoptés par les institutions qui, tout en ayant pour destinataire une autre personne ou institution ou tout en prenant une forme générale et abstraite, concernent néanmoins directement et individuellement – et de manière manifeste⁶⁴ – le particulier qui soulève l'exception. En d'autres termes, un particulier ne doit se voir reconnaître la faculté de soulever à titre incident l'illégalité d'un acte de l'Union que lorsqu'il n'avait pas (manifestement) la faculté d'en poursuivre directement l'annulation devant les juridictions de l'Union.

Cette jurisprudence, qui s'applique tant au renvoi préjudiciel qu'à l'exception d'illégalité au sens strict⁶⁵, se veut l'écho du principe dégagé

dans l'arrêt *Les Verts c. Parlement*⁶⁶ et réitéré à l'occasion de l'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores*⁶⁷ : dès lors que l'ordre juridique de l'Union se fonde sur un système complet de voies de recours, les particuliers, dont l'accès aux recours directs devant la Cour de justice est limité par les Traités, doivent pouvoir contester de manière incidente les actes pris par les institutions et qui leur font grief, singulièrement par l'entremise du renvoi préjudiciel en validité ; par contre, la sécurité juridique commande qu'un particulier ne puisse plus contester la légalité d'un acte de l'Union contre lequel il aurait pu agir directement, une fois ce délai expiré : *vigilantibus non dormientibus subveniunt jura*.

23. Cela étant, la logique de compensation ne fait en principe pas obstacle à la possibilité pour un particulier d'obtenir la réparation du préjudice causé par un acte de l'Union entaché d'illégalité, et ce quand bien même disposait-il de la faculté d'en poursuivre l'annulation⁶⁸. L'autonomie du recours en indemnité vis-à-vis des autres voies de recours implique en l'espèce une logique toute différente de la compensation qui résulte de la jurisprudence *TWD*⁶⁹. Cette dernière réapparaît toutefois lorsque la Cour précise qu'un recours en indemnité doit être déclaré irrecevable lorsqu'il tend, en réalité, au retrait d'un acte devenu définitif et qu'il aurait pour effet, s'il était accueilli, d'annihiler les effets juridiques de l'acte en question⁷⁰. Tel est en particulier le cas lorsque le recours en indemnité vise au paiement d'une somme dont le montant correspond exactement à celui de droits qui ont été payés par le requérant en exécution de l'acte devenu définitif⁷¹.

⁶⁶ C.J.C.E., aff. 294/83, o. c., note 10, point 23.

⁶⁷ C.J.C.E., aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, 25 juillet 2002, Rec., p. I-6677, point 40. V. également T.P.I.C.E., aff. T-142/03, *Fost-Plus c. Commission* (ord.), 16 février 2005, Rec., p. II-589, point 75 ; T.P.I.C.E., aff. T-37/04, *Região autónoma dos Açores c. Conseil*, 1^{er} juillet 2008, Rec., p. II-103, point 92.

⁶⁸ V. not. C.J.C.E., aff. 175/84, *Krohn & Co. Import c. Commission*, 26 février 1986, Rec., p. 753, point 32. V. également C.J.C.E., aff. jtes C-199 et 200/94 P, *Pevasa et Inpesca c. Commission*, 26 octobre 1995, Rec., p. I-3709, point 27.

⁶⁹ Ceci apparaît notamment en filigrane de l'arrêt *Fresh Marine Company* du T.P.I.C.E., dans lequel ce dernier a jugé que « l'exercice d'un recours en indemnité (n'est pas) subordonné à l'introduction préalable d'un recours en annulation contre l'acte prétendument à l'origine du préjudice allégué » (T.P.I.C.E., aff. T-178/98, *Fresh Marine Company s.a. c. Commission*, 24 octobre 2000, Rec., p. II-3331, point 49).

⁷⁰ V. not. C.J.C.E., aff. 59/65, *Schreckenberg c. Commission*, 15 décembre 1966, Rec., p. 758, sp. p. 797.

⁷¹ V. C.J.C.E., aff. C-175/84, o. c., note 68, point 33 ; T.P.I.C.E., aff. T-47/02, *Danzer c. Conseil*, 21 juin 2006, Rec., p. II-1779, point 28. Cette jurisprudence pose toutefois question dans la mesure où elle porte atteinte à l'autonomie du recours en indemnité

⁶² C.J.C.E., aff. C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf*, 9 mars 1994, Rec., p. I-833, points 17 et 18.

⁶³ Ce recours fut rejeté au fond. V. C.J.C.E., aff. jtes 279/84, 280/84, 285/84 et 286/84, *Walter Rau e.a. c. Commission*, 11 mars 1987, Rec., p. 1069.

⁶⁴ Sur l'exigence que le droit de recours direct ne fasse « aucun doute », v. *infra*, I.B.2.2.

⁶⁵ T.P.I.C.E., aff. jtes T-244 et 486/93, *TWD Textilwerke Deggendorf c. Commission*, 13 septembre 1995, Rec., p. II-2265, points 103 et 104.

24. Le parallélisme consacré par l'arrêt *Walter Rau* était annonciateur de l'arrêt *Foto-Frost* prononcé quelques mois plus tard, tout en lui opposant un indispensable contrepoids⁷² : si les juges des Etats membres ne sont pas autorisés à constater eux-mêmes l'invalidité d'un acte de droit dérivé, sans référer préalablement une telle question à la Cour de justice, il convient par contre d'ouvrir largement la faculté pour ces mêmes juges d'opérer un tel renvoi préjudiciel en validité. La prévoyance de celui qui a agi en annulation contre l'acte de l'Union qui lui fait grief ne fait pas obstacle à un tel renvoi. S'il en allait autrement, le juge national n'aurait en effet d'autre choix que de tenir l'acte en question pour valide, tandis que la Cour de justice serait saisie d'un recours direct. Sous réserve d'une suspension de la procédure dans l'attente du verdict de la Cour de justice, du Tribunal, voire du Tribunal de la fonction publique, le risque serait alors bien réel qu'un même acte soit tenu pour valide devant un juge national et, ultérieurement, soit annulé par l'une des trois juridictions précitées. Un tel résultat nuirait à l'objectif d'uniformité dans l'interprétation et l'application du droit de l'Union poursuivi par la jurisprudence *Foto-Frost*⁷³. A l'inverse, il est peu probable que les juridictions de l'Union se contredisent dans des arrêts rendus sur un renvoi préjudiciel, d'une part, et sur un recours en annulation, d'autre part.
25. Les conclusions tirées à propos des règlements sont transposables aux directives, qui revêtent également, en principe, un caractère général et abstrait pour les particuliers. Contrairement à un Etat membre, un particulier est donc libre de contester par voie incidente la légalité d'une directive, pour peu qu'il ne soit pas manifeste qu'elle le concerne directement et individuellement. Cela dit, cette faculté ne présente pas autant d'utilité que celle qui permet à un particulier de contester de manière incidente un règlement. En effet, une directive n'est pas susceptible de créer par elle-même des obligations pour les particuliers, ni de leur imposer des charges⁷⁴. Cette règle vaut aussi bien dans les rapports entre les

autorités publiques et les particuliers que dans les relations qu'entretiennent ces derniers⁷⁵. En l'absence de transposition ou en cas de transposition incorrecte d'une directive, il n'est dès lors en règle pas nécessaire pour un particulier de tenter d'écarter son application par la voie d'une exception. Inversement, un particulier a tout loisir de contester devant les juridictions nationales les mesures adoptées par un Etat membre pour donner exécution à une directive. La protection juridictionnelle découle alors, pour l'essentiel, de la faculté de provoquer un renvoi préjudiciel devant la Cour de justice⁷⁶. Dans certains cas, toutefois, un justiciable peut avoir intérêt à contester la légalité d'une directive à l'occasion d'un litige porté devant une juridiction nationale⁷⁷. Ainsi que l'illustre la jurisprudence de la Cour de justice, il est en effet des hypothèses dans lesquelles une directive emporte des effets négatifs pour certains particuliers, même en l'absence de transposition (correcte)⁷⁸.

en l'absence d'une loi prise pour sa mise en œuvre, la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions » (C.J.C.E., aff. C-168/95, *Procédure pénale c. Arcaro*, 26 septembre 1996, *Rec.*, p. I-4705, point 42). V. également C.J.C.E., aff. 80/86, *Procédure pénale c. Kolpinghuis Nijmegen BV*, 8 octobre 1987, *Rec.*, p. 3959, points 13 et 14. V. plus généralement, sur l'absence d'effet direct horizontal, C.J.C.E., aff. C-91/92, *Faccini Dori*, 14 juillet 1994, *Rec.*, p. I-3325, points 22-25.

⁷⁵ V. C.J.C.E., aff. 152/84, *Marshall*, 26 février 1986, *Rec.*, p. 723, point 48. Sur les incertitudes que la jurisprudence de la Cour de justice laisse toutefois planer sur ces questions, v. K. LACKHOFF, H. NYSENS, « Direct Effect of Directives in Triangular Situations », *E.L. Rev.*, 1998, pp. 400 et s. ; M. LENZ, D. SIF TYNES, L. YOUNG, « Horizontal What? Back to basics », *E.L. Rev.*, 2000, pp. 509-522.

⁷⁶ V. not. en ce sens R.H. LAUWAARS, *Lawfulness and legal force of Community institutions : some considerations on the binding decisions which the Council and the Commission can take by virtue of the Treaty establishing the European Economic Community*, Leiden, Stijthoff, 1973, p. 276.

⁷⁷ V. dans le même sens M. VOGT, *o. c.*, *E.L. Rev.*, 2006, note 52, p. 376.

⁷⁸ V. not. C.J.C.E., aff. C-194/94, *CIA Security International*, 30 avril 1996, *Rec.*, p. I-2201, point 54 ; C.J.C.E., aff. C-201/94, *Smith & Nephew*, 12 novembre 1996, *Rec.*, p. I-5819, point 39 ; C.J.C.E., aff. C-201/02, *Wells*, 7 janvier 2004, *Rec.*, p. I-723, points 57 et 58. Pour une hypothèse où la méconnaissance d'une directive, par l'inapplicabilité d'une législation nationale qu'elle a entraînée, a eu des effets sur une relation contractuelle entre des particuliers, C.J.C.E., aff. C-443/98, *Unilever Italia SpA*, 26 septembre 2000, *Rec.*, p. I-7535 et le commentaire critique de Stephen WEATHERILL quant à la distinction opérée par la Cour entre l'admission de l'effet direct incident et le refus de l'effet direct horizontal (S. WEATHERILL, « Breach of directives and breach of contract », *E.L. Rev.*, 2001, pp. 177-186).

(v. pour une critique en ce sens, M. Waelbroeck et D. Waelbroeck, *Répertoire de droit communautaire*, Paris, Dalloz, 1994/3, v° Responsabilité, § 14).

⁷² C.J.C.E., aff. 314/85, *o. c.*, note 10.

⁷³ *Idem*, point 15.

⁷⁴ Ainsi que la Cour l'a jugé dans l'arrêt *Arcaro*, « l'obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son droit national trouve ses limites lorsqu'une telle interprétation conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée ou, à plus forte raison, lorsqu'elle conduit à déterminer ou à aggraver, sur la base de la directive et

b. Contrôle incident et protection juridictionnelle effective

26. La question se pose de savoir si la logique de compensation satisfait aux exigences d'une protection juridictionnelle effective, dont la qualité de principe général de droit est de longue date consacrée par la Cour de justice⁷⁹ et qui est inscrite dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union⁸⁰. Certains auteurs sont d'avis que tel n'est pas le cas⁸¹. Il n'est en effet pas toujours aisé pour un particulier d'apprécier les effets défavorables que pourrait produire un acte de l'Union dans les semaines qui suivent son adoption, ni d'évaluer *a priori* la recevabilité d'un recours direct qu'il souhaite intentier. Plusieurs considérations nous portent néanmoins à considérer que la jurisprudence relative au contrôle incident de légalité satisfait aux exigences minimales d'une protection juridictionnelle effective. La Cour de justice examine en effet de façon marginale l'affectation directe et individuelle d'un requérant non-privilegié par l'acte qu'il entend dénoncer et elle analyse concrètement la portée et les effets d'un tel acte pour celui qui entend en critiquer la légalité, une fois expiré le délai imparti pour obtenir son annulation. Enfin, le bénéfice de la protection juridictionnelle provisoire est étendu au contrôle incident de légalité.

b.1. L'analyse marginale de l'affectation directe et individuelle d'un requérant non-privilegié

27. Un requérant non-privilegié ne perd le droit de contester par voie incidente un acte de l'Union dont il n'est pas destinataire que lorsqu'il ne fait aucun doute qu'il aurait pu en poursuivre l'annulation. La Cour se refuse dès lors à reconstruire *a posteriori* l'analyse complète de recevabilité à laquelle elle se serait adonnée si elle avait été saisie d'un recours en annulation contre

⁷⁹ C.J.C.E., aff. 222/84, *Johnston*, 15 mai 1986, *Rec.*, p. 1651, point 18.

⁸⁰ Article 47 nouv. C.D.F.U.E.

⁸¹ V. not. D. RITLÉNG, « Pour une systématique des contentieux au profit d'une protection juridictionnelle effective », in M. BLANQUET (coord.), *Mélanges en hommage à Guy Isaac. Cinquante ans de droit communautaire. Tome I*, Toulouse, Presses de l'Université des sciences sociales de Toulouse, 2004, pp. 740 et s. V. plus généralement, pour une critique de la compensation des voies de recours retenue par la Cour de justice, A. BARAV, « Déviation préjudicielle », in L. GRARD, H. RIJZ FABRI (coord.), *Études en l'honneur de Jean-Claude Gautron. Les dynamiques du droit européen en début de siècle*, Paris, Pedone, 2004, pp. 227-247 ; G. VANDERSANDEN, « La procédure préjudicielle : A la recherche d'une identité perdue », in M. DONY (coord.), *Mélanges en hommage à Michel Waelbroeck*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 631-634.

un tel acte, et en particulier l'examen de l'affectation directe et individuelle⁸². C'est ce qu'illustre encore l'arrêt *Roquette Frères* du 8 mars 2007⁸³. Le gouvernement français et la Commission avaient plaidé que cette société, seul producteur français d'isoglucose, était directement et individuellement concernée par divers règlements mettant en place un système de quantités de base de production d'isoglucose allouées aux Etats membres. La Cour rejeta cette argumentation. Soulignant la nécessité de compléter les règlements par des mesures nationales, la Cour de justice indiqua que la circonstance que la société *Roquette Frères* était le seul producteur français d'isoglucose au moment des faits ne permettait pas de conclure qu'elle était sans aucun doute directement et individuellement concernée par les règlements contestés, et ce même s'il y avait de fortes chances que tel soit le cas. Dans le même esprit, la Cour a jugé que le principe général inscrit à l'article 277 nouv. T.F.U.E. s'applique à toute procédure juridictionnelle devant les juridictions de l'Union, même à l'occasion d'un recours spécifique qui ne prévoit pas expressément une possibilité de contestation incidente⁸⁴.

Le choix de la Cour de limiter l'effet de forclusion aux seules hypothèses de recevabilité évidente se comprend à l'aune de la complexité de l'analyse de l'affectation directe et individuelle et, corrélativement, du souci d'offrir

⁸² C.J.C.E., aff. 216/82, *Universität Hamburg*, 27 septembre 1983, *Rec.*, p. 2771, points 9-11. V. à propos de règlements, C.J.C.E., aff. C-241/95, *Accrington Beef Co. Ltd.*, 12 décembre 1996, *Rec.*, p. 6699, points 15 et 16 ; C.J.C.E., aff. jtes C-27 et 122/00, *Omega Air Ltd. et Irish Aviation Authority*, 12 mars 2002, *Rec.*, p. I-2569 ; à propos de directives, v. C.J.C.E., aff. C-408/95, *Eurotunnel*, 11 novembre 1997, *Rec.*, p. I-6315, points 28-30 ; à propos du Règlement relatif aux enquêtes effectuées par l'Office européen de lutte antifraude (O.L.A.F.), C.J.C.E., aff. C-15/00, *Commission c. B.E.I.*, 10 juillet 2003, *Rec.*, p. I-7281, points 100 et s. ; à propos des conditions d'emploi de la B.C.E., T.P.I.C.E., aff. jtes T-94/01, 152/01 et 286/01, *Hirsch e.a.*, 8 janvier 2003, *Rec.*, p. II-27, points 48-50 ; à propos d'un cahier des charges dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres, v. T.P.I.C.E., aff. T-495/04, *Belfass c. Conseil*, 21 mai 2008, *Rec.*, p. II-781, points 41-44 ; à propos des lignes directrices suivies par la Commission à l'occasion du calcul du montant d'une amende infligée à une entreprise en raison de la méconnaissance de règles de concurrence, T.P.I.C.E., aff. T-9/99, *HFB e.a. c. Commission*, 20 mars 2002, *Rec.*, p. II-1487, points 415-421 ; à propos d'une décision dont le requérant n'était pas destinataire, C.J.C.E., aff. C-333/07, *Société Régie Networks*, 22 décembre 2008, n.c.p. et les conclusions présentées par l'Avocat général KOKOTT le 26 juin 2008, sp. points 33-50.

⁸³ C.J.C.E., aff. C-441/05, *Roquette Frères*, 8 mars 2007, *Rec.*, p. I-1993, points 42-48.

⁸⁴ V. à propos de la procédure de recours contre les décisions des chambres des recours de l'Office de l'harmonisation dans le marché intérieur (O.H.M.I.), organisée par le Règlement 40/94 sur la marque communautaire, T.P.I.C.E., aff. T-120/99, *Kik c. O.H.M.I.*, 12 juillet 2001, *Rec.*, p. II-2235, point 21.

une protection juridictionnelle effective aux requérants non-privilegiés. Comme le soulignait pertinemment l'Avocat général JACOBS dans ses conclusions précédant l'arrêt *TWD*⁸⁵, les incertitudes objectives qui entourent le droit pour des personnes morales ou physiques de poursuivre l'annulation d'actes pris par les institutions de l'Union ne sauraient, d'une manière générale, les empêcher de soulever ultérieurement l'illégalité de ces derniers. A l'effet d'éviter des recours en annulation préventifs, destinés seulement à s'assurer de leur irrecevabilité et, en contrepartie, de la possibilité d'une contestation incidente ultérieure, il s'impose d'admettre plus largement l'accès des particuliers à cette contestation indirecte que n'est limité leur droit de poursuivre l'annulation d'actes dont ils ne sont pas destinataires⁸⁶.

28. La perte pour un requérant non-privilegié du droit de mettre en doute la validité d'un acte dont il n'est pas destinataire est ainsi limitée à des hypothèses spécifiques. Le domaine des aides d'Etat en fournit l'une des principales illustrations : lorsqu'une décision est adressée par la Commission à un Etat membre et notifiée par ce dernier à l'entreprise bénéficiaire, imposant la récupération de l'aide illégale, l'entreprise en question ne peut plus soulever l'illégalité de cette décision après l'expiration du délai de recours en annulation, sauf bien entendu à avoir introduit en temps utile un tel recours⁸⁷.

De même, un fonctionnaire européen n'est plus recevable à contester la modification de son régime pécuniaire lorsqu'il a laissé s'écouler le délai de trois mois qui lui est imparti pour introduire une réclamation contre la première fiche de rémunération qui fait apparaître cette modification⁸⁸. Dans ces circonstances également, les juridictions de l'Union attachent une grande importance à la protection juridictionnelle effective des justiciables :

⁸⁵ Conclusions présentées le 15 septembre 1993 (C-188/92, point 26).

⁸⁶ V. les conclusions présentées le 26 octobre 2006 par l'Avocat général KOKOTT dans l'affaire *Roquette Frères* (C-441/05, point 33) ainsi que les conclusions présentées le 18 décembre 2008 par l'Avocat général MAZÁK dans l'affaire *Bavaria NV* (C-343/07, note 15). V. déjà en ce sens les conclusions de l'Avocat général DARMON citées *supra* à la note 27.

⁸⁷ Telle était l'hypothèse visée dans les arrêts *TWD Textilwerke Deggendorf*, précité, et *Wiljo* (v. *infra*, note 93). L'information donnée au particulier par la voie de la notification semble être implicitement admise par la Cour de justice comme une condition de mise en œuvre de la jurisprudence *TWD*.

⁸⁸ T.F.P.C.E., aff. F-103/05, *Pickering c. Commission*, 23 avril 2008, non publié au Recueil, sp. points 93-96.

selon une jurisprudence constante, une fiche mensuelle de traitement ne fait ainsi courir les délais de recours contre une décision administrative que lorsque cette fiche laisse clairement apparaître l'existence de la décision en question⁸⁹. A défaut, le fonctionnaire ne peut être tenu pour négligent et peut contester cette décision à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte subséquent.

La nature hybride des règlements *antidumping* peut également avoir pour effet de restreindre le droit de certains particuliers d'exciper de leur illégalité, par voie incidente. Si de tels règlements s'appliquent en effet à toutes les importations d'un type particulier de produits, ils concernent aussi directement et individuellement les exportateurs de ces produits nommément désignés ou concernés par les enquêtes préparatoires ainsi que les importateurs attachés à ces exportateurs par un lien d'exclusivité⁹⁰. Dès lors que ces entreprises disposent sans aucun doute d'un droit de recours direct contre de tels règlements, elles ne peuvent plus en invoquer l'illégalité à l'occasion d'un recours ultérieur si elles ont omis de le faire dans le délai prévu à cet effet⁹¹.

b.2. L'analyse concrète de la portée et des effets de l'acte incidemment contesté

29. Dans la mise en œuvre de la logique de compensation, la Cour de justice est en outre attentive à la portée et aux effets de l'acte contesté. C'est ainsi qu'elle a admis que l'Université de Hambourg mette en cause, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel, la validité d'une décision que la Commission avait

⁸⁹ V. not. C.J.C.E., aff. 200/87, *Giordani c. Commission*, 27 juin 1989, *Rec.*, p. 1877, points 13 et 14.

⁹⁰ C.J.C.E., aff. jtes 239 et 275/82, *Allied Corporation e.a. c. Commission*, 21 février 1984, *Rec.*, p. 1005, point 12 ; C.J.C.E., aff. jtes C-305/86 et 160/87, *Neotype Techmasexport c. Commission et Conseil*, 11 juillet 1990, *Rec.*, p. I-2945, point 19 ; C.J.C.E., aff. C-358/89, *Extramet c. Conseil*, 16 mai 1991, *Rec.*, p. I-2501, points 14 et 15. Lorsqu'un règlement instituant un droit *antidumping* impose des droits différents à une série de sociétés, une société n'est toutefois individuellement concernée que par les seules dispositions qui lui imposent un droit *antidumping* particulier et en fixent le montant, de telle sorte que le recours de cette société n'est recevable que dans la mesure où il tend à l'annulation du règlement dans celles de ses dispositions qui la concernent exclusivement (C.J.C.E., aff. 240/84, *Toyo c. Conseil*, 7 mai 1987, *Rec.*, p. 1809, points 6 et 7 ; C.J.C.E., aff. 255/84, *Nachi Fujikoshi c. Conseil*, 7 mai 1987, *Rec.*, p. 1861, points 7 et 8 ; C.J.C.E., aff. 256/84, *Koyo Seiko c. Conseil*, 7 mai 1987, *Rec.*, p. 1899, points 6 et 7 ; C.J.C.E., aff. 258/84, *Nippon Seiko c. Conseil*, 7 mai 1987, *Rec.*, p. 1923, points 7 et 8).

⁹¹ C.J.C.E., aff. C-239/99, *Nachi Europe*, 15 février 2001, *Rec.*, p. I-1197, point 40.

prise suite à une demande d'admission en franchise d'un produit en provenance d'un Etat tiers, introduite par l'autorité compétente d'un Etat membre à l'occasion d'une procédure intentée par cette même Université. Selon la Cour, l'absence de notification de la décision à l'Université de Hambourg, et la circonstance que son libellé ne lui permettait de toute façon pas de constater qu'elle avait été prise à l'occasion d'une procédure entamée par elle, justifiait le maintien du droit à contester sa validité, et ce nonobstant l'expiration du délai de recours en annulation⁹². L'importance de cet arrêt pour l'interprétation de l'article 277 nouv. T.F.U.E. ne saurait être sous-estimée. Poussant plus avant la logique fonctionnelle retenue dans l'arrêt *Simmenthal*, la Cour admet que l'illégalité d'un acte individuel puisse être soulevée à titre incident par une partie qui n'en a pas reçu notification⁹³. L'arrêt *Atzeni* du 23 février 2006 procède d'une philosophie proche⁹⁴. La Cour y indique que des entreprises peuvent contester par voie incidente des décisions de récupération d'aides d'Etat adressées par la Commission à un Etat membre, mais que ce dernier ne leur a pas notifiées et qui portent sur des régimes d'aides destinées à des catégories de personnes définies de manière générale. Ces entreprises ne sauraient en effet se voir reprocher une quelconque négligence en n'ayant pas agi contre la décision de la Commission dénonçant l'illégalité des aides en question.

Le principe d'une protection juridictionnelle effective, ainsi que le caractère complet des voies de recours en droit de l'Union, font ainsi contrepoids à la logique de compensation consacrée par la jurisprudence *TWD*⁹⁵. La mise en œuvre de la logique de compensation requiert, en principe, que l'acte ait été notifié à celui qui invoque son illégalité. Il serait disproportionné d'exiger des particuliers qu'ils consultent quotidiennement le *Journal officiel* de l'Union européenne en vue de vérifier qu'aucune mesure affectant leurs intérêts n'a été adoptée⁹⁶. Certains auteurs, se

⁹² C.J.C.E., aff. 216/82, o. c., note 82, points 6-12.

⁹³ V. également, mais de manière implicite, C.J.C.E., aff. 314/85, o. c., note 10. *Cpr.* C.J.C.E., aff. C-178/95, *Wiljo*, 30 janvier 1997, *Rec.*, p. I-585, point 21.

⁹⁴ C.J.C.E., aff. jtes C-346/03 et 529/03, *Atzeni e.a.*, 23 février 2006, *Rec.*, p. I-1875, points 32-34.

⁹⁵ V. not. C.J.C.E., aff. C-70/97 P, *Kruivvat c. Commission*, 17 novembre 1998, *Rec.*, p. 7183, point 49 ; C.J.C.E. (ord.), aff. C-503/07 P, *Saint-Gobain Glass Deutschland c. Commission*, 8 avril 2008, *Rec.*, p. I-2217, point 78 ; T.P.I.C.E. (ord.), aff. T-241/07, *Buzzi Unicem SpA c. Commission*, 27 octobre 2008, *Rec.*, p. II-234, point 27.

⁹⁶ M. HOSKINS, « C-188/92, *TWD Textilwerke Deggendorf GmbH v. Bundesrepublik Deutschland*. Judgment of 9 March 1994 », *C.M.L. Rev.*, 1994, p. 1402.

fondant sur un considérant de l'arrêt *TWD*⁹⁷, vont jusqu'à conditionner la forclusion du droit de contester la légalité d'un acte individuel à l'indication expresse, dans la lettre de notification, de la faculté pour son destinataire de poursuivre son annulation⁹⁸.

Un requérant non-privilegié n'est du reste pas forcé à contester de manière incidente des décisions antérieures lorsque ces dernières ne se sont pas immédiatement prononcées sur le problème qui se posait à lui au moment où elles ont été adoptées⁹⁹, ou encore contre des actes antérieurs provisoires ou confirmatifs lorsque ces derniers forment la base juridique de l'acte attaqué¹⁰⁰.

30. Le Tribunal semble s'être davantage encore distancié de la logique de compensation dans son arrêt *Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses e.a. c. Commission* du 17 juin 1999¹⁰¹. Dans cette affaire, plusieurs producteurs de sucre établis au Portugal contestaient une décision par laquelle la Commission avait décidé de ne pas soulever d'objection à l'encontre d'aides accordées par cet Etat membre à un projet d'investissement en vue de la création d'une raffinerie de sucre de betterave. Ces aides avaient été accordées conformément à un décret-loi portugais, adopté plusieurs années auparavant, et qui avait été approuvé par la Commission. Les producteurs appuyaient notamment leur contestation sur l'illégalité de cette approbation. Ces sociétés étant toutefois les seuls producteurs de sucre établis au Portugal continental, il n'était pas impossible qu'elles eussent été recevables à poursuivre l'annulation de la décision d'approbation, ce qu'elles n'avaient pas fait. Le Tribunal indiqua que, « indépendamment de la question de savoir si les requérantes auraient pu se voir reconnaître qualité pour agir contre la décision du 3 juillet 1991

⁹⁷ V. point 24.

⁹⁸ S. TURNER, « Challenging EC Law before national Court : a further restriction of the rights of natural and legal persons ? », *Irish Journal of European Law*, 1995/1, p. 81.

⁹⁹ C.J.C.E., aff. C-390/98, *Banks (C.E.C.A.)*, 20 septembre 2001, *Rec.*, p. I-6117, point 112.

¹⁰⁰ T.P.I.C.E., aff. T-64/92, *Chavane de Dalmassy e.a. c. Commission*, 27 octobre 2004, *Rec.*, p. II-723, points 41 et 43-45. Le Tribunal justifie cette solution par la circonstance que l'article 277 nouv. T.F.U.E. (à l'époque de cet arrêt, l'article 241 C.E.) n'opère aucune distinction entre les actes définitifs, provisoires ou confirmatifs, et sur le constat qu'il n'y a pas lieu d'appliquer le principe de l'irrecevabilité du recours dirigé contre un acte confirmatif à une exception opérant, selon les termes de l'article 277 nouv. T.F.U.E., nonobstant l'expiration du délai de recours en annulation.

¹⁰¹ T.P.I.C.E., aff. T-82/96, *Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses e.a. c. Commission*, 17 juin 1999, *Rec.*, p. II-1889.

(...), la protection juridictionnelle efficace de leurs droits n'est, en toute hypothèse, assurée que si elles disposent de la possibilité d'invoquer l'irrégularité de cette décision d'approbation par voie d'exception, dans le cadre d'un recours formé contre la décision de la Commission relative à l'aide individuelle, qui seule leur permet de déterminer avec certitude dans quelle mesure leurs intérêts sont affectés¹⁰². La formule « en tout état de cause » n'est pas dénuée de sens : elle lève tout équivoque quant au fait que, même pour le cas où la recevabilité d'un recours contre la décision d'approbation ne ferait aucun doute, la protection juridictionnelle efficace des requérants commandait, en l'occurrence, qu'ils puissent contester par voie incidente la légalité de cette dernière, dès lors que seul un acte ultérieur leur a permis d'apprécier avec certitude dans quelle mesure cette décision affectait leurs intérêts.

31. Quoiqu'elle n'ait pas encore eu l'occasion de confirmer une telle nuance à la logique de compensation¹⁰³, la Cour semble s'en être rapprochée dans le domaine de la fonction publique européenne. C'est ainsi, notamment, qu'un justiciable est en droit de soulever l'irrégularité d'un avis de concours, contre lequel il n'a pas agi en annulation, à l'occasion d'un recours dirigé contre un acte administratif ultérieur¹⁰⁴. Ce qui est remarquable en l'occurrence, c'est qu'une telle exception d'illégalité soit admise malgré la possibilité offerte à ce type de requérant, par le statut général des fonctionnaires, de poursuivre l'annulation d'un avis de concours, et même si une telle possibilité n'a pas été exploitée. Selon la Cour, cette circonstance n'est pas susceptible de priver un fonctionnaire, considéré individuellement, de son droit de dénoncer l'illégalité d'un tel acte général à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision dont il est destinataire, puisque seule cette dernière lui permet d'évaluer dans quelle mesure ses intérêts sont affectés par un avis de concours¹⁰⁵. Cette jurisprudence

¹⁰² *Idem*, point 49.

¹⁰³ La question n'a pas été abordée par la Cour dans son arrêt prononcé sur pourvoi (C.J.C.E., aff. C-321/99 P, *Associação dos Refinadores de Açúcar Portugueses e.a. c. Commission*, 16 mai 2002, *Rec.*, p. I-4287).

¹⁰⁴ V. not. C.J.C.E., aff. jtes 12 et 29/64, *Ley c. Commission*, 31 mars 1965, *Rec.*, p. 143 ; C.J.C.E., aff. jtes 64, 71, 72, 73 et 78/86, *Sergio e.a.*, 8 mars 1988, *Rec.*, p. 1399, point 15 ; C.J.C.E., aff. C-448/93 P, *Commission c. Noonan*, 11 août 1995, *Rec.*, p. I-2321, point 17.

¹⁰⁵ V. par exemple C.J.C.E., aff. jtes 44, 46 et 49/74, *Acton e.a. c. Commission*, 18 mars 1975, *Rec.*, p. 383, point 7 ; C.J.C.E., aff. jtes 181-184/86, *Del Plato e.a. c. Commission*, 10 décembre 1987, *Rec.*, p. 4991, point 9 ; C.J.C.E., aff. 164/87, *Simonella c. Commission*, 6 juillet 1988, *Rec.*, p. 3807, points 16 et 17. V. également T.P.I.C.E., aff. T-589/93, *Ryan-Sheridan c. FEACVT*, 15 février 1996, *Rec.*, p. II-77,

témoigne de la souplesse avec laquelle les juridictions de l'Union appliquent la logique de compensation lorsque des considérations tenant à la protection juridictionnelle effective l'exigent. En particulier, elle semble réserver à des hypothèses tout à fait exceptionnelles l'existence d'un obstacle à l'invocation incidente de l'illégalité d'un acte général et abstrait par un particulier, même lorsqu'il est probable qu'il aurait pu en poursuivre l'annulation. La jurisprudence évoquée plus haut, s'agissant des règlements *antidumping*, en est sans doute la meilleure illustration, même si la solution retenue repose sur la circonstance que de tels règlements ne sont pas des actes exclusivement généraux et abstraits¹⁰⁶. Inversement, l'illégalité de l'acte antérieur ne peut plus être soulevée dès lors que ce dernier a permis au (candidat) fonctionnaire concerné de connaître, dès son adoption, dans quelle mesure ses intérêts individuels étaient affectés¹⁰⁷.

32. Par ailleurs, il n'est théoriquement pas exclu que la prise en compte de la portée d'un acte puisse faire obstacle à ce qu'il soit contesté de manière incidente, lorsque cela s'avère nécessaire pour préserver les droits ou avantages qu'il a créés et la confiance légitime qu'il a fait naître. Le retrait d'un acte individuel « favorable » adopté par les institutions de l'Union, même lorsqu'il est illégal, est en effet soumis à des conditions très strictes, qui tiennent en particulier au délai raisonnable dans lequel il intervient et au respect de la confiance légitime du bénéficiaire de l'acte en la légalité de ce dernier¹⁰⁸.

points 23 et 25 ; T.P.I.C.E., aff. T-262/94, *Baiwir c. Commission*, 6 juin 1996, *Rec.*, p. II-739, point 33 ; T.P.I.C.E., aff. T-297/94, *Vanderhaegen c. Commission*, 29 janvier 1997, *Rec.*, p. II-13, point 23 ; T.P.I.C.E., aff. T-310/02, *Theodorakis c. Conseil*, 23 mars 2004, *Rec.*, p. II-427, point 48 ; T.P.I.C.E., aff. T-256/01, *Pyres c. Commission*, 15 février 2005, *Rec.*, p. II-99, points 15-18 ; T.P.I.C.E., aff. T-293/03, *Giulietti c. Commission*, 31 janvier 2006, *Rec.*, p. II-A-2-19, point 39 ; T.P.I.C.E., aff. T-420/04, *Blackler c. Parlement*, 27 septembre 2006, *Rec.*, p. II-A-2-943, point 21.

¹⁰⁶ V. *supra*, la jurisprudence citée à la note 90.

¹⁰⁷ V. en ce sens, C.J.C.E., aff. 294/84, *Adams e.a. c. Commission*, 11 mars 1986, *Rec.*, p. 977, point 13 ; C.J.C.E., aff. 164/87, *o. c.*, note 105, point 15 ; C.J.C.E., aff. 181/87, *Agazzi Léonard c. Commission*, 6 juillet 1988, *Rec.*, p. 3823, point 22.

¹⁰⁸ V. not. C.J.C.E., aff. jtes 7/56 et 3/57-7/57, *Algera*, 12 juillet 1957, *Rec.*, p. 89, sp. p. 116 ; C.J.C.E., aff. 14/61, *Hoogovens*, 12 juillet 1962, *Rec.*, p. 491, sp. p. 520 ; C.J.C.E., aff. 111/63, *Lemmerz-Werke*, 13 juillet 1965, *Rec.*, p. 836, sp. p. 852 ; C.J.C.E., aff. 54/77, *Herpels c. Commission*, 9 mars 1978, *Rec.*, p. 585, point 38 ; C.J.C.E., aff. 14/81, *Alpha Steel c. Commission*, 3 mars 1982, *Rec.*, p. 749, points 10-12 ; C.J.C.E., aff. C-90/95 P, *de Compte c. Parlement*, 17 avril 1997, *Rec.*, p. 1999, point 39. V. not., sur le principe de confiance légitime dans l'ordre juridique communautaire, H. RAGNEMALM, « Confiance légitime et délai raisonnable. Quelques remarques sur le thème du retrait des actes administratifs favorables en droit

En pratique, toutefois, la logique de compensation elle-même permet le plus souvent d'éviter que la légalité d'un acte individuel favorable ne soit contestée suite à l'expiration du délai pour intenter un recours en annulation. En effet, en amont même de la protection de la confiance légitime du bénéficiaire d'un tel acte, la négligence de celui auquel ce dernier fait grief et qui n'a pas pris la peine d'en poursuivre l'anéantissement judiciaire fait obstacle à ce qu'il puisse en contester incidemment la validité. En quelque sorte, et encore que les deux mécanismes ne fonctionnent pas exactement de la même manière, il est possible de conclure qu'à la protection de la confiance accordée au bénéficiaire d'un acte, répond l'effet de forclusion auquel le justiciable est confronté lorsqu'il entend critiquer par voie incidente ce dernier et que le délai de recours en annulation a expiré.

C'est pour cette raison, notamment, qu'un candidat malheureux ne peut contester par voie d'exception la validité d'une décision d'une institution de l'Union ou de l'un de ses organes de ne pas lui octroyer un marché public. Personnellement informé de ce résultat, un tel candidat est en effet parfaitement en mesure de le contester en justice endéans le délai prévu à l'article 263, al. 6 nouv. T.F.U.E.¹⁰⁹. S'il néglige d'intenter un tel recours, il est forcé à critiquer ultérieurement et par voie incidente la validité de la décision qui a privilégié une autre candidature ou soumission que la sienne. Indirectement, les droits acquis par l'adjudicataire sont ainsi protégés. Il en va de même lorsqu'un fonctionnaire européen tente de dénoncer incidemment l'illégalité de la nomination ou de la promotion d'un autre fonctionnaire. Le statut des fonctionnaires européens prévoit effet que ces derniers ont la faculté d'introduire une réclamation auprès de l'autorité investie du pouvoir de nomination contre tout acte adopté par cette dernière et leur faisant grief. La décision prise sur une telle réclamation est susceptible d'un recours auprès du Tribunal de la Fonction Publique¹¹⁰.

communautaire », in G.C. RODRIGEZ IGLESIAS, O. DUE, R. SCHINTGEN, C. ELSÉN (éd.), *Mélanges en hommage à Fernand Schöckweiler*, Baden-Baden, Nomos, pp. 511-522.

¹⁰⁹ C.J.C.E., aff. 135/81, *Groupeement des agences de voyages c. Commission*, 28 octobre 1982, *Rec.*, p. 3799. V. également, au sujet de la décision prise par le Conseil fixant la composition du Comité Economique et Social, C.J.C.E., aff. 297/86, *C.I.D.A. c. Conseil*, 30 juin 1988, *Rec.*, p. 3531, point 13.

¹¹⁰ V. les articles 90, 2° et 91 du Règlement n° 31 (C.E.E.) et 11 (C.E.E.A.) fixant le statut des fonctionnaires et le régime applicable aux autres agents de la Communauté économique européenne et de la Communauté européenne de l'énergie atomique, *J.O.* 45, 14 juin 1962, p. 1385.

Notons encore que la situation est partiellement différente sous l'empire de l'article 159 de la Constitution. En effet, ainsi qu'il sera examiné plus en détail dans la suite du propos¹¹¹, les juridictions de l'ordre judiciaire belge ne consacrent pas une logique de compensation dans l'organisation du contrôle incident. La légalité d'un arrêté individuel peut en principe être dénoncée à tout moment devant les Cours et tribunaux, même par un justiciable qui pouvait en poursuivre l'annulation. Il n'est pas surprenant que, dans un tel contexte, l'application du mécanisme de contestation incidente soit davantage susceptible de poser question au regard du principe de confiance légitime.

b.3. L'extension du bénéfice de la protection juridictionnelle provisoire au contrôle incident de légalité

33. Enfin, une protection juridictionnelle effective suppose la possibilité d'obtenir des mesures provisoires, en ce compris à l'occasion d'un contrôle incident de légalité. Cette préoccupation apparaît nettement dans le célèbre arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991, rendu sur un renvoi préjudiciel en validité¹¹². Dans cet arrêt, la Cour commence par rappeler que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité constitue, au même titre que le recours en annulation, une modalité du contrôle de la légalité des actes des institutions de l'Union. L'article 278 nouv. T.F.U.E. accorde à un requérant en annulation la faculté de solliciter de la Cour de justice qu'elle prononce le sursis à l'exécution de l'acte attaqué. Or, à l'inverse, la Cour ne s'estime pas compétente pour ordonner des mesures provisoires dans le cadre d'un renvoi préjudiciel, dès lors qu'une procédure de ce type repose sur une nette séparation des fonctions entre les juridictions nationales et de l'Union¹¹³.

En vue d'assurer la cohérence du système de protection juridictionnelle provisoire, il s'impose dès lors que le juge national puisse également ordonner le sursis à l'exécution d'un acte administratif interne fondé sur un

¹¹¹ V. *infra*, III.A.

¹¹² C.J.C.E., aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen et Zuckerfabrik Soest*, 21 février 1991, *Rec.*, p. I-415.

¹¹³ V. par ex. C.J.C.E. (ord. prés.), aff. C-186/01 R, *Dory*, 24 octobre 2001, *Rec.*, p. I-7823, points 8 et 13.

règlement de l'Union dont la légalité est contestée¹¹⁴. L'exercice de cette compétence est néanmoins encadré par la Cour, afin d'éviter que l'effectivité du droit de l'Union ne soit affectée par la mise en œuvre de la protection juridictionnelle provisoire. Le sursis à l'exécution d'un acte national pris en exécution d'un acte de droit dérivé ne peut être accordé que pour autant que le juge national ait des doutes sérieux sur la validité de ce dernier acte, que, pour le cas où la Cour ne serait pas déjà saisie de la question de validité de l'acte contesté, il la lui renvoie elle-même, qu'il y ait urgence et que le requérant soit menacé d'un préjudice grave et irréparable, que cette juridiction prenne dûment en compte l'intérêt de l'Union, et enfin que, dans l'appréciation de toutes ces conditions, la juridiction nationale respecte les décisions de la Cour ou du Tribunal statuant sur la légalité de l'acte de l'Union querellé ou une ordonnance de référé visant à l'octroi, au niveau de l'Union, de mesures provisoires similaires¹¹⁵.

C. LA TECHNIQUE DU CONTRÔLE INCIDENT EN DROIT DE L'UNION

34. Quatre dimensions de la technique du contrôle incident de légalité en droit de l'Union retiennent successivement l'attention : son objet (1), sa forme (2), son motif (3) ainsi que ses effets (4).

1. L'objet du contrôle

35. Un contrôle incident de légalité n'a pas lieu, à proprement parler, lorsqu'un acte est affecté d'un vice à ce point grave qu'il doit être tenu pour « inexistant »¹¹⁶. Dans de telles circonstances, la logique de compensation est inopérante : celui qui n'a pas agi en annulation contre l'acte inexistant endéans les délais requis à cet effet n'a commis aucune négligence en

considérant que cet acte ne pouvait sortir aucun de ses effets¹¹⁷. Il n'est pas aisé de définir de manière générique le degré à partir duquel un vice affecte l'existence même d'un acte. Selon la Cour de justice, les actes entachés d'une « irrégularité dont la gravité est si évidente qu'elle ne peut être tolérée par l'ordre juridique communautaire doivent être réputés n'avoir produit aucun effet juridique, même provisoire, c'est-à-dire doivent être regardés comme juridiquement inexistant »¹¹⁸. La terminologie employée par la Cour est révélatrice du motif sous-jacent à l'exception apportée en l'espèce à l'effet de forclusion qui s'attache en principe à l'expiration du délai d'annulation : exceptionnellement, le vice dont est affecté un acte fait peser sur l'ordre juridique de l'Union une hypothèque à ce point intolérable que même des considérations de sécurité juridique ne peuvent empêcher le renversement de la présomption de légalité.

Pour constater l'inexistence, la Cour prend en considération, outre sa gravité, l'évidence ou la vraisemblance de l'irrégularité¹¹⁹. La Cour n'applique en tout cas cette exception que dans des hypothèses « tout à fait extrêmes »¹²⁰, s'inspirant de la tradition juridique de nombreux Etats membres. L'on peut citer, par exemple, le défaut de toute base juridique dans l'ordre juridique de l'Union¹²¹ ou encore une erreur grossière de procédure, telle un défaut de signature ou l'absence de participation du Parlement européen à l'adoption d'un acte dans un domaine où la co-décision est de mise. L'inexistence tirée du défaut de toute base juridique mérite toutefois d'être considérée avec prudence. Si des doutes entourent bien souvent la base juridique d'un acte pris par une institution de l'Union, il est par contre peu de cas dans lesquels le défaut d'une base juridique est à ce point évident que l'existence même de l'acte peut être mise en doute. L'absence de publication ne porte quant à elle pas atteinte à l'existence

¹¹⁴ C.J.C.E., aff. jtes C-143/88 et C-92/89, o. c., note 112, point 18. V. aussi C.J.C.E., aff. C-465/93, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft e.a.*, 9 novembre 1995, *Rec.*, p. I-3761, point 30 ; C.J.C.E., aff. C-68/95, *T. Port*, 26 novembre 1996, *Rec.*, p. I-6065, point 49.

¹¹⁵ Ces conditions sont synthétisées au point 51 de l'arrêt *Atlanta*, cité à la note précédente.

¹¹⁶ V. en ce sens, C.J.C.E., aff. 15/85, *Consortio Cooperative d'Abbruzzo c. Commission*, 26 février 1987, *Rec.*, p. 1005, point 10 ; C.J.C.E., aff. 226/87, o. c., note 14, point 16 ; C.J.C.E., aff. C-74/91, o. c., note 44, point 10 ; C.J.C.E., aff. C-404/97, o. c., note 17, point 35.

¹¹⁷ V. en ce sens, même si le moyen tiré de l'inexistence a été rejeté sur le fond, C.J.C.E., aff. C-475/01, *Commission c. République hellénique*, 5 octobre 2004, *Rec.*, p. I-8923, points 19-23.

¹¹⁸ V. not. C.J.C.E., aff. C-137/92 P, *BASF c. Commission*, 15 juin 1994, *Rec.*, p. I-2555, point 49 ; C.J.C.E., aff. C-245/92 P, *Chemie Linz GmbH c. Commission*, 8 juillet 1999, *Rec.*, p. I-4643, point 94 ; T.P.I.C.E., aff. jtes T-40/07 P et 62/07 P, *José António de Brito Sequeira Carvalho c. Commission*, 5 octobre 2009, n.e.p., point 151.

¹¹⁹ V. en ce sens A. KALOGEROPOULOS, « Eléments de l'application de la théorie de l'inexistence des actes juridiques en droit communautaire », in *Etat, Loi, Administration. Mélanges en l'honneur d'Epaminondas P. Spiliotopoulos*, Bruxelles/Athènes, Sakkoulas/Bruylant, 1998, pp. 199 et 200.

¹²⁰ C.J.C.E., aff. C-137/92 P, o. c., note 118, point 50.

¹²¹ V. par exemple C.J.C.E., aff. 6 et 11/69, o. c., note 14, points 12 et 13.

même de l'acte, mais prive ce dernier de l'essentiel de ses effets¹²². La nuance est toutefois inopérante dans le cadre de la présente discussion. Le défaut de publicité donnée à un acte de l'Union fait en effet obstacle à l'écoulement du délai prévu pour solliciter son annulation. Un justiciable peut dès lors s'opposer à tout moment à sa mise en œuvre, même si cet acte « existe » depuis longtemps.

36. La Cour de justice n'est en principe pas compétente pour apprécier, même indirectement, la validité du droit primaire de l'Union¹²³. Elle n'est pas davantage habilitée à contrôler par voie incidente la validité d'un acte adopté par une autorité nationale.
37. Au demeurant, l'objet du contrôle incident est bien davantage conditionné par les logiques de compensation et d'apurement évoquées au point précédent que par la forme de l'acte dont la légalité est mise en doute. Le contrôle incident de légalité est ainsi susceptible d'être mis en œuvre à l'égard de tout acte destiné à produire des effets juridiques, et non pas uniquement les « actes de portée générale » auxquels l'article 277 nouv. T.F.U.E. fait référence¹²⁴. Cela étant, en pratique, la fonction compensatoire du contrôle incident de légalité trouve davantage application en présence d'actes à caractère général et abstrait, dès lors qu'une catégorie importante de justiciables est en principe privée de toute possibilité d'en poursuivre l'annulation. Dans certaines hypothèses spécifiques, toutefois, il est concevable qu'un acte pris sous la forme d'une décision puisse voir sa légalité contrôlée à titre incident, pour autant que celui qui entend critiquer celle-ci n'en soit pas le destinataire ou, à tout le moins, qu'elle ne l'affecte pas directement et individuellement¹²⁵. Certaines décisions présentent d'ailleurs un contenu normatif tel qu'elles semblent pouvoir être assimilées à des actes de portée générale pour les besoins du contrôle incident de

¹²² V. C.J.C.E., aff. C-345/06, *Heinrich*, 10 mars 2009, n.e.p., point 42. Dans cet arrêt, et contrairement à l'Avocat général SHARPSTON, la Cour n'assimile pas explicitement le défaut de publication à l'inexistence. Elle se contente de souligner l'absence de tout effet des dispositions non publiées.

¹²³ C.J.C.E., aff. jtes 31 et 36/85, *LAISA*, 28 avril 1988, *Rec.*, p. 2285, point 12.

¹²⁴ C.J.C.E., aff. 15/57, o. c., note 58, sp. p. 184 ; C.J.C.E., aff. 92/78, o. c., note 7, points 40 et 41 ; T.P.I.C.E., aff. jtes T-6/92 et 52/92, *Reinartz c. Commission*, 26 octobre 1993, *Rec.*, II-1047, point 56 ; T.P.I.C.E., aff. jtes T-305-307/94, 313-316/94, 318/94, 325/94, 328/94, 329/94 et 335/94, *LVM n.v. e.a. c. Commission*, 20 avril 1999, *Rec.*, p. II-931, points 284-291 ; T.P.I.C.E., aff. T-222/99, *Martinez e.a. c. Parlement européen*, 2 octobre 2001, *Rec.*, p. II-2823, point 134 ; T.P.I.C.E., aff. T-9/99, *HFB e.a. c. Commission*, 20 mars 2002, *Rec.*, p. II-1487, point 416.

¹²⁵ C.J.C.E., aff. 216/82, o. c., note 82, points 6-12.

légalité¹²⁶. Inversement, il n'est pas exclu que des particuliers soient forclos à contester la légalité d'un acte adopté sous la forme d'un règlement, une fois écoulé le délai prévu pour intenter un recours en annulation contre ce dernier, pour autant qu'il revête le caractère d'une décision individuelle à leur égard¹²⁷.

Le contrôle incident de légalité peut également avoir pour objet un accord international auquel l'Union est partie¹²⁸. De tels accords sont en effet assimilés à des actes des institutions¹²⁹, et l'acte qui en porte conclusion par le Conseil est susceptible d'annulation par la Cour de justice¹³⁰.

38. L'exception d'illégalité est du reste limitée par sa fonction correctrice : rien ne s'oppose dès lors, en principe, à ce que l'inapplicabilité partielle d'un acte de l'Union soit prononcée en vertu de l'article 277 nouv. T.F.U.E.¹³¹, voire dans le cadre d'une procédure préjudicielle en validité¹³². La question se pose toutefois de savoir si la circonstance que la partie dont l'illégalité est dénoncée n'est pas détachable du reste de l'acte querellé empêche que soit mis en œuvre le contrôle incident de légalité. En réalité, cette question ne présente une importance que lorsque le constat de l'illégalité d'un acte entraîne sa disparition de l'ordonnancement juridique, singulièrement dans le cadre d'un recours en annulation¹³³. Or, un constat incident d'illégalité n'a pas pour effet d'anéantir l'acte examiné. Un tel contrôle incident peut dès lors se concentrer sur certaines dispositions seulement de l'acte en

¹²⁶ M. VOGT, o. c., *E.L. Rev.*, 2006, note 52, pp. 373 et 374.

¹²⁷ V. *supra*, la jurisprudence citée à la note 90.

¹²⁸ V. pour un contrôle opéré par la Cour sur l'accord relatif à la protection réciproque et au contrôle des dénominations de vins entre la CE et la République de Hongrie, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel, C.J.C.E., aff. C-347/03, *Regione autonoma Friuli-Venezia Giulia et ERSI*, 12 mai 2005, *Rec.*, p. I-3785, sp. points 71-83.

¹²⁹ C.J.C.E., aff. 181/73, *Haegeman II*, 30 avril 1974, *Rec.*, p. 459.

¹³⁰ V. pour un arrêt fondateur, C.J.C.E., aff. C-327/91, *France c. Commission*, 9 août 1994, *Rec.*, 1994, p. I-3641.

¹³¹ T.P.I.C.E., aff. T-146/96, *De Abreu c. Cour de justice*, 4 mars 1998, *Rec.*, p. II-281, point 34.

¹³² C.J.C.E., aff. 120/86, *Mulder*, 28 avril 1988, *Rec.*, p. 2321, point 28.

¹³³ V. pour une illustration d'un rejet d'annulation partielle, C.J.C.E., aff. C-36/04, *Espagne c. Conseil*, 30 mars 2006, *Rec.*, p. I-2981 ; pour un cas d'annulation partielle d'un acte normatif complexe, v. C.J.C.E., aff. 17/74, *Transocean Marine Paint Association c. Commission*, 23 octobre 1974, *Rec.*, p. 1063, points 16 et 21.

question, et ce même si les autres parties de l'acte perdent leur sens sans celles-ci¹³⁴.

39. La question de savoir si le principe général du contrôle incident de légalité s'applique aux actes adoptés dans le domaine de la coopération policière et judiciaire pénale présentait un intérêt jusqu'à l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne. Dès lors que ce dernier « *communautarise* » l'ancien troisième pilier, une réponse affirmative s'impose, sous réserve de dispositions transitoires¹³⁵. Cela étant, il est intéressant de constater que, dans le passé déjà, la Cour semble avoir appliqué la logique de compensation en la matière: dans la mesure où les particuliers ne disposaient pas du droit de poursuivre l'annulation de mesures adoptées au titre du troisième pilier, il leur était loisible d'en contester la validité à l'occasion d'un recours ultérieur. La solution s'imposait avec évidence s'agissant du renvoi préjudiciel en validité puisque, sous réserve d'une acceptation de cette compétence de la Cour de justice par un Etat membre, cette voie de droit était expressément prévue à l'article 35, § 3 U.E.¹³⁶. Encore que la Cour n'ait pas eu l'occasion de le confirmer, un tel contrôle incident paraissait également pouvoir prendre la forme d'une exception d'illégalité, dans la mesure précisément où cette dernière renvoie à un principe général du droit de l'Union. Par contre, et comme nous l'avons vu plus haut, la Cour a accepté d'examiner incidemment une action commune adoptée au titre de la politique étrangère et de sécurité commune, à l'occasion d'un recours dirigé contre une décision P.E.S.C. du Conseil¹³⁷. Elle ne l'a toutefois fait que dans la mesure où le recours de la Commission contre cette action commune était pris de la méconnaissance des compétences et procédures communautaires.

¹³⁴ V. dans le même sens les conclusions présentées le 30 mars 2006 par l'Avocat général BOT dans l'affaire *Espagne c. Conseil* (C-442/04, sp. points 83 et 84). Dans son arrêt prononcé le 15 mai 2008, la Cour ne s'est toutefois pas prononcée sur cette question, estimant que le Royaume d'Espagne avait dirigé son exception d'illégalité contre le Règlement de base, « *pris dans son ensemble* » (point 24 de l'arrêt).

¹³⁵ V. également *infra*, I.D.

¹³⁶ V. par ex. C.J.C.E., aff. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, 3 mai 2007, *Rec.*, p. I-5305. Pour une confirmation de la possibilité de voir contrôlées, dans les limites des compétences de la Cour telles que fixées à l'ancien article 35 UE, toutes mesures adoptées au titre du troisième pilier et qui visent à produire des effets de droit vis-à-vis des tiers, v. C.J.C.E., aff. C-355/04P, *Segi e.a. c. Conseil*, 27 février 2007, *Rec.*, p. I-1657, point 53 ; C.J.C.E., aff. C-354/04P, *Gestoras Pro-Amnistia e.a.*, 27 février 2007, *Rec.*, p. I-1579, point 53.

¹³⁷ C.J.C.E., aff. C-91/05, *o. c.*, note 38.

40. Notons d'ores et déjà que le traité de Lisbonne, malgré la généralité des termes employés dans la nouvelle disposition consacrée à l'exception d'illégalité, ne semble pas remettre en cause l'incompétence de la Cour à l'égard des actes qui relèvent de la P.E.S.C.¹³⁸. La Cour est toutefois compétente pour vérifier qu'un acte de la P.E.S.C. n'empiète pas sur les procédures et compétences respectives des institutions dans les autres domaines d'action de l'Union, et inversement. Surtout, elle peut contrôler la légalité des décisions du Conseil infligeant des mesures restrictives à des personnes physiques ou morales dans le domaine de la P.E.S.C.¹³⁹. Il est possible que, à l'occasion de telles procédures, les requérants contestent incidemment la légalité de décisions plus générales sur la base desquelles les décisions querellées ont été adoptées. A l'inverse, le fait de ne pas faire usage de la possibilité « *manifeste* » de poursuivre l'annulation des mesures restrictives comme telles pourrait bien avoir un effet de forclusion sur la faculté de contester ces mesures par voie incidente, une fois expiré le délai du recours en annulation.

2. La forme du contrôle

41. Pour être recevable, une exception d'illégalité doit être soulevée dans des termes clairs et être motivée¹⁴⁰. Le cadre d'un litige étant par ailleurs fixé, en principe, par la requête introductive d'instance, une exception d'illégalité ne saurait être soulevée au stade de la réplique¹⁴¹, à moins que des éléments nouveaux de fait ou de droit ne soient apparus au cours de la procédure¹⁴². Cette règle est justifiée par la nécessité de préserver les droits

¹³⁸ L'article 277 nouv. T.F.U.E. voit en effet son application nuancée par les articles 24, § 1^{er}, alinéa 2 nouv. T.U.E. et 275 nouv. T.F.U.E.

¹³⁹ Article 275, alinéa 2 T.F.U.E.

¹⁴⁰ T.P.I.C.E., aff. T-333/99, *X c. B.C.E.*, 18 octobre 2001, *Rec.*, p. II-3021, points 115-117 ; aff. T-349/03, *Corsica Ferries France c. Commission*, 15 juin 2005, *Rec.*, p. II-2197, points 179 et 180 ; aff. F-59/05, *De Smedt c. Commission*, 19 octobre 2006, *Rec.*, p. II-A-1-409, point 77.

¹⁴¹ Cette jurisprudence est fondée sur l'exigence d'une indication de l'objet du litige et de l'exposé sommaire des moyens dans la requête, formulée par les règlements de procédure de la Cour (art. 38, § 1^{er}, c), du Tribunal (art. 44, § 1^{er}, c) et du Tribunal de la fonction publique (art. 35, § 1^{er}, e). V. également l'article 21 du Statut de la Cour. Pour des illustrations dans la jurisprudence, v. C.J.C.E., aff. jtes 87 et 130/77, 22/83 et 10/84, *o. c.*, note 5, point 37 ; C.J.C.E., aff. C-443/05, *o. c.*, note 55, points 106-110 ; T.F.P.C.E., aff. F-61/05, *Dalmasso c. Commission*, 24 avril 2008, non publié au Recueil, point 83.

¹⁴² C.J.C.E., aff. C-135/92, *Fiskano c. Commission*, 29 juin 1994, *Rec.*, p. I-2885, points 31-33 ; T.P.I.C.E., aff. jtes T-305-307/94, 313-316/94, 318/94, 325/94, 328 et 329/94

de la défense : la partie qui a intérêt à ce que l'acte dont l'illégalité est dénoncée soit appliqué doit, en effet, être en mesure de défendre ce dernier en temps utile. Il est toutefois admis qu'une exception d'illégalité puisse être soulevée implicitement, pour autant qu'elle apparaisse suffisamment clairement de la requête introductive d'instance¹⁴³. Il est de même concevable qu'un renvoi préjudiciel présenté comme une demande d'interprétation invite en réalité la Cour de justice à se prononcer sur la validité d'un acte pris par une institution. Il appartient dans ce cas à la Cour de justice de dégager de l'ensemble des éléments fournis par la juridiction nationale ceux des éléments de droit de l'Union qui appellent, compte tenu de l'objet du litige, une appréciation de validité¹⁴⁴.

42. Tout comme dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour de justice, le Tribunal et le Tribunal de la fonction publique ne soulèvent d'office une exception d'illégalité que lorsque le moyen qui fonde cette dernière est d'ordre public, soit qu'il touche à la violation de formes substantielles¹⁴⁵ ou à l'incompétence de l'auteur de l'acte¹⁴⁶. Cette jurisprudence nuance la logique de compensation déduite de la jurisprudence *TWD*, puisqu'elle permet au juge de l'Union de soulever une exception de ce type malgré que l'une des parties au litige aurait été en mesure de poursuivre l'annulation de l'acte illégal. Il en va de même lorsqu'un juge d'un Etat membre pose d'office une question préjudicielle en validité¹⁴⁷.

et 335/94, *Limburgse Vinyl Maatschappij n.v. e.a. c. Commission*, 20 avril 1999, *Rec.*, p. II-931, point 64.

¹⁴³ C.J.C.E., aff. 14/59, *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité*, 17 décembre 1959, *Rec.*, p. 474 ; C.J.C.E., aff. C-442/04, *o. c.*, note 41, point 24 ; T.P.I.C.E., aff. T-262/94, *Baiwir c. Commission*, 6 juin 1996, *Rec.*, p. II-739, point 37 ; T.P.I.C.E., aff. T-171/00, *Spruyt c. Commission*, 20 septembre 2001, *Rec.*, p. II-855, point 53 ; T.P.I.C.E., aff. T-59/01, *Nardone c. Commission*, 26 février 2003, *Rec.*, p. II-323, point 27 ; T.P.I.C.E., aff. T-176/01, *Ferrière Nord*, 18 novembre 2004, *Rec.*, p. II-3931, point 36 ; T.P.I.C.E., aff. T-45/06, *Reliance Industries Ltd*, 24 septembre 2008, *Rec.*, p. II-2399, points 64 et 65.

¹⁴⁴ V. par exemple C.J.C.E., aff. 145/79, *Roquette Frères*, 15 octobre 1980, *Rec.*, p. 2917, points 6 et 7.

¹⁴⁵ V. dans le cadre d'un renvoi préjudiciel en validité, C.J.C.E., aff. jtes 73 et 74/63, *Internationale Crediet- en handelsvereniging Rotterdam en Puttershoek*, 18 février 1964, *Rec.*, p. I, sp. p. 28.

¹⁴⁶ V. les conclusions présentées le 13 mars 1968 par l'Avocat général GAND dans l'affaire *Beus* (aff. 5/67, *Rec.*, 1968, point 119). V. *supra*, I.B.a.2.

¹⁴⁷ V. not. C.J.C.E., aff. C-222/04, *Cassa di Risparmio di Firenze e.a.*, 10 janvier 2006, *Rec.*, p. I-289, points 72-74.

3. Le motif du contrôle

43. Toute règle de l'Union de rang supérieur à l'acte dont la légalité est mise en doute peut servir de référence au contrôle opéré par la Cour. Il s'agira, le plus souvent, de dispositions des Traités sur l'Union européenne et sur le fonctionnement de l'Union européenne, ainsi que de la Charte européenne des droits fondamentaux. Rien n'exclut du reste que le contrôle de légalité porte sur les normes de droit dérivé sur le fondement desquelles l'acte a été adopté, ou encore sur les principes généraux de l'ordre juridique de l'Union. Une correspondance est ainsi assurée entre ces normes de référence et celles à l'aune desquelles la légalité d'un acte de l'Union est susceptible d'être évaluée dans le cadre d'un recours en annulation, contribuant ainsi au principe de compensation examiné plus haut¹⁴⁸.
44. L'acte dont la légalité est mise en doute doit non seulement emporter des effets juridiques¹⁴⁹ mais aussi être directement ou indirectement applicable au cas d'espèce qui donne lieu à l'examen de légalité incident¹⁵⁰. Ainsi en va-t-il, notamment, lorsqu'il constitue le fondement juridique de l'acte qui fait l'objet du recours principal¹⁵¹. Inversement, il n'est pas possible de contester par voie incidente la légalité d'une réglementation de l'Union dont l'acte attaqué ne constitue pas une mesure d'application¹⁵². Toutefois,

¹⁴⁸ Il résulte notamment de cette correspondance qu'en principe, un acte de droit dérivé ne saurait voir sa légalité remise en cause par voie incidente au regard d'obligations découlant des accords O.M.C. (C.J.C.E., aff. C-149/96, *Portugal c. Conseil*, 23 novembre 1999, *Rec.*, p. I-8395, point 47). Il en va de même des normes communautaires dont la contrariété au droit de l'O.M.C. a été dénoncée par l'organe de règlement des différends de cette organisation (v. C.J.C.E., aff. C-377/02, *Van Parys*, 1^{er} mars 2005, *Rec.*, p. 1881).

¹⁴⁹ Dans l'arrêt *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité* la Cour a néanmoins accepté de contrôler la légalité d'une lettre dans laquelle la Haute Autorité avait donné des directives d'interprétation à un organe chargé d'appliquer diverses dispositions du traité et actes de droit communautaire dérivé, alors même que cette lettre n'était pas susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation (C.J.C.E., aff. jtes 32 et 33/58, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, 17 juillet 1959, *Rec.*, p. 295). L'on ne doit néanmoins pas trop s'en étonner : admettre l'exception d'illégalité équivalait en ce cas, pour la Cour, à donner elle-même une interprétation aux dispositions du Traité et aux mesures de droit dérivé auxquelles cette lettre tendait indiquer le sens. V. K. LENAERTS, D. ARTS, *o. c.*, 2003, note 47, p. 272.

¹⁵⁰ V. not. C.J.C.E., aff. 32/65, *o. c.*, note 27.

¹⁵¹ V. par ex. C.J.C.E., aff. 21/64, *Macchiorlati Dalmis e Figli c. Haute Autorité*, 31 mars 1965, *Rec.*, p. 227, sp. p. 245 ; C.J.C.E., aff. 32/65, *o. c.*, note 27, sp. p. 563.

¹⁵² V. à propos d'un règlement prévoyant le dégagement de fonctionnaires mais qui n'était pas applicable aux fonctionnaires destinataires des décisions querellées,

l'existence d'un lien suffisant peut également se déduire du constat que l'acte qui fait l'objet du recours principal repose essentiellement sur une disposition de l'acte incidemment contesté, même si ce dernier n'en constitue pas la base juridique¹⁵³. Il est dès lors admis que l'exception d'illégalité s'étend aux actes des institutions qui ont un lien direct avec la décision qui fait l'objet du recours en annulation¹⁵⁴.

45. Assimilable à un moyen à l'appui de conclusions¹⁵⁵, l'exception d'illégalité présente une nature ancillaire : elle n'est recevable que pour autant qu'elle soit susceptible, par son résultat, de procurer un bénéfice à la partie qui la soulève¹⁵⁶, fût-ce le demandeur au principal¹⁵⁷, et dans la seule mesure nécessaire à la recherche d'une solution au litige¹⁵⁸. Cette dernière limite signifie notamment que, si l'acte attaqué au principal est annulé sur la base d'autres moyens, il n'y a en principe plus lieu d'évaluer la validité de l'acte sur lequel il se fonde¹⁵⁹. L'exigence d'un lien entre le litige principal et

C.J.C.E., aff. jtes C-432/98 P et 433/98 P, *Conseil c. Chvatal e.a.*, 5 octobre 2000, *Rec.*, p. I-8535, points 32 et 33 ; à propos d'une règle générale d'évaluation des fonctionnaires qui n'avait pas été appliquée à l'occasion de contrôles de qualité contestés, v. T.P.I.C.E., aff. T-173/04, *Carius c. Commission*, 25 octobre 2006, *Rec.*, p. II-A-2-1269, point 56.

¹⁵³ C.J.C.E., aff. jtes C-189/02 P, 202/02 P, 205-208/02 P et 213/02 P, *Dansk Rørindustri A/S e.a. c. Commission*, 28 juin 2005, *Rec.*, p. I-5425, point 212.

¹⁵⁴ V. not. T.P.I.C.E., aff. T-6 et 52/92, *o. c.*, note 124, point 57 ; T.P.I.C.E., aff. T-146/96, *o. c.*, note 131, points 25 et 29 ; T.P.I.C.E., aff. T-308/04, *Ianniello c. Commission*, 30 novembre 2007, non publié au Recueil, point 37 ; T.P.I.C.E., aff. T-82/96, *o. c.*, note 101, point 48. V. pour une hypothèse de rejet d'un lien direct, T.P.I.C.E., aff. jtes T-93 et 46/01, *Alessandrini e.a. c. Commission*, 10 avril 2003, *Rec.*, p. II-1635, point 81.

¹⁵⁵ V. not. T.P.I.C.E., aff. T-142/00, *Van Huffel c. Commission*, 15 novembre 2001, *Rec.*, p. II-1011, points 28 et 29.

¹⁵⁶ V. not. T.P.I.C.E., aff. T-135/05, *Campoli c. Commission*, 29 novembre 2006, *Rec.*, p. II-A-2-1527, point 132 ; T.F.P.U.E., aff. F-105/05, *Wils c. Parlement européen*, 11 juillet 2007, non publié au Recueil, points 35-41.

¹⁵⁷ V. pour un cas où la Commission poursuivait un Etat membre en manquement, en tentant d'écarter l'application des dispositions d'une directive dotée en principe d'un effet de validation du comportement de ce dernier, C.J.C.E., aff. C-475/01, *o. c.*, note 117.

¹⁵⁸ T.P.I.C.E., aff. jtes T-35/05, T-61/05, T-107/05, T-108/05 et T-139/05, *Agne-Dapper e.a. c. Parlement, Conseil, Commission, Cour des Comptes et CESE*, 29 novembre 2006, *Rec.*, II-A-2-1497, point 44.

¹⁵⁹ T.P.I.C.E., aff. T-327/03, *Stichting Al-Aqsa c. Conseil*, 11 juillet 2007, *Rec.*, p. II-79, point 67. Cette jurisprudence serait néanmoins critiquable selon nous si elle devait permettre à la Cour d'éviter d'apprécier un moyen tiré d'une violation des droits fondamentaux.

l'acte dont l'illégalité est dénoncée se manifeste également dans la faculté dont dispose la Cour de ne pas répondre à une question préjudicielle en appréciation de validité d'un acte de l'Union lorsqu'il apparaît de manière manifeste qu'une telle appréciation n'a aucun rapport avec la réalité ou l'objet du litige pendant devant la juridiction nationale¹⁶⁰. Enfin, et ainsi qu'il a déjà été souligné, l'exception d'illégalité n'a pas pour but de permettre à un requérant d'échapper à l'effet de forclusion qui s'attache à l'écoulement des délais prévus pour poursuivre l'annulation d'un acte. Par conséquent, est frappée d'irrecevabilité une exception dissimulant un recours direct contre un acte antérieur qui n'est plus susceptible d'annulation¹⁶¹.

4. Les effets du contrôle

46. Les effets d'une déclaration d'invalidité ne sauraient être confondus avec ceux d'un arrêt d'annulation prononcé par la Cour de justice, le Tribunal ou le Tribunal de la fonction publique. Dans ses conclusions précédant l'arrêt *Belgique c. Commission*, l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER a ainsi rappelé qu'un arrêt d'annulation, en déclarant l'acte contesté nul et non avenue, « revêt une autorité absolue et sort ses effets de la chose jugée sur le plan substantiel et formel dans la mesure où il vise à rétablir l'ordre juridique affecté par l'illégalité de la disposition communautaire »¹⁶². Selon les vœux exprimés par l'article 277 nouv. T.F.U.E., le constat du caractère fondé du/des moyens incidemment dirigé(s) contre un acte antérieur conduit plutôt à déclarer ce dernier inapplicable au litige principal, sans le faire disparaître de l'ordonnancement juridique¹⁶³. Les effets de cette déclaration d'inapplicabilité se limitent ainsi aux parties au litige au cours duquel l'exception a été soulevée¹⁶⁴. Cette jurisprudence trouve un écho dans les limites d'un arrêt d'annulation. Lorsqu'un tel arrêt est prononcé à la demande d'une partie, une exigence de sécurité juridique s'oppose en effet à ce que l'institution dont la décision attaquée émane doive, à la demande de destinataires de décisions similaires qui n'ont pas

¹⁶⁰ V. not. C.J.C.E., aff. C-222/04, *o. c.*, note 147, point 75.

¹⁶¹ C.J.C.E., aff. C-135/93, *o. c.*, note 14, points 16-19.

¹⁶² Conclusions présentées le 16 décembre 2004 dans l'affaire C-110/03, *o. c.*, note 31, point 30.

¹⁶³ C.J.C.E., aff. 15/57, *o. c.*, note 58, sp. p. 185 ; C.J.C.E., aff. 31/62 et 33/62, *o. c.*, note 5, sp. p. 979.

¹⁶⁴ C.J.C.E., aff. jtes 15-33/73, 52/73, 53/73, 57-109/73, 116/73, 117/73, 123/73, 132/73, 135-137/73, *Kortner-Schots e.a.*, 21 février 1974, *Rec.*, p. 177, point 36.

été attaquées, réexaminer ces dernières à la lumière des motifs de l'arrêt d'annulation et apprécier si, sur la base de cet examen, il y a lieu de les retirer¹⁶⁵.

47. D'un point de vue formel, les effets d'un arrêt préjudiciel constatant l'invalidité d'un acte de l'Union ne coïncident pas avec ceux d'un arrêt où l'invalidité d'un tel acte est dénoncée à titre incident¹⁶⁶. Un tel arrêt préjudiciel revêt en effet une portée *erga omnes*, puisqu'il impose à tout juge saisi d'un litige mettant en cause l'acte déclaré invalide de laisser ce dernier inappliqué¹⁶⁷. Il appartient plus généralement aux autorités nationales de tirer les conséquences, dans leur ordre juridique, d'une déclaration préjudicielle d'invalidité¹⁶⁸, en tenant compte du cadre juridique subsistant¹⁶⁹. Par exception à la jurisprudence *Foto-Frost*, le juge national n'est ainsi pas tenu d'interroger la Cour de justice quant à la validité d'un acte précédemment déclaré invalide pour pouvoir écarter son application¹⁷⁰. A l'instar d'un arrêt d'annulation, une déclaration préjudicielle d'invalidité opère rétroactivement¹⁷¹. Tout comme dans le cadre d'un recours en annulation, la Cour peut toutefois maintenir, pour une certaine durée, les effets de l'acte déclaré illégal à l'occasion d'une procédure préjudicielle¹⁷² ou, plus généralement, modaliser les effets d'une telle déclaration¹⁷³.

L'autorité spéciale d'un arrêt rendu sur une question préjudicielle en validité s'explique par la circonstance que le renvoi est signifié aux Etats membres et aux institutions, qui ont la possibilité de déposer des observations. Un arrêt préjudiciel est, de plus, signifié aux institutions et aux Etats membres, à charge pour ces derniers d'en informer leurs juges et

administrations. Une invalidité constatée « *incidemment* », à l'occasion d'un litige devant une juridiction de l'Union, ne présente pas nécessairement les mêmes garanties. Cela dit, au regard du principe de légalité de l'ordre juridique de l'Union et de la publicité très large qui entoure la jurisprudence des juridictions de l'Union, l'on comprendrait mal que les juges des Etats membres ainsi que les autorités administratives de ces derniers puissent ignorer purement et simplement le constat par la Cour du caractère fondé d'une exception d'illégalité¹⁷⁴. De même, dans chaque cas où un acte de l'Union est déclaré invalide (que ce soit à l'occasion d'un renvoi préjudiciel ou non), l'institution à l'origine de cet acte est tenue de remédier aux écueils qui y ont été décelés par la Cour¹⁷⁵, en ce compris en excluant des textes nouveaux devant intervenir après l'arrêt d'annulation, pour s'appliquer à des périodes postérieures à celui-ci, toute disposition ayant le même contenu que celle jugée illégale¹⁷⁶.

D. LE CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE ET LE TRAITE DE LISBONNE

48. Les effets pour le contrôle incident de légalité de la suppression formelle des piliers, par le traité de Lisbonne, ont déjà été évoqués dans les points précédents. Cette évolution se traduit essentiellement par l'extension du champ d'application du contrôle incident – et, plus généralement, de la compétence de la Cour de justice – au domaine de la coopération policière et judiciaire pénale. L'entrée en vigueur de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne a également un impact non-négligeable sur les normes de référence du contrôle incident.

La question peut être posée de savoir si le traité de Lisbonne est susceptible d'emporter d'autres types de conséquences, liées cette fois aux modifications apportées aux conditions d'accès des requérants non-privilégiés aux recours directs contre des actes de l'Union. Ainsi qu'il a déjà été souligné plus haut, la logique de compensation sur laquelle repose le contrôle incident de légalité en droit de l'Union est très étroitement liée

¹⁶⁵ C.J.C.E., aff. C-310/97 P, *Commission c. AssiDomän Kraft Products AB e.a.*, 14 septembre 1999, *Rec.*, p. I-5363, points 53-63. V. pour une évocation de ce rapprochement, C.J.C.E., aff. C-239/99, *o. c.*, note 91, point 25.

¹⁶⁶ V. en ce sens, K. LENAERTS, D. ARTS, *o. c.*, 2003, note 47, p. 288.

¹⁶⁷ C.J.C.E., aff. 66/80, *SpA International Chemical Corporation*, 13 mai 1981, *Rec.*, p. 1191, point 13 ; C.J.C.E. (ord.), aff. C-421/06, *Fratelli Martini & Cargill SpA e.a.*, 8 novembre 2007, *Rec.*, p. I-152, point 54.

¹⁶⁸ C.J.C.E., aff. 23/75, *Rey Soda*, 30 octobre 1975, *Rec.*, p. 1279, point 51.

¹⁶⁹ C.J.C.E., aff. C-127/94, *Ecroyd*, 6 juin 1996, *Rec.*, p. I-2731, point 58.

¹⁷⁰ Ceci ne l'empêche toutefois pas de le faire lorsqu'il subsiste des doutes quant aux motifs, à l'étendue ou aux conséquences de cette invalidité (C.J.C.E., aff. 66/80, *o. c.*, note 167, points 13-15).

¹⁷¹ C.J.C.E., aff. C-228/92, *Roquette Frères*, 26 avril 1994, *Rec.*, p. I-1445, point 17.

¹⁷² V. par ex. C.J.C.E., aff. C-333/07, *o. c.*, note 82.

¹⁷³ V. par ex. C.J.C.E., aff. 300/86, *Van Landschoot*, 29 juin 1988, *Rec.*, p. 3443, point 24.

¹⁷⁴ L'Avocat général LAGRANGE, dans ses conclusions précédant l'arrêt *Société des Fonderies de Pont-à-Mousson c. Haute Autorité*, présentées le 17 décembre 1959, évoque une obligation davantage morale que juridique (C.J.C.E., aff. 14/59, *Rec.*, p. 481, sp. p. 536).

¹⁷⁵ C.J.C.E., aff. jtes 117/76 et 16/77, *Ruckdeschel e.a.*, 19 octobre 1977, *Rec.*, p. 1753, point 13 ; C.J.C.E., aff. jtes 124/76 et 20/77, *Moulins & Huileries de Pont-à-Mousson*, 19 octobre 1977, *Rec.*, p. 1795, point 28.

¹⁷⁶ C.J.C.E., aff. 97, 99, 193, 215/86, *Asteris e.a. c. Commission*, 26 avril 1988, *Rec.*, p. 2181, point 29.

aux limites strictes apportées au droit de ces requérants d'agir en annulation devant la Cour de justice. Il n'est pas nécessaire de s'étendre sur les lacunes du contentieux de l'Union à cet égard, et plus spécifiquement sur la difficulté pour un requérant non-privilegié de démontrer son affectation directe et individuelle¹⁷⁷. Malgré les appels de plusieurs de ses avocats généraux et de la majorité de la doctrine, la Cour n'a pas emboîté le pas franchi par le Tribunal dans l'arrêt *Jégo-Quéré*¹⁷⁸, qui visait à atténuer la condition de l'affectation individuelle¹⁷⁹. Selon la Cour, l'exigence d'une protection juridictionnelle effective est satisfaite par la faculté qu'ont les particuliers de poursuivre l'annulation des mesures nationales qui mettent en œuvre les actes de l'Union qui leur font grief et de provoquer un renvoi préjudiciel en validité de ces derniers, voire même de soulever une exception d'illégalité à l'occasion d'un litige porté devant les juridictions de l'Union¹⁸⁰. La logique de compensation, clé de voûte du système de contrôle de légalité incident en droit de l'Union, fournit ainsi une

¹⁷⁷ C.J.C.E., aff. 25/62, *Plaumann & Co. c. Commission*, 15 juillet 1963, *Rec.*, p. 199, sp. p. 223. V. également, sur le critère de l'affectation individuelle, C.J.C.E. aff. C-321/95 P, *Greanpeace c. Commission*, 2 avril 1998, *Rec.*, p. I-1651; C.J.C.E., aff. 11/82, *Piraiki-Patraiki c. Commission*, 17 janvier 1985, *Rec.*, p. 207; C.J.C.E., aff. 26/86, *Deutz und Geldermann e.a. c. Conseil*, 24 février 1987, *Rec.*, p. 941. Sur l'exigence d'une affectation directe, v. C.J.C.E., aff. C-386/96 P, *Dreyfus c. Commission*, 5 mai 1998, *Rec.*, p. I-2309; C.J.C.E., aff. C-417/04 P, *Regione Siciliana c. Commission*, 2 mai 2006, *Rec.*, p. I-3881; T.P.I.C.E., aff. T-380/94, *AIUFFASS et AKT c. Commission*, 12 décembre 1996, *Rec.*, p. II-2169.

¹⁷⁸ T.P.I.C.E., aff. T-177/01, *Jégo-Quéré c. Commission*, 3 mai 2002, *Rec.*, p. II-2365. Dans cet arrêt, le Tribunal estima que, « afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers, une personne physique ou morale doit être considérée comme individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations ». Et d'ajouter que « (l)e nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes » (point 51). Cet arrêt s'inspirait en particulier des conclusions présentées le 21 mars 2002 par l'Avocat général JACOBS dans l'affaire *Unión de Pequeños Agricultores*.

¹⁷⁹ C.J.C.E., aff. C-50/00 P, o. c., note 67, point 40. V. également dans le même sens, C.J.C.E., aff. 97/85, *Deutsche Lebensmittelwerke*, 21 mai 1987, *Rec.*, p. 2283, point 12; C.J.C.E., aff. C-70/97 P, *Kruudvat*, 17 novembre 1998, *Rec.*, p. I-7213, points 48 et 49; C.J.C.E., aff. C-301/99 P (ord.), *Area Cova e.a. c. Conseil et Commission*, 1^{er} février 2001, *Rec.*, p. I-1005, point 46. Pour une confirmation du raisonnement tenu par la Cour dans l'arrêt *UPA*, v. not. C.J.C.E., aff. C-78/03 P, *Commission c. Aktionsgemeinschaft Recht und Eigentum*, 13 décembre 2005, *Rec.*, p. I-10737, points 63-74; C.J.C.E., aff. C-176/06 P, *Stadtwerke Schwäbisch Hall e.a. c. Commission*, 29 novembre 2007, *Rec.*, p. I-170, points 27-32.

¹⁸⁰ C.J.C.E., aff. C-50/00 P, *idem*, point 40.

justification aux limites posées à l'accès des particuliers au recours en annulation¹⁸¹. Or, la Cour maintient ce point de vue là même où aucun acte n'est adopté en droit interne et où, partant, les possibilités qui viennent d'être évoquées sont largement fictives. Selon la Cour, l'égalité entre justiciables s'opposerait à la prise en compte d'un tel critère en vue de moduler l'accès direct des requérants non-privilegiés au recours en annulation d'un acte de l'Union¹⁸². Cette situation est insatisfaisante dès lors qu'elle ne laisse d'autre choix aux requérants non-privilegiés que de méconnaître la règle qui découle du droit de l'Union et de contester la sanction ou condamnation qui leur est infligée. Il appartient dès lors aux Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective¹⁸³.

C'est précisément en vue de répondre à cet écueil que le traité de Lisbonne étend le droit d'accès des particuliers au recours en annulation contre « les actes réglementaires qui l(es) concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution »¹⁸⁴. Par « mesures d'exécution », il convient d'entendre aussi bien des actes de l'Union que des actes internes¹⁸⁵. Cette disposition doit être lue à la lumière de l'inauguration, par le traité de Lisbonne, d'une distinction formelle entre actes législatifs et actes réglementaires. Les actes législatifs sont définis, de manière quelque peu tautologique, comme des actes « adoptés par procédure législative »¹⁸⁶, tandis que les actes réglementaires renvoient aux actes non-législatifs de portée générale, adoptés par la Commission sur la base d'une délégation dans un acte législatif, et qui complètent ou modifient certains éléments

¹⁸¹ V. not. les conclusions présentées le 1^{er} février 2007 par l'Avocat général KOKOTT dans l'affaire *SA Sniace c. Commission* (C-260/05, points 52-57).

¹⁸² T.P.I.C.E., aff. T-173/98, *UPA c. Conseil*, 23 novembre 1999, *Rec.*, p. II-3357, point 62; T.P.I.C.E., aff. jtes T-172, 175 et 177/98, *Salamander e.a.*, 27 juin 2000, *Rec.*, p. II-2487, point 74.

¹⁸³ C.J.C.E., aff. C-50/00 P, o. c., note 67, point 41. Au Royaume-Uni, par exemple, le *judicial review* devant la High Court of England and Wales autorise toute partie justifiant d'un intérêt à agir devant cette juridiction en vue de s'opposer à l'incorporation d'une norme prétendument illégale, résultant notamment des obligations internationales de cet Etat.

¹⁸⁴ Article 263, alinéa 4 nov. T.F.U.E.

¹⁸⁵ Convention européenne, Cercle de discussion sur la Cour de justice, « L'accès des particuliers à la Cour de justice – modifications éventuelles de l'article 230, § 4 CE », 26 février 2003, WD1, p. 5.

¹⁸⁶ Article 289, 3^o nov. T.F.U.E.

non essentiels de ce dernier¹⁸⁷. Le traité de Lisbonne n'élargit le droit de recours direct des particuliers qu'à l'égard de cette seconde catégorie d'actes¹⁸⁸, et uniquement lorsque, d'une part, ils concernent directement les particuliers qui cherchent à les voir annulés et, d'autre part, lorsqu'ils ne comportent pas de mesures d'exécution.

Ces éléments ne sont à première vue pas de nature à provoquer un bouleversement de la logique de compensation sur laquelle repose l'arrêt *TWD*. En règle, les requérants non-privilegiés seront toujours en mesure de provoquer un contrôle incident des actes de l'Union dont ils ne sont pas destinataires, pourvu qu'ils n'eussent manifestement pas été en mesure d'en poursuivre l'annulation. Doit-il toutefois en aller autrement en cas de contestation incidente d'un acte réglementaire qui ne comporte pas de mesures d'exécution mais qui concerne directement le justiciable qui critique sa légalité ? Une application pure et simple de la logique de compensation pourrait commander une réponse affirmative puisque, dans une telle hypothèse, il ne fait aucun doute que ce justiciable aurait pu poursuivre l'annulation de l'acte qui lui fait grief. Une telle application mécanique de la logique *TWD* prendrait néanmoins une liberté assez critiquable selon nous avec le principe d'une protection juridictionnelle effective. Il a déjà été souligné qu'un acte général et abstrait, qu'il soit législatif ou réglementaire, ne révèle en général pas immédiatement ses irrégularités et que c'est précisément cette circonstance qui avait justifié l'insertion de l'actuel article 277 nouv. dans les Traités. L'extension du droit de recours des particuliers contre les actes réglementaires qui les concernent directement et qui ne comportent pas de mesures d'exécution ne remet pas en cause ce principe. Elle procède au contraire de l'intention louable – quoique modeste – de compléter le système des voies de recours en droit de l'Union¹⁸⁹.

49. Dans ce contexte, les particuliers devraient en principe pouvoir contester à titre incident la validité de tout acte de l'Union dont ils ne sont pas destinataires, qu'un tel acte revête ou non un caractère législatif et, dans ce dernier cas, comporte ou non des mesures d'exécution. Ce point de vue

¹⁸⁷ Article 290 nouv. T.F.U.E.

¹⁸⁸ C'est ce qui se déduit logiquement de l'usage d'une formule différente à l'article 277 nouv. T.F.U.E. qui, en se référant quant à lui à tout « acte de portée générale », s'applique indistinctement à un acte législatif ou non.

¹⁸⁹ Convention européenne, Cercle de discussion sur la Cour de justice, « Rapport final du cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice », CONV 636/03, pp. 6-8.

s'inscrit au demeurant dans la philosophie du contrôle incident de légalité : la seule faculté reconnue à un justiciable de poursuivre l'annulation d'un acte de l'Union devant la Cour de justice ne le prive pas du droit d'en contester la validité, par voie incidente, pourvu qu'il n'en soit pas destinataire. Il n'est fait exception à cette faculté – en-dehors d'une éventuelle application de la théorie de l'inexistence – que lorsqu'il est manifeste que l'acte en question concerne directement et individuellement le requérant non privilégié qui entend le critiquer. Dans un tel cas, ce requérant peut en effet être tenu pour un quasi-destinataire de l'acte. S'il n'agit pas en annulation contre celui-ci, il est légitime que sa négligence fasse obstacle à une contestation incidente ultérieure.

II. L'IMPACT DU DROIT DE L'UNION SUR LE CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE EN DROIT BELGE

50. Le droit de l'Union n'ajoute pas seulement à l'ordonnancement juridique un mécanisme de contrôle incident de légalité spécifique et distinct de celui de l'article 159 de la Constitution. Le contrôle incident de légalité en droit belge présente en effet lui-même une dimension européenne. La présente section en examine quatre facettes. Sur le plan de la structure du contrôle, il convient de revenir brièvement sur l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour vérifier la validité du droit de l'Union (A). Les sections suivantes se penchent successivement sur la question de l'élargissement des autorités habilitées à contrôler la conformité du droit interne au droit de l'Union (B), sur l'extension des normes potentiellement soumises au contrôle incident de légalité (C) et sur les normes de référence de ce contrôle (D).

A. LE CONTROLE EXCLUSIF DE LA VALIDITE DU DROIT DE L'UNION

51. L'influence du droit de l'Union sur le contrôle incident de légalité en droit belge se reflète d'abord et avant tout dans l'exclusivité de la compétence de la Cour de justice pour apprécier la validité du droit créé par les institutions de l'Union, consacrée par l'arrêt *Foto-Frost*¹⁹⁰. Cette exclusivité implique non seulement l'impossibilité pour un juge national de constater *motu proprio* l'invalidité d'un acte de droit dérivé au regard d'une norme de rang supérieur, mais aussi l'obligation de respecter tout arrêt par lequel la Cour de justice s'est prononcée sur une telle question, tant à l'occasion d'un renvoi préjudiciel opéré par ses soins qu'en réponse à une question de

¹⁹⁰ C.J.C.E., aff. 314/85, *o. c.*, note 10.

validité posée par un autre juge¹⁹¹. Les arrêts par lesquels la Cour constate la contrariété d'un acte de droit dérivé à une norme de rang supérieur s'imposent immédiatement à l'ensemble des juges et autorités publiques au sein de l'Union¹⁹². Toute autorité judiciaire ou administrative en Belgique est dès lors tenue d'écarter une règle interne adoptée en exécution d'une norme édictée par une institution (singulièrement, une directive) dont l'invalidité a été constatée par la Cour de justice, pour peu bien entendu que l'invalidité de cette norme se répercute sur la règle interne en question¹⁹³. Ainsi, par exemple, si la Cour de justice déclare, à l'occasion d'un renvoi préjudiciel en validité, qu'un article d'une directive est contraire au principe de la libre circulation des personnes, une autorité administrative ou judiciaire est tenue de laisser inappliquée la disposition qui transpose cet article en droit interne. Il en va même ainsi lorsque l'acte de droit interne sur lequel se répercute l'invalidité de l'acte de l'Union présente une nature législative. Dans un tel cas, l'impératif d'effectivité du droit de l'Union et le principe de l'économie des procédures font obstacle à un renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle belge¹⁹⁴.

¹⁹¹ C.J.C.E., aff. 66/80, *o. c.*, note 167.

¹⁹² V. *infra*, II.B.

¹⁹³ V. sur les difficultés qui peuvent naître de la relation complexe entre les directives et le droit interne lors de la mise en œuvre du contrôle incident de l'égalité, J. TEMPLE LANG, « Actions for declarations that Community regulations are invalid: the duties of national Courts under Article 10 EC », *E.L. Rev.*, 2003, p. 105.

¹⁹⁴ V. *infra*, II.C. C'est d'ailleurs ce qui explique qu'une exception ait été apportée à la nouvelle règle contenue à l'article 26 de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, selon laquelle, en principe, « (l)orsqu'il est invoqué devant une juridiction qu'une loi, un décret ou une règle visée à l'article 134 de la Constitution viole un droit fondamental garanti de manière totalement ou partiellement analogue par une disposition du titre II de la Constitution ainsi que par une disposition de droit européen ou de droit international, la juridiction est tenue de poser d'abord à la Cour constitutionnelle la question préjudicielle sur la compatibilité avec la disposition du titre II de la Constitution » (disposition introduite par la loi spéciale du 12 juillet 2009, *Mon. B.*, 31 juillet 2009). Selon l'article 26, alinéa 2, 3° de la loi spéciale, cette obligation s'efface « lorsque la juridiction estime qu'un arrêt d'une juridiction internationale fait apparaître que la disposition de droit européen ou de droit international est manifestement violée ». Cela dit, la question peut être posée de savoir si la règle de priorité contenue à l'article 26 susvisé n'entre pas en conflit avec la nature du mécanisme préjudiciel de l'article 267 nouv. T.F.U.E.

B. L'EXTENSION DES AUTORITES HABILITEES A CONTROLER LE DROIT INTERNE

52. Le droit de l'Union élargit aux autorités administratives des Etats membres le pouvoir et même le devoir de contrôler la conformité d'actes internes au regard d'actes ou normes de l'Union (1). Un regard critique mérite d'être posé sur la position défendue par la Cour de justice à cet égard (2).

1. Le contrôle par les autorités administratives des Etats membres de la compatibilité du droit interne avec le droit de l'Union

53. Le Conseil d'Etat et la Cour de cassation se rejoignent sur la limitation de la faculté d'écarter les actes administratifs illégaux, en application de l'article 159 de la Constitution, aux seuls organes auxquels est confiée une mission juridictionnelle¹⁹⁵. Indépendamment de cette jurisprudence¹⁹⁶, l'arrêt *Fratelli Costanzo* enseigne que toute autorité administrative – et non pas seulement les juridictions – est tenue d'écarter l'application d'une norme interne lorsque cette dernière lui apparaît contraire au droit de l'Union¹⁹⁷. Ce point de vue semblait déjà apparaître en filigrane dans la

¹⁹⁵ V. toutefois la contribution de Renaud VAN MELSEN au présent ouvrage. Cet auteur, jurisprudence minoritaire à l'appui, se prononce plus généralement en faveur d'une extension de cette faculté aux autorités administratives, même lorsque la norme de référence du contrôle ne ressortit pas au droit de l'Union.

¹⁹⁶ V. par exemple C.E., *nv HTCTC*, n° 71.040, 22 janvier 1998 ; C.E., *Devreese et cris*, n° 138.974, 10 janvier 2005. Le Conseil d'Etat a néanmoins reconnu que le principe contenu à l'article 159 de la Constitution constitue un principe général de droit qui s'applique aussi aux autorités administratives (C.E., *Leens*, n° 29.227, 27 janvier 1988). Il semble toutefois que les autorités administratives soient seulement habilitées à écarter les irrégularités flagrantes (v. not. C.E., *Commune de Riemst*, n° 29.560, 15 mars 1988). Le Conseil d'Etat a également jugé récemment qu'un requérant n'est pas susceptible d'avoir intérêt à un moyen fondé sur la mise en œuvre d'un règlement dont l'irrégularité a été précédemment constatée (C.E., arrêt n° 185.266, 9 juillet 2008). Sur cet arrêt, M. NIHOUL, « Le citoyen peut-il invoquer l'application d'un règlement illégal ? », *C.D.P.K.*, 2008/3, pp. 610-621.

¹⁹⁷ C.J.C.E., aff. 103/88, *Fratelli Costanzo*, 22 juin 1989, *Rec.*, p. t839, sp. points 30 et 31. V. également C.J.C.E., aff. jtes C-253-258/96, *Kampelmann e.a.*, 4 décembre 1997, *Rec.*, p. I-6907, point 46 ; C.J.C.E., aff. C-224/97, *Ciola*, 29 avril 1999, *Rec.*, p. I-2517, point 30 ; C.J.C.E., aff. C-438/99, *Jiménez Melgar*, 4 octobre 2001, *Rec.*, p. I-6915, point 32 ; C.J.C.E., aff. C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi*, 9 septembre 2003, *Rec.*, p. I-8055, point 49 ; C.J.C.E., aff. C-102/02, *Beuttenmüller*, 29 avril 2004, *Rec.*, p. I-5405, point 54 ; C.J.C.E., aff. C-180/04, *Vassallo*, 7 septembre 2006, *Rec.*, p. I-7251, point 26 ; C.J.C.E., aff. C-53/04, *Marrosu et Sardino*, 7 septembre 2006, *Rec.*,

jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Cette dernière avait notamment jugé, dès 1968, que des dispositions de droit communautaire directement applicables « obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des Etats 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 (...) »¹⁹⁸. De même, il est généralement admis que les autorités des Etats membres sont de plein droit empêchées d'appliquer des normes de droit interne expressément jugées contraires, par la Cour de justice, à des règles de droit de l'Union directement applicables¹⁹⁹, encore que la compétence de la Cour pour statuer elle-même sur un tel rapport de contrariété demeure controversée²⁰⁰. La portée pratique de cette jurisprudence est renforcée par la nature fonctionnelle du critère retenu par la Cour de justice pour identifier les « autorités » susceptibles de se voir opposer les dispositions d'un acte de l'Union doté d'effet direct : il s'agit en effet de tout « organisme qui, quelle que soit sa forme juridique, a été chargé en vertu d'un acte de l'autorité publique d'accomplir, sous le contrôle de cette dernière, un service d'intérêt public et qui dispose, à cet effet, de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers »²⁰¹.

54. Deux précisions s'imposent d'emblée au sujet de cet effet sur les autorités administratives des Etats membres, avant même de poser sur lui un regard

p. I-7213, point 29 ; C.J.C.E., aff. C-6/05, *Medipac-Kazantzidis*, 14 juin 2007, *Rec.*, p. I-4557, point 43.

¹⁹⁸ C.J.C.E., aff. 13/68, *Salgoil*, 19 décembre 1968, *Rec.*, p. 661, sp. p. 675. V. également dans le même sens, C.J.C.E., aff. 249/85, *Albako*, 21 mai 1987, *Rec.*, p. 2345, point 17. La mention des « juridictions » à titre strictement exemplatif et la référence plus générale faite aux « autorités » des Etats membres semblait déjà englober les autorités administratives. De même, la Cour a-t-elle jugé dans l'arrêt *Becker*, prononcé en 1982, que les dispositions d'une directive, en tant qu'elles sont revêtues d'un effet direct, peuvent être invoquées à défaut de mesures d'application prises dans les délais, à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, et devant toute autorité administrative ou judiciaire (C.J.C.E., aff. 8/81, *Becker*, 19 janvier 1982, *Rec.*, p. 53, point 25).

¹⁹⁹ C.J.C.E., aff. 48/71, *Commission c. Italie*, 13 juillet 1972, *Rec.*, p. 529, points 6 et 7.

²⁰⁰ La compétence de la Cour de justice, saisie sur renvoi préjudiciel, se borne en effet à l'interprétation du droit de l'Union, ou à l'appréciation de la validité de celui-ci au regard de normes hiérarchiquement supérieures. V. sur cette problématique F. DIEU, « Le Conseil d'Etat français ne s'estime pas lié par l'appréciation de la C.J.C.E., saisie à titre préjudiciel, sur la conformité au droit communautaire de la règle de droit interne en cause devant lui », *C.D.E.*, 2007/3-4, pp. 525-548.

²⁰¹ C.J.C.E., aff. C-188/89, *Foster*, 12 juillet 1990, *Rec.*, p. I-3313, point 18.

critique. Premièrement, ces autorités administratives ne sont pas seulement tenues d'écarter l'application du droit national contraire au droit de l'Union, mais aussi toute norme de droit dérivé dont l'invalidité a été constatée par la Cour de justice, tant à l'occasion d'un renvoi préjudiciel que dans le cadre de l'examen d'une exception d'illégalité²⁰². Dans son arrêt *Rey Soda*, prononcé dès 1975, la Cour de justice a admis qu'il appartient en premier lieu aux autorités des Etats membres de tirer les conséquences d'une déclaration d'invalidité d'un acte de droit dérivé²⁰³. Il s'en déduit qu'une autorité administrative d'un Etat membre ne saurait plus se reposer sur l'acte déclaré invalide pour fonder son action²⁰⁴. De même, une autorité administrative doit-elle écarter l'application d'un règlement qui n'a pas été publié²⁰⁵. Ces solutions s'inscrivent dans une recherche d'effectivité comparable à celle visée par l'arrêt *Fratelli Costanzo* : l'interdiction faite à une administration nationale – à l'instar d'un juge – de laisser inappliqué un acte pris par une institution de l'Union et invalide vise à garantir leur plein effet à la/aux norme(s) de l'Union que cet acte enfonce. Par contre, les autorités administratives des Etats membres ne peuvent suspendre l'application d'une norme de droit dérivé avant que cette dernière ne soit déclarée invalide par la Cour de justice, et ce même lorsqu'un juge a estimé que les conditions fixées pour ce faire étaient réunies et a interrogé la Cour de justice quant à la validité de cette norme²⁰⁶.

²⁰² V. également *supra*, I.C.4.

²⁰³ C.J.C.E., aff. 23/75, *Rey Soda*, *o. c.*, note 168, points 50 et 51. V. également C.J.C.E., aff. C-351/04, *Ikea Wholesale Ltd.*, 27 septembre 2007, *Rec.*, p. I-7723, point 67 ; T.P.I.C.E., aff. T-429/04, *Turbowest Handel GmbH et Makarov*, 9 juillet 2008, *Rec.*, p. II-128, point 62.

²⁰⁴ V. en ce sens K. LENAERTS, D. ARTS, *o. c.*, 2003, note 47, p. 289.

²⁰⁵ C.J.C.E., aff. C-345/06, *o. c.*, note 122. Dans cette affaire, un juge avait posé à la Cour la question de savoir quels effets s'attachent à une annexe d'un règlement non publié dans le domaine de l'aviation civile. Il ne s'agissait donc pas, à proprement parler, d'une question préjudicielle en validité, mais bien en interprétation. Or, il ne fait aucun doute que les autorités administratives nationales sont en droit d'interpréter le droit de l'Union et de constater, le cas échéant, qu'il ne répond pas aux conditions de publicité auxquelles sa mise en œuvre est subordonnée.

²⁰⁶ C.J.C.E., aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *ABNA e.a.*, 6 décembre 2005, *Rec.*, p. I-10423, point 111. Cet arrêt confirme par ailleurs indirectement l'obligation d'une administration nationale de tirer immédiatement les conséquences de la déclaration d'invalidité d'un acte de droit de l'Union par la Cour de justice. Il y est en effet précisé que les autorités administratives des Etats membres ne peuvent surseoir à l'application de cet acte « jusqu'à ce que la Cour ait statué sur sa validité ». S'il en est ainsi, c'est bien que, lorsque la Cour s'est prononcée et a déclaré l'acte invalide, il appartient à ces mêmes autorités de le laisser inappliqué.

Deuxièmement, l'arrêt *Fratelli Costanzo* emporte une extension des autorités habilitées au contrôle de la légalité dans une hypothèse où l'acte national mis en cause enfreint une norme de droit de l'Union dotée d'effet direct. En cela, cet arrêt confirme – en l'étendant aux autorités administratives – la conclusion à laquelle la Cour avait abouti au sujet des juridictions dans son arrêt *Simmenthal II*, prononcé dès 1978²⁰⁷. Cela dit, une norme dépourvue d'effet direct ne laisse pas inaltérés les ordres juridiques des Etats membres, avant que ces derniers ne leur en aient donné une mise en œuvre correcte. Ainsi, toute administration nationale – et non point uniquement les juridictions – a le devoir d'interpréter le droit interne, dans toute la mesure du possible, à la lumière du droit de l'Union²⁰⁸. De plus, les autorités des Etats membres sont tenues d'adopter, dans les limites de leurs compétences, toutes les mesures nécessaires, générales ou particulières, en vue d'assurer que le résultat poursuivi par le droit de l'Union soit atteint²⁰⁹. Plus particulièrement, la Cour a jugé que la circonstance qu'une directive laisse aux Etats membres une marge d'appréciation « n'exclut (...) pas qu'un contrôle juridictionnel puisse être effectué afin de vérifier si les autorités nationales n'ont pas outrepassé ladite marge d'appréciation »²¹⁰. Le principe de primauté implique dès lors que, dans les hypothèses où une interprétation conciliante n'est pas possible, chaque juge ou autorité administrative est tenu(e) d'écarter l'application d'une disposition du droit national contraire au droit de

l'Union, et ce même lorsque ce dernier est dépourvu d'effet direct²¹¹. Cette dernière obligation semble toutefois limitée aux hypothèses dans lesquelles l'inapplication du droit national contraire au droit de l'Union non directement applicable ne crée pas un vide juridique tel que plus aucune décision ou jugement fondé sur le droit n'est envisageable.

2. Une extension controversée mais justifiée

55. Ces précisions gardées à l'esprit, il convient de poser un regard critique sur la jurisprudence *Fratelli Costanzo*. Cette dernière est parfois décriée²¹², en particulier parce que une autorité administrative, à l'inverse d'un juge, ne peut poser une question préjudicielle à la Cour de justice en vue d'obtenir des éclaircissements quant au sens à donner au droit de l'Union. Ceci ne facilite assurément pas l'appréciation de la compatibilité avec ce dernier de la norme interne en cause. La solution retenue par cet arrêt ne semble pourtant pas devoir être remise en cause, et ce pour plusieurs raisons.
56. Tout d'abord, la jurisprudence *Fratelli Costanzo* n'implique rien d'autre, pour les autorités administratives nationales, que l'obligation d'agir de la manière la plus conforme possible au droit de l'Union. La Cour tire ici pleinement les conséquences de ce que le droit de l'Union fait partie intégrante du système normatif dans lequel l'administration déploie son action, et enjoint celle-ci à assumer les effets qui résultent de sa primauté. En imposant la prééminence du droit de l'Union dans les rapports immédiats de l'administration à ses administrés, la Cour de justice évite ainsi non seulement les disparités entre Etats membres mais aussi que

²⁰⁷ « En vertu du principe de la primauté du droit communautaire, les dispositions du Traité et les actes des institutions directement applicables ont pour effet, dans leurs rapports avec le droit interne des Etats membres, (...) de rendre inapplicable de plein droit, du fait même de leur entrée en vigueur, toute disposition contraire de la législation nationale existante » (C.J.C.E., aff. 106/77, *Simmenthal II*, 9 mars 1978, *Rec.*, p. 629, point 17). Par la formulation employée, la Cour de justice, à cette époque déjà, ne paraissait pas limiter l'application de l'effet d'écarterement lié à la primauté aux seules autorités des Etats membres dotées de prérogatives juridictionnelles.

²⁰⁸ C.J.C.E., aff. 14/83, *Von Colson et Kamann*, 10 avril 1984, *Rec.*, p. 1891, point 26 ; C.J.C.E., aff. C-106/89, *Marleasing*, 13 novembre 1990, *Rec.*, p. I-4135, point 8 ; C.J.C.E., aff. C-334/92, *Wagner Miret*, 16 décembre 1993, *Rec.*, p. 6911, point 20 ; C.J.C.E., aff. C-91/92, *o. c.*, note 74, point 26 ; C.J.C.E., aff. C-456/98, *Centrossteel*, 13 juillet 2000, *Rec.*, p. I-6007, point 19. Il est usuel d'évoquer dans ce cas l'effet « indirect » du droit de l'Union.

²⁰⁹ C.J.C.E., aff. C-72/95, *Kraaijeveld*, 24 octobre 1996, *Rec.*, p. I-5403, points 59-61 ; C.J.C.E., aff. C-435/97, *World Wildlife Fund*, 16 septembre 1999, *Rec.*, p. I-5613, points 69-71.

²¹⁰ V. not. C.J.C.E., aff. 51/76, *Verbond van Nederlandse Ondernemingen*, 1^{er} février 1977, *Rec.*, p. 113, points 27-29.

²¹¹ V. également en ce sens K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional law of the European Union*, Thomson, Sweet & Maxwell, 2nd Ed., 2005, p. 777. V. pour une affaire où étaient en jeu des dispositions de directives dépourvues d'effet direct, mais où l'interprétation de ces dernières donnée par la Cour de justice obligeait le juge de renvoi à laisser inappliquées les dispositions d'une réglementation espagnole qui leur était contraire, C.J.C.E., aff. C-129/94, *Procédure pénale c. Rafael Ruiz Bernáldez*, 28 mars 1996, *Rec.*, p. I-1829.

²¹² V. M. BOBEK, « Thou Shalt Have Two Masters ; The Application of European Law by Administrative Authorities in the New Member States », *Review of European Administrative Law*, 2008/1, pp. 62 et 63 ; T. BOMBOIS, « L'administration, "juge" de la légalité communautaire. Réflexions autour des arrêts *Fratelli Costanzo* et *Abna* de la Cour de justice de Luxembourg », *J.T.*, 2009, pp. 173 et 174. Pour un plaidoyer en faveur d'une limitation de l'obligation découlant de la jurisprudence *Fratelli Costanzo* aux seuls organes habilités à interroger la Cour de justice par voie préjudicielle, v. les conclusions présentées le 25 juin 2009 par l'Avocat général RUIZ-JARABO COLOMER dans l'affaire *Alpe Adria Energia* (aff. C-205/08, points 50-53).

l'effectivité du droit de l'Union ne soit tributaire des initiatives prises par les administrés de se pourvoir en justice pour obtenir la protection que leur offre ce dernier. Il convient de préciser à cet égard que les intérêts de l'Etat ou de ses administrations publiques ne sont pas mis en danger par la prééminence reconnue par la Cour de justice au droit de l'Union sur le droit national qui lui est contraire dans l'action de l'administration, dès lors précisément que cette dernière est placée sous le contrôle des juridictions nationales et que celles-ci assurent tant le respect du droit de l'Union que celui du droit interne.

57. Les critiques adressées à la jurisprudence *Fratelli Costanzo* font, de plus, l'impasse sur les difficultés qui surgiraient si l'effet du rapport de primauté du droit de l'Union au droit interne, dans les relations qu'entretiennent les autorités administratives avec leurs administrés, dépendait de l'option retenue par les différents ordres constitutionnels qui composent l'Union. A cet égard, il est permis de douter de la conformité au principe de l'égalité de traitement entre citoyens de l'Union d'un système où, en fonction de la localisation de l'autorité administrative concernée, certains administrés bénéficieraient immédiatement des avantages que leur confère le droit de l'Union, tandis que d'autres ne les obtiendraient que suite au dépôt d'un recours en justice. L'investissement humain et financier nécessaire à un tel recours est en effet sans commune mesure avec celui d'une simple procédure administrative.

58. La jurisprudence *Fratelli Costanzo* participe plus généralement à l'économie des procédures. Tout Etat membre est en effet tenu de réparer les dommages causés à des tiers en raison de violations du droit de l'Union²¹³. Si une autorité administrative nationale n'avait pas la faculté – ni *a fortiori* l'obligation – d'écarter toute norme nationale qui enfreint ce dernier, il pourrait en résulter des dommages, et une mise en œuvre ultérieure de la responsabilité de l'Etat ou, à tout le moins, de la collectivité dont émane l'acte contraire au droit de l'Union. Sans qu'elle puisse y changer quoi que ce soit, l'autorité administrative œuvrerait ainsi à la naissance de deux recours qui auraient pu être facilement évités : d'une part, un recours juridictionnel contre sa propre décision administrative ; d'autre part, un recours en réparation du préjudice subi du fait de l'infraction au droit de l'Union. Il se comprendrait difficilement que les

²¹³ C.J.C.E., aff. jtes C-6/90 et C-9/90, *Francovich et Bonifaci*, 19 novembre 1991, *Rec.*, p. I-5357, point 33.

administrations nationales ne soient pas à même de contribuer efficacement à la prévention d'une telle responsabilité.

59. Il ne saurait au demeurant être reproché à la Cour de justice de ne pas transposer le raisonnement retenu dans l'affaire *Fratelli Costanzo* à l'hypothèse où une administration nationale doute de la compatibilité d'un acte de droit dérivé avec une règle de droit primaire. Ainsi qu'il a été souligné plus haut, dans un tel cas, une autorité administrative est tenue d'appliquer la norme de droit dérivé en question, sauf si la Cour de justice en a préalablement dénoncé l'invalidité²¹⁴. Pour justifier cette différence, la Cour de justice souligne à juste titre le degré d'indépendance et d'impartialité moindre dont les autorités administratives jouissent par rapport aux juridictions, et sur le fait qu'il n'est pas certain que la procédure devant de telles autorités bénéficie d'un débat contradictoire, propre aux procédures judiciaires. Force est en outre d'admettre que les deux situations ne sont pas comparables. Lorsqu'un acte interne est mis en cause, le risque qui doit être évité est que les autorités administratives des Etats membres ne soient tenues d'appliquer des actes contraires au droit de l'Union, et que trop peu d'administrés entreprennent les démarches indispensables au redressement d'une telle illégalité. Il se comprend alors, au regard des principes de primauté et de coopération loyale, que les Etats membres soient tenus d'accepter que leurs autorités administratives appliquent le droit de l'Union par préférence au droit interne qui lui est contraire. Si l'auteur de l'acte (une commune, une province, une Communauté, une Région, l'Etat fédéral, etc.) ne partage pas l'opinion de cette autorité, il est libre de contester la décision prise par cette dernière devant les juridictions compétentes, pour peu qu'il démontre son intérêt, voire même d'exercer son pouvoir de tutelle sur l'autorité administrative en question. A l'inverse, si les autorités administratives des Etats membres pouvaient suspendre l'application d'un acte de droit dérivé, en cas de doute sur la validité de ce dernier et dans des hypothèses où la Cour de justice ne s'est pas encore prononcée, il en résulterait une menace directe pour la cohérence du système des voies de recours organisé par les Traités : une telle administration ne peut en effet en aucun cas poser une question préjudicielle en validité à la Cour de justice et, surtout, l'auteur de l'acte contesté, qui est nécessairement une institution de l'Union, n'a pas qualité pour agir devant les juridictions nationales en vue de défendre la validité

²¹⁴ C.J.C.E., aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, *o. c.*, note 206, points 108-110. V. pour une critique de cette différence de traitement, T. BOMBOIS, *o. c.*, *J.T.*, 2009, note 212, p. 174.

d'un tel acte. Dans ces conditions, accorder aux administrations nationales la faculté de suspendre l'application du droit dérivé présenterait le risque d'un délitement progressif de l'ordre juridique de l'Union.

C. L'EXTENSION DES NORMES POTENTIELLEMENT SOUMISES AU CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE

60. Sous l'effet du droit de l'Union, les normes que les juridictions (et autorités administratives) belges sont appelées à contrôler sont étendues tant aux actes à caractère législatif qu'aux normes de rang constitutionnel (1). La question délicate de l'incidence de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg sur la théorie de l'intangibilité des actes administratifs individuels retient également l'attention (2).

1. Le contrôle des normes internes à caractère législatif et constitutionnel

61. Par l'effet de la primauté, le droit de l'Union étend les catégories de normes susceptibles d'être déclarées inapplicables par le juge belge²¹⁵, voire par des autorités administratives nationales en vertu de la jurisprudence examinée au point précédent. Tout d'abord, toute juridiction belge, quel que soit son rang, est tenue de refuser d'appliquer des actes à caractère législatif contraires au droit primaire ou dérivé de l'Union, et ce sans pouvoir en référer à la Cour constitutionnelle. Cet enseignement résulte de l'arrêt *Simmenthal II*, dans lequel la C.J.C.E., saisie sur renvoi préjudiciel, a jugé qu'un système qui obligerait un juge à renvoyer à une cour constitutionnelle nationale la question de la compatibilité d'une loi avec le droit de l'Union (à l'époque de l'arrêt, au droit communautaire) menacerait l'effectivité de ce dernier²¹⁶. Le juge national doit dès lors laisser inappliquée, de sa propre autorité, toute disposition contraire de la législation nationale, même postérieure, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel²¹⁷. L'incompatibilité de la norme interne avec

²¹⁵ V. pour un aperçu général de la question, S. GEHLEN, « Hiérarchie des normes », *A.P.T.*, 2006, pp. 20-32.

²¹⁶ C.J.C.E., aff. 106/77, *o. c.*, note 207, sp. point 24.

²¹⁷ V. également, outre l'arrêt cité à la note précédente, C.J.C.E., aff. 170/88, *Ford España c. Etat Espagnol*, 11 juillet 1989, *Rec.*, p. 2305, point 19 ; aff. C-358/95, *Morellato*, 13 mars 1997, *Rec.*, p. I-1431, point 20 ; aff. C-262/97, *Engelbrecht*, 26 septembre 2000, *Rec.*, p. I-7321, point 40.

le droit de l'Union est susceptible d'apparaître non seulement suite à un arrêt préjudiciel en interprétation de la Cour de justice, mais aussi lorsque cette norme reproduit le contenu d'un acte de l'Union dont l'incompatibilité avec le droit primaire a été dénoncée par la Cour de justice, que ce soit dans le cadre du même litige ou d'une procédure antérieure. Encore convient-il néanmoins d'apprécier, dans pareil cas, si et dans quelle mesure l'autorité nationale à l'origine de l'acte incriminé n'était pas compétente pour adopter ce dernier, même en l'absence de réglementation au niveau de l'Union²¹⁸. Le vice dont est affecté l'acte de l'Union ne rejaillit alors pas sur l'acte interne, qui doit pouvoir être appliqué pour peu qu'il n'enfreigne aucune règle de l'ordre juridique au sein duquel il a été adopté²¹⁹.

62. La primauté est en outre susceptible de faire obstacle à l'application de règles constitutionnelles ou de rang constitutionnel²²⁰. Dans plusieurs arrêts prononcés le 5 novembre 1996, le Conseil d'Etat a ainsi accepté de limiter les effets de règles de rang constitutionnel, dès lors que leur mise en œuvre enfreindrait le droit de l'Union²²¹. La reconnaissance de cette fonction de la primauté en droit belge ne s'est toutefois pas faite sans heurts. La Cour constitutionnelle semble avoir récemment infléchi la réticence dont elle avait fait montre jusque là²²², en se rapprochant de la solution retenue par la plus haute juridiction administrative belge. Dans l'affaire relative à l'assurance soins flamande, elle a en effet admis que les dispositions du Traité C.E. consacrées à la libre circulation des personnes pouvaient faire obstacle, dans la seule mesure nécessaire à leur observance, au principe constitutionnel de l'exclusivité territoriale des compétences des

²¹⁸ L'on pense, par exemple, à l'utilisation d'une base juridique erronée pour fonder un acte de l'Union.

²¹⁹ V. *supra*, II, A.

²²⁰ C.J.C.E., aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, 17 février 1970, *Rec.*, p. 1125, point 3 ; C.J.C.E., aff. C-285/98, *Kreil*, 11 janvier 2000, *Rec.*, p. I-69.

²²¹ V. au sujet de l'ouverture de certains emplois publics aux étrangers communautaires, C.E., *Goosse*, n° 62.921, 5 novembre 1996 ; C.E., *Orfinger*, n° 62.922, 5 novembre 1996 ; C.E., *G.E.R.F.A.*, n° 62.923, 5 novembre 1996 ; C.E., *De Baenst*, n° 62.924, 5 novembre 1996. V. sur ces arrêts, le commentaire de R. ERGEC, « La consécration jurisprudentielle de la primauté du droit supranational sur la Constitution », *J.T.*, 1997, p. 256. La Cour de cassation consacre également la primauté des normes internationales sur les normes internes, fussent-elles de rang constitutionnel (v. Cass., 9 novembre 2004, *J.T.*, 2004, p. 856).

²²² V. not. C.A., n° 26/91, 16 octobre 1991 ; C.A., n° 12/94, 3 février 1994, B.4.

collectivités fédérées²²³. C'est que, en vertu d'une jurisprudence constante de la Cour de justice, une autorité d'un Etat membre ne saurait exciper de dispositions, pratiques ou situations de son ordre juridique interne, y compris celles découlant de l'organisation constitutionnelle de cet Etat, pour justifier la méconnaissance des obligations qui découlent du droit de l'Union²²⁴. Toute tentative inverse est risquée dès lors que la jurisprudence de la Cour de justice est clairement établie en ce sens qu'un juge statuant en dernier ressort peut, comme tout autre juge, mettre en jeu, par son attitude, la responsabilité de l'Etat auquel il ressortit lorsqu'il méconnaît la primauté de l'ordre juridique de l'Union sur son droit interne²²⁵.

2. L'impact du droit de l'Union sur le contrôle incident de la légalité des actes administratifs individuels définitifs

63. Une autre question concerne la mesure dans laquelle le droit de l'Union est de nature à mettre en cause la théorie du retrait de l'acte administratif individuel illégal créateur de droits, fermement établie dans la jurisprudence du Conseil d'Etat de Belgique. Contrairement à la Cour de cassation²²⁶, ce dernier considère que l'intangibilité qui s'attache à un tel acte empêche notamment que son illégalité soit dénoncée par voie incidente

²²³ C.C., n° 11/2009, 21 janvier 2009, sp. B.10.2 et B.14. Plusieurs auteurs avaient encouragé une telle évolution. V. not. J. VELU, « Contrôle de constitutionnalité et contrôle de compatibilité avec les traités », *J.T.*, 1992, sp. pp. 732 et s. ; P. POPELIER, « Ongrondwettige verdragen : de rechtspraak van het Arbitragehof geplaatst in een monistisch tijdsperspectief », *R.W.*, 1995, pp. 1076-1080. V. au contraire, pour une défense de la primauté de la Constitution sur la loi, Y. LEJEUNE et P. BROUWERS, « La Cour d'arbitrage face au contrôle de la constitutionnalité des traités (note sous C.Arb., arrêt 26/91) », *J.T.*, 1992, pp. 670-676 ; M. MELCHIOR et P. VANDERNOOT, « Contrôle de constitutionnalité et droit communautaire dérivé », *R.B.D.C.*, 1998, sp. pp. 10-12.

²²⁴ V. not. C.J.C.E., aff. C-33/90, *Commission c. Italie*, 13 décembre 1991, *Rec.*, p. I-5987, point 24 ; C.J.C.E., aff. C-180/97 (ord.), *Regione Toscana c. Commission*, 1^{er} octobre 1997, *Rec.*, p. I-5245, point 7 ; C.J.C.E., aff. C-102/06, *Commission c. Autriche*, 26 octobre 2006, *Rec.*, p. I-111, point 9.

²²⁵ V. pour la reconnaissance de la responsabilité civile de l'Etat autrichien pour le fait de la *Vervaltungsgerichtshof*, juridiction suprême de son ordre administratif, C.J.C.E., aff. C-224/01, *Köbler*, 30 septembre 2003, *Rec.*, p. I-10239, sp. point 36. V. aussi C.J.C.E., aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA*, 13 juin 2006, *Rec.*, p. I-5177, point 36.

²²⁶ V. au sujet de cette différence de vues, P. QUERTAINMONT, « Le contrôle juridictionnel de la légalité des actes administratifs individuels – l'exception d'illégalité et le retrait des actes créateurs de droits. Note sous Cass., 21 avril 1988 », *R.C.J.B.*, 1990, pp. 410-441 et F. TULKENS et J. SOHIER, « Les cours et tribunaux – chronique de jurisprudence constitutionnelle 2002-2004 », *R.B.D.C.*, 2006, p. 387.

en dehors des conditions strictes édictées pour son retrait, et donc suite à l'expiration du délai de recours en annulation²²⁷. Cette jurisprudence est-elle mise à l'épreuve lorsque le moyen dirigé contre l'acte administratif individuel est pris de la méconnaissance du droit de l'Union ? Cette opinion a été défendue suite à l'arrêt *Ciola*, dans lequel la Cour de justice a estimé qu'une interdiction édictée par une décision administrative devenue définitive et qui est contraire à la libre prestation des services doit être écartée lors de l'appréciation d'une amende qui sanctionne son outrepassement²²⁸. Dans un considérant crucial, la Cour avait précisé qu'« aucune raison ne justifierait que la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct des dispositions du droit communautaire et qu'il incombe aux juridictions nationales d'assurer (...) soit refusée à ces mêmes justiciables dans l'occurrence où c'est la validité d'un acte administratif qui est en cause » et que « l'existence d'une telle protection ne saurait dépendre de la nature de la disposition contraire du droit national »²²⁹.

64. Selon nous, cet arrêt ne rend pourtant pas incompatible au droit de l'Union la théorie du retrait de l'acte administratif illégal, telle qu'elle est de longue date appliquée par le Conseil d'Etat²³⁰. Lorsque la Cour de justice indique que la protection juridique découlant pour les justiciables de l'effet direct du droit de l'Union ne saurait dépendre « de la nature » de la disposition contraire du droit national, elle répond simplement à l'interrogation qui était soulevée par le juge autrichien quant à l'application de cette règle tant aux actes législatifs qu'administratifs. La Cour de justice n'aborde par contre pas la question de l'impact du droit de l'Union sur le caractère définitif d'un acte administratif individuel, en particulier au regard de l'acquisition définitive de droits ou de la naissance d'une confiance légitime. D'ailleurs, l'acte administratif en cause dans l'affaire *Ciola* ne créait aucun droit dans le chef de tiers, mais visait tout au contraire à prononcer une interdiction à destination d'un particulier. Au surplus, au moment où cette prohibition a été prononcée, l'Autriche n'était pas encore membre de l'U.E.. Le délai de recours pour agir directement contre cet acte administratif avait dès lors expiré depuis plusieurs années au moment de

²²⁷ V. not. C.E., *Molle*, n° 7.344, 27 octobre 1959 ; C.E., *Cooleman*, n° 19.619, 14 mai 1979.

²²⁸ C.J.C.E., aff. C-224/97, *o. c.*, note 197. V. not. M. LEROY, *Contentieux administratif*, 4^{ème} éd., Bruxelles, Bruylant, 2008, pp. 481 et 482.

²²⁹ *Idem*, point 33. Nous soulignons.

²³⁰ V. dans le même sens, Y. HOUYET, « Le rétablissement de la légalité communautaire par le retrait d'actes administratifs nationaux », *J.D.E.*, 2008, p. 258.

l'entrée en vigueur du Traité C.E. en Autriche. Aucune raison ne semblait ainsi objectivement justifier, en l'espèce, un infléchissement de l'effet direct qui s'attache au principe de la libre prestation des services²³¹.

65. Cette lecture semble être confirmée par la jurisprudence ultérieure. Dans son arrêt *Kühne & Heitz*, qui avait pour cadre la contestation du remboursement de restitutions à l'exportation accordées par les Pays-Bas à une entreprise exportatrice de viande de volailles, la Cour de justice a en effet concédé que le droit de l'Union n'enjoint pas un organe administratif à revenir sur une décision administrative lorsque cette dernière a acquis un caractère définitif suite à l'expiration des « *délais de recours raisonnables ou par l'épuisement des voies de recours* »²³². Cette conclusion souligne l'importance qu'attache la Cour au respect du principe de la sécurité juridique et à l'autorité de la chose jugée, en ce compris au sein des ordres juridiques des Etats membres²³³. Elle s'inscrit dans la logique de l'arrêt *Delena Wells*, où la Cour avait admis que, sous réserve des principes d'équivalence et d'effectivité, le redressement de la légalité communautaire puisse éventuellement prendre d'autres formes que le retrait de l'acte administratif, lorsque le droit national n'autorise pas ce dernier²³⁴.

Cela dit, dans l'arrêt *Kühne & Heitz*, la Cour estime que, dans certaines circonstances, le principe de coopération loyale, désormais inscrit à l'article 4, § 3 nouv. T.U.E., oblige un organe administratif, saisi d'une demande en ce sens, à réexaminer une décision administrative définitive afin de tenir compte de l'interprétation de la disposition pertinente retenue entre-temps par la Cour de justice. Quatre conditions sont toutefois posées pour faire naître une telle obligation : tout d'abord, le droit national doit reconnaître à l'organe administratif en question le pouvoir de revenir sur une décision devenue définitive ; ensuite, la décision en cause ne doit avoir acquis son caractère définitif qu'à la suite d'un arrêt d'une juridiction nationale statuant en dernier ressort ; troisièmement, cet arrêt était fondé sur une interprétation du droit de l'Union apparaissant comme erronée au vu d'un arrêt postérieur de la Cour, et qui a été retenue sans que celle-ci ait été

saisie à titre préjudiciel ; enfin, l'intéressé doit s'être adressé à l'organe administratif immédiatement après avoir pris connaissance de cet arrêt de la Cour²³⁵. Il est significatif toutefois que la Cour ajoute à la toute fin de son raisonnement dans l'arrêt *Kühne & Heitz* qu'un tel réexamen éventuellement nécessaire par un arrêt de la Cour de justice ne peut avoir pour effet « *de léser les intérêts de tiers* »²³⁶. Au regard de cette précision, il est permis de conclure que les Etats membres – et, plus particulièrement, leurs juridictions – sont libres de tenir pour intangibles les actes administratifs individuels créateurs de droit(s), même lorsqu'ils sont contraires au droit de l'Union, une fois un délai raisonnable expiré²³⁷. Ceci témoigne de l'équilibre subtil auquel tend la Cour de justice dans la recherche d'effectivité du droit de l'Union – que laissait déjà apparaître la jurisprudence relative au retrait d'un acte administratif individuel « *favorable* » pris par une institution²³⁸ – et la préservation de l'autonomie procédurale des Etats membres, en particulier lorsque ces derniers entendent protéger la stabilité de situations juridiques acquises.

66. Pour des motifs comparables, le droit de l'Union n'impose pas le retrait – ou le contrôle incident de légalité – d'un acte administratif individuel qui lui est contraire dès lors qu'il n'est pas nécessaire par l'exigence d'une protection juridictionnelle effective. Tel est l'enseignement principal de

²³¹ F. BECKER, « Application of Community Law by Member States' Public Authorities : Between Autonomy and Effectiveness », *C.M.L.Rev.*, 2007, p. 1050.

²³² C.J.C.E., aff. C-453/00, *Kühne & Heitz*, 13 janvier 2004, *Rec.*, p. I-837, point 24.

²³³ V. pour des manifestations très nettes de cet attachement, C.J.C.E., aff. C-126/97, *Eco Swiss*, 1^{er} juin 1999, *Rec.*, p. I-3055, points 46 et 47 ; C.J.C.E., aff. C-224/01, *o. c.*, note 225, point 42 ; C.J.C.E., aff. C-234/04, *Kapferer*, 16 mars 2006, *Rec.*, p. I-2585, point 20.

²³⁴ C.J.C.E., aff. C-201/02, *o. c.*, note 78, points 62-70.

²³⁵ C.J.C.E., aff. C-453/00, *Kühne & Heitz*, *o. c.*, note 232, point 28. Notons que, dans un arrêt *Kempter* prononcé le 12 février 2008, la Cour de justice estime que, dès lors que les trois premières conditions sont réunies, l'obligation pour l'autorité administrative de retirer l'acte administratif illégal n'est pas subordonnée à l'introduction d'une demande de retrait d'acte faisant immédiatement suite au constat par la Cour de justice de l'erreur d'interprétation du juge ayant statué en dernier ressort. Les Etats membres peuvent néanmoins exiger à cet égard, pour des motifs tenant à la sécurité juridique, le respect d'un délai raisonnable (C.J.C.E., aff. C-2/06, *Kempter*, 12 février 2008, *Rec.*, p. I-411, points 54-60). V. plus généralement, à propos des difficultés d'interprétation de l'arrêt *Kühne & Heitz*, Y. HOUYET, *o. c.*, *J.D.E.*, 2008, note 230, pp. 257-264.

²³⁶ *Idem*, point 27.

²³⁷ V. également C.J.C.E., aff. C-161/06, *Skoma-Lux*, 11 décembre 2007, *Rec.*, p. I-10841, points 71 et 72.

²³⁸ La Cour de justice a en effet très tôt indiqué que « *le principe du respect de la sécurité juridique, tout important qu'il soit, ne saurait s'appliquer de façon absolue* » et que « *son application doit être combinée avec celle du principe de légalité, (...) la question de savoir lequel de ces principes doit l'emporter dans chaque cas d'espèce dépend(ant) de la confrontation de l'intérêt public avec les intérêts privés en cause* » (C.J.C.E., aff. jtes 42 et 49/59, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, 22 mars 1961, *Rec.*, p. 103, sp. p. 159).

l'arrêt *i 21 Germany et Arcor*²³⁹. Ces deux entreprises de télécommunications s'étaient vues imposer le paiement de taxes au titre de leur licence individuelle de télécommunications. Elles les avaient ensuite acquittées sans les contester, ni introduire un quelconque recours suite à la notification des avis de taxation. Il était néanmoins apparu ultérieurement, suite à un arrêt prononcé par le *Bundesverwaltungsgericht*, que la réglementation relative aux licences de télécommunications, sur le fondement de laquelle les prélèvements en question avaient été enrôlés, était contraire à la loi sur les télécommunications et à la loi constitutionnelle allemandes. *i 21 Germany et Arcor* réclamaient dès lors le retrait de l'avis d'imposition ainsi que le remboursement des sommes dont elles s'étaient indûment acquittées, en invoquant notamment l'incompatibilité avec le droit de l'Union de la réglementation en cause. La question se posait de savoir si les autorités allemandes étaient tenues de retirer un tel acte. La Cour refusa toutefois de transposer en l'espèce la solution retenue dans l'affaire *Kühne & Heitz*. En effet, cette dernière entreprise avait épuisé toutes les voies de recours à sa disposition, tandis que *i-21 et Arcor* n'avaient pas fait usage de leur droit d'introduire un recours à l'encontre des avis de taxation qu'elles entendaient finalement critiquer. Dans de telles circonstances, l'autonomie procédurale des Etats membres commande que ces derniers soient en mesure d'imposer le maintien de l'acte administratif individuel devenu définitif. Encore convient-il de vérifier, naturellement, que les règles de procédure applicables ne sont pas moins favorables que celles régissant des situations similaires de nature interne (principe d'équivalence) ni aménagées de manière à rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique de l'Union (principe d'effectivité)²⁴⁰. Le principe d'équivalence suppose en particulier que les règles relatives aux délais de recours s'appliquent indistinctement aux recours fondés sur la violation du droit de l'Union et à ceux fondés sur la méconnaissance du droit interne.

67. Loin de remettre en cause la théorie du retrait d'acte promue notamment par le Conseil d'Etat de Belgique, le droit de l'Union évite de protéger les justiciables négligents. La Cour de justice fait de la sorte écho au point de

²³⁹ C.J.C.E., aff. jtes C-392/04 et 422/04, *i 21 Germany et Arcor*, 19 septembre 2006, *Rec.*, p. I-8559, point 57.

²⁴⁰ V. dans le même sens, C.J.C.E., aff. C-234/04, *o. c.*, note 233, point 22 ; C.J.C.E., aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, *Placanica e.a.*, 6 mars 2007, *Rec.*, p. I-1891, point 63 ; C.J.C.E., aff. C-2/08, *Fallimento Olimpiclub Srl*, 3 septembre 2009, n.e.p., point 24.

vue du Conseil d'Etat lui-même, selon lequel un justiciable auquel un acte individuel fait grief et qui n'a pas pris la peine d'en poursuivre l'annulation endéans le délai prévu pour ce faire ne peut plus ni en exiger le retrait, ni en dénoncer l'illégalité par voie incidente²⁴¹.

D. L'EXTENSION AU DROIT DE L'UNION DES NORMES DE REFERENCE DU CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE

68. Un dernier effet doit être brièvement souligné. D'un point de vue formel, l'article 159 de la Constitution fonde exclusivement un contrôle incident de légalité des actes administratifs au regard des normes qui ressortissent à l'ordre juridique belge. Les normes de référence du contrôle incident s'étendent toutefois également aux dispositions du droit de l'Union, immédiatement applicables et jouissant d'une primauté sur les normes internes, quel que soit leur rang²⁴². Cet élargissement des normes de référence ne concerne pas uniquement les règles inscrites dans les Traités, mais aussi les normes de droit dérivé qui les mettent en œuvre. En cas de doute sur l'interprétation du droit de l'Union, le juge, selon qu'il statue ou non en dernier ressort, peut ou doit interroger la Cour de justice par voie préjudicielle. Le rôle de la Cour de justice dans cette collaboration avec les juridictions nationales se limite alors, en principe du moins, à éclairer ces dernières sur la portée d'une règle de droit de l'Union, à charge pour elles d'en apprécier les effets sur les règles internes applicables au litige²⁴³.

Ainsi que le confirme l'arrêt *CIA Security International*, prononcé sur un renvoi préjudiciel du tribunal de commerce de Liège, l'obligation pour le juge d'un Etat membre ou une autorité administrative nationale d'écarter l'application d'un acte réglementaire qui méconnaît le droit de l'Union ne se limite pas aux cas d'incompatibilité substantielle, mais s'étend également à la méconnaissance des règles procédurales fixées par celui-ci²⁴⁴.

²⁴¹ V. pour un aperçu de cette jurisprudence, P. LEWALLE, *Contentieux administratif*, 3^{ème} éd., Bruxelles, Larcier, Coll. de la Faculté de droit de l'Université de Liège, 2008, p. 360.

²⁴² C.J.C.E., aff. 6/64, *Costa c. E.N.E.L.*, 15 juillet 1964, *Rec.*, p. 1141, sp. pp. 1159 et 1160.

²⁴³ V. toutefois la jurisprudence citée *supra* à la note 200.

²⁴⁴ C.J.C.E., aff. C-194/94, *CIA Security International*, 30 avril 1996, *Rec.*, p. I-2201, point 54. V. également C.J.C.E., aff. C-226/97, *Lemmens*, 16 juin 1998, *Rec.*, p. I-3711, point 33 ; C.J.C.E., aff. C-20/05, *Schwibbert*, 8 novembre 2007, *Rec.*, p. I-9447, point 44.

69. L'élargissement des normes de référence présente néanmoins également une dimension négative : dès lors qu'une norme de droit de l'Union a été annulée, elle disparaît de l'ordonnancement juridique dans l'ensemble de l'Union. Elle ne peut dès lors plus être appliquée par aucun juge ni par une autorité administrative. Sous réserve d'une limitation par la Cour de l'effet *erga omnes* d'une telle annulation, un juge belge n'est dès lors plus autorisé à opérer un contrôle de légalité à l'aune d'un acte de droit dérivé frappé de nullité. Cette solution s'étend également à une déclaration d'invalidité à l'occasion d'un renvoi préjudiciel²⁴⁵.
70. Il est à noter, enfin, que cette protection s'étend au référé, la Cour de justice ayant en particulier jugé dans son célèbre arrêt *Factortame I* que tout juge saisi d'un litige régi par le droit de l'Union se doit d'accorder des mesures provisoires, et notamment de suspendre l'application du droit national contraire, dès lors que l'une des parties au litige en fait la demande et qu'une mise en œuvre efficace du droit de l'Union le commande. Les règles de procédure internes qui encadrent en principe l'action du juge ne sauraient constituer un obstacle à cet égard²⁴⁶.

III. LE CONTRÔLE INCIDENT DE LÉGALITÉ EN DROIT BELGE ET EN DROIT DE L'UNION : ÉLÉMENTS DE COMPARAISON

71. Il a paru utile de clôturer la présente étude par une comparaison du système belge de contrôle incident de légalité avec celui applicable au niveau de l'Union. Les développements qui suivent ne prétendent pas à une quelconque exhaustivité. L'on relève toutefois quelques éléments de convergence et traits de rupture entre les deux systèmes, parfois évoqués dans les deux premières sections. Ils touchent à l'organisation du contrôle incident et à l'accès à celui-ci par les justiciables (A), au relevé d'office des illégalités (B) ainsi qu'aux effets qui s'attachent à un constat incident d'illégalité ou d'invalidité (C). Dans un quatrième point, l'impact du principe de la séparation des pouvoirs en Belgique sur le contrôle incident de légalité est mis en lumière, et comparé avec l'effet du principe de l'équilibre institutionnel sur le contrôle incident de la validité des actes de l'Union (D).

²⁴⁵ C.J.C.E., aff. 66/80, *o. c.*, note 167.

²⁴⁶ C.J.C.E., aff. C-213/89, *Factortame I*, 19 juin 1990, *Rec.*, p. I-2433, points 20 et 21. Sur la protection provisoire en droit communautaire, v. O. DE SCHUTTER, « Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif », *J.T.D.E.*, 2006, pp. 97-104.

A. L'ORGANISATION DU CONTRÔLE INCIDENT ET L'ACCÈS À CE DERNIER PAR LES JUSTICIABLES

72. Les systèmes belges et européen présentent un facteur de différenciation structurel : l'article 159 de la Constitution organise un contrôle diffus de la légalité des actes administratifs, non seulement parce qu'il fonde les juridictions de l'ordre administratif et judiciaire à n'appliquer ceux-ci qu'autant qu'ils sont conformes aux normes qui leur sont hiérarchiquement supérieures, mais encore parce que, au sein de chacun de ces ordres, il confie cette tâche à tous les niveaux de juridiction. Le risque a été souligné qu'un tel système génère des contradictions. Ainsi, la seule circonstance qu'un acte administratif n'a pas été annulé par le Conseil d'Etat, que ce dernier ait d'ailleurs été saisi d'un recours recevable ou non, ne préjudicie en aucun cas la possibilité que les juridictions judiciaires refusent de l'appliquer en raison de son illégalité. En droit de l'Union, la centralisation du contrôle de la validité du droit dérivé réduit considérablement un tel risque, à l'instar du contrôle de constitutionnalité des lois réservé, en Belgique, à la Cour constitutionnelle.
73. L'accès au contrôle incident laisse également apparaître des différences notoires entre les systèmes belge et européen. Ainsi qu'il a été souligné plus haut, la forme que prend le contrôle incident de légalité devant la Cour de Luxembourg n'a pas d'implications majeures sur l'issue qui est réservée à ce type de contrôle. Bien plus fondamentaux, en droit de l'Union, sont la distinction entre les actes individuels et les actes réglementaires ainsi que la logique de compensation dans l'accès au contrôle incident. A l'inverse, le mécanisme institué par l'article 159 de la Constitution assume pour l'essentiel une fonction d'apurement des illégalités. Il offre une autre chance de voir un acte administratif contrôlé en droit après l'expiration du délai de recours imparti pour en solliciter l'anéantissement. Il en va de même du contrôle de la constitutionnalité des actes législatifs : un renvoi préjudiciel devant la Cour constitutionnelle n'est pas non plus subordonné à la démonstration de l'impossibilité dans laquelle se trouvait celui qui prend l'initiative du renvoi d'agir en annulation contre la loi, le décret, ou l'ordonnance dont la constitutionnalité est mise en doute.

Cette solution semblait s'imposer au regard du principe de légalité. Le système contentieux qu'organise le droit belge reconnaît en effet à tout intéressé le droit de voir la validité d'un acte administratif ou législatif directement contrôlée par le juge. Dans un tel contexte, limiter l'accès à la

contestation indirecte à ceux qui ne peuvent agir en annulation ou en suspension aurait pratiquement réduit à néant la possibilité de critiquer un acte par voie incidente, sauf à réserver une telle faculté aux seuls justiciables capables de démontrer qu'ils n'eurent manifestement pas eu l'intérêt requis pour agir. Pour le même motif, il est très probable que le contrôle incident de légalité en droit de l'Union, et plus particulièrement la logique de compensation, connaîtraient des mutations importantes si l'accès au recours en annulation devait, à l'avenir, être largement ouvert en faveur des particuliers.

Ceci dit, le Conseil d'Etat et la Cour de cassation ne partagent pas une conception identique du contrôle incident des actes administratifs individuels et, plus généralement, de leur degré de tangibilité. Une jurisprudence constante de la haute juridiction administrative refuse en règle qu'un acte administratif individuel devenu définitif dans le chef du requérant puisse voir sa légalité contrôlée après l'expiration du délai de recours en annulation de soixante jours, notamment de manière incidente²⁴⁷. Cette solution se rapproche de la philosophie de compensation sur laquelle la C.J.C.E. s'appuie dans les arrêts *Commission c. Belgique*, *Simmenthal*, *TWD* et *Wiljo*, pour ne citer que ces exemples : celui qui est individualisé par rapport à tout autre requérant, singulièrement le destinataire d'un acte, ne saurait mettre ultérieurement en péril la sécurité juridique et le bon fonctionnement de l'administration en tentant de contester la légalité d'un acte dont il n'a pas poursuivi l'anéantissement dans les délais prévus. La jurisprudence de la Cour de justice relative au retrait d'acte traduit un souci très comparable de préservation de la stabilité des rapports juridiques²⁴⁸.

Ainsi que le met en lumière le Professeur Paul LEWALLE, l'approche distincte de la Cour de cassation et du Conseil d'Etat repose sur la différence que présentent l'examen de la légalité d'un acte dans le contexte des contentieux objectif et subjectif : « le Conseil d'Etat connaît du premier, dont le but est de donner aux administrés des garanties contre l'arbitraire de l'administration, sans toutefois entraver le fonctionnement des services publics (tandis que) les Cours et tribunaux sont chargés d'un contentieux qui tend à la sauvegarde des droits de la personne par rapport

à une autre personne »²⁴⁹. Il semble ainsi plus important de limiter dans le temps la possibilité de contester des actes individuels dans le cadre d'un contentieux objectif que dans celui d'un contentieux subjectif. Suivant cette logique, il se comprend que la Cour de justice, dont l'activité s'inscrit pour l'essentiel dans un contentieux objectif, se rapproche du point de vue du Conseil d'Etat à propos du contrôle incident de légalité des actes individuels. Il faut toutefois remarquer que la Cour de justice a pu appuyer un tel raisonnement sur une disposition de droit primaire – l'article 277 nouv. T.F.U.E. – qui évoque les seuls actes de portée générale comme normes susceptibles de faire l'objet d'un contrôle incident.

B. LE RELEVÉ D'OFFICE DES ILLEGALITES

74. Le relevé d'office d'une illégalité connaît également un sort partiellement différent en droit belge et en droit de l'Union. Si, dans le premier cas, un tel relevé d'office par la Cour de justice se limite à la seule incompetence de l'auteur de l'acte ou à la violation des formes substantielles, en Belgique, le juge judiciaire est en principe tenu d'opérer un contrôle complet de légalité des actes administratifs applicables au litige²⁵⁰. La formulation de l'article 159 de la Constitution est d'ailleurs bien différente de celle de l'article 277 nouv. T.F.U.E. sur ce point, puisqu'elle implique une injonction donnée aux Cours et tribunaux de n'appliquer les arrêtés et les règlements « *que pour autant* » qu'ils sont conformes aux lois. La jurisprudence du Conseil d'Etat se rapproche néanmoins de celle de la Cour de justice, en ce sens que la haute juridiction administrative belge ne soulève d'office l'illégalité d'un acte administratif applicable au litige que si elle touche elle-même à l'ordre public²⁵¹. Il s'agit d'une autre manifestation de l'attachement plus prononcé du Conseil d'Etat et de la Cour de justice à la sécurité des rapports juridiques dans l'organisation du contrôle incident de la légalité. De nouveau, il semble permis de rapprocher cette convergence de la circonstance que ces deux juridictions inscrivent la plupart du temps leur

²⁴⁷ V. *supra*, II, C, 2.

²⁴⁸ V. *supra*, la jurisprudence citée à la note 108.

²⁴⁹ P. LEWALLE, *o. c.*, 3^e éd., 2008, note 241, p. 361. Ainsi que l'écrit Michel LEROY, « (cette divergence se perpétue, sans que, dans l'ensemble, il s'ensuive trop de perturbations » (M. LEROY, *o. c.*, 4^e éd., 2008, note 228, p. 478).

²⁵⁰ Cass., 26 février 1980, *Pas.* 1980, I, p. 774 ; Cass., 9 juin 1994, *Pas.*, I, p. 571. V. également C.A., n° 43/2006, 15 mars 2006, B.22.

²⁵¹ C.E., *Loontjens*, n° 88.476, 29 juin 2000. V. à ce propos, J. THEUNIS, « De "exceptie van onwettigheid" (artikel 159 G.W.) : meer vragen dan antwoorden ? », *R.W.*, 2008, p. 1275. V. plus généralement la contribution de B. LOMBAERT dans le présent ouvrage.

action dans un contentieux objectif, où la protection juridictionnelle des administrés est mise en balance avec l'efficacité de l'action publique.

C. LES EFFETS D'UN CONSTAT INCIDENT D'ILLEGALITE OU D'INVALIDITE

75. Certaines divergences apparaissent également en ce qui concerne les effets d'un jugement ou d'un arrêt constatant l'invalidité d'un acte par voie incidente. Tant en droit belge qu'en droit de l'Union, l'acte dont l'illégalité est constatée ne disparaît pas de l'ordonnancement juridique. Il n'est toutefois pas appliqué au litige à l'occasion duquel le contrôle incident a lieu. De même, l'autorité à l'origine de l'acte illégal ou invalide doit-elle rétablir la légalité, soit en apurant l'acte du vice qui l'affecte, soit en le remplaçant par un autre acte qui tient compte de la teneur du jugement ou de l'arrêt²⁵².

Comme nous l'avons vu, la centralisation du contrôle de la validité des actes de droit dérivé entre les mains de la Cour de justice confère toutefois aux arrêts de cette dernière une autorité particulière. En tant qu'il constate une telle invalidité, un arrêt préjudiciel de la Cour de justice s'impose ainsi *erga omnes*²⁵³. A l'inverse, les jugements et arrêts rendus par les Cours et tribunaux et évaluant un acte administratif, sur le pied de l'article 159 de la Constitution, n'ont en règle qu'une portée relative, limitée au litige qui y a donné lieu et entre les seules parties au procès à l'occasion duquel l'illégalité a été constatée. Partant, le Conseil d'Etat n'est pas tenu par l'appréciation donnée par les juridictions judiciaires de la légalité d'un acte

²⁵² V. par exemple, en droit belge, C.E., *nv Meubelcentrale Heylen*, n° 25.858, 14 novembre 1985.

²⁵³ C'est pour un motif identique, tenant à la centralisation du contrôle de la constitutionnalité des lois, que les arrêts par lesquels la Cour constitutionnelle, saisie d'une question préjudicielle, constate l'invalidité d'un acte de valeur législative, sont revêtus d'une autorité « élargie » de chose jugée (J. VAN COMPERNOLLE, M. VERDUSSEN, « La guerre des juges aura-t-elle lieu ? A propos de l'autorité préjudicielle des arrêts préjudiciels de la Cour d'arbitrage », *J.T.*, 2000, p. 303). De tels arrêts conduisent nécessairement des juges saisis ultérieurement d'autres litiges à refuser d'appliquer un acte législatif dont a été dénoncée la contrariété à la Constitution, aux lois spéciales ou ordinaires qui fixent les compétences de l'Etat fédéral et des entités fédérées, ou des décrets opérant un transfert de certaines attributions de la Communauté française à la Région wallonne et à la Commission communautaire française de Bruxelles-Capitale. Cette règle semble en partie découler de l'article 26, § 2, alinéa 2, 2° de la loi spéciale sur la Cour d'arbitrage, en vertu duquel l'obligation pour un juge de poser une question préjudicielle s'efface « lorsque la Cour (...) a déjà statué sur une question ou un recours ayant un objet identique ».

administratif, pas même par la Cour de cassation. De même, un arrêt du Conseil d'Etat constatant à titre incident l'illégalité d'un acte administratif n'oblige pas les juridictions judiciaires à laisser ce dernier inappliqué lorsqu'elles sont saisies d'un recours ultérieur²⁵⁴. Cette multiplication des sources de contrôle accentue naturellement le risque de contradictions entre les appréciations données d'un acte administratif. Il convient toutefois de garder à l'esprit que, en raison de la répartition des fonctions juridictionnelles entre les juridictions de l'ordre administratif et de l'ordre judiciaire, un arrêt par lequel le Conseil d'Etat annule un acte administratif s'impose à tout autre juge, qui n'a d'autre choix que de constater que l'acte en question a disparu de l'ordonnancement juridique²⁵⁵.

76. Notons encore que, ni en droit belge, ni en droit de l'Union, la mise en œuvre du contrôle incident ne saurait-elle fournir un prétexte au juge pour se substituer à l'autorité administrative ou à l'institution à l'origine de l'acte laissé inappliqué²⁵⁶. La Cour de justice se refuse ainsi à ordonner des mesures provisoires qui, en pratique, reviendraient pour elle à exercer une prérogative qui est principalement reconnue à une autre institution²⁵⁷. Ce trait commun ne surprend guère eu égard à la nature juridictionnelle des missions dévolues, chacune dans les limites de leurs compétences, tant à la Cour de justice qu'au Conseil d'Etat et aux juridictions de l'ordre judiciaire en Belgique. Pour la même raison, le contrôle incident de légalité est en général limité à ce qui est strictement nécessaire pour rétablir la légalité : seule la disposition illégale est donc laissée inappliquée, pour peu que l'acte dans lequel elle est insérée conserve un sens sans celle-ci²⁵⁸.

D. CONTROLE INCIDENT DE LEGALITE ET SEPARATION DES POUVOIRS

77. Les développements qui précèdent ont permis de mettre en lumière les principales divergences entre le contrôle incident de légalité en droit belge et le contrôle incident de validité en droit de l'Union. Il convient encore de

²⁵⁴ Cass., 24 mars 1977, *Pas.*, 1977, I, p. 789.

²⁵⁵ V. not. Cass., 22 octobre 1973, *Pas.* 1974, I, p. 196. V. plus généralement la contribution de M. NIHOUL dans le présent ouvrage.

²⁵⁶ V. pour un célèbre arrêt sur les vols de nuit, Cass., 4 mars 2004, *J.T.*, 2004, p. 382.

²⁵⁷ C.J.C.E., aff. 109/75 R (ord.), *National Carbonising Company*, 22 octobre 1975, *Rec.*, p. 1193, point 8.

²⁵⁸ V. sur le détachement, T.P.I.C.E., aff. T-146/96, *o. c.*, note 131, point 34 ; Cass., 18 novembre 2005, *R.G.C.F.*, 2005, p. 338, note H. LOUVEAUX. V. à ce sujet A. ALEN, J. THEUNIS, « Praktische vragen over de "exceptie van onwettigheid" in artikel 159 van de Grondwet », *Themis*, 2008-2009, pp. 17 et 18.

souligner l'importance prise, en droit belge, par le principe de la séparation des pouvoirs, auquel, selon les mots du Procureur Général Jean-François LECLERCQ, l'article 159 de la Constitution « *se rattache directement* (...) »²⁵⁹. Réflété dans l'organisation globale du contrôle juridictionnel en Belgique, cet attachement à la séparation des pouvoirs n'est pas étranger aux difficultés ressenties par les juridictions belges pour contrôler la légalité des actes administratifs adoptés par les organes du pouvoir législatif ou judiciaire. Ces controverses ont partiellement trouvé une issue suite aux modifications successives de l'article 14 des lois coordonnées sur le Conseil d'Etat, ce dernier ayant – non sans certaines résistances – reçu une compétence pour statuer par voie incidente sur la légalité des actes administratifs adoptés par les assemblées législatives belges ou leurs organes, la Cour des comptes, la Cour constitutionnelle, le Conseil d'Etat et les juridictions administratives ainsi que les organes du pouvoir judiciaire et le Conseil supérieur de la Justice, relatifs aux marchés publics et aux membres de leur personnel²⁶⁰. Ceci n'empêche pas certaines interrogations de subsister, par exemple quant à la possibilité pour un juge judiciaire, se fondant directement sur l'article 159 de la Constitution, d'apprécier la légalité des actes administratifs réglementaires des organes qui viennent d'être énoncés, même lorsqu'ils ne touchent pas au personnel ou aux marchés publics de ces derniers²⁶¹.

78. L'ordre juridique de l'Union est, pour sa part, nettement moins marqué par le principe de la séparation des pouvoirs que par la nécessité de rechercher un équilibre entre les institutions de l'Union, et entre ces dernières et les autorités publiques des Etats membres²⁶². C'est dans ce contexte que la Cour de justice, dans son célèbre arrêt *A.E.T.R.* du 31 mars 1971, a pu affirmer la généralité de la compétence de la Cour de justice pour contrôler la légalité de tout acte pris par une institution et qui vise à produire des

effets juridiques²⁶³. Justifiée par la nécessité d'assurer un système complet de voies de recours, cette jurisprudence implique que les actes juridiques du Parlement européen, de la B.C.E., de la B.E.I., de la Cour des comptes ainsi que de la Cour de justice elle-même concernant leur personnel ou leurs marchés publics, voire leurs actes administratifs réglementaires, peuvent faire l'objet d'un contrôle incident de légalité, pour peu qu'ils soient destinés à avoir des effets de droit pour les tiers et qu'ils répondent par ailleurs aux conditions de recevabilité d'un contrôle de ce type²⁶⁴.

CONCLUSION

79. L'analyse qui précède souligne l'attachement de la Cour de justice à la sécurité juridique dans la mise en œuvre du contrôle incident de la validité des actes pris par les institutions de l'Union. Soucieuse de sauvegarder l'équilibre institutionnel sur lequel repose l'organisation des voies de recours en droit de l'Union, la Cour a pressenti le danger pour la stabilité des rapports juridiques que représenterait une interprétation de l'article 277 nouv. T.F.U.E. accordant en toutes circonstances à un justiciable, quel qu'il soit, le droit de critiquer par voie d'exception la validité d'un acte dont il n'a pas poursuivi l'annulation en temps utile. Le contrôle incident de légalité s'articule ainsi principalement, au niveau européen, autour d'une logique de compensation des voies de recours, étroitement liée aux limites strictes dans lesquelles les Traités enserrent l'accès des particuliers au contrôle direct de légalité.
80. L'examen de la jurisprudence laisse toutefois apparaître les nuances apportées par la Cour à cette logique lorsqu'une protection juridictionnelle effective le requiert. Ceci se traduit notamment par le caractère « *manifeste* » du droit d'agir qui conditionne l'application de la jurisprudence *TWD*, ou encore par l'exigence d'une notification de l'acte au particulier qui tente de contester ce dernier par voie incidente. Tout aussi

²⁵⁹ V. les conclusions conformes présentées dans l'affaire *O.N.E.M. c. Lo Presti* devant la 3^e Chambre de la Cour de cassation, point 6.

²⁶⁰ Cette compétence semble pouvoir être étendue aux Cours et tribunaux (J. THEUNIS, *op. cit.*, *R.W.*, 2008, note 251, p. 1277).

²⁶¹ V. J. THEUNIS, *ibid.* V. plus généralement, pour une critique du système de contrôle de la légalité des actes administratifs des organes du pouvoir judiciaire et des assemblées législatives, M. NIHOUL, « Les affres de la législation en matière d'autorité administrative et le respect de la Constitution », *J.T.*, 2008, pp. 71-73. V. également la contribution de François-Xavier BARCENA dans le présent ouvrage.

²⁶² A. ROSAS, « Separation of Powers in the European Union », *The International Lawyer*, 2007, p. 1034.

²⁶³ « Le recours en annulation doit (...) être ouvert à l'égard de toutes dispositions prises par les institutions, quelles qu'en soient la nature ou la forme, qui visent à produire des effets de droit » (C.J.C.E., aff. 22/70, *Commission c. Conseil (AETR)*, 31 mars 1971, *Rec.*, p. 263, point 42).

²⁶⁴ V. au sujet d'une exception d'illégalité soulevée contre certaines dispositions du Règlement intérieur du Parlement européen, T.P.I.C.E., aff. jtes T-222/99, T-327/99 et 329/99, *Martinez e.a.*, 2 octobre 2001, *Rec.*, p. II-2823, points 130-140. La Cour admet également sans difficulté qu'un recours puisse être dirigé contre ses propres actes administratifs. V. par ex. C.J.C.E., aff. C-243/04 P, *Gaki-Kakouri c. Cour de justice*, 14 avril 2005, non publié au Recueil.

remarquable est l'infléchissement de la logique de compensation des voies de recours qui se manifeste dans la possibilité récemment reconnue à un Etat ou une institution de l'Union d'exciper indirectement de l'illégalité d'un acte à caractère réglementaire qu'il/elle n'a pas attaqué endéans les délais prévus à cet effet. Cela étant, la jurisprudence de la Cour de justice relative au contrôle incident ne résout pas entièrement le problème lié à l'accès limité des requérants non-privilegiés aux recours directs. L'assouplissement partiel des conditions d'accès des particuliers au recours en annulation, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, ne bouleverse pas cet équilibre et, en tout état de cause, ne devrait pas diminuer la faculté de ces requérants de contester par voie incidente la validité d'actes de portée générale.

81. La transfiguration du contrôle incident de légalité en droit belge, sous l'effet du droit de l'Union, doit enfin être épinglée. Nul juge ou autorité administrative ne peut en effet appliquer une norme interne qui enfreint celui-ci. Or, les conséquences pratiques de la primauté du droit de l'Union sur le droit interne n'ont probablement pas encore été pleinement explorées et la recherche d'un équilibre entre l'effectivité du droit de l'Union et l'autonomie procédurale des Etats membres demeure une source de vifs débats politiques et judiciaires. Dans ce contexte, l'articulation des systèmes de contrôle incident de légalité en droit belge et en droit de l'Union restera sans nul doute un précieux baromètre de l'intégration européenne dans les années à venir.