

DROIT DE L'UNION EUROPEENNE ET DROIT ADMINISTRATIF FRANÇAIS¹

(CHRONIQUE)

1er janvier 2009 - 31 décembre 2010

Laure CLÉMENT-WILZ²

Francesco MARTUCCI³

et Coralie MAYEUR-CARPENTIER⁴

INDEX

1. L'ADMINISTRATION (Coralie Mayeur-Carpentier)

1.1 L'Etat

1.2 Les collectivités infra-étatiques

1.3 Les établissements publics

2. LE JUGE ADMINISTRATIF (Laure Cléments-Wilz)

2.1 Les liens entre le juge administratif et la Cour de justice

¹ Article déjà publié sur la *Revue Française de Droit Administratif*, n. 3/2011, p. 377.

² Maître de conférences à l'Université Toulouse I – Capitole, Institut de recherche en droit européen, international et comparé (IRDEIC)

³ Professeur à l'Université de Strasbourg, Centre d'Etudes Internationales et Européennes (CEIE)

⁴ Maître de conférences à l'Université de Franche-Comté, Centre de recherches juridiques de l'Université de Franche-Comté (CRJFC)

2.2 Le juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union européenne

3. L'INDIVIDU (Laure Cléments-Wilz)

3.1 Le citoyen de l'Union européenne

3.2 L'agent public

3.3 Le ressortissant d'un État tiers

4. LE MARCHÉ (Francesco Martucci)

4.1 Libertés de circulation

4.2 La concurrence

4.3 La commande publique

L'essentiel

Bien que n'ayant pu être présentée depuis trois numéros, la présente chronique s'inscrit dans la continuité de la précédente, rédigée par le professeur Paul Cassia. Elle analyse l'ensemble des modifications du droit administratif, actuelles ou potentielles, survenues en raison de l'application du droit de l'Union depuis la dernière période couverte, en se concentrant sur les évolutions les plus récentes. Le droit administratif évolue en fonction du droit de l'Union grâce à l'action de ses acteurs, qu'ils soient producteurs ou sujets de normes. Ainsi, l'administration, le juge administratif, l'individu et l'opérateur économique, acteurs du droit, constituent autant de points de vue différents sur les liens tissés entre droit de l'Union européenne et droit administratif français.

1. L'ADMINISTRATION (par Coralie Mayeur-Carpentier)

La mise en œuvre du droit de l'Union européenne, du point de vue de l'administration, peut être distinguée par l'étude de son application et des principes posés par la Cour de justice au sujet de l'État lui-même et de ses démembrements, ses collectivités infra-étatiques et ses établissements publics.

1.1. L'État.

La soumission des États membres au droit de l'Union ne leur retire pas leur pouvoir pour mettre en œuvre ce droit. La Cour peut porter une appréciation sur l'exercice de la compétence étatique. En y procédant, elle rappelle quelles sont les matières qui continuent de relever d'une compétence résiduelle des États. En mettant en œuvre le droit de l'Union, les États membres ne se conforment pas toujours aux prescriptions qui leur sont faites. Plusieurs affaires relatives à des manquements étatiques doivent être remarquées. Les États membres doivent vérifier et faciliter les libertés de circulation. Leur rôle en matière douanière et au sujet de la taxe sur la valeur ajoutée ainsi que dans les fonds structurels est précisé et rappelé par plusieurs décisions récentes.

La compétence résiduelle des États membres.

Dans certains domaines, la Cour doit reconnaître que la matière en cause ne concerne pas le droit de l'Union et relève d'une compétence étatique qui n'a pas fait l'objet d'un transfert de compétence à l'Union. C'est le cas au sujet du choix dans l'organisation militaire. La Cour de justice reconnaît également une compétence discrétionnaire des autorités nationales pour mettre en oeuvre la responsabilité environnementale.

Le choix dans l'organisation militaire. Le droit de l'Union européenne n'est pas applicable à certains domaines qui relèvent uniquement de la compétence des États. La suppression formelle des piliers non communautaires de l'Union par le traité de Lisbonne n'a pas remis cela en cause. Le traité rappelle notamment que l'ordre public⁵ et la sécurité⁶ ne relèvent pas de la compétence de l'Union et ne peuvent, pour cette raison, faire l'objet d'un contrôle juridictionnel par la Cour de justice⁷. Dans le traité de Lisbonne, les dispositions relatives à la politique étrangère et de sécurité commune continuent d'être soumises à un régime dérogatoire au droit commun de l'Union et sont insérées essentiellement dans le traité sur l'Union européenne⁸.

⁵ L'article 4 du TUE et plus encore l'article 72 du TFUE qui énonce que le titre relatif à l'espace de liberté, sécurité et justice «ne porte pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure», rappellent cette réserve de compétence étatique.

⁶ L'article 4, § 2, du TUE énonce notamment : «la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre».

⁷ Selon l'article 276 du TFUE.

⁸ La politique étrangère de sécurité commune est inscrite au chapitre 2 du titre V du TUE ; aux articles 23 à 46 du TUE. Elle est toutefois également présente dans le traité sur le fonctionnement de l'Union pour rappeler les particularités de la matière, en particulier, aux articles 218, 275 et 352 du TFUE.

Le Conseil d'État français a fait application de ce partage des compétences et a rappelé l'exclusion de l'application du droit de l'Union dans les matières relatives aux intérêts essentiels de la sécurité de l'État⁹. Il était saisi par un officier de marine demandant le renouvellement de son engagement au sein de la base navale de Toulon. L'officier, soumis au statut général des militaires, avait été recruté à Toulon par un contrat à durée déterminée qui était régulièrement renouvelé. Cependant, le ministre de la Défense a confirmé dans une décision du 20 décembre 2006 le refus de renouveler son contrat. C'est cette décision qui est contestée par l'officier de marine devant le Conseil d'État.

Celui-ci exerce un contrôle restreint sur la décision du ministre et rejette le recours, car le ministre de la Défense n'a pas commis d'erreur manifeste d'appréciation en refusant de renouveler le contrat. Pour ce faire, le juge administratif n'a pas retenu le moyen invoqué par le requérant portant sur l'application du principe d'interdiction du renouvellement continu de contrats à durée déterminée, posé par la directive de 1999¹⁰.

Le Conseil d'État affirme que: «le recours à de tels contrats pour le recrutement des militaires, recours qui est même le seul mode de recrutement des militaires du rang, constitue *un choix d'organisation militaire d'un État membre pour la défense de son territoire et de ses intérêts essentiels, relevant de la compétence exclusive des États membres de l'Union européenne*, auquel le droit communautaire n'est pas applicable; que par suite ce moyen est inopérant».

⁹ CE 7 oct. 2009, M. Bertrand A., req. n° 301898, Lebon T. ; AJDA 2009. 1867; AJFP 2010. 164, note C. Bernard-Guillaumont et O. Guillaumont ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

¹⁰ Dir. 1999/70/CE, 28 juin 1999 concernant l'accord-cadre CES, UNICE et CEEP sur le travail à durée déterminée, qui prohibe le renouvellement indéfini de contrats à durée déterminés successifs.

La haute juridiction administrative française reprend ainsi la jurisprudence Alexandre Dory de la Cour de justice du 11 mars 2003¹¹, mentionnée dans les visas. En 2003, la Cour énonçait en effet que le droit communautaire n'est pas applicable aux choix des États dans l'organisation militaire¹². Dans cette affaire, la Cour écartait l'application de la directive 76/207¹³ à l'espèce mais elle affirmait néanmoins que: « Les mesures que les États membres prennent en la matière ne sont pas soustraites dans leur ensemble à l'application du droit communautaire du seul fait qu'elles interviennent dans l'intérêt de la sécurité publique ou de la défense nationale». L'interprétation donnée par le Conseil d'État en 2009 de cette décision est une exacte application d'un aspect de la jurisprudence Dory, selon lequel le droit communautaire n'est pas applicable aux choix dans l'organisation militaire.

Le juge administratif affirme que ce choix relève de la compétence exclusive des États membres de l'Union, ce qui montre qu'il ne fait pas application du principe d'attribution des compétences selon lequel les compétences appartiennent aux États membres qui les transfèrent, le cas échéant, à l'Union. Toutes les compétences sont des compétences étatiques; certaines sont transférées à l'Union, qui les exerce parfois de manière exclusive, parfois de façon partagée. Les compétences qui n'ont pas fait l'objet

¹¹ CJCE 11 mars 2003, Alexandre Dory, aff. C-186/01, Rec. CJCE p. I-2479 ; AJDA 2003. 1038, chron. J.-M. Belorgey, S. Gervasoni et C. Lambert ; D. 2003. 2274, et les obs., obs. M. Sousse; AJFP 2003. 29, note P. Icard.

¹² La Cour énonce au point 39 de l'arrêt que : «La décision de la République fédérale d'Allemagne d'assurer pour partie sa défense par un service militaire obligatoire est l'expression d'un tel choix d'organisation militaire auquel le droit communautaire n'est en conséquence pas applicable».

¹³ Dir. 76/207/CEE, 9 févr. 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail ; JOUE L 39, 14 févr. 1976 p. 40 à 42; ce texte a été abrogé, c'est désormais, la directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil, 5 juill. 2006, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail qui est applicable ; JOUE, L 204, 26 juill. 2006, p. 23 à 36.

d'un transfert à l'Union européenne sont des compétences résiduelles des États membres mais ces derniers restent toujours soumis au respect des principes généraux du droit. L'utilisation de l'expression impropre de « compétence exclusive étatique » traduit néanmoins l'évolution du partage vertical des compétences en faveur de l'Union.

La marge de manoeuvre des autorités nationales en matière environnementale. En dehors des intérêts essentiels de sécurité, quelques domaines, qui ont pourtant fait l'objet d'un transfert de compétence à l'Union, prévoient une certaine marge de manoeuvre des autorités nationales pour appliquer et mettre en oeuvre le droit de l'Union.

Dans une affaire concernant des dommages environnementaux causés par des entreprises de raffineries sur un site d'intérêt national en Italie, la Cour¹⁴ a interprété la directive 2004/35/CE du 21 avril 2004¹⁵ en énonçant que les autorités nationales disposent «d'un pouvoir discrétionnaire approprié pour l'évaluation de l'importance des dommages et la détermination des mesures de réparation à prendre»¹⁶. Des sociétés de raffinerie contestaient les décisions de demande de réparation des préjudices causés par leurs installations et activités autour de la rade d'Augusta en Italie. La directive 2004/35/CE prévoit pourtant que les sociétés en cause y sont tenues sur le fondement du principe du pollueur-payeur. La Cour de justice énonce que les autorités nationales devaient entendre les entreprises mises en cause. Elle se fonde sur le principe du contradictoire, toujours

¹⁴ CJUE, gde ch., 9 mars 2010, aff. C-378/08, ERG SpA et a. ; CJCE, gde ch., 9 mars 2010, aff. jtes. C-379 et 380/08, ERG SpA et a., non encore publié (nep) ; AJDA 2010. 937, chron. M. Aubert, E. Broussy et F. Donnat ; D. 2010. 1399, note S. Carval ; ibid. 2468, obs. F. G. Trébulle ; RTD eur. 2010. 599, chron. L. Coutron.

¹⁵ Dir. 2004/35/CE du Parlement européen et du Conseil, 21 avr. 2004, sur la responsabilité environnementale en ce qui concerne la prévention et la réparation des dommages environnementaux, JO L 143, p. 56.

¹⁶ Point 59.

applicable même s'il n'est pas mentionné expressément par la directive¹⁷. Elle impose à l'État membre de respecter trois obligations: entendre les sociétés en cause; tenir compte des observations des personnes sur le terrain desquelles les mesures seront appliquées; justifier sa décision.

Les manquements étatiques.

La Cour de justice a statué dans différentes affaires mettant en cause le comportement de l'État membre ou de ses démembrements. Deux d'entre elles seront retenues en particulier. Elles concernent des activités de contrôle et une pratique administrative contraire aux objectifs d'une directive. Ces affaires montrent la volonté du juge de l'Union d'encadrer l'action étatique le plus largement possible.

La carence des autorités de contrôle. À l'automne 2009, la Cour de justice a sanctionné le manquement de l'Italie¹⁸ à ses obligations imposées par les règlements portant sur les activités de pêche¹⁹ dans l'Union. La Commission reprochait à l'Italie de ne pas avoir respecté la réglementation portant sur les filets maillants dérivants. La Cour estime que la surveillance et le contrôle des activités de pêche étaient insuffisants pour empêcher l'utilisation habituelle des filets interdits par les règlements communautaires. La Cour exerce ainsi un contrôle sur l'efficacité des autorités de contrôle.

¹⁷ Points 54 et 55 de l'arrêt préc.

¹⁸ CJUE 29 oct. 2009, Commission c. Italie, aff. C-249/08 ; Rec. CJCE p. I-00173; RSC 2010. 244, obs. L. Idot.

¹⁹ Le règlement (CEE) n° 2241/87 du Conseil, 23 juill. 1987, établissant certaines mesures de contrôle à l'égard des activités de pêche JO L 207, p. 1; Le règlement (CEE) n° 2847/93 du Conseil, 12 oct. 1993, instituant un régime de contrôle applicable à la politique commune de la pêche, JO L 261, p. 1, tel que modifié par le règlement (CE) n° 2846/98 du Conseil, 17 déc. 1998, JO L 358, p. 5, et rectificatif JO 1999, L 105, p. 32.

La France avait, elle aussi, été condamnée quelques années auparavant, pour ne pas avoir mis en place un contrôle suffisant et prévu de sanctions pénales ou administratives adaptées en cas d'infraction à la réglementation communautaire de la pêche, en particulier chaque fois que les producteurs ne respectaient pas les quotas de pêche²⁰. La Cour indiquait que: «en cas de violation de la réglementation communautaire en matière de conservation et de contrôle de la pêche, les autorités compétentes d'un État membre sont tenues d'intenter une action pénale ou administrative contre les responsables (...)»²¹. Dans sa décision de 2009 prononcée à l'encontre de l'Italie, la Cour semble se fonder sur les mêmes éléments. La décision est particulièrement précise au sujet du rôle des autorités de contrôle. La Cour reprend l'examen de la Commission selon lequel: «le corps des capitaineries de port n'a pas pour unique mission de surveiller et de contrôler les activités de pêche, mais doit également faire face à d'autres tâches telles que celles d'assurer la sécurité de la navigation et le sauvetage de vies humaines en mer». Or «ces missions s'exercent principalement à la même période que celle pendant laquelle les filets maillants dérivants sont utilisés (...)», ce qui empêche le corps des capitaineries de port d'exercer pleinement leur mission de contrôle et de surveillance. Le manquement de l'Italie est favorisé par la multiplicité des missions confiées aux agents chargés d'effectuer le contrôle de l'application de la directive. Le cumul des missions de contrôle et de sécurité et de sauvetage conduit à exercer un contrôle peu satisfaisant. La Cour déclare avec fermeté que l'abstention de contrôle, d'inspection et de surveillance satisfaisante est constitutive d'un manquement de la part de l'Italie. Avant l'Italie, la France a été elle aussi sanctionnée, à nouveau, en raison de l'utilisation des filets maillants dérivants. La décision de la Cour²² ne portait pas sur les missions confiées aux agents de contrôle, car la France considérait que

²⁰ CJCE 25 avr. 2002, Commission c. France, aff. C-418/00 ; Rec. CJCE p. I-3969.

²¹ Au point 62 de l'arrêt préc. ; la Cour s'immisce dans la réglementation pénale votée par l'État membre.

²² CJCE 5 mars 2009, Commission c. France, aff. C-556/07 ; Rec. CJCE p. I-25; v. le commentaire de V. Michel, Filets maillants dérivants : condamnation de la thonaille, Europe, mai 2009.

les filets utilisés pour la pêche au thon appelés «thonaille» ne pouvaient pas être qualifiés de filets maillants dérivants, de sorte qu'il n'y avait pas lieu de prévoir de sanction à l'encontre des pêcheurs qui en feraient usage. La France reconnaissait son abstention de contrôler, inspecter et surveiller leur utilisation. La situation est donc différente de celle de l'Italie mais le dispositif de l'arrêt est quasiment le même dans les deux affaires. S'agissant de la France, la Cour déclare: «En s'abstenant de contrôler, d'inspecter et de surveiller de façon satisfaisante l'exercice de la pêche au regard de l'interdiction des filets maillants dérivants pour la capture de certaines espèces et en ne veillant pas à ce que soient prises des mesures appropriées contre les responsables d'infractions à la réglementation communautaire en matière d'utilisation des filets maillants dérivants, la République française a manqué aux obligations qui lui incombent(...)». Ainsi, la mise en oeuvre des directives destinées à interdire un usage exige des États membres qu'ils prévoient des sanctions suffisantes, proportionnées et dissuasives et en outre, que les autorités nationales chargées de vérifier le respect de l'interdiction n'exercent pas plusieurs missions qui pourraient porter atteinte à leur mission de contrôle et de surveillance. La Cour de justice donne ainsi une appréciation de la mission qui doit être menée par les agents de contrôle.

L'existence d'une pratique administrative. La Cour de justice a précisé la contrainte pesant sur les États membres au sujet des transpositions des directives. Dans une décision rendue à l'encontre de la Grèce²³, la Cour vérifie la conformité d'une pratique administrative avec les objectifs d'une directive pourtant correctement transposée. La Cour rappelle ainsi l'objectif d'application effective et d'uniformité du droit de l'Union. De cette manière, le manquement est probablement garanti de la façon la plus efficace. L'existence d'une pratique administrative peut être contraire au droit de l'Union alors même que la loi de transposition lui est conforme. C'est l'application habituelle par les autorités nationales compétentes qui est opposée au droit de l'Union. L'application du texte par les autorités

²³ CJCE 19 mars 2009, aff. C-489/06, Commission c. Grèce, Rec. CJCE p. I-1797.

nationales ne correspondant pas aux principes posés par les traités et par la directive elle-même, la Grèce a manqué à ses obligations.

Le rôle des États en matière de taxe sur la valeur ajoutée et en matière douanière.

En matière de droit de douane et de taxe sur la valeur ajoutée, les États membres exécutent les textes dans une matière relevant de la compétence exclusive de l'Union. Pour les mettre en oeuvre, le Conseil d'État a posé différentes questions préjudicielles à la Cour de justice au sujet de la taxe sur la valeur ajoutée. En matière douanière, un arrêt du Conseil d'État peut également être mentionné, de même que le décret de transposition de la Convention établissant une coopération entre les administrations douanières.

Les questions préjudicielles en matière de taxe sur la valeur ajoutée et en matière douanière. Le Conseil d'État²⁴ interroge la Cour de justice sur la possibilité pour la France d'exiger le paiement effectif de la taxe sur la valeur ajoutée par les redevables pour qu'ils puissent déduire la taxe. L'objectif du Conseil d'État est de se conformer au texte communautaire mais en évitant les fraudes dans une situation dans laquelle la taxe sur la valeur ajoutée à l'importation et le droit à déduction concernent la même personne. Au début de l'année 2010, la Cour de justice a répondu²⁵ aux questions posées par Conseil d'État au sujet de la qualification des activités de reprographie qui sont des livraisons de biens chaque fois qu'elles se limitent à reproduire un document sur un support mais qui peuvent être plus rarement qualifiées de prestations de services lorsque le travail effectué s'accompagne de prestations complémentaires. La juridiction administrative a fait application de l'interprétation donnée par la Cour et a tranché le litige qui avait donné lieu

²⁴ CE 30 juill. 2010, Société Véléclair, req. n° 293478, Lebon T.

²⁵ CJ 11 févr. 2010, Société Graphic Procédé, aff. C-88/09, nep.

au renvoi préjudiciel²⁶. Dans une affaire portant sur le remboursement de la taxe sur la valeur ajoutée (TVA) accordée à une société de transports, le Conseil d'État²⁷ s'est référé, pour trancher le litige, à une décision de la Cour de justice²⁸. L'affaire concernait la soumission des péages autoroutiers à la taxe sur la valeur ajoutée; l'entreprise mise en cause dans le litige demandait à bénéficier du droit de déduire la TVA acquittée sur les péages. Le juge de première instance, confirmé par la Cour administrative d'appel de Lyon, lui avait accordé le remboursement d'un montant de la taxe. Saisi du pourvoi du ministre, le Conseil d'État a annulé la décision de la Cour d'appel et a statué au fond en rappelant que pour pouvoir déduire une taxe, l'entreprise devait présenter une facture mentionnant de façon distincte la TVA. En l'espèce, l'entreprise de transports ne pouvait donc se prévaloir d'un droit à déduction sans avoir présenté les factures concernées. Il est fait ainsi désormais une application scrupuleuse des exigences de l'Union en la matière.

Les règles régissant l'Union douanière sont respectées par les entreprises qui ont dans les États membres des activités d'échange et de commerce de biens. Afin de respecter la réglementation douanière, les entreprises exportatrices de marchandises doivent, à ce titre, tenir une comptabilité des produits placés sous le régime d'un entrepôt douanier²⁹. Le Conseil d'État³⁰ a interrogé la Cour de justice au sujet du maintien de la possibilité pour

²⁶ CE 10 juin 2010, Société Graphic Procédé, req. n° 296591.

²⁷ CE 5 mai 2010, Ministre du budget c. Société de transports Issoiriens, req. n° 309328.

²⁸ CJCE 12 sept. 2000, Commission c. France, aff. C-276/97, Rec. CJCE p. I-6251, chronique F. Deboissy, RTD Com. 2001. 277; l'arrêt est mentionné dans les visas et le Conseil d'État s'y réfère dans son premier considérant.

²⁹ Le Code des douanes communautaire prévoit cette réglementation ; adopté en 1992, par le règlement 2913/92, il a fait l'objet de plusieurs modifications, reprises dans le règlement 450/2008, 23 avr. 2008, JOUE, L 145, 4 juin 2008, en vigueur de 2008 à 2013.

³⁰ CE 26 mai 2010, Société Groupe Limagrain, req. n° 308658.

une entreprise de bénéficier de l'avance des restitutions à l'importation de ses produits agricoles malgré le non-respect de l'exigence de tenue de comptabilité.

L'établissement de la coopération douanière entre les administrations nationales. Au début de l'année 2010, la Convention portant sur l'assistance mutuelle et la coopération entre les administrations douanières a été publiée³¹. Le décret de publication est accompagné de la convention en annexe. Adoptée en 1997 dans le cadre de l'ancien troisième pilier de l'Union européenne, la convention a pour objet de prévoir une véritable assistance en matière pénale entre les administrations douanières des États membres. Cette coopération est destinée à favoriser la prévention et à assurer une répression efficace et harmonisée des infractions douanières sur l'ensemble du territoire de l'Union. C'est la raison pour laquelle le texte est adopté sur le fondement du traité sur l'Union et non pas sur le fondement du traité sur la Communauté européenne (CE), alors que l'Union douanière relevait du premier pilier. Désormais, le traité de Lisbonne devrait permettre d'éviter la multiplication et la diversité des bases et régimes juridiques.

Le rôle des États et la gestion des fonds structurels.

Sur le fondement de différents règlements communautaires relatifs à l'application des fonds structurels, la Commission procède à l'examen de leur mise en oeuvre dans les États membres. Ces derniers sont responsables de la gestion et du contrôle des interventions à ce titre. Le système mis en place par le Grand-Duché de Luxembourg a fait l'objet de plusieurs audits de la part de la Commission. La gestion par le Luxembourg a d'abord fait l'objet d'un avis favorable mais la Commission est ensuite revenue sur cette appréciation.

³¹ Décr. n° 2010-87, 22 janv. 2010 portant publication de la convention établie sur la base de l'article K. 3 du traité sur l'Union européenne, relative à l'assistance mutuelle et à la coopération entre les administrations douanières, faite à Bruxelles le 18 décembre 1997; JORF, n° 20, 24 janv. 2010, p. 1575.

L'État a alors saisi le Tribunal de l'Union d'un recours en annulation de ces décisions³². Son recours a été déclaré recevable à l'encontre de l'une d'entre elles. Le Luxembourg conteste la décision de la Commission mettant en cause son système de gestion au motif que la Commission lui avait précédemment indiqué que «les systèmes de gestion et de contrôle pour les interventions en cause offraient des garanties très satisfaisantes». Le Luxembourg estime qu'en revenant sur cette appréciation dans une décision adoptée peu de temps après, la Commission n'a pas respecté le principe de confiance légitime. Le Tribunal rappelle la jurisprudence classique de la Cour au sujet du principe de confiance légitime³³. Il en fait application en énonçant notamment que le requérant peut se prévaloir du principe si trois conditions sont réunies mais il ajoute que « la violation manifeste de la réglementation en vigueur » empêche de s'en prévaloir. Le Tribunal limite son contrôle sur la décision de la Commission à la recherche d'une erreur manifeste d'appréciation et reconnaît que la Commission pouvait, sans commettre une telle erreur, prononcer la suspension des paiements intermédiaires de crainte d'irrégularités à venir. Le juge de l'Union retient en particulier l'argument de la Commission selon lequel «des rapports d'audits établis par ses services dans le cadre de la mise en place d'opérations financées par des fonds structurels ne sont pas, en principe, de nature à fonder une confiance légitime (...)»³⁴ et rejette le recours formé par le Luxembourg. La solution paraît sévère pour l'État membre du point de vue de l'application du principe de confiance légitime mais elle est une application du large pouvoir d'appréciation reconnu à la Commission. Le Conseil d'État³⁵, saisi d'une affaire opposant l'État et la chambre de commerce et de l'industrie de l'Indre, a

³² TIUE 18 juin 2010, Grand-Duché de Luxembourg c. Commission européenne, aff. T-549/08.

³³ V., à ce sujet, D. Triantafyllou, La confiance légitime en tant qu'instrument de cohésion en droit communautaire, RFDA 2000. 246.

³⁴ Point 79, déc. préc.

³⁵ CE 5 juill. 2010, Ministre de l'Intérieur et chambre commerciale et d'industrie de l'Indre, req. n° 308601, Lebon T.

décidé de poser différentes questions préjudicielles portant sur la récupération d'une aide illégalement perçue. La chambre de commerce et d'industrie de l'Indre a reçu différentes aides étatiques au titre du Fonds européen de développement économique régional (FEDER) et au titre du Fonds national d'aménagement et de développement du territoire (FNADT). Ces subventions lui ont été accordées afin de réaliser un projet appelé «Objectif entreprises», destiné à attirer des entreprises et acteurs économiques dans la région. Cependant, la chambre de commerce n'a pas respecté les règles de passation des marchés publics avec les opérateurs, de sorte que le remboursement de l'ensemble des sommes versées lui a été réclamé. La chambre de commerce a contesté cette réclamation et a obtenu du tribunal administratif l'annulation de la décision du préfet de l'Indre lui demandant le versement des sommes. La cour administrative d'appel a confirmé cette annulation. Le ministre de l'Intérieur, des Collectivités et de l'Outre-mer a formé un pourvoi contre cette décision. Le Conseil d'État se réfère à la jurisprudence *Venreniging Nationaal Overlegorgaan sociale Werkvoorziening* de la Cour de justice³⁶, selon laquelle les États sont tenus «de récupérer les fonds perdus à la suite d'un abus ou d'une négligence». Pour pouvoir répondre aux moyens invoqués par le ministre à l'appui de son pourvoi et pour juger l'affaire au fond, le Conseil a décidé de poser deux questions préjudicielles à la Cour de justice. La première concerne l'obligation de récupération des subventions: elle est de savoir si l'obligation de récupération concerne tous les manquements aux règles de passation des marchés publics ou seulement certains d'entre eux et, si tel est le cas, lesquels. La deuxième interrogation porte sur la qualification de l'irrégularité et, en particulier, sur le point de savoir si la violation de règles portant sur les marchés publics peut être considérée comme une irrégularité selon le règlement 2988/95; elle porte également sur le délai de prescription de la récupération.

³⁶ CJCE 13 mars 2008, *Venreniging Nationaal Overlegorgaan sociale Werkvoorziening*, aff. C-383/06, Rec. CJCE p. I-1561.

Dans une décision, datée du 10 novembre 2010³⁷, qui sera mentionnée aux tables du recueil Lebon, le Conseil d'État se fonde sur la décision classique de la Cour de justice National Farmer's Union³⁸ pour sanctionner le bénéficiaire d'une aide obtenue par fraude. La juridiction administrative énonce que le fraudeur ne pourra pas bénéficier de l'aide pendant l'année suivante et rappelle que la sanction est applicable «quelle que soit la surestimation constatée entre les superficies déclarées et celles constatées lors d'un contrôle».

1.2 Les collectivités infra-étatiques.

Le champ d'application territorial et matériel des traités a été précisé par différents textes et décisions. L'application du traité de Lisbonne en outre-mer ainsi que la reconnaissance par la Cour de justice de compétences législatives régionales, tout en maintenant son refus de prononcer un manquement à l'encontre d'une collectivité infra-étatique, doivent être remarquées.

L'application du traité en Outre-mer.

Le Traité de Lisbonne a modifié l'ancien article 299 du Traité CE (devenu notamment l'article 355 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne – TFUE)³⁹

³⁷ CE 10 nov. 2010, req. n° 325372, Lebon T.

³⁸ CJCE 17 juill. 1997, National Farmers' Union, aff. C-345/95, Rec. CJCE p. I-5215.

³⁹ L'article 299 du TCE est repris dans le traité de Lisbonne par différentes dispositions : à l'article 47 du TUE, à l'article 349 du TFUE, à l'article 355 du TFUE. C'est cette disposition qui sert de fondement à l'adoption des décrets français en matière de droit de séjour à Wallis et Futuna, en Polynésie, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie.

en y ajoutant un paragraphe qui prévoit qu'à la demande de l'État membre concerné, le Conseil européen modifie le statut à l'égard de l'Union d'un pays ou d'un territoire rattaché au Danemark, à la France, ou aux Pays-Bas. La France a demandé l'insertion d'une déclaration⁴⁰ annexée au traité afin de modifier le statut de Mayotte dès que son statut interne le lui permettrait. À la différence des pays et territoires d'outre-mer soumis à un régime particulier⁴¹ d'association à l'Union, les régions ultra-périphériques font partie du territoire de l'Union. Pour cette raison, les principes de liberté de circulation dans l'Union y sont applicables. Plusieurs décrets ont été adoptés en novembre 2010 afin de prévoir l'entrée et le séjour des citoyens de l'Union sur ces territoires. La Cour de justice a été également saisie d'une question préjudicielle au sujet de l'application de l'article 63 du TFUE, portant sur la libre circulation des capitaux, dans les pays et territoires d'outre-mer.

Le Conseil d'État a statué lui aussi au sujet des effets des modifications de statut de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy⁴². Droit de séjour à Wallis et Futuna, en Polynésie, à Mayotte et en Nouvelle-Calédonie. Quatre décrets ont été adoptés à la fin de l'année 2010 au sujet de « l'entrée et [du] séjour des citoyens de l'Union européenne (...) et des membres de leur famille » dans les îles Wallis et Futuna⁴³, en Polynésie⁴⁴, à Mayotte⁴⁵ et en Nouvelle-Calédonie⁴⁶.

⁴⁰ Déclaration n° 43 applicable à Mayotte, annexée au traité de Lisbonne.

⁴¹ Un rapport d'information a été rédigé par la Commission des affaires européennes de l'Assemblée nationale, le 10 février 2010, sur l'avenir des relations entre l'Union et les pays et territoires d'outre-mer, par A. Girardin et H. Gaymard. Le rapport peut être consulté sur le site internet de l'Assemblée à cette adresse : <http://www.assemblee-nationale.fr/13/europe/rap-info/i2301.asp>.

⁴² CE 14 juin 2010, Monsieur Joachim A..., req. n° 307053, Lebon ; AJDA 2010. 1236.

⁴³ JORF n° 0270, 21 nov. 2010 p. 20872; Décr. n° 2010-1433, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 13 de l'ordonnance n° 2000-371, 26 avril 2000 et des membres de leur famille dans les îles Wallis et Futuna.

L'objet de ces décrets est de tenir compte des nouveaux statuts de ces territoires. Les dispositions nouvelles font application des jurisprudences de la Cour de justice au sujet du refus des restrictions d'entrée et de séjour des ressortissants d'États membres, sauf en cas d'atteinte ou de menace à l'ordre public. Les textes indiquent que tous les citoyens de l'Union européenne sont admis dans ces territoires « à condition que (leur) présence ne constitue pas une menace pour l'ordre public ». Les membres de la famille peuvent bénéficier également de ce droit aux mêmes conditions. Les décrets énoncent ensuite les modalités d'octroi du droit de séjour, qui ne peut être accordé qu'aux citoyens qui ne présentent pas une charge déraisonnable. Ils peuvent être actifs ou non actifs, étudiants ou membres de la famille d'un ressortissant. Ces qualités peuvent être mentionnées dans le titre de séjour. Le droit au séjour peut être conservé à certaines conditions malgré une perte d'emploi ou encore un accident. C'est également le cas pour les membres de la famille qui continuent de bénéficier de ce droit malgré la rupture du lien avec le ressortissant, notamment en cas de divorce ou de décès. Les derniers articles des décrets prévoient les modalités de délivrance du titre de séjour (qui peut être permanent) et les sanctions en cas de fraude⁴⁷.

⁴⁴ JORF n° 0270, 21 nov. 2010, p. 20876; Décr. n° 2010-1434, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 14 de l'ordonnance n° 2000-372, 26 avr. 2000 et des membres de leur famille en Polynésie française.

⁴⁵ JORF n° 0270, 21 nov. 2010, p. 20879; Décret n° 2010-1435, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 13 de l'ordonnance n° 2000-373, 26 avril 2000 et des membres de leur famille à Mayotte.

⁴⁶ JORF n° 0270, 21 nov. 2010 p. 20882; Décr. n° 2010-1436, 19 nov. 2010, relatif à l'entrée et au séjour des citoyens de l'Union européenne mentionnés à l'article 14 de l'ordonnance n° 2002-388, 26 avril 2002 et des membres de leur famille en Nouvelle-Calédonie.

⁴⁷ La violation du régime de droit au séjour établi dans ces décrets est punie d'une amende relevant de la contravention de 5e classe, par les articles 26 ou 27 de chacun des décrets.

Droit de vote et citoyenneté de l'Union des résidents des collectivités d'outre-mer. Dans un arrêt du 14 juin 2010, le Conseil d'État⁴⁸ s'est prononcé au sujet de l'élection des conseils territoriaux de Saint-Martin et de Saint-Barthélemy. Il était saisi d'un recours pour excès de pouvoir formé contre l'instruction ministérielle portant organisation des élections. Pour statuer, le Conseil d'État s'est fondé sur les principes posés par la directive 94/80/CE⁴⁹ et en particulier sur la possibilité pour tout citoyen de l'Union, même s'il n'a pas la nationalité de l'État membre dans lequel il réside, d'exercer son droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales. Les États sont tenus d'offrir ce droit à l'ensemble des citoyens de l'Union. La juridiction administrative précise dans cet arrêt que « la disparition d'une commune par suite d'une modification statutaire et sa substitution sur son territoire par une autre collectivité n'est pas, en soi, de nature à supprimer le droit pour les ressortissants de l'Union européenne de participer aux élections locales qui se déroulent sur ce territoire ». La modification du statut de Saint-Barthélemy, devenu une collectivité d'outre-mer, ne peut retirer à un citoyen de l'Union son droit en matière électorale.

La compétence législative dévolue aux collectivités territoriales d'un État membre. La Cour de justice admet que les collectivités participent à la mise en oeuvre du droit de l'Union. Elle leur impose d'ailleurs cette participation. Dans une affaire opposant un agriculteur britannique à l'État, le juge national a posé deux questions préjudicielles à la Cour de justice, qui a répondu en Grand-chambre⁵⁰. Elle était interrogée sur l'interprétation d'un règlement 1782/2003, en particulier au sujet de son article 5 relatif aux bonnes conditions agricoles et environnementales dont les exigences minimales doivent être

⁴⁸ CE 14 juin 2010, Monsieur Joachim A..., préc.

⁴⁹ Dir. 94/80/CE du Conseil, 19 déc. 1994 fixant les modalités de l'exercice du droit de vote et d'éligibilité aux élections municipales pour les citoyens de l'Union résidant dans un État membre dont ils n'ont pas la nationalité ; JOCE, L. 368, 31 déc. 1994, p. 38.

⁵⁰ CJCE 16 juill. 2009, Mark Horvath c. Secretary of State for Environment, Food and Rural Affairs, aff. C-428/07.

définies par les États membres. La première question porte sur la possibilité pour un État membre d'imposer des exigences d'entretien des chemins grevés de servitudes de passage public. La Cour répond de façon affirmative à condition que ces «exigences contribuent au maintien de ces chemins en tant que particularités topographiques ou le cas échéant aux fins d'éviter la détérioration des habitats»⁵¹. La seconde question concerne la possibilité pour les entités régionales d'adopter des normes différentes que celles qui s'appliquent sur l'ensemble du territoire en faisant application de la compétence législative qui leur est dévolue par le système constitutionnel de l'État. Avant de se prononcer, la Cour affirme que «le législateur communautaire a donné la possibilité (aux États membres) de tenir compte des différences régionales existant sur leur territoire»⁵². La Cour rappelle sa jurisprudence classique selon laquelle les États sont libres de l'organisation interne de leur territoire. En conséquence, elle admet que certaines différences peuvent exister entre les législations adoptées par les autorités régionales compétentes sans néanmoins constituer une discrimination contraire au droit de l'Union. Elle affirme ainsi que la compétence législative régionale ne porte pas nécessairement atteinte à l'effectivité du droit de l'Union.

Le rejet de l'imputabilité d'un manquement aux collectivités territoriales.

La transposition encore incorrecte des directives «oiseaux»⁵³ et «habitats»⁵⁴ a donné lieu à la sanction de plusieurs manquements à l'encontre de la France et de l'Italie.

⁵¹ Points 26 et 46, arrêt préc.

⁵² Point 48 de l'arrêt.

⁵³ Dir. 79/409/CEE du Conseil, 2 avr. 1979, concernant la conservation des oiseaux sauvages, JOCE, L 103, 25 avr. 1979, p. 1 s.

⁵⁴ Dir. 92/43/CEE du Conseil, 21 mai 1992, concernant la conservation des habitats naturels ainsi que de la faune et de la flore sauvages, JOCE, L 206, 22 juill. 1992, p. 7 s.

Ces décisions rappellent que le comportement fautif est toujours imputable aux États membres et non à leurs collectivités, et montre la difficulté pour les États de faire exactement application de ces directives et d'exercer un contrôle adéquat.

La Commission a dû rappeler à l'ordre l'Italie au sujet de la mise en oeuvre de la directive 79/409 portant sur la conservation des oiseaux sauvages⁵⁵. L'absence de transposition ou la transposition incomplète de la part d'un État membre ne peut être justifiée par l'existence d'une compétence régionale exclusive dans le domaine concerné. L'Italie se fondait sur cet argument pour expliquer d'une part pourquoi certains articles de la directive n'ont pas fait l'objet de transposition au niveau national, notamment au sujet de la planification faunistique et cynégétique mise en oeuvre par les administrations provinciales, et pour justifier d'autre part pourquoi certaines dispositions nationales de transposition avaient une portée plus limitée que la disposition en cause de la directive. La Cour a rappelé que le manquement s'apprécie toujours uniquement à l'égard de l'État membre et que «la circonstance qu'un État membre a confié à ses régions le soin de mettre en oeuvre des directives ne saurait avoir aucune incidence sur l'application de l'article 258 du TFUE»⁵⁶. La Cour confirme ainsi que le manquement ne saurait être prononcé à l'encontre d'une ou de plusieurs régions d'un État membre. Sa décision confirme l'application constante de sa jurisprudence en la matière. S'agissant de l'application de la directive «oiseaux», la Cour a précisé les obligations à la charge des États membres dans une décision du 14 octobre 2010⁵⁷. La directive «oiseaux» a pour objet, avec la directive «

⁵⁵ CJUE, 3e ch., 15 juill. 2010, aff. C-573/08, Commission c. Italie, nep.

⁵⁶ Point 66 de l'arrêt préc.; la Cour précise : «En effet, si chaque État membre est libre de répartir, comme il l'entend, les compétences normatives sur le plan interne, il n'en demeure pas moins que, en vertu de l'article 258 TFUE, il reste seul responsable, vis-à-vis de l'Union, du respect des obligations qui résultent du droit de l'Union».

⁵⁷ CJUE 14 oct. 2010, Commission c. Autriche, aff. C-535/07, nep.

habitats », de permettre l'application de la Convention de Berne du 19 septembre 1979⁵⁸. Leur mise en œuvre a été difficile et le Conseil d'État français s'était prononcé en 2005⁵⁹ en faveur d'une dérogation au régime de protection d'une espèce non domestique à certaines conditions. Le Conseil d'État se fondait sur les deux directives et non sur la Convention elle-même. L'année 2010 a montré que la transposition de ces directives continue de présenter des difficultés pour les États membres, en particulier pour ce qui concerne le classement des zones de protection spéciales. Le comportement de la France dans la mise en œuvre de la directive «habitats» a été sanctionné par la Cour⁶⁰ en raison de la transposition incorrecte de l'article 6 de la directive. La France pourrait être condamnée encore une fois en 2011 au sujet du non-respect des dispositions de cette directive, pour ne pas avoir tenu compte des effets de certaines activités sur l'environnement et sur la conservation et la protection de la nature. Une affaire est en cours devant la Cour de justice s'agissant de la protection et de la conservation des habitats du grand hamster d'Alsace dans la région de Strasbourg. Le recours en manquement introduit par la Commission le 25 septembre 2009 est en cours d'instruction. Dans ces affaires, le manquement est l'État membre. Dans l'affaire pendante devant la Cour concernant la France, comme dans l'affaire prononcée contre l'Italie, le manquement n'est pas imputable à la région malgré l'autonomie dont elle peut bénéficier pour agir dans le domaine concerné.

⁵⁸ Convention de Berne relative à la conservation de la vie sauvage et du milieu naturel de l'Europe. La Communauté économique européenne, désormais l'Union européenne, y est partie depuis 1981 ; JOUE 1982, L38 p. 1.

⁵⁹ CE 20 avr. 2005, Association pour la protection des animaux sauvages, req. n° 271216, Lebon p. 975; dans cette décision le Conseil d'État rappelait l'obligation d'interprétation conforme du droit national au regard des principes posés par les directives; au sujet de la décision, voir notamment la note de J.-M. Pontier, L'homme est-il un loup pour le loup?, AJDA 2005. 1398 et concernant la contrainte à la charge des États membres pour mettre en œuvre et appliquer les directives communautaires, voir le dossier relatif au renforcement de la portée des normes, en particulier CE, ass, 30 oct. 2009, Madame Perreux, RFDA 2009. 1146, note P. Cassia.

⁶⁰ CJUE 4 mars 2010, Commission c. France, aff. C-241/08, nep.

1.3 Les établissements publics.

La soumission des établissements publics au droit de l'Union ne fait pas l'objet de doute. Cependant la Cour de justice a précisé certaines notions en examinant leurs missions. Au sujet des établissements publics, il faut en outre mentionner que le régime de responsabilité applicable à ces établissements hospitaliers en cas d'utilisation de produits considérés défectueux n'a toujours pas été tranché.

La nature et les missions des établissements publics.

Le juge de l'Union s'est prononcé en particulier au sujet de l'indépendance des autorités administratives dans une affaire mettant en cause l'Allemagne, mais qui concerne en réalité l'ensemble des États membres de l'Union et de leurs établissements en raison de l'affirmation de la notion d'indépendance. La Cour a également procédé à un contrôle des organes de contrôle; on peut remarquer une décision dans laquelle elle vérifie le rôle de la Caisse des dépôts et consignations.

Notion d'indépendance. Au début de l'année 2010, la Cour de justice a statué⁶¹ au sujet de l'application de la directive 95/46/CE portant sur la protection des données à caractère personnel⁶². L'affaire concerne la transposition faite par l'Allemagne de la

⁶¹ CJUE, gde ch., 9 mars 2010, Commission c. Allemagne, aff. C-518/07, nep; v. F. Kauff-Gazin, Vers une conception européenne de l'indépendance des autorités de régulation ? – À propos de l'affaire C-518/07, 9 mars 2010, Commission c. Allemagne, Europe, n° 7, juill. 2010, étude 9.

⁶² La directive 95/46/CE, adoptée le 24 octobre 1995 est relative à la protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel et à la libre circulation de ces données (JO L 281, p. 31). Son application présente de nombreuses difficultés à ce sujet, voir notamment, pour une illustration récente de ces difficultés : S. Peyrou-Pistouley, La protection des données à caractère personnel dans l'ELSJ, work in progress..., RTD Eur. 2010. 775

directive. L'Allemagne s'est conformée au texte mais son interprétation de l'expression « indépendance » ne correspond pas à celle retenue par le droit de l'Union, en particulier par la Commission et par le Commissaire européen pour la protection des données. L'Allemagne a prévu que les autorités chargées de la protection des données personnelles soient soumises à un contrôle étatique. La Cour considère que l'indépendance exige que l'autorité agisse de manière objective et impartiale et exerce sa mission sans influence extérieure directe ou indirecte⁶³. Après avoir examiné le fonctionnement des organes allemands chargés de la protection des données personnelles, elle estime que: «la tutelle de l'État, de quelque nature qu'elle soit, permet en principe au gouvernement du Land concerné ou à un organe de l'administration soumise à ce gouvernement d'influer directement ou indirectement sur les décisions des autorités de contrôle ou, le cas échéant, d'annuler et de remplacer ces décisions». Par conséquent, la soumission des autorités de contrôle à une tutelle étatique ne correspond pas à l'exigence d'indépendance nécessaire pour assurer leurs missions.

Le rôle de la Caisse des dépôts et consignation dans le système des quotas d'émission de gaz. Pour négocier la conclusion d'une délégation de service public de chauffage urbain, la ville de Lyon avait besoin de connaître les données relatives aux volumes de quotas d'émissions de gaz à effet de serre vendus au cours de l'année 2005. La Ville en a fait la demande auprès de la Caisse des dépôts et consignations qui est l'organe administrateur du registre national des données. La Caisse des dépôts a refusé cette communication et a confirmé son refus, malgré la décision favorable de la Commission d'accès aux documents administratifs. La ville de Lyon a alors saisi le tribunal administratif de Paris d'un recours tendant à obtenir la communication des données qui lui étaient nécessaires. Le tribunal n'a pas pu trancher le litige sans poser plusieurs questions préjudicielles à la Cour de justice de l'Union. Ses interrogations concernent l'interprétation

⁶³ Selon les points 25 à 30, l'arrêt préc.

de certains textes⁶⁴ établissant un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre. La Cour de justice répond⁶⁵ que les données demandées constituent des données confidentielles selon le règlement communautaire de 2004. Elles ne peuvent être transmises qu'en respectant un régime spécifique et notamment l'exception d'un délai de cinq ans. Comme dans l'affaire précitée relative à l'interprétation de la directive 95/46/CE, la Cour vérifie le rôle de l'administrateur, en l'espèce de la Caisse des dépôts, et reconnaît qu'il lui revient de refuser le cas échéant de communiquer certaines données sans porter atteinte à la mission de l'administrateur central. La Caisse des dépôts a exactement fait application des textes adoptés par l'Union européenne dans cette matière en s'opposant, ce faisant, à son droit national.

La responsabilité des établissements publics hospitaliers en raison de l'utilisation de produits défectueux.

L'application de la directive 85/374/CEE, transposée par la France⁶⁶ en 1998, continue de présenter des difficultés. Aussi bien son champ d'application que le régime de

⁶⁴ La directive 2003/4/CE du Parlement et du Conseil adoptée le 28 janvier 2003 prévoit l'accès du public à l'information en matière d'environnement a directive 2003/87/CE du Parlement européen et du Conseil du 13 octobre 2003 établit un système d'échange de quotas d'émission de gaz à effet de serre dans la Communauté. Le règlement 2216/2004 de la Commission du 21 décembre 2004 met en place un système de registre normalisé et sécurisé conformément à la directive 2003/87/CE.

⁶⁵ CJUE 22 déc. 2010, Ville de Lyon c. Caisse des dépôts et consignations, aff. C-524/09, nep.

⁶⁶ La transposition incorrecte de la directive a conduit la Cour de justice à prononcer le manquement de la France à ses obligations dans l'affaire C-55/00, 25 avr. 2002, Rec. CJCE p. I-413. En raison de l'absence d'exécution de l'arrêt, la Cour a prononcé à nouveau la condamnation de la France dans une procédure de manquement sur manquement, dans l'affaire C-177/04, Rec. CJCE p. I-2461, rendue en Grandchambre, le 14 mars 2006, dans laquelle elle a prononcé une astreinte par jour de retard pour exécuter la décision de la Cour et se conformer au droit communautaire.

responsabilité qu'elle établit sont ambigus. Trois décisions du Conseil d'État doivent être mentionnées. Dans deux d'entre elles, le Conseil d'État a saisi la Cour de justice de questions préjudicielles à ce sujet. Ces affaires permettent de connaître le champ d'application de la directive et de s'interroger au sujet de son application à venir aux produits hospitaliers.

Le champ d'application de la directive. Le Conseil d'État a précisé l'interprétation à donner du champ d'application de la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 relative aux produits défectueux en écartant son application aux organes et greffes porteurs d'une maladie⁶⁷. Le patient contaminé par une hépatite C à la suite d'une transplantation cardiaque ne peut se prévaloir de la directive. La responsabilité de l'hôpital ainsi que celle du laboratoire, le cas échéant, ne sont engagés que sur le fondement des principes de la responsabilité pour faute. La première interprétation donnée par la Cour de justice au sujet de la directive 85/374/CEE concernait ses articles 7 et 9⁶⁸. La Cour avait été sollicitée par la juridiction nationale dans une affaire dans laquelle une transplantation rénale n'avait pu être faite à cause de l'impossibilité d'utiliser l'organe qui avait été rincé par un produit dont la défectuosité en empêchait la transplantation. La Cour de justice n'a pas écarté l'application de la directive relative aux produits défectueux dans cette affaire⁶⁹, à l'inverse des propositions faites en ce sens par son avocat général dans ses conclusions⁷⁰.

⁶⁷ CE 27 janv. 2010, Madame A. - Hospices civils de Lyon et Centre hospitalier de Besançon, req. n° 313568, Lebon.

⁶⁸ CJCE 10 mai 1999, Henning Veddfald, aff. C-203/99, Rec. CJCE p. I-3569.

⁶⁹ V. la note sous l'arrêt précité par P. Kayser, Responsabilité médicale du fait des produits défectueux, D. 2001. 3065.

⁷⁰ L'avocat général Ruiz-Jarabo Colomer, dans ses conclusions prononcées le 14 décembre 2000, avait démontré que la directive n'était pas applicable à un produit créé par un professionnel dans le cadre de son activité de prestation de services ; la solution n'était pas destinée à être mise en circulation ni vendue ni distribuée. Il estime que la préparation et l'utilisation du produit sont associées à son activité de prestation de services (v., en part., le point 14 des conclusions).

À la différence de l'affaire soumise au contrôle du Conseil d'État, le produit défectueux n'était pas l'organe humain mais le liquide destiné à le préparer pour qu'il soit greffé. L'interprétation faite par la juridiction française apporte une précision supplémentaire au champ d'application de la directive sans s'opposer aux principes posés par la Cour dans sa jurisprudence antérieure.

L'application du régime de responsabilité aux produits et aux prestations de services dans un cadre hospitalier. Dans deux autres affaires, le Conseil d'État s'interroge sur l'application du régime de responsabilité sans faute prévue par la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985 aux prestations de service et aux produits fournis à l'hôpital⁷¹. Dans la première affaire⁷², pour condamner le Centre hospitalier universitaire de Besançon et confirmer le jugement en première instance, la Cour administrative d'appel de Nancy s'est fondée sur le principe « selon lequel un établissement doit réparer, en l'absence même de faute de sa part, le dommage subi par un patient du fait de la défaillance d'un appareil ou d'un produit utilisé dans le cadre des soins ». Selon la Cour administrative d'appel, la directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985, et en particulier son article 13, n'empêche pas l'application de ce principe. Ainsi, la victime d'un dommage lié à l'utilisation d'un produit défectueux par le personnel de l'hôpital bénéficierait d'un régime de responsabilité distinct de celui prévu par la directive 85/374/CEE de 1985. L'établissement hospitalier pourrait néanmoins toujours exercer le recours en garantie prévu par la directive contre le producteur du produit défectueux. L'exclusion de l'application de la directive au patient victime de l'usage d'un produit par un tiers conduirait alors à un renforcement de la protection de ses droits. Toutefois, les ambiguïtés au sujet de l'application du texte ont imposé au Conseil d'État de saisir la Cour de justice d'un renvoi préjudiciel en

⁷¹ Pour une présentation des positions du Conseil d'État et de la Cour de cassation au sujet de cette responsabilité, v. L. Dubouis, « La distinction droit public/droit privé à l'épreuve de l'évolution de la responsabilité médicale », in Mélanges Marcel Waline, Dalloz, 2002, p. 195.

⁷² CE 4 oct. 2010, Centre hospitalier universitaire de Besançon, req. n° 327449.

interprétation. Le Conseil d'État a posé deux questions à la Cour⁷³. Dans sa première question, il l'interroge sur la possibilité pour l'État membre de « mettre en oeuvre un régime de responsabilité fondé sur la situation particulière des patients des établissements publics de santé ». Dans sa seconde question, il demande à la Cour si la directive empêche que l'État prévoie un régime de responsabilité spécifique aux prestataires de services. Dans la seconde affaire⁷⁴, portant sur l'application de la directive 85/374/CEE, était en cause la défectuosité d'une vis destinée à un jeune garçon pour corriger une torsion des membres inférieurs. En raison de la mauvaise qualité de la vis utilisée, l'enfant a dû subir plusieurs opérations et la responsabilité du centre hospitalier a été recherchée. Comme dans l'affaire précédente, la cour administrative d'appel s'est fondée sur la responsabilité même sans faute de l'hôpital, sans préjudice de l'exercice d'un recours en garantie à l'encontre du producteur. Le Conseil d'État a décidé de surseoir à statuer sur le pourvoi formé devant lui jusqu'à ce que la Cour de justice ait répondu aux questions préjudicielles posées dans le cadre du litige mettant en cause le centre hospitalier de Besançon. Si la Cour de justice de l'Union répond de manière affirmative à la première des deux questions préjudicielles, elle offrira véritablement la possibilité aux États membres, et à la France en particulier, d'établir un régime spécifique de responsabilité sans faute en faveur des victimes de l'utilisation de produits défectueux dans un cadre hospitalier. La Cour devrait alors répondre de façon négative à la seconde question afin de donner la possibilité aux États membres d'édicter un régime spécifique aux prestataires de services. Cette interprétation restrictive de la directive devrait s'appliquer, dans un souci de cohérence, à l'ensemble des prestations de services, et ne pas être limitée à la mise en jeu de la responsabilité hospitalière. La Cour de justice, réunie en Grand-chambre, a donné, en 2009⁷⁵, une interprétation de l'article 11 de la directive 85/374/CEE. La Cour était sollicitée par la House of Lords afin de répondre à une

⁷³ L'affaire C-495/10 a été enregistrée devant la Cour le 15 octobre 2010; JOUE, C-30, 29 janv. 2011, p. 14.

⁷⁴ CE 16 déc. 2010, Centre hospitalier universitaire de Bordeaux, req. n° 324455, inédit.

⁷⁵ CJCE 2 déc. 2009, Aventis Pasteur c. OB, aff. C-358/08.

affaire mettant en cause le laboratoire Aventis Pasteur pour avoir fourni des vaccins dont l'un avait causé des lésions graves au demandeur à l'instance. La société Pasteur Mérieux (qui a changé de dénomination) a fourni les doses de vaccins suspectes à sa filiale Mérieux établie sur le territoire britannique. Le requérant a formé son recours en 2000 à l'encontre de l'entreprise qu'il croyait être le fabricant du vaccin qui lui a été injecté. Cependant, son recours n'a pas été formé à l'encontre du véritable fabricant du vaccin et le requérant se trouvait, du fait de l'expiration du délai de dix ans, dans l'impossibilité d'obtenir réparation de son préjudice sur le fondement de la directive portant sur les produits défectueux. La Grande-Bretagne a alors admis qu'il puisse substituer le défendeur à l'instance malgré l'expiration du délai de prescription. Toutefois, la House of Lords a posé à la Cour de justice une question préjudicielle au sujet de la compatibilité de cette loi avec l'article 11 de la directive. La Cour a donné une interprétation restrictive de l'article 11 de la directive. Elle a estimé que la législation britannique n'était pas conforme à cette disposition. Toutefois, elle a ajouté une interprétation plus extensive de l'article 3 de la directive, en faveur de la victime en déclarant que : « lorsque la victime d'un produit prétendument défectueux n'a raisonnablement pas pu identifier le producteur dudit produit avant d'exercer ses droits à l'encontre du fournisseur de ce dernier, ledit fournisseur doit être considéré comme un "producteur", aux fins, notamment, de l'application de l'article 11 de ladite directive, s'il n'a pas communiqué à la victime, de sa propre initiative et de manière diligente, l'identité du producteur ou de son propre fournisseur, ce qu'il appartient à la juridiction nationale de vérifier au vu des circonstances de l'espèce ».

2. LE JUGE ADMINISTRATIF (par *Laure Clément-Wilz*)

L'institution, par le traité de Lisbonne, d'un Comité consultatif en vue de la nomination des membres de la Cour resserre le lien qui existe déjà entre la Cour de justice et le juge administratif. La période de référence est également marquée par différents arrêts

du Conseil d'État et de la Cour de justice, qui concernent la place du juge national comme «juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne»⁷⁶.

2.1. Les liens entre le juge administratif et la Cour de justice

Le mécanisme du renvoi préjudiciel est un mécanisme de coopération de juge à juge, pour autant que l'organe qui saisit la Cour soit bien qualifié de juridiction au sens du droit de l'Union. Le nouveau Comité consultatif crée quant à lui un lien d'une nouvelle nature entre le Conseil d'État et la Cour.

La notion de juridiction pouvant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice La question de la qualification de juridiction des autorités administratives indépendantes (AAI) n'a véritablement d'intérêt que sur le plan du droit de l'Union⁷⁷. En effet, au regard des exigences de protection de l'administré et du justiciable posés par le droit français et l'article 6 de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH), la qualification de juridiction d'une autorité administrative indépendante (AAI) importe finalement assez peu, y compris lorsqu'elle dispose du pouvoir de sanction⁷⁸. En revanche, seule une AAI qualifiée de « juridiction » au sens de l'article 267 TFUE peut poser une question préjudicielle, ce qui lui permet de s'émanciper plus facilement de l'interprétation du droit de l'Union donnée par le juge administratif. Sur ce plan, la Cour de justice considère, dans son arrêt *RTL Belgium SA*⁷⁹, que le CSA belge n'est pas une juridiction.

⁷⁶ CE 14 mai 2010, Rujovic, req. n° 312305, Lebon.

⁷⁷ Elle n'est importante que pour l'application du mécanisme du renvoi préjudiciel (J. Ziller, Les autorités administratives indépendantes entre droit interne et droit de l'Union européenne, RFDA 2010. 901).

⁷⁸ Ainsi que le démontre Pascale Idoux (P. Idoux, Autorités administratives indépendantes et garanties procédurales, RFDA 2010. 920).

⁷⁹ CJUE 22 déc. 2010, *RTL Belgium SA*, C-517/09, nep (sans conclusions).

Au contraire, dans son arrêt *Nidera Handelsompanie*, elle juge qu'une commission liée au ministère des Finances est une juridiction dans la mesure où elle est suffisamment indépendante du ministère auquel elle se rattache⁸⁰. La création d'un Comité consultatif pour la nomination des membres de la Cour de justice et du Tribunal Pour la première fois depuis que la Cour de justice existe, la procédure de sélection des juges et avocats généraux est modifiée, répondant ainsi en partie aux critiques formulées sur son manque de transparence et son caractère exclusivement national⁸¹. L'entrée en vigueur du traité de Lisbonne a permis qu'un Comité, composé de « sept personnalités choisies parmi d'anciens membres de la Cour de justice et du Tribunal, des membres des juridictions nationales suprêmes et des juristes possédant des compétences notoires », soit institué afin de donner un avis sur l'adéquation des candidats à l'exercice des fonctions de juge et d'avocat général à la Cour de justice et au Tribunal, avant que les gouvernements des États membres procèdent aux nominations⁸². Depuis le 1er mars 2010 ont été désignés les membres du Comité et la présidence a été attribuée au vice-président du Conseil d'État M. Jean-Marc Sauvé⁸³. Contrairement à l'organisation de la consultation du Comité institué pour auditionner les candidats aux fonctions de juge du Tribunal de la fonction publique, il n'existe pas de procédure d'appel à candidature et il n'est pas prévu que le comité dresse une liste de candidats dont le nombre pourrait être supérieur au nombre de sièges à pourvoir. Chaque État membre devrait continuer à ne proposer qu'un candidat, et les représentants des autres États membres se contenteraient, comme par le passé, d'entériner

⁸⁰ CJUE 21 oct. 2010, *Nidera Handelscompagnie BV*, C-385/09, nep (sans conclusions).

⁸¹ V. Grementieri, *Le statut des juges de la Cour de justice des Communautés européennes*, RTD Eur. 1967. 817 s., spéc. p. 830; P. Pescatore, *La légitimité du juge en régime démocratique*, Commentaires 2000, n° 90, p. 339, spéc. p. 343; A. Arnulf, *The European Union and its Court of Justice*, 2nd ed., 2006, p. 22

⁸² Art. 255 TFUE.

⁸³ Cons. UE, Déc. 2010/125, 25 févr. 2010 portant désignation des membres du Comité prévu à l'article 255 TFUE: JOUE L 50, 27 févr. 2010, p. 20.

ce choix⁸⁴. Autrement dit, la procédure de sélection des juges resterait bien nationale et le nouveau Comité serait destiné à donner un avis, non sur de véritables «candidats», mais sur des personnalités déjà choisies par leur État. Les règles d'organisation du Comité prévoient que, sauf en cas de renouvellement, «le Comité entend le candidat dans le cadre d'une audition non publique»⁸⁵. Après les premières auditions et avis du Comité, la proposition hongroise de nomination d'un juge au Tribunal⁸⁶ a pendant un temps été retirée⁸⁷, puis réitérée et finalement entérinée⁸⁸. À la suite de l'audition de certaines personnalités en vue de leur nomination comme juge au Tribunal, la Roumanie et la Grèce ont modifié leur choix⁸⁹. S'il existait bien un lien de cause à effet entre l'avis du Comité et les différents

⁸⁴ H. Rasmussen, Present and future of the European judicial problems after enlargement and the post-2005 ideological revolt, CMLRev. 2007, p. 1661; Rapport final du Cercle de discussion sur le fonctionnement de la Cour de justice, 25 mars 2003, CONV. 636/03, pt 6.

⁸⁵ Cons. UE, 25 févr. 2010, Déc. 2010/124, relative aux règles de fonctionnement du comité prévu à l'article 255 TFUE, JOUE L 50, 27 juill. 2010, p. 18.

⁸⁶ Cons. UE, 15 déc. 2009, Communication aux membres du COREPER, 17563/09. Candidature momentanément entérinée par le COREPER (Cons. UE, 21 juin 2010, Projet de décision portant nomination des juges du Tribunal, 10952/10).

⁸⁷ Représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne, 23 juin 2010, Déc. 2010/362, portant nomination des membres du Tribunal, JOUE L 163, 30 juin 2010, p. 41. Le deuxième considérant précise : «Le comité institué par l'article 255 du TFUE a donné un avis sur l'adéquation des onze juges susmentionnés à l'exercice des fonctions de juge au Tribunal. Ultérieurement, la candidature de M. Ottó Czúcz a été retirée».

⁸⁸ Représentants des gouvernements des États membres de l'Union européenne (RGEMUE), 8 juill. 2010, Déc. 2010/400, portant nomination des membres du Tribunal, JOUE L 186, 20 juill. 2010, p. 29.

⁸⁹ La Roumanie a proposé la nomination de Stefan Deaconu (Cons. UE, 5 janv. 2010, Communication aux membres du COREPER, 17803/9) puis d'Andrei Popescu (Cons. UE, 24 sept 2010, Communication aux membres du COREPER, 14060/20), officiellement nommé juge (RGEMUE, 18 nov. 2010, Dec. 2010/703/UE, portant nomination d'un juge au Tribunal, JOUE L 306, 23 nov. 2010, p. 76). La Grèce a proposé la nomination de Christos Vassilopoulos (Cons. UE, 9 févr. 2010, Communication aux membres du COREPER, 6125/10) puis de Dimitrios Grastias (Cons. UE, 27 juill. 2010, Communication aux membres du COREPER, 12634/10), finalement

changements opérés par les États membres concernés, on pourrait penser que le Comité évalue concrètement si les candidats offrent bien toutes les garanties d'indépendance et s'ils possèdent «la capacité juridique requise pour l'exercice des fonctions juridictionnelles»⁹⁰, comme le fait le Comité instauré pour la sélection des juges au Tribunal de la fonction publique. Les personnalités auditionnées deviendraient alors de véritables « candidats », ainsi que le prévoit d'ailleurs le Traité. Dans ce cas, la procédure de sélection des membres de la Cour changerait de nature en devenant partiellement nationale et partiellement régie par le droit de l'Union. Surtout, si un tel rôle du Comité devait se confirmer, il deviendrait alors impératif de rendre plus transparente la teneur de son avis⁹¹, voire de ses auditions, à l'instar des auditions des juges de la Cour suprême des États-Unis. Enfin, la composition de la Cour de justice deviendrait partiellement dépendante de membres de hautes juridictions nationales en exercice.

2.2. Le juge administratif, juge de droit commun du droit de l'Union européenne.

La période de référence est marquée par l'affaire Melki relative au rapport entre la primauté du droit de l'Union et la question prioritaire de constitutionnalité (QPC), par différentes affaires de la Cour et du Conseil d'État sur l'invocabilité de certaines normes du

nommé (RGEMUE, 22 oct. 2010, 2010/669/UE, portant désignation d'un juge au Tribunal, JOUE L 278, 22 oct. 2010, p. 29).

⁹⁰ Déc. 2005/50/CE, relative aux conditions et aux modalités régissant la présentation et le traitement des candidatures en vue de la nomination des juges du Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne, JO L 50 du 23 févr. 2005, p. 7-8).

⁹¹ Seule la candidature de Sacha Préchal aux fonctions de juge à la Cour a fait ouvertement l'objet d'un « avis favorable » du Comité (RGEMUE, 2 juin. 2010, 2010/306/UE, portant désignation d'un juge à la Cour de justice, JOUE L 137, 3 juin 2010, p. 3).

droit de l'Union et par le rôle du juge au provisoire. La primauté du droit de l'Union et la question prioritaire de constitutionnalité. Du point de vue du rapport entre les juridictions, l'affaire Melki a placé la Cour de justice dans la position très inconfortable d'avoir à trancher un différend entre plusieurs juges d'un même État membre⁹². Ce n'est certes pas la première fois. Ainsi, dans une affaire *Commission c. Italie*, la Cour de justice avait été confrontée à une divergence d'interprétation de la loi nationale entre plusieurs juridictions italiennes. La majorité d'entre elles appliquait cette loi en contradiction avec le droit de l'Union, alors que d'autres respectaient celui-ci. Évitant de constater un « manquement judiciaire », la Cour de justice a déduit de la divergence d'appréciation que la loi n'était pas suffisamment claire pour assurer une interprétation conforme au droit de l'Union, d'où la reconnaissance d'un manquement dont seul le législateur italien était responsable⁹³. Dans l'affaire Melki, le gouvernement français a relevé que la Cour de cassation considérait, à tort, que le Conseil constitutionnel pouvait examiner la conventionnalité d'une loi au motif que l'inconstitutionnalité d'une loi résulterait de sa contrariété aux dispositions du droit de l'Union. Sur le terrain de la recevabilité de la question préjudicielle, la Cour de justice rappelle simplement que le cadre réglementaire et factuel est défini sous la responsabilité du juge a quo. Elle ajoute qu'« il n'apparaît pas de manière manifeste que l'interprétation, effectuée par la Cour de cassation, du mécanisme de la QPC est à l'évidence exclue au regard du libellé des dispositions nationales »⁹⁴. Dans la suite de l'arrêt, la Cour n'exclut pas

⁹² Cass., 16 avr. 2010, n° 12003 ND, Abdeli et Melki ; Cons. const., 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605-DC; CE 14 mai 2010, n° 312305, Rujovic, préc. ; CJUE 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, C-188/10 et C-189/10 (prise de position Mazak, 7 juin 2010). Denys Simon et Anne Rigaux évoquent « le modèle d'armistice suggéré par la Cour de justice dans une guerre des juges franco-française », D. Simon et A. Rigaux, *Perseverare autem diabolicum?* La Cour de cassation refuse définitivement de donner effet à la question prioritaire de constitutionnalité, Europe 2010, Repère 8.

⁹³ CJCE 9 déc. 2003, *Commission c. Italie*, C-129/00, Rec. CJCE p. I-14637 (concl. Geelhoed), pt 33.

⁹⁴ CJUE 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, C-188/10 et C-189/10, préc. pt 28.

la présentation du droit français de la Cour de cassation mais parvient tout de même à donner une réponse en considération du droit national tel que présenté par le gouvernement français, en s'appuyant sur l'obligation d'interprétation conforme. Elle juge en effet qu'eu égard aux décisions dite Jeux de hasard du Conseil constitutionnel et Rujovic du Conseil d'État, «une telle interprétation des dispositions nationales qui ont institué le mécanisme de contrôle de constitutionnalité en cause au principal ne saurait être exclue»⁹⁵. Ainsi, l'arrêt Rujovic a alimenté un «étonnant dialogue des juges»⁹⁶ au moment où la Cour de justice devait prendre une position décisive pour l'ordre juridique. Il a aussi permis de «ramener la sérénité dans un débat qui commençait à en manquer » au sein des institutions françaises⁹⁷. Enfin, il a surtout contribué à ce que la Cour réponde utilement à la question de la compatibilité du mécanisme de la QPC avec le droit de l'Union. Sur le fond, l'arrêt Melki de la Cour de justice rejoint en grande partie l'arrêt Rujovic du Conseil d'État⁹⁸. Les deux hautes juridictions s'accordent sur l'obligation du juge national d'assurer l'effectivité du droit de l'Union⁹⁹. De plus, la Cour de justice admet que le mécanisme de la QPC empêche

⁹⁵ CJUE, 22 juin 2010, Aziz Melki et Sélim Abdeli, préc., pt 50.

⁹⁶ M. Gauthier, QPC et droit communautaire, retour sur une tragédie en cinq actes, Dr. adm. 2010, étude 19, pt 3

⁹⁷ H. Labayle, Question prioritaire de constitutionnalité et question préjudicielle: ordonner le dialogue des juges ?, RFDA 2010. 659.

⁹⁸ Schématiquement, la Cour de cassation avait une approche plus restrictive qui portait en germe une incompatibilité du mécanisme de la question prioritaire de constitutionnalité avec le droit de l'Union (Cass., 16 avr. 2010, n° 12003 ND, Abdeli et Melki), tandis que le Conseil constitutionnel avait au contraire une approche plus large qui évitait tout conflit possible avec le droit de l'Union (Cons. const., 12 mai 2010, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne, n° 2010-605-DC). Pour un ensemble des aspects de la question, voir le dossier consacré par la RFDA à la question prioritaire de constitutionnalité.

⁹⁹ Les dispositions de la loi organique sur la question prioritaire de constitutionnalité «ne font pas obstacle à ce que le juge administratif, juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, en assure l'effectivité» (CE, Rujovic, préc. ; Comp. CJUE 22 juin 2010, préc., pt 43).

le juge national de laisser immédiatement inappliquée une disposition législative nationale qu'il estime contraire au droit de l'Union¹⁰⁰, à condition qu'il puisse «adopter toute mesure nécessaire afin d'assurer une protection juridictionnelle provisoire»¹⁰¹. De la même manière, le Conseil d'État considère que le juge national assure l'effectivité du droit de l'Union «à tout moment de cette procédure, lorsque l'urgence le commande, pour faire cesser immédiatement tout effet éventuel de la loi contraire au droit de l'Union». Les deux juridictions assouplissent l'exigence d'immédiateté du droit de l'Union posée par l'arrêt Simmenthal afin de préserver la QPC¹⁰². Elles considèrent que c'est seulement au terme de la procédure d'examen d'une question de constitutionnalité que le juge national retrouve toute latitude pour assurer pleinement l'efficacité du droit de l'Union. À cet égard, la Cour de justice précise dans l'arrêt Elchinov du 5 octobre 2010 que le juge national n'est pas lié par des appréciations d'une juridiction supérieure dès lors qu'il estime, au vu de l'interprétation de la Cour de justice, que ces appréciations ne sont pas conformes au droit de l'Union¹⁰³. Transposée à la QPC, cette solution implique que «le juge national ne devrait pas être lié par une décision du Conseil constitutionnel s'il apparaît, au vu de l'interprétation donnée par la Cour de justice, qu'une telle décision est contraire au droit de l'Union»¹⁰⁴.

Par ailleurs, les deux hautes juridictions préservent le mécanisme du renvoi préjudiciel devant la Cour de justice: la priorité accordée à la question de constitutionnalité

¹⁰⁰ CJUE 22 juin 2010, préc., pt 53 et dispositif.

¹⁰¹ Ibid.

¹⁰² Ainsi, «la Cour fait montre d'une tolérance remarquable à l'égard du système français (...)» (D. Simon et A. Rigaux, Solange, le mot magique du dialogue des juges..., Europe 2010, Repère 7).

¹⁰³ CJUE 5 oct. 2010, Georgi Ivanov Elchinov, C-173/09, nep (concl. Cruz Villalon). V. égal. CJUE 8 sept. 2010, Winner Wetten, C-409/06, nep (conclusions Bot).

¹⁰⁴ F. Picod, Le juge national doit suivre la Cour de justice plutôt que le juge national supérieur, JCP 2010, 1061.

n'altère pas la liberté du juge national de poser une question préjudicielle à tout moment¹⁰⁵. De ce point de vue, est «nettement condamnée la priorité de transmission de la QPC au regard de la question préjudicielle»¹⁰⁶. La coopération judiciaire au coeur de tout mécanisme de renvoi préjudiciel, qu'il soit constitutionnel ou européen¹⁰⁷, est donc protégée. En outre, la Cour de justice protège de manière plus particulière sa compétence exclusive, consacrée depuis l'arrêt Foto- Frost¹⁰⁸, pour constater l'invalidité d'un acte de l'Union. Pour cette raison, s'agissant d'une loi nationale de transposition se limitant à transposer les dispositions impératives d'une directive de l'Union, la question de savoir si la directive est valide revêt, eu égard à l'obligation de transposition de celle-ci, un caractère préalable¹⁰⁹. Ainsi, «pas davantage que le juge national ne peut invalider une règle de droit de l'Union, le juge ordinaire ne peut apprécier la constitutionnalité d'une loi»¹¹⁰. Si le conflit potentiel entre le mécanisme de la QPC et le rôle du juge national comme juge de droit commun du droit de l'Union résulte de la «double allégeance du juge national»¹¹¹ vis-à-vis du droit de l'Union et du droit constitutionnel, sa solution se trouve bien dans la

¹⁰⁵ Le Conseil d'État juge que « le juge administratif dispose de la possibilité de poser à tout instant, dès qu'il y a lieu de procéder à un tel renvoi (...), une question préjudicielle à la Cour de justice » (comp. CJUE 22 juin 2010, préc., pt 52 et dispositif).

¹⁰⁶ M. Gauthier, préc., pt 18.

¹⁰⁷ H. Labayle, préc.

¹⁰⁸ CJCE 22 oct. 1987, Foto-Frost, C-314/85, Rec. CJCE p. 4199 (concl. Mancini).

¹⁰⁹ CJUE 22 juin 2010, préc., pt 55 et 56.

¹¹⁰ H. Labayle, préc.

¹¹¹ B. Bertrand, « La double allégeance du juge national – La question prioritaire de constitutionnalité à l'épreuve du droit de l'Union européenne », *Annuaire du droit européen* 2009, Bruylant, à paraître.

coopération judiciaire et dans la protection des compétences respectives¹¹² des différentes juridictions dans le nouveau contexte pluraliste¹¹³. L'invocabilité du droit de l'Union européenne Tout d'abord, le Conseil d'État a rappelé, par son arrêt du 16 mars 2009, que le principe de coopération loyale n'était pas d'effet direct. De même, si la Cour de justice précise que ce principe doit être respecté par les juridictions¹¹⁴, elle n'a jamais reconnu son effet direct. Ensuite, par son arrêt Perreux du 30 octobre 2009, le Conseil d'État opère un revirement de jurisprudence en jugeant que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif même non réglementaire » des dispositions d'une directive revêtues d'un effet direct. Il précise que cela résulte de l'obligation de transposition des directives, laquelle repose sur une obligation issue des traités ou sur une obligation de nature constitutionnelle¹¹⁵. Par cette dernière référence¹¹⁶, le Conseil d'État ajoute une nouvelle pierre à l'édification de la « constitutionnalisation » de l'ordre juridique de l'Union, qui décrit certes « un processus d'origine jurisprudentielle au terme duquel, en vertu des principes de primauté et d'effet direct, le droit (de l'Union), et en lui d'abord les traités qui le fondent, s'élèvent à la dignité de norme suprême dans l'aire d'influence (de l'Union) »¹¹⁷, mais qui consiste également à ancrer de plus en plus le droit de l'Union dans

¹¹² « Monopole interprétatif », selon la formule de M. Póitres Maduro, Conférence à la Cour de cassation, déc. 2007, cité par H. Labayle, préc.

¹¹³ Ibid.

¹¹⁴ CJCE 27 oct. 2009, Land Oberösterreich, C-115/08, Rec. CJCE p. I-265 (concl. Póitres Maduro), pt 138.

¹¹⁵ CE, ass., 30 oct. 2009, Mme Perreux, n° 298348, concl. M. Guyomar, RFDA 2009. 1125, note M. Canedo-Paris ; ibid. 2010. 126 ; P. Cassia, Une nouvelle étape dans l'Europe des juges ; ibid. 2009. 1146 ; M. Gauthier, O tempora, o mores... Le Conseil d'État et les directives communautaires, Dr. adm. 2009, étude 21 ; L. Coutron, La lente conversion du Conseil d'État à l'effet direct des directives, AJDA 2010. 1412.

¹¹⁶ Pour une critique de l'utilisation de ce fondement constitutionnel, V. L. Coutron, préc.

¹¹⁷ L. Azoulay, La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation, RFDA 2003. 859.

les droits constitutionnels nationaux¹¹⁸. Enfin, par un arrêt du 1er mars 2010¹¹⁹, le Conseil d'État juge que le code de conduite pour le recrutement des chercheurs (issu d'une recommandation de la Commission), prévoyant que les candidats aux concours de recrutement doivent être informés des points forts et des points faibles de leur candidature, ne lie pas les États membres. Dès lors, le requérant ne peut se prévaloir d'une méconnaissance de ce code. En réitérant une position déjà affirmée par le passé¹²⁰, le Conseil d'État méconnaîtrait-il la jurisprudence de la Cour de justice, selon laquelle les juges nationaux doivent prendre en considération une recommandation si le droit national l'applique ou si la recommandation a été adoptée en vue de compléter un acte de l'Union ayant un caractère contraignant¹²¹? Dans l'arrêt Alassani du 18 mars 2010, la Cour de justice déduit du renvoi opéré dans la directive « service universel » à une recommandation dont le champ d'application est limité aux procédures de règlement d'un litige par l'intervention active d'une tierce personne, que les procédures de règlement des différends visées dans cette directive doivent suivre ce modèle¹²². De la même manière, le Règlement définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en oeuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche renvoie

¹¹⁸ Sur la constitutionnalisation de l'Union par la Cour de cassation dans l'arrêt Melki (V. infra), V. P. Cassia et E. Saulnier-Cassia, Imbroglío autour de la question prioritaire de constitutionnalité, RFDA 2010. 1234 et E. Dubout et B. Nabli, L'émergence d'un droit français de l'intégration européenne, RFDA 2010. 1021.

¹¹⁹ CE 1er mars 2010, M. A., req. n° 318353.

¹²⁰ CE 29 juill. 1994, Mme X., req. n° 102845.

¹²¹ CJCE 13 déc. 1989, Grimaldi, C-322/88, Rec. CJCE p. 4407 (concl. Mischo), pt 11 et 18; CJCE 11 sept. 2003, Altair Chimica, aff. C-207/01, Rec. CJCE p. I-8875 (concl. Jacobs), pt 41.

¹²² CJUE 18 mars 2010, Alassani, C-317 à 320/08, nep (concl. Kokott).

expressément au code de conduite pour le recrutement des chercheurs¹²³. Toutefois, un tel renvoi dans un acte ayant un caractère contraignant n'aurait probablement pas suffi à rendre le code de conduite invocable en l'espèce car le Règlement prévoit son respect seulement au sujet des conventions de subvention-type et fixe le code de conduite comme un objectif à respecter pour le seul programme-cadre.

Le juge au provisoire

Le Conseil d'État applique le principe d'équivalence, principe qui encadre l'autonomie procédurale des États membres, dans le cadre des procédures d'urgence. Dans son arrêt du 16 juin 2010, il précise que le juge des référés ne peut ordonner la suspension de l'exécution d'une décision administrative dont la légalité est contestée qu'«en cas de méconnaissance manifeste des exigences qui découlent du droit de l'Union»¹²⁴.

3. L' INDIVIDU (par Laure Clément-Wilz)

Face au droit de l'Union européenne, le droit administratif français envisage différemment l'individu selon qu'il est un citoyen européen et/ou un agent public ou un ressortissant d'un État tiers.

¹²³ PE et Cons. UE, 18 sept. 2006, définissant les règles de participation des entreprises, des centres de recherche et des universités pour la mise en oeuvre du septième programme-cadre de la Communauté européenne et fixant les règles de diffusion des résultats de la recherche, JOUE L 391, 30 déc. 2006, p. 1, consid. 9, art. 9, § 9, consid. 22.

¹²⁴ CE 16 juin 2010, Mme A., req. n° 340250, Lebon.

3.1. Le citoyen de l'Union européenne

La nationalité.

Par son arrêt Rottmann, la Cour de justice admet que l'État d'accueil d'un citoyen européen qui a obtenu frauduleusement sa naturalisation puisse la lui retirer alors même que celui-ci avait perdu la nationalité de son État d'origine à la suite de cette naturalisation.

Elle admet donc l'apatridie ainsi que la perte de la qualité de citoyen de l'Union qui en résulte. Si le droit français de la nationalité est potentiellement préservé, ce serait toutefois sous conditions. En application du principe de proportionnalité, l'administration devra «tenir compte des conséquences éventuelles que cette décision emporte pour l'intéressé et, le cas échéant, pour les membres de sa famille en ce qui concerne la perte des droits dont jouit tout citoyen de l'Union»¹²⁵. La Cour ajoute qu'«il importe à cet égard de vérifier, notamment, si cette perte est justifiée par rapport à la gravité de l'infraction commise par celui-ci, au temps écoulé entre la décision de naturalisation et la décision de retrait ainsi qu'à la possibilité pour l'intéressé de recouvrer sa nationalité d'origine»¹²⁶. Ainsi, si la Cour rappelle la compétence exclusivement nationale en matière de nationalité, ses modalités d'exercice sont en revanche encadrées¹²⁷. À cet égard, l'État d'accueil devra s'assurer qu'il soit accordé un délai raisonnable dans l'État d'origine afin qu'il puisse essayer de recouvrer sa nationalité. De la sorte, la Cour crée une « situation de dépendance entre deux actes administratifs provenant de deux États membres»¹²⁸.

¹²⁵ CJUE, gde ch., 2 mars 2010, Janko Rottmann, aff. C-135/08, nep (concl. Poiars Maduro), pt 56.

¹²⁶ Ibid.

¹²⁷ E. Pataut, Citoyenneté de l'Union européenne et nationalité étatique, RTD Eur. 2010. 617.

¹²⁸ L. Coutron, Droit du contentieux de l'Union européenne – Chronique, RTD Eur. 2010. 599.

Tout retrait ou déchéance de la nationalité d'un État membre fait perdre le statut de citoyen de l'Union dont il dépend, dans l'hypothèse où l'individu n'est le national que d'un seul État membre. Or, si un individu de nationalité française se voyait déchoir de sa nationalité en raison des crimes commis contre la nation, ou si les dispositions incluses à l'automne 2010 dans le projet de loi sur l'immigration d'étendre la déchéance de la nationalité aux individus ayant causé la mort d'une personne dépositaire de l'autorité publique avaient été retenues¹²⁹, le droit de l'Union aurait-il éventuellement pu venir encadrer les conditions de retrait de la nationalité, à supposer que la situation relève bien du champ d'application du droit de l'Union? La réponse semble a priori négative. En effet, si M. Rottmann ne risquait pas l'apatridie, la Cour n'aurait probablement pas sanctionné la seule perte de la qualité de citoyen de l'Union.

L'éloignement du territoire.

Le citoyen de l'Union est encore parfois considéré comme un étranger «classique» dans l'État d'accueil: en témoigne le renvoi, décidé au cours de l'été 2010, de plusieurs centaines de Roms vers leur pays d'origine, la Roumanie ou la Bulgarie¹³⁰. Les mesures d'éloignement du territoire du citoyen européen sont pourtant strictement encadrées par le droit de l'Union européenne, notamment par les articles 27 à 33 de la directive 2004/38, relative aux droits des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres. Ils établissent des garanties à la fois matérielles et procédurales, qui appellent une interprétation large¹³¹. En droit français,

¹²⁹ Proposition finalement rejetée par le Sénat et retirée par le gouvernement.

¹³⁰ V. A. Iliopoulou, «Le temps des gitans»: à propos de la libre circulation des Roms dans l'Union, Europe 2010, janv., étude 1.

¹³¹ Sur l'interprétation large des garanties quant au champ d'application personnel, V. CJCE 7 juin 2007, Commission c. Pays-Bas, aff. C-50/06, Rec. CJCE p. I-4383 (concl. Sharpston), pt 35.

s'agissant des conditions sur le fond, l'article L 121-4 du Code de l'entrée et du séjour des étrangers et du droit d'asile (CESEDA) précise qu'un citoyen européen qui ne peut justifier d'un droit au séjour ou dont la présence constitue une menace pour l'ordre public, peut faire l'objet d'une décision de refus de séjour ou d'une mesure d'éloignement du territoire. De même, les décisions de reconduite à la frontière peuvent être adoptées en cas de simple «menace pour l'ordre public»¹³². Le Tribunal administratif de Lille a interprété cette disposition à la lumière des exigences matérielles posées par l'article 27 de la directive 2004/38: doit être regardé comme constituant une menace à l'ordre public le comportement d'un citoyen de l'Union qui «représente une menace réelle, actuelle et suffisamment grave pour un intérêt fondamental de la société»¹³³. Le Tribunal a ainsi annulé un arrêté de reconduite à la frontière d'une ressortissante roumaine qui occupait illégalement un terrain appartenant à la Communauté urbaine de Lille, au motif que cette occupation illégale ne constituait pas en elle-même, une menace à l'ordre public. Sur le terrain des conditions procédurales, les dispositions françaises relatives à l'expulsion sont vraisemblablement contraires à la directive 2004/38¹³⁴. Pour les citoyens européens faisant l'objet d'une obligation de quitter le territoire français ou d'une mesure de reconduite à la frontière, l'article R 512-1-1 du CESEDA précise que «La notification des arrêtés de reconduite à la frontière pris à l'encontre [des citoyens européens] comporte le délai imparti pour quitter le territoire. Sauf urgence, ce délai ne peut être inférieur à un mois». Le Conseil d'État a rappelé, par un arrêt du 13 juin 2010, que cette disposition visait à transposer l'article 30 de la directive 2004/38, qui impose une notification écrite des «motifs précis » de l'expulsion ainsi que, entre autres, « l'indication du délai imparti pour quitter le territoire»¹³⁵. Cette mention «n'est pas une mesure d'exécution de la décision [d'éloignement] mais un élément

¹³² Art. L 511-1, II, 8°, CESEDA.

¹³³ TA Lille, 27 août 2010, Mme X., req. n° 1005246.

¹³⁴ A. Iliopoulou, préc.

¹³⁵ CE, 13 janv. 2010, M. A., req. n° 316488.

constitutif de la décision elle-même» et «le défaut de cette mention est de nature à affecter la légalité de la décision d'éloignement»¹³⁶, précise le Conseil d'État. Dans le contexte particulier où la France a été menacée d'une procédure d'infraction par la Commission, le rappel du Conseil d'État des garanties existantes en droit français est particulièrement bienvenu.

L'asile.

De la même manière que le citoyen de l'Union ne peut être traité, au regard des règles en matière d'éloignement du territoire, comme un simple étranger dans l'État d'accueil, il ne peut, symétriquement, demander le droit d'asile dans un autre État au motif que son État d'origine n'est pas sûr au sens du droit commun des étrangers. En effet, le protocole sur le droit d'asile pour les ressortissants des États membres de l'Union européenne limite la prise en considération ou l'instruction d'une demande d'asile présentée par un ressortissant d'un État membre à des cas très limités: si l'État n'a pas respecté la Convention européenne des droits de l'homme en cas de guerre ou en cas d'autres dangers publics menaçant la vie de la nation ou s'il fait l'objet d'une procédure de sanction au titre de l'article 7, paragraphe 1, TUE. Le Conseil d'État a rappelé, par trois arrêts prononcés le 30 décembre 2009, que la Commission de recours des réfugiés est tout de même tenue d'examiner si ces conditions sont réunies¹³⁷.

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ CE 30 déc. 2009, M. A., req. n° 305226 (Lebon T.) ; CE 30 déc. 2009, Melle A., req. n° 305227; CE 30 déc. 2009, M. A., req. n° 305228.

3.2 L'agent public

Les concours internes et détachements.

Désormais, un même texte précise le régime d'accueil et de recrutement des ressortissants de l'Union européenne ou de l'Espace économique européen (EEE) dans la fonction publique nationale, territoriale et hospitalière française¹³⁸. Ce régime est-il globalement plus favorable aux ressortissants européens? Les avis sont partagé¹³⁹. En faveur d'une plus grande ouverture, le texte affirme que les ressortissants européens peuvent accéder aux corps, cadres d'emplois ou emplois de la fonction publique par concours (y compris les concours internes) ou par voie de détachement, à l'instar des ressortissants français depuis la loi du 3 août 2009, dite « loi Mobilité »¹⁴⁰. Le décret permet également que l'intéressé soit intégré dans l'administration d'accueil au bout de cinq ans de détachement.

Plus encore, l'article 4 du décret précise qu'ont la qualité de « fonctionnaire » les ressortissants européens qui justifient soit avoir la qualité de fonctionnaire dans leur État membre d'origine, soit « occuper ou avoir occupé un emploi dans une administration, un organisme ou un établissement de leur État membre d'origine dont les missions sont comparables à celles des administrations, des collectivités territoriales et des établissements

¹³⁸ D. n° 2010-311, 24 mars 2010, relatif aux modalités de recrutement et d'accueil des ressortissants des États membres de l'Union européenne ou d'un autre État partie à l'accord sur l'Espace économique européen dans un corps, un cadre d'emplois ou un emploi dans la fonction publique française, JO 70, 24 mars 2010.

¹³⁹ C. Ferrari-Breur, Recrutement et accueil des ressortissants de l'Union européenne dans la fonction publique française : des modalités améliorées mais encore perfectibles, JCP Adm., 10 mai 2010, n° 2166; G. Alberton, Recrutement des Européens dans la fonction publique française – Le décret du 22 mars 2010 est-il vraiment « accueillant » ?, AJDA 2010. 1984.

¹⁴⁰ Ainsi que le démontre Ghislaine Alberton, préc. ; L. n° 2009-972, 3 août 2009, relative à la mobilité et aux parcours professionnels dans la fonction publique, JO 180, 6 août 2009, p. 13116.

publics ». Potentiellement, les salariés d'une entreprise privée entrent dans cette définition. Or, pour les ressortissants nationaux, le détachement n'est possible que pour les seuls agents de l'administration placés dans une situation statutaire et réglementaire et occupant des emplois permanents¹⁴¹. Autrement dit, existe ici un risque de discrimination à rebours¹⁴² que seule la mise en place d'un contrôle des qualifications professionnelles acquises pour les professions réglementées pourrait éventuellement venir atténuer. Toujours dans le sens d'un meilleur « accueil » de ces derniers, une Commission unique d'accueil des ressortissants européens dans la fonction publique remplace les différentes commissions d'équivalence qui existaient pour chacune des fonctions publiques. Elle a pour mission notamment de vérifier l'adéquation des candidats entre l'emploi occupé et l'emploi où ils souhaitent être détachés. Toutefois, cette Commission est désormais saisie de manière facultative, ce qui signifie que c'est en réalité chaque administration qui évaluera l'adéquation des candidats au poste demandé¹⁴³. Une telle dispersion des décisions susceptibles d'une grande marge d'appréciation suscitera des questions de compatibilité au regard du droit de l'Union. Cela témoigne surtout de l'ambivalence du texte vis-à-vis de l'accueil des citoyens européens dans la fonction publique française. En matière de classement des fonctionnaires, le Conseil d'État a précisé que si le statut d'un corps de fonctionnaire prévoit la prise en compte de l'expérience antérieure, «de telles dispositions impliquent la prise en compte des services de même nature accomplis par les ressortissants d'un nouvel État membre antérieurement à l'adhésion de cet État»¹⁴⁴.

¹⁴¹ Ainsi que cela ressort des articles 3 et 4 de la Loi n° 83634, 13 juill. 1983, portant droits et obligations des fonctionnaires. V. G. Alberton, préc.

¹⁴² Ibid.

¹⁴³ Ibid.

¹⁴⁴ CE 15 nov. 2010, M. A., req. n° 332218.

L'égalité hommes-femmes.

Par son arrêt Griesmar de 2001, la Cour de justice a jugé que la règle française qui instituait, pour le calcul de la pension, une bonification d'ancienneté d'un an par enfant au seul bénéfice des femmes fonctionnaires était incompatible avec le principe d'égalité des rémunérations entre travailleurs féminins et masculins posé par l'article 157 TFUE (ex art. 141 CE)¹⁴⁵. Malgré la demande du gouvernement français, elle avait refusé de limiter dans le temps les effets de l'arrêt. Elle n'avait pas non plus appliqué le «Protocole Barber», selon lequel «les prestations en vertu d'un régime professionnel de sécurité sociale ne seront pas considérées comme une rémunération si et dans la mesure où elles peuvent être attribuées aux périodes d'emploi antérieures au 17 mai 1990, exception faite pour les travailleurs (...) qui ont, avant cette date, engagé une action en justice»¹⁴⁶. Pourtant, dans un cas similaire, la Cour de justice avait jugé, par l'arrêt Beune¹⁴⁷, que ce protocole était applicable à un régime de pension de la fonction publique. C'est précisément sur le fondement de l'arrêt Beune que le Conseil d'État, après l'avoir dans un premier temps rejeté dans l'arrêt Llorca¹⁴⁸, a finalement appliqué le « protocole Barber » dans l'arrêt Nicaise¹⁴⁹. Le Conseil d'État a désormais fixé sa jurisprudence sur ce point¹⁵⁰, rappelant la portée de l'arrêt Beune

¹⁴⁵ CJCE 29 nov. 2001, Joseph Griesmar, aff. C-366/99, Rec. CJCE p. I-9383 (concl. Alber).

¹⁴⁶ Protocole 2 sur l'article 141 (ex-art. 119) TCE, adopté avec le traité de Maastricht. Ce protocole reprend la solution issue de l'arrêt Barber (CJCE 17 mai 1990, Douglas Harvey Barber, aff. C-262/88, Rec. CJCE p. I-1889 [concl. Van Gerven]).

¹⁴⁷ CJCE 28 sept. 1994, Beune, aff. C-7/93, Rec. CJCE p. I-4471 (concl. Jacobs), pt 66.

¹⁴⁸ CE 23 fév. 2003, Llorca, req. n° 187401.

¹⁴⁹ CE 17 juin 2005, Nicaise, req. n° 271779.

¹⁵⁰ CE 10 juill. 2006, req. n° 279449; 18 juill. 2008, req. n° 27079; 7 déc. 2007, Fougère, req. n° 300377; 31 juill. 2009, Tual, req. n° 301842.

encore récemment¹⁵¹. Cette solution « apparaît ainsi fidèle à la jurisprudence communautaire »¹⁵², telle qu'elle résulte de l'arrêt *Beune*. Mais elle fait finalement douter du bien-fondé même de la solution posée par l'arrêt *Griesmar*. En effet, bien que la jurisprudence en la matière fût relativement explicite¹⁵³, ce qui explique que la Cour ait refusé l'effet *ex nunc* de l'arrêt¹⁵⁴, on n'explique pas pourquoi le «Protocole Barber» n'a pas été appliqué en l'espèce, à l'instar de ce que fait le Conseil d'État depuis l'arrêt *Nicaise*.

3.3 Le ressortissant d'un État tiers

Les visas

Le Règlement du 13 juillet 2009 établissant un Code des visas est entré en vigueur le 5 avril 2010¹⁵⁵. Il rassemble en un seul document toutes les dispositions juridiques régissant les décisions en matière de visas de court séjour et de transit. Il garantit l'égalité

¹⁵¹ CE 19 nov. 2010, req. n° 332750.

¹⁵² D. Ritleng, *Jurisprudence administrative française intéressant le droit communautaire – Chronique*, RTD Eur. 2006. 301.

¹⁵³ O. Dubos et F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, Dr. adm. 2004, étude 15.

¹⁵⁴ La Cour a simplement considéré qu'il n'était pas établi que le nombre de fonctionnaires masculins retraités en mesure de prouver qu'ils avaient assumé l'éducation de leurs enfants était de nature à provoquer des répercussions économiques graves.

¹⁵⁵ PE et Cons. UE, Règl. n° 810/2009, établissant un Code communautaire des visas (Code des visas), JOUE L 243, 15 sept. 2009, p. 1.

de traitement des demandeurs dans l'espace Schengen¹⁵⁶. Il exige également que les refus opposés au demandeur de visa soient motivés. À cet égard, a été posée au Sénat la question de la contradiction éventuelle avec l'article L 211-2 du CESEDA, qui dispose que « les décisions de refus de visa d'entrée en France, prises par les autorités diplomatiques ou consulaires, ne sont pas motivées », sauf dans certains cas limitativement énumérés, dont celui des conjoints de ressortissants français ou les membres de la famille des ressortissants de l'Union européenne. La préoccupation du gouvernement est principalement de savoir comment, matériellement, l'administration pourra s'organiser pour procéder à cette motivation¹⁵⁷.

L'asile.

Parmi les nombreuses décisions prononcées par le Conseil d'État statuant en référé en matière d'accueil des demandeurs d'asile, deux affaires retiendront plus particulièrement l'attention. La première concerne l'interprétation du règlement du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers¹⁵⁸. Dans le cas d'un demandeur d'asile qui s'est rendu en Pologne, y a demandé l'asile, puis s'est rendu en France pour y demander une nouvelle autorisation de séjour en vue d'obtenir l'asile, c'est bien la Pologne qui est, au sens du Règlement

¹⁵⁶ Comm. UE, 30 mars 2010, Communiqué de presse, IP/10/387. V. R. Noguellou, La politique commune des visas connaît une avancée : le Code des visas de l'Union européenne est désormais applicable, Dr. adm. 2010, Alerte 30.

¹⁵⁷ Réponse ministérielle n° 13036, JO Sénat, 17 juin 2010.

¹⁵⁸ Cons. UE, Règl. n° 343/3003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JOUE L 50, 25 juill. 2003, p. 1

européen, l'État responsable de la demande d'asile. Le Conseil d'État, par un arrêt du 31 décembre 2009, rappelle toutefois que l'État français devait assurer, dans un délai de six mois, le transfert du demandeur d'asile vers la Pologne en lui notifiant la reprise en charge par celle-ci. En l'absence d'un tel transfert, la responsabilité de la demande d'asile lui incombe¹⁵⁹. Ainsi, en refusant aux demandeurs le séjour au titre de l'asile, «au motif qu'ils avaient fait l'objet d'un précédent refus d'admission au séjour et que leurs nouvelles demandes apparaissaient comme frauduleuses ou manifestement dilatoires, le préfet de la Seine- Saint-Denis a porté une atteinte grave et manifestement illégale au droit d'asile»¹⁶⁰. La seconde affaire porte sur l'application des dispositions du CESEDA relatives à l'accueil des demandeurs d'asile conformément aux objectifs de la directive 2009/3 du 27 janvier 2003 relative à l'accueil des demandeurs d'asile. Celle ci oblige les États membres à adopter des mesures relatives aux conditions matérielles d'accueil qui permettent de garantir un niveau de vie adéquat pour la santé et d'assurer la subsistance des demandeurs. À cet égard, le Conseil d'État précise qu'une privation du bénéfice de conditions d'accueil comprenant le logement, la nourriture et l'habillement peut conduire le juge des référés à faire usage des pouvoirs qu'il tient de l'article L 521-2 du Code de justice administrative, tels que la suspension de la décision, «lorsqu'elle est manifestement illégale et qu'elle comporte en outre des conséquences graves pour le demandeur d'asile»¹⁶¹.

¹⁵⁹ Cons. UE, Règl. n° 343/3003 préc., art. 19, § 4.

¹⁶⁰ CE 31 déc. 2009, Mme C., req. n° 334865, Lebon ; AJDA 2010. 693; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot ; RTD eur. 2010. 453, chron. D. Ritleng, A. Bouveresse et J.-P. Kovar.

¹⁶¹ CE 13 août 2010, Mme A., req. n° 342330, AJDA 2010. 1559; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

L'immigration.

Les ressortissants des États tiers ne peuvent bénéficier des dispositions du Code des étrangers prévues spécifiquement pour le séjour des ressortissants des nouveaux États membres de l'Union, durant une période transitoire. Le Conseil d'État juge, dans son arrêt Groupe d'information et de soutien des travailleurs immigrés (GISTI) du 23 octobre 2009, que ces ressortissants «se trouvent dans une situation objectivement différente de celle des autres étrangers en ce qui concerne l'accès au travail salarié»¹⁶². En effet, ce régime a pour objectif de préparer les États membres à l'accueil des nouveaux citoyens de l'Union et non de donner de nouvelles possibilités d'emploi aux ressortissants des États tiers.

Le regroupement familial.

Par l'arrêt Chakroun, la Cour de justice détermine la marge de manoeuvre des États dans l'application de la directive 2003/86 relative au droit au regroupement familial exercé par les ressortissants des États tiers¹⁶³. L'article 7, c), prévoit que l'État membre peut exiger du regroupant qu'il dispose «de ressources stables, régulières et suffisantes pour subvenir à ses propres besoins et à ceux des membres de sa famille sans recourir au système d'aide sociale de l'État membre concerné». En application de cette directive, la réglementation néerlandaise prévoit, d'une part, qu'un individu doit toucher 120% du

¹⁶² CE 23 oct. 2009, GISTI, req. n° 314397, AJDA 2009. 1975; D. 2010. 2868, obs. O. Boskovic, S. Corneloup, F. Jault-Seseke, N. Joubert et K. Parrot.

¹⁶³ Cons. UE, 22 sept. 2003, dir. 2003/86/CE, relative au droit au regroupement familial, JOUE L 251, 3 oct. 2003, p. 12. C'est la première fois qu'elle interprète la directive sur le renvoi préjudiciel. Auparavant, elle l'avait rejeté un recours en annulation formé à son encontre, CJCE 27 juin 2006, Parlement c. Conseil, aff. C-540/03, Rec. CJCE p. I-5769 (concl. Kokott) puis l'avait simplement mentionnée pour examiner le cas d'un regroupement familial au bénéfice du citoyen de l'Union européenne (CJCE 25 juill. 2008, Blaise Baheten Metock, aff. C-127/08, Rec. CJCE p. I-6241 [concl. Poiras Maduro]).

revenu minimum pour être considéré comme ne devant pas recourir au système d'aide sociale dans l'hypothèse où le regroupant a créé ses liens familiaux après son entrée sur le territoire et, d'autre part, qu'il doit toucher 100 % de ce revenu minimum dans l'hypothèse où les liens familiaux ont été formés avant. Deux questions se posaient, l'une, relative à la possibilité de distinguer de la sorte selon le moment où se sont formés les liens familiaux et l'autre, sur l'utilisation d'un critère fixe de revenu minimum pour garantir que l'individu ne recourrait pas à l'aide sociale.

L'appréciation de la Cour quant à la marge de manoeuvre laissée aux États diffère pour les deux questions. S'agissant de la première, la Cour affirme que la directive définit le regroupement familial sans distinguer selon le moment du mariage des conjoints. Dès lors, pour préserver l'effet utile de la directive qui vise à favoriser le rapprochement familial, «les États membres ne disposaient pas d'une marge d'appréciation leur permettant de réintroduire cette distinction dans leur législation nationale de transposition de la directive»¹⁶⁴. L'avocat général reconnaissait en revanche une certaine marge de manoeuvre, certes encadrée par le principe de non-discrimination¹⁶⁵. S'agissant de la seconde question, la Cour reconnaît qu'il revient aux États de déterminer à partir de quand un individu a besoin de recourir au système d'aide sociale. Toutefois, elle encadre strictement cette compétence. En effet elle considère que «l'autorisation du regroupement familial étant la règle générale, [cette faculté] doit être interprétée de manière stricte»¹⁶⁶. De plus, «la marge de manoeuvre reconnue aux États membres ne doit pas être utilisée par ceux-ci d'une manière qui porterait atteinte à l'objectif de la directive, qui est de favoriser le regroupement familial, et à l'effet utile de celle-ci»¹⁶⁷. Elle ajoute que les dispositions de la

¹⁶⁴ CJUE 4 mars 2010, Chakroun, aff. C-578/08, nep (concl. Sharpston), pt 64.

¹⁶⁵ Concl. Sharpston, sous CJUE 4 mars 2010, Chakroun, préc., pt 39-42.

¹⁶⁶ CJUE 4 mars 2010, Chakroun, préc., pt 43.

¹⁶⁷ Ibid.

directive respectent les droits fondamentaux, notamment la CEDH et la Charte des droits fondamentaux. Enfin, elle considère que la notion de “système d’aide sociale de l’État membre” est une notion autonome du droit de l’Union. Cela signifie que les États membres devront désormais appliquer l’article 7, c) en considération de cette définition¹⁶⁸.

4. LE MARCHE (par *Francesco Martucci*)

Entré en vigueur le 1er décembre 2009, le traité de Lisbonne a confirmé que l’Union poursuit notamment l’objectif de réalisation du marché intérieur¹⁶⁹. Celui-ci désigne l’espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée¹⁷⁰. Il comprend un système garantissant que la concurrence n’est pas faussée¹⁷¹. À la croisée des libertés de circulation et de la concurrence, la commande publique mérite des développements autonomes.

¹⁶⁸ Selon la Cour, « la notion d’“aide sociale” figurant dans la directive vise une aide octroyée par les autorités publiques, que ce soit au niveau national, régional ou local, à laquelle a recours un individu, en l’occurrence le regroupant, qui ne dispose pas de ressources stables, régulières et suffisantes pour faire face à ses besoins ainsi qu’à ceux de sa famille et qui, de ce fait, risque de devenir, pendant son séjour, une charge pour l’aide sociale de l’État membre d’accueil » (pt 46).

¹⁶⁹ Art. 3, § 3, TUE.

¹⁷⁰ Art. 26, § 2, TFUE.

¹⁷¹ Protocole n° 27 sur le marché intérieur et la concurrence, annexé au Traité de Lisbonne.

4.1. Libertés de circulation

Ont été rendus les arrêts relatifs aux libertés de circulation des marchandises, des services et des capitaux.

Les marchandises.

L'article 34 du TFUE interdit les mesures d'effet équivalant aux restrictions quantitatives, définies comme «toute réglementation des États membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intracommunautaire»¹⁷². Depuis l'arrêt Cassis de Dijon¹⁷³, en l'absence d'une réglementation commune, il revient à chaque État membre de régler la production et la commercialisation des produits ; les obstacles à la circulation résultant des disparités législatives constituent des entraves, à moins d'être indistinctement applicables et justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. La notion de mesure d'effet équivalent a été affinée par l'arrêt Keck et Mithouard, qui a distingué deux séries de réglementations nationales¹⁷⁴. D'un côté, celles ayant pour objet les conditions auxquelles doivent répondre les produits sont des mesures d'effet équivalent, à moins d'être justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. De l'autre, les mesures limitant ou interdisant certaines modalités de vente ne sont pas des entraves au sens de l'arrêt Dassonville si deux conditions cumulatives sont remplies: d'une part, s'appliquer à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national et, d'autre part, affecter de la même manière, en droit comme en fait, la commercialisation des produits nationaux et de ceux en

¹⁷² CJCE 11 juil. 1974, Dassonville, aff. 8/74, Rec. CJCE p. 837.

¹⁷³ CJCE 20 févr. 1979, Rewe c. Bundesmonopolverwaltung für Branntwein, aff. 120/78, Rec. CJCE p. 649.

¹⁷⁴ CJCE 4 nov. 1993, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, Rec. CJCE p. I-6097.

provenance d'autres États membres. Débattue¹⁷⁵, la pertinence de l'arrêt Keck et Mithouard était au coeur de deux affaires, la première concernant un décret législatif italien interdisant à certains véhicules de tirer une remorque¹⁷⁶, la seconde, un règlement suédois limitant l'utilisation de véhicules nautiques à moteur dans certaines zones de navigation¹⁷⁷. Ainsi que l'ont constaté les avocats généraux, ces deux réglementations ne relevaient pas des catégories de l'arrêt Keck et Mithouard. L'avocat général Kokott a proposé d'introduire une troisième catégorie de mesures relatives aux «modalités d'utilisation du produit»¹⁷⁸, alors que l'avocat général Bot a invité à dépasser la distinction entre mesures pour fonder le contrôle juridictionnel de l'article 34 du TFUE sur le critère de l'accès au marché¹⁷⁹. La Cour de justice a retenu une solution intermédiaire en introduisant une trilogie de mesures d'effet équivalent. La première catégorie est constituée par les mesures ayant pour objet ou pour effet de traiter moins favorablement des produits en provenance d'autres États membres. La deuxième catégorie vise les règles indistinctement applicables à tous les produits, relatives aux conditions auxquelles ils doivent répondre, dès lors qu'elles ne sont pas justifiées par des exigences impératives d'intérêt général. La troisième catégorie

¹⁷⁵ V., not., F. Picod, La nouvelle approche de la Cour de justice en matière d'entraves aux échanges, RTD Eur. 1998. 169 ; R. Kovar, Dassonville, Keck et les autres : de la mesure avant toute chose, RTD Eur. 2006. 213 ; A. Rigaux, La jurisprudence Keck et Mithouard à l'épreuve des règles nationales de publicité, Europe, mai 2001, p. 5.

¹⁷⁶ CJCE 10 févr. 2009, Commission c. Italie, aff. C-110/05, Rec. CJCE p. I-519.

¹⁷⁷ CJCE 4 juin 2009, Åklagaren c. Percy Mickelsson, Joakim Roos, aff. C-142/05, Rec. CJCE p. I-4273

¹⁷⁸ Ibid., concl., pts. 42-56 ; 87.

¹⁷⁹ Concl. Y. Bot, Commission c. Italie, aff. C-110/05, préc., pts. 108-138.

rassemble «toute autre mesure qui entrave l'accès au marché d'un État membre des produits originaires d'autres États membres»¹⁸⁰.

Pauvre en affaires concernant la libre circulation des marchandises¹⁸¹, l'année 2010 n'a pas permis d'apprécier dans quelle mesure la Cour de justice a mis en oeuvre la nouvelle trilogie. Tout au plus a-t-elle affirmé, à propos d'une réglementation belge, que «force est de constater que l'interdiction générale de vendre ou d'utiliser du matériel permettant d'augmenter la puissance et/ou la vitesse des cyclomoteurs [...] est susceptible d'entraver la libre circulation de ces marchandises»¹⁸². À l'instar des réglementations en cause dans les deux arrêts de 2009, cette entrave pouvait être justifiée par des considérations d'intérêt général au terme d'un contrôle de proportionnalité; la mesure devait être apte à réaliser l'objectif poursuivi et ne pas aller au-delà de ce qui est nécessaire pour atteindre l'objectif¹⁸³. En l'occurrence, la Belgique avançait l'objectif de sécurité routière. La Cour de justice a invité le juge national à apprécier s'il n'existe pas une mesure moins contraignante pour réaliser cet objectif. C'est aussi sur le terrain du contrôle de proportionnalité que la Cour de justice a constaté un manquement de la France à l'article 34 du TFUE¹⁸⁴. Un régime d'autorisation pour l'emploi d'auxiliaires technologiques dans la

¹⁸⁰ L'arrêt Keck et Mithouard demeure ainsi pertinent ; son point 17 affirmait en effet que les mesures remplissant le double test échappent à l'interdiction de l'article 34 du TFUE au motif qu'elles ne sont pas de nature à empêcher l'accès des produits au marché. CJCE, Keck et Mithouard, aff. jtes C-267/91 et C-268/91, préc.

¹⁸¹ V. toutefois CJCE 5 avr. 2010, Lars Sandström, aff. C-433/05, nep. Pour une affaire concernant les dons sanguins, v. CJCE 9 déc. 2010, Humanplasma, aff. C-421/09, nep; sur les lentilles de contact, v. CJCE 2 déc. 2010, Ker-optika, aff. C-108/09, nep.

¹⁸² CJCE 18 nov. 2010, Vincent Willy Lahousse, Lavichy BVBA, aff. C-142/09, nep.

¹⁸³ Ibid.

¹⁸⁴ CJUE 28 janv. 2010, Commission c. France, aff. C-333/08, nep. Pour un autre manquement, v. CJCE 4 mars 2010, Commission c. France, aff. C-197/08, nep. La Cour a constaté l'incompatibilité du système français de prix minimal pour la vente au détail des cigarettes et l'interdiction de vendre des produits du tabac « à un prix de nature promotionnelle contraire aux objectifs de santé publique » avec l'article 9 § 1, de la directive 95/59/CE du Conseil,

fabrication de denrées alimentaires constitue une mesure d'effet équivalent qui ne peut être justifiée; il va en effet au-delà de ce qui est nécessaire pour réaliser le principe de précaution que la France a invoqué¹⁸⁵. En s'inspirant de la jurisprudence de la Cour de justice, la cour administrative d'appel de Paris a estimé que l'absence d'une « procédure spécifique » pour les « importations parallèles » de produits phytopharmaceutiques est une violation de l'article 34 du TFUE¹⁸⁶.

Selon la Cour de justice, la libre circulation des marchandises impose la mise en place d'une «procédure spécifique» pour les «importations parallèles» de produits phytosanitaires¹⁸⁷. Or, en France, une telle procédure n'a été introduite pour les produits phytopharmaceutiques que par un décret en 2001. L'article 34 du TFUE a donc été violé; la responsabilité de l'État français a été engagée conformément à la jurisprudence *Danske Slagterier* de la Cour de justice, explicitement visée par la cour administrative d'appel¹⁸⁸. Dans un contentieux fiscal, le Conseil d'État a en revanche jugé que le refus d'appliquer le

27 nov. 1995, concernant les impôts autres que les taxes sur le chiffre d'affaires frappant la consommation des tabacs manufacturés.

¹⁸⁵ Décret du 15 avr. 1912, portant règlement d'administration publique pour l'application de la loi du 1er août 1905 sur la répression des fraudes dans la vente des marchandises et des falsifications des denrées alimentaires ; Décret n° 2001-725, du 31 juill. 2001, relatif aux auxiliaires technologiques pouvant être employés dans la fabrication de denrées destinées à l'alimentation humaine, JORF du 5 août 2001.

¹⁸⁶ CAA Paris, 16 déc. 2010, n° 10PA00755. Les importations parallèles se définissent comme des importations de produits autorisés dans un État membre, dit État d'origine, dont les substances actives, les formules et les effets sont identiques à ceux d'autres produits déjà autorisés dans un autre État membre, dit État de destination.

¹⁸⁷ CJCE 11 mars 1999, *British Agrochemicals Association Ltd*, aff. C-100/96, Rec. CJCE p. I-1499 ; 8 nov. 2007, *Escalier et Bonnarel*, aff. jtes C-206/06 et 261/06, Rec. CJCE p. I-5497.

¹⁸⁸ CJCE 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, aff. C-445/06, Rec. CJCE p. I-2119. La cour administrative d'appel reprend la partie du raisonnement dans laquelle la Cour de justice souligne que les opérateurs économiques tirent de l'ex-article 28 CE (34 TFUE) des droits qu'ils peuvent directement invoquer devant les juridictions nationales.

taux réduit de TVA aux importations parallèles de produits phytosanitaires respecte l'article 34 du TFUE en l'absence de discrimination selon l'origine des produits¹⁸⁹. Étaient en cause les articles 278 bis et 279 du Code général des impôts (CGI), qui subordonnent l'application du taux réduit de TVA à l'importation et à la vente de produits antiparasitaires à leur homologation ou à l'obtention d'une autorisation ministérielle de vente, et font nécessairement référence dans le cas des importations dites parallèles à une procédure spécifique. Selon le Conseil d'État, ces dispositions n'introduisent par elles-mêmes aucune discrimination entre les produits en provenance d'autres États membres et ceux fabriqués en France. Aussi n'y avait-il pas lieu de poser une question préjudicielle à la Cour de justice. L'arrêt ne précise pas cependant si la mesure relève de la première catégorie de la typologie issue des arrêts de 2009 ou d'un autre.

Les services.

Les articles 49 et 55 du TFUE prohibent les restrictions respectivement au droit d'établissement et à la libre prestation de services. Ils remettent potentiellement en cause toute règle nationale limitant l'exercice d'une activité ainsi que l'illustre le secteur de la santé¹⁹⁰. Fournies contre rémunération, les prestations de santé sont des services au sens des articles 49 et 55 du TFUE, que les soins soient ou non dispensés dans un cadre hospitalier. Qu'il règle ou non directement les prestations, le patient a droit au remboursement par son État d'origine des soins délivrés dans un autre État membre. Ce droit peut être limité selon une jurisprudence fort riche, illustrée par l'arrêt du 5 octobre 2010 rejetant un recours en

¹⁸⁹ CE 22 juin 2010, req. n° 305133.

¹⁹⁰ Particulièrement riche, la jurisprudence relative aux jeux de hasard présente un intérêt limité depuis l'adoption de la loi n° 2010-476 du 12 mai 2010 relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard.

manquement visant la France¹⁹¹. En l'espèce, était contesté l'article R. 332-4 du Code de la sécurité sociale, qui soumet à autorisation préalable la prise en charge en France des soins programmés dans une structure non hospitalière d'un autre État membre et impliquant le recours à des équipements matériels lourds. Une autorisation préalable constitue une restriction à la libre prestation de services. En l'espèce, cette restriction est justifiée «par des impératifs de planification tenant, d'une part, à l'objectif de garantir sur le territoire de l'État membre concerné une accessibilité suffisante et permanente à une gamme équilibrée de soins de qualité et, d'autre part, à la volonté d'assurer une maîtrise des coûts et d'éviter autant que possible tout gaspillage de ressources financières, techniques et humaines»¹⁹². Le second moyen est également rejeté; la Commission n'a pas démontré que la France ne garantissait pas le «droit au remboursement complémentaire»¹⁹³. On notera enfin que la jurisprudence conciliant droits du patient/intérêt de l'État parvenue à maturité, le temps de l'harmonisation est venu: une directive doit être adoptée en 2011¹⁹⁴.

¹⁹¹ CJCE 5 oct. 2010, Commission c. France, aff. C-512/08, nep. Sur le droit dérivé relatif aux régimes de sécurité sociale des travailleurs salariés, v. CJCE 5 oct. 2010, Elchinov, aff. C-173/09, nep. V. not. CJCE 12 juil. 2001, Abdon Vanbraekel, aff. C-368/98, Rec. CJCE p. I-5363 ; 2 juill. 2001, Smits et Peerbooms, aff. C-157/99, Rec. CJCE p. I-5473 ; 18 mars 2004, Leichtle, aff. C-8/02, Rec. CJCE p. I-2641 ; 6 mai 2006, Watts, aff. C-372/04, Rec. CJCE p. I-4325 ; 19 avr. 2007, Stamatelaki, aff. C-444/05, Rec. CJCE p. I-3185 ; CJCE 15 juin 2010, Commission c. Espagne, aff. C-211/08, nep.

¹⁹² CJCE Commission c. France, aff. C-512/08, préc., pt. 33.

¹⁹³ Tiré de la libre prestation de service, le « droit au remboursement complémentaire » est ainsi défini par le point 53 de l'arrêt Vanbraekel (aff. C-368/98, préc.) : si le remboursement de frais exposés pour des services hospitaliers fournis dans un État membre de séjour, qui résulte de l'application des règles en vigueur dans cet État, est inférieur à celui qui aurait résulté de l'application de la législation en vigueur dans l'État membre d'affiliation en cas d'hospitalisation dans ce dernier, un remboursement complémentaire correspondant à cette différence doit être accordé à l'assuré social par l'institution compétente.

¹⁹⁴ Proposition de directive, du Parlement européen et du Conseil, relative à l'application des droits des patients en matière de soins de santé transfrontaliers, COM/2008/0414 final.

Après les droits des patients, la création et l'implantation d'établissements dans le domaine de la santé ont été contrôlées par la Cour de justice. Dans l'arrêt Hartlauer de 2009, était en cause une législation autrichienne soumettant la création et l'exploitation de polycliniques à une autorisation dont l'octroi était tributaire de l'offre de soins au niveau du Land¹⁹⁵. Estimant l'offre de soins dentaires suffisante sur son territoire, le Land de Vienne n'a pas autorisé M. Hartlauer à créer une polyclinique dentaire. La Cour de justice confirme qu'un régime d'autorisation préalable, même indistinctement applicable, est susceptible de gêner le droit d'établissement en empêchant l'exercice de l'activité professionnelle par l'intermédiaire d'un établissement stable¹⁹⁶. M. Hartlauer ayant été privé de tout accès au marché des soins dentaires dans cet État membre, une restriction au sens de l'article 49 du TFUE est établie¹⁹⁷. Elle n'est pas justifiée car le régime autrichien d'autorisation préalable n'est pas propre à garantir les objectifs de la protection de la santé publique¹⁹⁸. À l'inverse, deux arrêts de la Cour ont affirmé la compatibilité avec le traité des législations allemande et italienne réservant l'exploitation des pharmacies aux titulaires d'un diplôme de pharmacien¹⁹⁹. La restriction rapidement établie, le sort des mesures se joue sur le terrain des justifications.

¹⁹⁵ CJCE, gr. ch., 10 mars 2009, Hartlauer, aff. C-169/07, Rec. CJCE p. I-1721.

¹⁹⁶ Ibid., pt. 34. Est indistinctement applicable une mesure nationale qui s'applique aux ressortissants tant de l'État membre que des autres États membres.

¹⁹⁷ Ibid., pt. 38.

¹⁹⁸ Ibid., pt. 47 : d'une part, l'objectif visant à maintenir un service médical ou hospitalier de qualité, équilibré et accessible à tous et, d'autre part, l'objectif consistant à prévenir un risque d'atteinte grave à l'équilibre financier du système de sécurité sociale.

¹⁹⁹ CJCE 19 mai 2009, Commission c. Italie, aff. C-503/06, Rec. CJCE p. I-141 (à rapprocher de CJCE, ord., 1er juil. 2010, Emanuela Sbarigia, aff. C-393/08); 19 mai 2009, Apothekerkammer des Saarlandes e. a., aff. C-171/07 et C-172/07, Rec. CJCE p. I-4171.

En l'espèce, au terme de longs développements, la Cour de justice estime que les restrictions sont justifiées par les objectifs de santé publique, parvenant ainsi à «un équilibre plutôt rassurant entre la logique de marché et les impératifs d'intérêt général»²⁰⁰. Appliquant ce raisonnement, le juge de l'Union a constaté en 2010 que les règles françaises régissant la composition du capital des sociétés de biologie médicale constituent une restriction au droit d'établissement justifiée par l'objectif de protection de la santé publique²⁰¹. La démarche est pleinement intégrée par le Conseil d'État qui, en 2010, a constaté que les limites imposées aux médecins établis en France d'exercer sur plusieurs sites distincts sont une restriction justifiée par le motif d'intérêt général du maintien d'un service de soins de qualité, équilibré et accessible à tous, et sont proportionnées à l'objectif ainsi poursuivi²⁰². Exclu du champ d'application de la directive sur les services dans le marché intérieur²⁰³, le secteur de la santé diffère des autres services.

En attendant l'occurrence contentieuse de cette directive, désormais transposée en France²⁰⁴, le juge administratif applique les dispositions du Traité en retenant l'acception extensive de la restriction²⁰⁵, mais en opérant un contrôle de proportionnalité d'intensité

²⁰⁰ D. Simon, Pharmacie, entre marché et santé publique, Europe, juin 2009, n° 6

²⁰¹ CJCE 16 déc. 2010, Commission c. France, aff. C-89/09, nep.

²⁰² CE 23 juil. 2010, n° 320390, Inédit. Était en cause l'article R. 4127-85 CSP.

²⁰³ Directive 2006/123/CE, 12 déc. 2006, relative aux services dans le marché intérieur, JOUE n° L 376, 27 déc. 2006, p. 36; v. F. Picod, Le champ d'application de la directive n° 2006/123/CE, Europe, 6, 2006, p. 8.

²⁰⁴ V. sur ce point SGAE, Directive n° 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006, relative aux services dans le marché intérieur. Rapport de synthèse sur la transposition, 20 janvier 2010.

²⁰⁵ Les arrêts cités par la suite reprennent la définition jurisprudentielle de la restriction. CJCE 5 juill. 1991, Säger, aff. C-76/90, Rec. CJCE p. I-4221 ; 31 mars 1993, Kraus, aff. C-19/92, Rec. CJCE p. I-1663 ; 30 nov. 2005, Gebhard, C-55/94, Rec. CJCE p. I-4165.

variable. Ainsi le Conseil d'État a confirmé l'arrêt Immaldi²⁰⁶ selon lequel les règles d'urbanisme commercial constituent une restriction au droit d'établissement, néanmoins justifiée par des considérations d'intérêt général liées à la préservation des petites entreprises, à l'emploi et à l'aménagement du territoire²⁰⁷.

La conclusion diffère de celle de la Commission européenne, qui avait engagé une procédure en manquement²⁰⁸, la Cour de justice ayant jusqu'ici évité la question²⁰⁹. Le débat est à présent dépassé en raison de l'adoption de la loi n° 2008-776 du 4 août 2008 de modernisation de l'économie transposant sur ce point la directive «services». On ne saurait conclure à la mansuétude du juge administratif à l'égard des restrictions; celui-ci n'hésite pas à rejeter la justification par l'intérêt général. Ainsi, pour le Conseil d'État, l'article L. 3332-1-1 du Code de la santé publique comporte une restriction non justifiée en réservant l'organisation d'une formation obligatoire aux syndicats nationaux représentatifs de la profession d'exploitant de débit de boissons²¹⁰. La cour administrative de Douai²¹¹, était quant à elle confrontée à l'article 155 A du CGI, qui prévoyait qu'un prestataire de services établi en France, et se faisant rémunérer par l'intermédiaire d'une société qu'il contrôle, ne peut décider d'établir ou de transférer ladite société hors de France sans subir l'imposition

²⁰⁶ CE 5 mars 2003, req. n° 225470.

²⁰⁷ CE 19 nov. 2010, n° 314366, inédit.

²⁰⁸ Commission européenne, Liberté d'établissement : procédures d'infraction à l'encontre de la France, communiqué de presse IP/06/1794, 13 déc. 2006 ; L. Idot, « Et si la loi Raffarin était contraire au droit communautaire? », in *Propos impertinents de droit des affaires. Mélanges en l'honneur de Christian Gavalda*, Dalloz, 2001, p. 161.

²⁰⁹ En raison de la nature de situation purement interne. CJCE 8 déc. 1987, Gauchard, aff. 20/87, Rec. CJCE p. 4879; 20 avr. 1988, Bekaert, aff. 204/87, Rec. CJCE p. 2029.

²¹⁰ CE 2 déc. 2009, req. n° 307542.

²¹¹ CAA Douai, 14 déc. 2010, n° 08DA01103.

en France des sommes versées à cette entité en contrepartie des services rendus dans ce pays, laquelle imposition s'ajoute à celle qui s'applique aux bénéficiaires de la société dans le pays d'établissement; un prestataire ayant établi la société qu'il contrôle hors de France, s'expose également à ce traitement fiscal s'il accomplit ses prestations sur le territoire français. Une restriction non justifiée est ici caractérisée en raison de l'effet dissuasif de la mesure fiscale sur le droit d'établissement et la libre prestation de services.

Après l'arrêt *Vassilikiotis*²¹², une nouvelle affaire a concerné les guides-interprètes²¹³. La Fédération nationale des guides-interprètes a intenté un recours pour excès de pouvoir à l'encontre de l'article 7 de l'ordonnance n° 2008-507 du 30 mai 2008 transposant la directive 2005/36/CE du 7 septembre 2005 sur la reconnaissance des qualifications professionnelles. Peut-être inspirée par l'arrêt sur les architectes des monuments historiques²¹⁴, elle contestait la rupture d'égalité caractérisée par le fait que les guides-interprètes établis ou souhaitant s'établir en France sont soumis à un régime plus strict de contrôle des qualifications professionnelles que ceux qui, établis dans un autre État, assurent des prestations de services temporaires et occasionnelles sur le territoire national. Pour le Conseil d'État, le principe d'égalité n'est pas méconnu; l'opérateur qui s'établit et le prestataire occasionnel de services ne sont pas dans une situation comparable. Le premier doit respecter le droit du pays d'établissement alors que le second est soumis aux règles de l'État d'origine. La distinction entre les deux est tributaire du caractère stable de l'installation nécessaire à l'exercice de l'activité²¹⁵.

²¹² CE, ass., 29 juin 2001, req. n° 213229, Lebon p. 303; AJDA 2001. 1051, chron. M. Guyomar et P. Collin.

²¹³ CE 23 juill. 2010, n° 318932, Lebon T.

²¹⁴ CE 6 oct. 2008, Compagnie des architectes en chef des monuments historiques et autres et Association Architectes du patrimoine, req. n° 310146, Lebon p. 341 V. à ce sujet, A. Iliopoulou et A. Jauréguiberry, La première condamnation d'une discrimination à rebours, À propos de l'arrêt CE 6 oct. 2008, RFDA 2009. 132.

²¹⁵ CJCE 25 juill. 1991, *Factortame e. a.*, aff. C-221/89, Rec. CJCE I-3905; Gebhard, aff. C-55/94, préc.

Les capitaux.

Le droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour de justice à l'occasion d'un renvoi préjudiciel s'impose à tous les États membres.

Ainsi l'article 35 de la loi de finances rectificative pour 2009 tire les conclusions de l'arrêt Persche dans lequel la Cour de justice a confronté fiscalité du don et libre circulation des capitaux²¹⁶.

L'État membre ne peut pas réserver un avantage fiscal aux dons destinés aux seuls organismes sans but lucratif établis sur son territoire. L'avantage doit être accordé aux dons effectués au profit des organismes établis sur le territoire d'un autre État membre, dès lors que ces organismes remplissent les conditions prévues par le droit national. L'arrêt Persche reconnaît à l'administration fiscale la faculté d'exiger du contribuable la preuve du respect des conditions de déductibilité (mission d'intérêt général, gestion de l'organisme, transparence des comptes...). Le législateur a ainsi modifié les articles 200 et 238 bis du CGI en prévoyant deux mécanismes: soit l'organisme étranger peut solliciter de l'État français son agrément; soit le contribuable produit les pièces justificatives attestant que cet organisme poursuit des objectifs et présente des caractéristiques similaires à ceux exigés des organismes établis en France. Le décret d'application de ces dispositions n'a toujours pas été adopté.

Ainsi que l'illustrent deux arrêts de cours administratives d'appel, l'efficacité des contrôles fiscaux et la lutte contre la fraude et l'évasion fiscales sont souvent invoquées afin de justifier des restrictions à la libre circulation des capitaux. Dans une première affaire²¹⁷,

²¹⁶ Loi n° 2009-1674, 30 déc. 2009. CJCE 27 janv. 2009, Persche, aff. C-318/07, Rec. CJCE p. I-359. À rapprocher de la fiscalité des gains de loteries organisées par des organisations philanthropiques espagnoles, v. CJCE, 6 oct. 2009, Commission c. Espagne, aff. C-153/08, Rec. CJCE p. I-9735.

²¹⁷ CAA Paris, 24 juin 2010, n° 08PA01624.

une ressortissante italienne résidant au Liechtenstein a été assujettie à des impositions sur le revenu forfaitairement assises sur la valeur locative de la villa qu'elle détenait au Cap d'Ail. Fondée sur l'article 164 C du CGI, cette imposition a un effet dissuasif sur l'investissement immobilier et constitue, selon la cour administrative d'appel de Paris, une restriction aux mouvements de capitaux. Néanmoins, les États membres sont libres d'établir «une distinction entre les contribuables qui ne se trouvent pas dans la même situation en ce qui concerne leur résidence ou le lieu où leurs capitaux sont investis»²¹⁸. Pour la Cour, un résident du Liechtenstein n'est pas dans une situation objectivement comparable à celle d'un résident français au regard de l'impôt sur le revenu. La différence de situation est tirée du fait que le Liechtenstein est lié à l'Union européenne et à la France par des accords ne prévoyant aucune coopération entre les administrations fiscales. Or l'article 164 C vise à faire échec à certaines formes d'évasion fiscale telles que la détention indirecte d'immeubles en France par les résidents d'États à fiscalité privilégiée. Dans une autre affaire, la cour administrative d'appel de Marseille a apprécié la compatibilité avec la libre circulation des capitaux, de l'obligation de déclaration préalable imposée aux personnes physiques transférant, depuis ou vers un État membre de l'UE, des sommes, titres ou valeurs, sans l'intermédiaire d'un établissement de crédit²¹⁹. L'obligation de déclaration préalable est une restriction aux mouvements de capitaux²²⁰.

Cette restriction est justifiée en l'espèce par la prévention de la fraude fiscale, le juge d'appel constatant l'application non discriminatoire du dispositif, son aptitude à garantir la réalisation de l'objectif poursuivi et sa nécessité au regard de cet objectif.

²¹⁸ Art. 65, § 1, a, TFUE.

²¹⁹ CAA de Marseille, 14 oct. 2010, n° 07MA03791. Était en cause l'article 1649 A quater, CGI, depuis abrogé, mais dont la substance est reprise par l'article L. 152-1 C. mon. fin.

²²⁰ CJCE 1er juin 1999, Konle, aff. C-302/97, Rec. CJCE p. 3099.

4.2. La concurrence.

Outre l'applicabilité des règles de concurrence, les aides d'État ont retenu l'attention.

L'applicabilité.

Tributaire de la notion fonctionnelle d'entreprise, le droit de la concurrence a une prétention hégémonique²²¹. Est une entreprise toute entité, indépendamment de son statut juridique et de son mode de financement, exerçant une activité économique, c'est à-dire fournissant des biens et des services sur un marché²²². Selon une jurisprudence bien établie, deux séries d'activités ne sont pas économiques par nature, ainsi que l'a rappelé la jurisprudence en 2009.

Dans l'arrêt *Kattner Stahlbau*, la Cour de justice a exclu du champ des règles de concurrence les mesures allemandes imposant l'affiliation des entreprises au régime de l'assurance légale contre les accidents du travail et les maladies professionnelles²²³. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Poucet et Pistre*, les activités relevant d'une fonction exclusivement sociale échappent au champ d'application du droit de la concurrence lorsque deux critères sont remplis²²⁴. D'une part, l'organisme met en oeuvre le principe de solidarité, ce qui est établi lorsque le régime des cotisations fonctionne

²²¹ Conseil d'État, Rapport public 2002, EDCE, Paris, Doc. fr., n° 53, p. 385.

²²² CJCE 23 avr. 1991, *Höfner et Elser*, aff. C-41/90, Rec. CJCE p. I-1979, pt. 21; 18 juin 1998, *Commission c. Italie*, aff. C-35/96, Rec. CJCE p. I-3851 ; 12 sept. 2000, *Pavlov e.a.*, aff. jtes C-180/98 à C-184/98, Rec. CJCE p. I-6451.

²²³ CJCE 5 mars 2009, *Kattner Stahlbau*, aff. C-350/07, Rec. CJCE p. I-1513.

²²⁴ CJCE 17 janv. 1993, *Poucet et Pistre*, aff. C-159 et C-169/91, Rec. CJCE p. I-637.

uniquement selon un mécanisme de répartition; en l'espèce, la condition est remplie, la Cour soulignant l'existence de surcroît d'une solidarité entre les caisses professionnelles par un système de compensation. D'autre part, l'organisme doit être contrôlé par l'État, ce qui est le cas en l'occurrence puisque les caisses fixent les prestations et des cotisations dans un cadre législatif. Dans un arrêt du 23 décembre 2010, le Conseil d'État reprend implicitement cette jurisprudence pour rejeter le moyen de violation de l'article 102 du TFUE invoqué à l'appui du recours pour excès de pouvoir intenté à l'encontre du décret d'application de l'article 22 bis du statut général des fonctionnaires²²⁵. Au terme d'une motivation insistant sur la solidarité, le Conseil d'État conclut que le décret n'a pas pour effet de placer par lui-même les organismes de référence en situation d'exploiter une position dominante de façon abusive. En effet, le décret prévoit les conditions de sélection par certains employeurs publics, des organismes de référence bénéficiaires d'une participation au financement des garanties de protection sociale complémentaire souscrites par les agents de ces personnes publiques. Il fixe les modalités du calcul et du versement de cette participation, qui ne peut excéder le montant des transferts de solidarité opérés. En contrepartie sont fixées les caractéristiques imposées aux garanties pour assurer la mise en oeuvre de dispositifs de solidarité entre leurs bénéficiaires.

Ne constitue pas une activité économique l'exercice de prérogatives de puissance publique, ainsi que l'a rappelé l'arrêt Selex dans la continuité de la décision Eurocontrol selon laquelle les activités de contrôle aérien échappent au droit de la concurrence²²⁶. L'arrêt de 2009 apporte quelques précisions. Il confirme la nécessité de dissocier l'appréciation des activités d'une même entité, les unes pouvant être économiques, les autres non. En l'espèce, les activités d'assistance aux administrations nationales de normalisation technique sont rattachées à l'exercice de prérogative de puissance publique.

²²⁵ CE 23 déc. 2010, Mutuelle centrale des finances, req. n° 310775.

²²⁶ CJCE 26 mars 2009, Selex Sistemi, aff. C-113/07, Rec. CJCE p. I-2207; 19 janv. 1994, Eurocontrol, aff. C-364/92, Rec. CJCE p. I-43.

N'est pas économique l'activité de recherche et de développement d'Eurocontrol, qui comprend l'acquisition de prototypes et le régime de droits de propriété intellectuelle. S'intégrant aux recherches financées par Eurocontrol, elle relève de la mission de promotion technique qui incombe à cette organisation.

Les aides d'État.

L'arrêt TF1 a apporté un éclaircissement utile sur l'articulation entre la jurisprudence Altmark²²⁷ et l'article 106, paragraphe 2, du TFUE²²⁸. Lorsque les quatre critères de l'arrêt Altmark sont remplis, la compensation d'obligations de service ne constitue pas une aide d'État au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE. Dans le cas contraire, elle peut déroger, en application de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, aux règles de concurrence dans la mesure nécessaire à l'accomplissement du service d'intérêt général qu'elle finance. Le paquet Altmark entretient la confusion applicabilité / régime. Il comprend la décision 2005/842/CE du 28 novembre 2005, qui exempte de notification les aides d'État versées sous forme de compensations d'obligation de service public d'un montant limité ou intervenant dans un secteur particulier²²⁹. Un arrêt du Conseil d'État de

²²⁷ CJCE 24 juill. 2003, Altmark, aff. C-280/00, Rec. CJCE p. I-7747.

²²⁸ TPICE 11 mars 2009, TF1, aff. T-354/05, Rec. CJCE p. I-2207. TF1 a intenté un recours en annulation à l'encontre de la décision constatant la compatibilité avec le marché intérieur du régime de la redevance au profit de France Télévisions au titre de l'article 106, paragraphe 2, TFUE. Le fond de l'affaire a perdu de son intérêt avec la loi n° 2009-258 du 5 mars 2009 qui prévoit la suppression progressive de la publicité sur les chaînes publiques.

²²⁹ Pour le montant : une compensation, d'un montant annuel inférieur à 30 millions d'euros, octroyée à des entreprises dont le chiffre d'affaires annuel moyen hors taxes n'atteint pas 100 millions d'euros au cours des deux exercices. Pour le secteur : hôpitaux et logement social ; des règles spécifiques s'appliquent aux transports aériens et maritimes. En revanche, les transports terrestres sont soumis à un régime spécifique en application de l'article 93 du TFUE et de règlements, v. CJCE 7 mai 2009, Antrop, aff. C-504/07, Rec. CJCE p. I-3867.

2010 résume les difficultés²³⁰. Il constate tout d'abord que les conditions de l'arrêt Altmark sont respectées; en conséquence, la compensation n'est pas une aide d'État soumise à l'obligation de notification²³¹. Toutefois, il ajoute que «d'ailleurs» les conditions de la décision 2005/842/CE sont remplies en l'espèce. Superfétatoire, la précision est erronée, la décision ne s'appliquant qu'aux aides d'État. La sélectivité, le critère de l'investisseur privé et la récupération sont les points saillants de la jurisprudence étudiée en matière d'aides d'État.

La sélectivité.

Au sens de l'article 107, paragraphe 1, du TFUE, une aide d'État implique un avantage sélectif, c'est-à-dire «accordé à certaines entreprises ou certaines productions»²³².

²³⁰ CE 7 juill. 2010, req. n° 327388. Était en cause la légalité de l'arrêté du 26 février 2009 du ministre de la santé fixant pour l'année 2009 l'objectif des dépenses d'assurance maladie mentionné à l'article L. 162-22-9 du Code de la sécurité sociale. Pour une application de la jurisprudence Altmark par le juge judiciaire après renvoi préjudiciel (conditions non remplies), v. CA Versailles, 2 sept. 2010, URSAFF c. Laboratoires Boiron; URSAFF c. Laboratoires Glaxosmithkline; URSAFF c. SARL BristolMyersSquib (3 arrêts).

²³¹ Ibid. L'arrêt constate que la compensation d'obligations de service public n'excède pas, au sens de la jurisprudence de la Cour de justice, «les coûts qu'une entreprise moyenne, bien gérée et correctement équipée en moyens de transport, devrait exposer pour remplir ces obligations, majorés d'un bénéfice raisonnable».

²³² Pour un avantage indirect, v. TPICE 4 mars 2009, Italie c. Commission, aff. T-424/05; Associazione italiana del risparmio gestito, T-445/05, Rec. TPICE p. II-289. Sur un avantage découlant d'un processus de nationalisation, v. Trib., 1^{er} juill. 2010, Italie c. Commission, aff. T-53/08; ThyssenKrupp Acciai Speciali Terni, aff. T-62/08; Cementir Italia, aff. T-63/08; Nuova Terni Industrie Chimiche, aff. T-64/08, nep.

Dans deux affaires, le Conseil d'État a apprécié la sélectivité des mesures bénéficiant à un opérateur de téléphonie mobile²³³.

Contestant la légalité de la procédure d'attribution de la 4e licence 3G à Free²³⁴, les requérants ont notamment avancé le moyen selon lequel l'octroi à un quatrième opérateur (Free) d'une licence 3G dans des conditions financières différentes des trois autres licences constitue une aide d'État. Le Conseil d'État rejette ce moyen, car la différence financière ne va pas au-delà de ce qui est «nécessaire pour tenir compte de la différence de situation existant entre les opérateurs et pour assurer les conditions d'une plus grande concurrence»²³⁵. La sélectivité est ici appréciée en contrôlant, au terme d'une analyse économique complexe, le respect de l'égalité et l'exigence de concurrence. Le Conseil d'État a procédé d'une façon analogue lorsqu'il a statué sur la définition de l'encadrement tarifaire des prestations de terminaison d'appel vocal mobile de trois opérateurs²³⁶.

L'appréciation de la sélectivité est plus délicate en matière fiscale. À l'instar du régime dérogatoire de taxe professionnelle appliqué à France Télécom de 1994 à 2002²³⁷,

²³³ Saisie de l'attribution de la troisième licence UMTS à Bouygues, la Cour de justice exclut une aide d'État car la mesure constituait la seule solution permettant de respecter le droit de l'Union. CJCE 2 avr. 2009, Bouygues SA, aff. C-437/07 P, Rec. CJCE p. I-153.

²³⁴ CE 12 oct. 2010, n° 332393. Était attaqué le décret n° 2009-948, 29 juill. 2009.

²³⁵ Après examen de la plainte des autres opérateurs, la Commission n'a pas ouvert de procédure. V. Mobile : l'Union européenne rejeterait les plaintes d'Orange, SFR et Bouygues contre Free, Lemonde.fr avec AFP, 23 août 2010. Dans ses fonctions consultatives, le Conseil d'État avait néanmoins soulevé la question de la qualification d'aide d'État. V. sect. travaux publics, 22 janv. 2008. Avis n° 381124.

²³⁶ CE 24 juill. 2009, SFR, n° 324642.

²³⁷ TPICE 30 nov. 2009, France et France Télécom c. Commission, aff. jtes T-427/04 et T-17/05, Rec. TPICE p. I-4315, pourvoi C-81/10 P.

est sélective la mesure réservée à une seule entreprise. À moins d'être justifiée par l'économie du système fiscal²³⁸, la sélectivité est également établie lorsqu'une différence de traitement est fondée sur des éléments fonctionnels²³⁹, temporels²⁴⁰ ou géographiques. Dans ce dernier cas, selon la Cour de justice, le cadre juridique pertinent pour apprécier la sélectivité du régime fiscal d'une autorité infra-étatique peut être limité au territoire de la collectivité territoriale si trois critères sont remplis : la décision est prise par une autorité régionale ou locale disposant, sur le plan constitutionnel, d'un statut politique et administratif distinct de celui du gouvernement central; celui-ci ne peut intervenir directement sur le contenu de la décision; les conséquences financières ne sont pas compensées par des concours ou subventions des autres régions ou du gouvernement central²⁴¹. En application de ces critères a été retenu le caractère sélectif de mesures fiscales

²³⁸ V. par ex. Trib., 1er juill. 2010, BNP Paribas, aff. T-335/08, nep, pourvoi C-452/10 P.

²³⁹ Sur des aides d'État accordées sous la forme d'une exonération fiscale et de prêts avantageux à des entreprises de services publics locaux, v. TPICE 11 juin 2009, Italie c. Commission, aff. T-222/04; Confservizi, aff. T-292/02; ACEA SpA, aff. T-297/02; AMGA, aff. T-300/02; AEM SpA, aff. T-301/02; Acegas-APS, SPA, aff. T-309/02; ASM Brescia SpA, aff. T-189/03, Rec. TPICE p. II-1831.

²⁴⁰ Pour une mesure fiscale réservée aux sociétés nouvellement cotées en bourse, v. TPICE 4 sept. 2009, Italie c. Commission, aff. T-211/05, Rec. TPICE p. II-2777. Sur les régimes fiscaux de territoires basques retenus sélectifs car réservés à des entreprises nouvellement créées: TPICE 9 sept. 2009, T- 86/02 à T-88/02, Territorio Historico de Alava, aff. T-à T-32/01; Territorio Historico de Alava, aff. T-227/01 à T-229/01, T-265, T-266, T-270/01; Territorio Historico de Alava, aff. T-230/01 à T-232/01, T-267 à T-269/01, Rec. TPICE p. II-139, pourvois en cours, C-471/09, C-472/09, C-473/09, C-474/09, C-475/09 et C-476/09.

²⁴¹ CJCE 11 sept. 2008, Unión General de Trabajadores de La Rioja (UGT-Rioja) e.a., aff. jtes C-428/06 à C-434/06 ; 6 sept. 2006, Portugal c. Commission, aff. C-88/03, Rec. CJCE p. I-7115. V. C. Urraca Caviedes, «La sélectivité régionale», in Liber Amicorum Francisco Santaolalla Gadea, La Haye, Kluwer Law International, 2008, p. 125.

régionales portugaises²⁴² et italiennes²⁴³. En France, la sélectivité était au cœur de la seconde phase du contentieux de la taxe sur les achats de viande finançant le service public de l'équarrissage. Créée en 1997, cette taxe a été qualifiée d'aide d'État car son produit était affecté à un fonds spécial²⁴⁴. C'est pourquoi la loi de finances rectificative du 30 décembre 2000 a modifié ce régime en affectant le produit de la taxe au budget de l'État et en supprimant le fonds spécial. Le nouveau régime a donné lieu à un contentieux de masse auquel le Conseil d'État a mis un terme en 2009 en appliquant la jurisprudence de la Cour de justice²⁴⁵. Une taxe est exclue du champ d'application des articles 107 et 108 du TFUE à moins de constituer le mode de financement d'une mesure d'aide dont elle fait partie intégrante; cela implique que le produit de la taxe soit nécessairement affecté au financement de l'aide du fait d'un lien d'affectation juridiquement contraignant entre la taxe et l'aide. En se fondant sur le «principe à valeur constitutionnelle d'universalité budgétaire» tiré de l'ordonnance du 2 janvier 1959, le Conseil d'État exclut tout lien d'affectation contraignant entre la taxe sur les achats de viande et le service public de l'équarrissage; aucune aide d'État n'est donc caractérisée.

L'investisseur privé en économie de marché. Le critère de l'investisseur privé en économie de marché permet d'apprécier si le comportement d'une collectivité publique

²⁴² TPICE 10 sept. 2009, Banco comercial dos Açores c. Commission, aff. T-75/03, Rec. TPICE p. I-7115.

²⁴³ CJCE 17 nov. 2009, Presidente del Consiglio dei Ministri, aff. C-169/08, Rec. CJCE p. I-10821.

²⁴⁴ CJCE 20 nov. 2003, GEMO, aff. C-126/03, Rec. CJCE p. I-13769; CE 15 juill. 2004, SA Gemo, n° 264494, concl. Goulard, RJF 2004. 726.

²⁴⁵ CE 27 juill. 2009, Société Boucherie du marché, n° 312098, JurisData n° 2009-081536, Droit fisc. 2009, n° 43 p. 27, concl. C. Legras et note A. Maitrot de la Motte ; Société Montaudis, n° 313502, JurisData n° 2009-081538, AJDA 2009. 2071, note F. Lichère. V. CAA de Paris, 10 déc. 2009, n° 07PA00079.

en sa qualité d'actionnaire d'une entreprise est une aide d'État²⁴⁶. Deux décisions de la Commission ont été annulées pour erreur de droit dans la mise en oeuvre de ce critère²⁴⁷.

La première affaire concernait le projet d'avance d'actionnaire de l'État français dans le capital de France Télécom en 2002. Pour la Commission, il ne s'agissait pas d'un comportement normal d'investisseur privé en économie de marché car il a été précédé de déclarations publiques du gouvernement français qui ont permis à France Télécom d'améliorer sa position sur les marchés financiers²⁴⁸. Le Tribunal censure cette lecture extensive du critère d'investisseur privé; si les déclarations ont permis à l'entreprise de bénéficier d'un avantage financier par un financement du marché à taux favorables, elles n'ont pas engagé des ressources publiques et ne sont donc pas une aide d'État²⁴⁹. Dans la seconde affaire, l'État français, seul actionnaire d'Électricité de France (EDF) en 1997, avait procédé à la recapitalisation de cette entreprise en renonçant à une créance fiscale détenue à son encontre.

Pour la Commission, il avait agi en qualité de puissance publique et non d'actionnaire, de sorte que le critère de l'investisseur privé n'était pas satisfait. Confirmant la conception extensive de l'actionnaire retenue dans l'affaire Ryanair²⁵⁰, le Tribunal a

²⁴⁶ Pour une application de ce critère à des apports tacites de Länder à une Landesbank, v. Trib. UE, 3 mars 2010, Bundesverband deutscher Banken, aff. T-163/05 et aff. T-36/06, nep.

²⁴⁷ TPICE 21 mai 2010, République française, France Télécom SA, Bouygues SA, Bouygues Télécom SA et Association française des opérateurs de réseaux et services de télécommunications, T-425/04, T-444/04, T-450/04 et T-456/04, nep; 15 déc. 2009, EDF c. Commission, T-156/04, Rec. TPICE p. II-4503.

²⁴⁸ Décision de la Commission, 2 août 2004, concernant l'aide d'État mise à exécution par la France en faveur de France Télécom, C(2004)3060, non publiée, pt. 191.

²⁴⁹ TPICE 21 mai 2010, préc.

²⁵⁰ TPICE 17 déc. 2008, Ryanair Ltd, T-196/04, Rec. CJCE p. II-3643. Le Tribunal a censuré l'erreur de droit de la Commission pour ne pas avoir appliqué le critère de l'investisseur privé à la région wallonne, qui avait octroyé des

censuré l'erreur de droit de la Commission, qui n'a pas recherché l'objectif poursuivi par l'État en renonçant à la créance fiscale. Si l'objectif est économique (c'est-à-dire peut être poursuivi par un investisseur privé), l'État intervient en tant qu'opérateur économique.

En revanche, la comparaison avec l'opérateur privé est exclue lorsque l'État poursuit un objectif d'intérêt public, car il agit alors en tant que puissance publique. Dans les deux affaires, la position de la Cour de justice est attendue; d'autant plus que la lecture téléologique des mesures et le raisonnement tautologique retenus par le Tribunal sont peu convaincants.

On notera enfin la publication de la décision concernant La Poste, dont la transformation en société anonyme par le législateur français a permis de mettre fin à la garantie illimitée bénéficiant aux établissements publics²⁵¹. La Commission considère une telle garantie constitutive d'une aide d'État, ce qui explique la lettre adressée aux autorités françaises demandant que la Société nationale des chemins de fer (SNCF) soit transformée en société anonyme²⁵².

La récupération. La Commission doit ordonner la restitution des aides incompatibles²⁵³. Le juge national est tenu de faire droit à la demande de récupération d'une aide d'État illégale, c'est-à-dire versée en violation de l'obligation de notification et de

aides fiscales à Ryanair pour le lancement de lignes aériennes à l'aéroport de Charleroi, celui-ci étant géré par une société au capital de laquelle la région wallonne participe.

²⁵¹ Déc. n° 2010/605/UE, 26 janv. 2010, concernant l'aide d'État accordée par la France à La Poste, JOUE n° L 274, 19 oct. 2010, p. 1.

²⁵² Ass. Nat., Question au gouvernement de M. J.-C. Guibal, Statut de la SNCF, 2 juin 2010.

²⁵³ Art. 14, § 1, règlement (CE) n° 639/1999 du Conseil, du 22 mars 1999, portant modalités d'application de l'article 93 du TCE (108 TFUE), JOUE L 83, 27 mars 1999, p. 1.

suspension²⁵⁴. Selon la formule consacrée par le Conseil d'État, «ressortit à la compétence exclusive de la Commission européenne de décider, sous le contrôle de la Cour de justice [...], si une aide de la nature de celles mentionnées à l'article [107] du Traité est ou non, compte tenu des dérogations prévues par ce Traité, compatible avec le marché commun»; «il incombe, en revanche, aux juridictions nationales de sanctionner, le cas échéant, l'invalidité de dispositions de droit national qui auraient institué ou modifié une telle aide en méconnaissance de l'obligation [...] d'en notifier à la Commission, préalablement à toute mise à exécution, le projet»²⁵⁵. Trois affaires soulignent la délicate articulation entre obligation de récupération et contrôle juridictionnel²⁵⁶.

Les aides illégales pour défaut de notification, mais déclarées compatibles par la Commission, ne doivent pas être récupérées²⁵⁷, ce qui soulève des difficultés illustrées par le nouvel épisode de la « saga » Centre d'exportation du livre français (CELF)²⁵⁸.

Contribuant à la francophonie, le CELF a bénéficié depuis 1980 d'une subvention ministérielle. Illégale à défaut d'avoir été notifiée, cette aide d'État a été autorisée par trois

²⁵⁴ Imposée par l'article 108, § 3, TFUE. D'effet direct, cette disposition engendre, en faveur des justiciables, des droits que les juridictions nationales sont tenues de sauvegarder. CJCE 11 déc. 1973, Lorenz, aff. 120/73, Rec. CJCE p. 1471.

²⁵⁵ CE 23 déc. 2010, Mutuelle centrale des finances, n° 310775; CE 26 nov. 2009, Société Sotresco, n° 313397; Société Cannekar, n° 313404; CE 27 juil. 2009, Société Boucherie du marché, n° 312098; Société Montaudis, n° 313502; CAA Lyon, 16 nov. 2010, Association Canol c. Communauté urbaine de Lyon, n° 09LY02028.

²⁵⁶ Lorsque l'aide incompatible a été versée à une entreprise en situation de faillite, les autorités nationales doivent inscrire au passif leur créance. TPICE, 1^{er} juil. 2009, Kg Holding, aff. T-81 à 83/07, Rec. p. II-2411.

²⁵⁷ CJCE, 21 nov. 1991, Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e.a. c. France, aff. C-354/90, Rec. p. I-5505, pt 14.

²⁵⁸ CJUE, 11 mars 2010, CELF (centre d'exportation du livre français), aff. C-1/09, nep.

décisions de la Commission, toutes annulées par le Tribunal²⁵⁹. À l'occasion du contentieux national de récupération de ces aides, le Conseil d'État a posé une seconde question préjudicielle à la Cour de justice, qui a donné deux précisions²⁶⁰. D'une part, le juge national ne peut surseoir à statuer sur la restitution d'une aide illégale en attendant que la Commission européenne, dont une première décision a été annulée par le juge, se prononce à nouveau sur la compatibilité de la mesure. D'autre part, le fait que le Tribunal ait annulé à trois reprises des décisions de la Commission ne constitue pas une situation exceptionnelle justifiant une limitation de l'obligation de récupération²⁶¹. Cette interprétation stricte est fondée sur l'effet utile de l'article 108, paragraphe 3, du TFUE, qui confère des droits aux particuliers dont le juge national assure la protection effective.

Ces précisions interviennent alors que le contentieux des aides d'État s'intensifie²⁶², ainsi que l'affaire Scott – autre « saga jurisprudentielle » française – le montre à un double titre. D'une part, le 2 septembre 2010, la Cour de justice a annulé l'arrêt du Tribunal au motif que le contrôle opéré sur la décision de la Commission était entaché d'erreurs²⁶³. D'autre part, le 20 mai 2010, elle a précisé les limites apportées par le principe

²⁵⁹ TPICE, 15 avr. 2008, CELF, aff. T-348/04, Rec. p. II-625.

²⁶⁰ Le premier arrêt préjudiciel précisait que le juge national, en cas de récupération d'une aide illégale déclarée compatible par la Commission, doit ordonner uniquement le paiement d'intérêts pour la période écoulée entre la mise à exécution de l'aide illégale et la décision de compatibilité. Si celle-ci est annulée par le juge de l'Union, il doit tirer les conséquences de l'illégalité pour la période écoulée entre la décision de compatibilité et l'arrêt annulant celle-ci. CJCE, 12 févr. 2008, CELF, aff. C-199/06, Rec. p. I-469.

²⁶¹ Le bénéficiaire des aides illégalement mises à exécution peut faire échec à l'obligation de récupération en invoquant des circonstances exceptionnelles, qui ont légitimement pu fonder sa confiance dans leur caractère régulier. CJCE 20 sept. 1990, Commission c. Allemagne, aff. C-5/89, Rec. CJCE p. I-3437.

²⁶² Pour des illustrations d'irrecevabilité, v. pour une association Trib. UE, 18 mars 2010, Forum 187 ASBL c. Commission, aff. T-189/08, nep.

²⁶³ CJUE 2 sept. 2010, Commission c. Scott, aff. C-290/07 P, nep.

d'effectivité à l'autonomie procédurale²⁶⁴. Celle-ci implique que les autorités nationales sont libres de choisir les moyens pour récupérer l'aide d'État. Le juge national peut éprouver des difficultés à mettre en oeuvre les voies de droit interne, à l'instar de la cour administrative d'appel de Nantes. Celle-ci, confrontée à l'illégalité formelle de titres de perception émis pour la récupération des aides indûment perçues, a posé une question préjudicielle sur l'interprétation de l'article 14, paragraphe 3, du règlement (CE) n° 659/1999²⁶⁵. Pour la Cour de justice, le juge administratif peut annuler pour vice de forme les titres de recette émis afin de récupérer une aide illégale lorsque le droit national permet de régulariser le vice de forme; le maintien des conditions normales de concurrence interdit tout nouveau versement, ne serait-ce que provisoire, au bénéficiaire. L'obligation de récupération, destinée à rétablir les conditions normales de concurrence faussées par le versement de l'aide illégale, est conciliée avec le principe général de protection juridictionnelle effective, dont le contrôle par le juge national de la légalité formelle d'un titre de recettes est la manifestation²⁶⁶. Le 31 août 2010, en se fondant sur le principe d'effectivité, la cour administrative d'appel a rejeté les conclusions tendant au remboursement des créances de la collectivité correspondant à l'obligation de récupération de l'aide d'État illégale, nonobstant l'annulation des titres de recettes pour vice de forme²⁶⁷.

L'obligation de récupération peut se heurter à l'autorité de la chose jugée. Ce moyen a été avancé en défense par la Slovaquie pour contester un manquement. Était reprochée à cet État la nonrécupération d'une aide illégale constituée par l'annulation d'une

²⁶⁴ CJUE 20 mai 2010, Scott, aff. C-210/09, nep. Pour une illustration en droit allemand, v. Trib. 7 oct. 2010, DHL Aviation, aff. T-452/08, nep.

²⁶⁵ Selon un premier arrêt, cette disposition impose l'obligation de récupération immédiate et effective qui s'oppose à l'effet suspensif des recours introduits contre ces titres de perception. CJCE 5 oct. 2006, Commission c. France (Scott c. Kimberly), aff. C-232/05, Rec. CJCE p. I-10071.

²⁶⁶ Pts. 22 et 25.

²⁶⁷ CAA Nantes, 31 août 2010, n° 07NT00572.

dette fiscale. Or cette annulation était fondée sur un concordat approuvé par une décision de justice dotée de la force de chose jugée²⁶⁸. À la différence de l'arrêt *Lucchini*, en l'espèce la décision de justice était antérieure à toute décision de la Commission ordonnant la récupération. L'arrêt *Lucchini* a en effet affirmé que le principe de l'autorité de la chose jugée ne peut faire obstacle à la récupération d'une aide dont l'incompatibilité a été constatée par une décision de la Commission devenue définitive²⁶⁹. La Cour admet que l'autorité de la chose jugée puisse faire obstacle à la récupération²⁷⁰; en l'espèce cependant, la Slovaquie a manqué à ses obligations car elle disposait d'autres moyens pour obtenir la récupération de l'aide. La procédure en manquement est ainsi utilisée par la Commission afin de garantir l'effectivité de l'obligation de récupération. Si l'arrêt constatant le manquement a un effet déclaratoire, sa non-exécution peut conduire à la condamnation de l'État en application de l'article 260 du TFUE. En 2009, la Grèce a ainsi été condamnée au paiement d'une astreinte et d'une somme forfaitaire pour non-exécution d'un arrêt constatant le défaut de récupération d'une aide²⁷¹.

²⁶⁸ CJUE 22 déc. 2010, *Commission c. Slovaquie*, C-507/08, nep.

²⁶⁹ CJCE 18 juil. 2007, *Lucchini SpA*, aff. C-119/05, Rec. CJCE p. I-6199.

²⁷⁰ CJUE *Commission c. Slovaquie*, C-507/08, préc., pts. 59-60. Le droit de l'Union «n'impose pas dans tous les cas à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant force de chose jugée à une décision juridictionnelle, même si cela permettrait de remédier à une violation du droit de l'Union par la décision en cause». «En vue de garantir aussi bien la stabilité du droit et des relations juridiques qu'une bonne administration de la justice, il importe que les décisions juridictionnelles devenues définitives après épuisement des voies de recours disponibles ou après expiration des délais prévus pour ces recours ne puissent plus être remises en cause».

²⁷¹ CJCE GC, 7 juil. 2009, aff. C-369/07, *Commission c. Grèce*, Rec. CJCE p. I-5703.

4.3 La commande publique.

Alors que la Commission a présenté un « livre vert » sur la modernisation des règles relatives aux marchés publics dans l'Union²⁷², les directives relatives aux marchés publics ont donné lieu à quelques affaires intéressantes²⁷³. Elles ne s'appliquent cependant pas aux concessions de services, lesquelles relèvent d'un régime jurisprudentiel construit depuis l'arrêt *Telaustria* autour du principe de non-discrimination et de l'exigence de transparence²⁷⁴. D'effet direct²⁷⁵, ces règles fondamentales sont a fortiori invocables aux fins d'une interprétation conforme du droit national²⁷⁶. La combinaison de directives « marchés » et principes jurisprudentiels forme ainsi le droit de l'Union de la commande publique, auquel échappent deux séries de relations.

²⁷² 18 oct. 2010, COM(2010) 571 final.

²⁷³ Directive « secteurs exclus » 2004/17/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, portant coordination des procédures de passation des marchés dans les secteurs de l'eau, de l'énergie, des transports et des services postaux, JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 1; directive «classique» 2004/18/CE, du Parlement européen et du Conseil, du 31 mars 2004, relative à la coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux, de fournitures et de services, JOUE n° L 134, 30 avr. 2004, p. 114.

²⁷⁴ CJCE 7 déc. 2000, *Telaustria et Telefonadress*, aff. C-324/98, Rec. CJCE p. I-10745 ; 21 juill. 2005, *Coname*, aff. C-231/03, Rec. CJCE p. I-7287 ; 13 oct. 2005, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, Rec. CJCE p. I-8585 ; 6 avr. 2006, *ANAV*, aff. C-410/04, Rec. CJCE p. I-3303 ; 13 sept. 2007, *Commission c. Italie*, aff. C-260/04, Rec. CJCE p. I-7083.

²⁷⁵ V. par ex. CJ, GC, 13 avr. 2010, *Wall AG c. Ville de Francfort-sur-le-Main, et Frankfurter Entsorgungs-und Service (FES) GmbH*, aff. C-91/08, pts. 68 et 71.

²⁷⁶ Comme le Conseil d'État l'a expressément affirmé, v. CE 1er avr. 2009, *CUB et Sté Kéolis*, n° 323585 et n° 323593, AJDA 2009. 1889, note F. Train ; RFDA 2009. 937, note D. Dubois et C. Raux..

Les exclusions.

Depuis l'arrêt Teckal²⁷⁷, les règles de la commande publique ne s'imposent pas aux contrats conclus entre une collectivité publique et une entité juridiquement distincte de celle-ci lorsque deux conditions sont remplies²⁷⁸: d'une part, la collectivité exerce sur l'entité un contrôle analogue à celui qu'elle exerce sur ses propres services; d'autre part, cette entité réalise l'essentiel de son activité avec la collectivité qui la détient²⁷⁹. Un arrêt a précisé la mise en oeuvre du critère de contrôle lorsque l'entité cocontractante prend la forme d'une société de capital²⁸⁰. Le contrôle analogue est exclu lorsqu'une personne privée détient une partie même minoritaire du capital de l'entité²⁸¹. Encore faut-il que la participation des investisseurs privés soit effective: une mixité hypothétique du capital ne suffit pas à exclure la condition du contrôle en l'absence de tout indice concret d'une ouverture prochaine du capital à des actionnaires privés²⁸². Le capital de l'entité doit donc être entièrement et effectivement public, le contrôle pouvant être exercé en commun par

²⁷⁷ CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121 ; 11 janv. 2005, Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, Rec. CJCE p. I-1 ; 13 oct. 2005, Parking Brixen, aff. C-458/03, Rec. CJCE p. I-8585.

²⁷⁸ Cette exclusion concerne aussi bien les directives « marchés publics » que les principes de non-discrimination et de transparence. V. pour rappel : CJCE 10 sept. 2009, Sea Srl, aff. C-573/07, Rec. CJCE p. I-8127.

²⁷⁹ CJCE 18 nov. 1999, Teckal, aff. C-107/98, Rec. CJCE p. I-8121.

²⁸⁰ Ibid., pt. 41.

²⁸¹ CJCE GC, 9 juin 2009, Commission c. Allemagne, aff. C-480/06, Rec. CJCE p. I-4747, pt. 3; 15 oct. 2009, Acoset, aff. C-196/08, Rec. CJCE p. I-9913 ; CJCE 22 déc. 2010, Mehiläinen Oy, aff. C-215/09, nep, pt. 32. V. égal. Stadt Halle et RPL Lochau, aff. C-26/03, préc., pt. 49 ; 13 nov. 2008, Coditel Brabant, aff. C-324/07, Rec. CJCE p. I-8457, pt. 30.

²⁸² CJCE Sea Srl, aff. C-573/07, préc., pt. 51.

plusieurs collectivités publiques²⁸³. La jurisprudence Teckal est désormais bien intégrée dans l'ordre juridique français. Outre la consécration législative des sociétés publiques locales²⁸⁴, le juge administratif se réfère aux contrats de quasi-régie, comme l'a fait la cour administrative d'appel de Paris dans une affaire concernant un bail emphytéotique²⁸⁵.

La coopération intercommunale fait-elle échec aux règles de la commande publique? L'arrêt Coditel avait admis la délégation sans appel à concurrence d'un service public à une société coopérative intercommunale, car les conditions d'une relation in house étaient établies²⁸⁶. L'arrêt du 9 juin 2009 relatif à un contrat conclu entre la ville de Hambourg et quatre Landkreise afin de mutualiser le traitement de déchets²⁸⁷ admet aussi que ce contrat échappe aux règles de la commande publique en tant qu'aboutissement d'une coopération intercommunale destinée à exécuter une mission de service public. Il s'agit d'un arrêt d'espèce, la Cour se montrant sensible au fait qu'il ne s'est pas agi de contourner les règles relatives aux marchés publics, mais de permettre l'élimination des déchets conformément aux objectifs imposés par la directive 75/442/CEE relative aux déchets²⁸⁸. Une marge de manoeuvre est ainsi laissée aux collectivités territoriales, au prix d'une insécurité juridique, une appréciation subjective de l'intention des parties étant nécessaire.

²⁸³ Ibid., pt. 58. V. CJCE 19 avr. 2007, Asemfo, aff. C-295/05, Rec. CJCE p. I-2999, pt. 57; Coditel Brabant, aff. C-324/07, préc., pt. 49.

²⁸⁴ L. n° 2010-559, 28 mai 2010.

²⁸⁵ CAA Paris, 30 juin 2009, n° 07PA02380, Lebon T.

²⁸⁶ Coditel Brabant, aff. C-324/07, préc., pt. 41.

²⁸⁷ CJCE Commission c. Allemagne, aff. C-480/06, préc., pts. 35-36.

²⁸⁸ Ibid., pts. 47-48.

Les directives.

Le champ d'application des directives a connu trois séries de précisions. *Ratione temporae*, la Cour a tiré du principe de sécurité juridique la conclusion que les marchés conclus avant la date d'expiration du délai de transposition de la directive 2004/18/CE, relèvent de la directive 93/37/CEE²⁸⁹. *Ratione personae*, a été retenue une acception extensive de la notion d'opérateur économique à propos d'un groupement italien constitué d'universités et de ministères (CoNISMa), exclu d'un marché public au motif que le droit italien n'autorise pas ces entités à présenter des offres²⁹⁰. Pour la Cour, même s'il ne poursuit pas un but lucratif et n'intervient pas régulièrement sur le marché, CoNISMa est un opérateur économique²⁹¹. Contrairement à la solution retenue en 2007²⁹², la notion d'opérateur économique pour le droit de la commande publique ne s'épuise donc pas avec celle d'entreprise pour celui de la concurrence²⁹³. La Cour invite dès lors le juge national à interpréter le droit interne conformément au texte et à la finalité de la directive 2004/18/CE²⁹⁴. *Ratione materiae*, la Cour de justice a refusé d'appliquer la dérogation prévue par les articles 51 et 62 TFUE pour les activités participant à l'exercice de l'autorité publique²⁹⁵. Cette dérogation avait été invoquée par des Länder allemands ayant passé sans appels d'offres des marchés relatifs à des services publics de transport sanitaire. Sans

²⁸⁹ CJCE 15 oct. 2009, Hochtief et Linde-Kca-Dresden, aff. C-138/08, Rec. CJCE p. I-9889.

²⁹⁰ CJUE 23 déc. 2009, CoNISMA, aff. C-305/08, nep.

²⁹¹ Ibid., pts. 19-23.

²⁹² CJCE 29 nov. 2007, Commission c. Italie, aff. C-119/06, Rec. CJCE p. I-168.

²⁹³ Sur la comparaison entre notions d'opérateur économique et d'entreprise, v. concl. aff. C-305/08, pts. 28-30.

²⁹⁴ CJUE CoNISMA, aff. C-305/08, préc., pt 50.

²⁹⁵ CJUE 29 avr. 2010, Commission c. Allemagne, aff. C-160/08, nep.

surprise²⁹⁶, la Cour de justice a affirmé que la fourniture de ces services publics ne participe pas à l'exercice de l'autorité publique. La qualification de marché au sens de la directive 2004/18/CE implique que les travaux soient exécutés pour satisfaire les besoins de la collectivité²⁹⁷, c'est-à-dire dans l'intérêt économique direct du pouvoir adjudicateur²⁹⁸. Pour la Cour, un tel intérêt n'est pas établi lorsque l'État vend un terrain sur lequel l'acquéreur privé exécute ultérieurement des travaux répondant à des objectifs de développement urbanistique fixés par une collectivité locale; celle-ci ne satisfait pas ses besoins, mais exerce ses compétences en matière d'urbanisme²⁹⁹. Un autre montage contractuel posait une difficulté de qualification résolue par un arrêt du 22 décembre 2010³⁰⁰. Un pouvoir adjudicateur municipal avait conclu, avec une société privée indépendante de lui, un contrat comportant deux volets. D'une part, les parties ont créé une société anonyme dont elles se sont partagé à parts égales le capital et le pouvoir de contrôle. D'autre part, le pouvoir adjudicateur municipal s'est engagé à acquérir auprès de cette société les services de santé et de bien-être au travail. Pour la Cour de justice, détachable du contrat constituant la société, cet engagement du pouvoir adjudicateur est un marché de services relevant de

²⁹⁶ La Cour a ainsi refusé de rattacher à l'exercice de l'autorité publique les activités suivantes : avocat, CJCE 21 juin 1974, *Reyners*, aff. 2/74, Rec. CJCE p. 631; enseignement ou direction de centres privés d'enseignement, CJCE 15 mars 1988, *Commission c. Grèce*, aff. 147/86 ; services informatiques pour le compte de l'administration publique, CJCE 5 déc. 1989, *Commission c. Italie*, aff. C-3/88, Rec. CJCE p. 4035; commissaire agréé auprès des entreprises d'assurance, CJCE 13 juill. 1993, *Thijssen*, aff. C-42/92, Rec. CJCE p. I-4047; vente de paris et loteries, 26 avr. 1994, *Commission c. Italie*, aff. C-272/91, Rec. CJCE p. I-1409 ; services de sécurité privée, CJCE 22 oct. 1998, *Commission c. Espagne*, aff. C-114/97, Rec. CJCE p. I-6717 ; organismes de contrôle des produits de l'agriculture biologique (CJCE 29 nov. 2007, *Commission c. Allemagne*, aff. C-404/05, Rec. CJCE p. I-10239).

²⁹⁷ Art. 1er, § 2, b, de la directive 2004/18, préc.

²⁹⁸ V. CJCE 18 janv. 2007, *Auroux e. a.*, aff. C-220/05, Rec. CJCE p. I-385, pts. 13, 17, 18 et 45.

²⁹⁹ CJUE 25 mars 2010, *Helmut Müller GmbH*, aff. C-451/08, *nep.*

³⁰⁰ CJUE C-215/09, *Mehiläinen et Terveystalo Healthcare*, préc.

l'annexe II B de la directive 2004/18/CE. Au titre des manquements aux directives, deux arrêts retiennent l'attention. Concernant la France, la Cour a constaté l'incompatibilité avec les articles 2 et 28 de la directive 2004/18/CE des articles 73 et 74-IV du Code des marchés publics relatifs aux marchés de définitions, désormais abrogés³⁰¹. La directive 2004/18/CE s'oppose à l'attribution par un pouvoir adjudicateur d'un marché d'exécution à l'un des titulaires des marchés de définition initiaux avec une mise en concurrence limitée à ces titulaires³⁰². Dans l'affaire des services publics de transport sanitaire, la Cour a rejeté la justification avancée par l'Allemagne sur le fondement de l'article 106, paragraphe 2, du TFUE, estimant ne pas voir en quoi « l'obligation d'assurer la publicité des résultats de l'attribution du marché concerné serait de nature à faire échec à l'accomplissement » d'un service d'intérêt économique général³⁰³.

³⁰¹ CJUE 10 déc. 2009, Commission c. France, aff. C-299/08, Rec. CJUE p. I-11587. Dispositions abrogées par l'article 40 du décret n° 2010-406 du 26 avril 2010, relatif aux contrats de concession de travaux publics et portant diverses dispositions en matière de commande publique. Dans une autre affaire (CJCE 11 juin 2009, aff. C-327/08, Commission c. France, Rec. CJCE p. I-102), la Cour a constaté l'incompatibilité de l'ancienne version de l'article 1441-1 du nouveau Code de procédure civile avec les dispositions de la directive 89/665/CEE, (première directive recours). Afin de transposer la directive 2007/66/CE améliorant l'efficacité des procédures de recours en matière de passation des marchés publics, le décret n° 2009-1456, 27 nov. 2009 a modifié l'article 1441-1.

³⁰² À rapprocher de CJCE, 14 oct. 2004, Commission c. France, aff. C-340/02, Rec. CJCE p. I-9845. Commission, 27 juin 2007, Marchés publics: procédures d'infraction à l'encontre de la France, Comm. presse IP/07/922. Pour d'autres manquements, v. CJCE 23 avr. 2009, Commission c. Belgique, aff. C-292/07, Rec. CJCE p. I-59 ; 2 avr. 2010, Commission c. Espagne, aff. C-423/07 ; 8 nov. 2010, Commission c. Irlande, aff. C-226/09, nep.

³⁰³ Commission c. Allemagne, aff. C-160/08, préc., pt. 129. À rapprocher de CJCE 25 oct. 2001, Glöckner, aff. C-475/99, Rec. CJCE p. I-8089.

Les principes jurisprudentiels.

Par un jeu de vases communicants, les principes de l'arrêt Telaustria s'appliquent dans les interstices matériels qui n'ont pas été harmonisés par les directives « marchés ». Deux arrêts illustrent cette complémentarité. Dans l'affaire Assitur Srl, était en cause l'interprétation de la liste, établie par la directive³⁰⁴, des causes justifiant l'exclusion par le pouvoir adjudicateur des candidats à un marché. Pour la Cour, des causes non prévues par la directive peuvent être introduites afin de garantir le respect des principes d'égalité de traitement et de transparence. Dans un autre arrêt, il s'est agi d'un marché de services d'interprétation qui, en application de la directive 2004/18/CE, n'est soumis qu'à des obligations de publicité et de mise en concurrence allégées. Néanmoins, estime la Cour, ce type de marché n'échappe pas totalement au droit de l'Union; pour les questions non couvertes par la directive, les principes généraux s'appliquent³⁰⁵.

Dans l'arrêt Eurawasser, la Cour de justice a rappelé que la différence entre un marché de services et une concession de services réside dans la contrepartie de la prestation³⁰⁶. Pour le marché, la contrepartie est payée directement par le pouvoir adjudicateur au prestataire; pour la concession, la contrepartie consiste dans le droit d'exploiter le service, soit seul, soit assorti d'un prix³⁰⁷. Néanmoins, souligne l'arrêt, la rémunération de l'opérateur par des tiers n'est pas en soi un critère de distinction, mais

³⁰⁴ CJCE 19 mai 2009, Assitur Srl, aff. C-538/07, Rec. CJCE p. I-4219. Était en cause l'article 29, alinéa 1er, de la directive 92/50/CEE, dont la substance est reprise par l'article 45, paragraphe 2, de la directive 2004/18/CE.

³⁰⁵ CJUE 18 nov. 2010, Commission c. Irlande, aff. C-226/09, nep. Sont applicables à ces marchés uniquement les articles 23 et 35, § 4, de la directive.

³⁰⁶ CJCE 10 sept. 2009, WAZV Gotha c. Eurawasser, aff. C-206/08, Rec. CJCE p. I-8377. Pour un contrat aisément qualifié de concession de service eu égard au transfert clair de risque, v. CJUE Wall AG, aff. C-91/08, préc.

³⁰⁷ CJCE, WAZV Gotha c. Eurawasser, aff. C-206/08, préc.

uniquement un indice de la prise en charge par le prestataire du risque lié à l'exploitation des services³⁰⁸. Lorsque l'opérateur se rémunère par sa propre prestation, il prend nécessairement en charge ce risque. La distinction entre marché public et concession de service est bien fondée sur le critère de la charge du risque lié à l'exploitation du service³⁰⁹. Si ce risque pèse sur l'opérateur, il y a concession de service; en cas contraire, le contrat est un marché puisque l'entité adjudicatrice assume l'aléa économique. Peu importe que le risque encouru par le pouvoir adjudicateur soit très limité ; seul est déterminant le transfert par le pouvoir adjudicateur au concessionnaire de l'intégralité ou, au moins, d'une part significative du risque d'exploitation qu'il encourt³¹⁰. Alors que les directives « marchés » publics définissent les notions de pouvoir adjudicateur et d'entité adjudicatrice, l'applicabilité *ratione personae* de la jurisprudence *Telaustria* n'est pas précisée. Ainsi, un arrêt du 13 avril 2010 a précisé les conditions dans lesquelles une société d'économie mixte est assimilée à une autorité publique et donc soumise au principe d'égalité de traitement et à l'exigence de transparence³¹¹. En s'inspirant de la notion de «pouvoir adjudicateur» donnée par la directive 2004/18/CE, la Cour dégage deux conditions: d'une part, l'entreprise est sous le contrôle effectif d'une autorité publique³¹²; d'autre part, elle n'opère pas en situation de concurrence sur le marché.

³⁰⁸ *Ibid.*, pt. 59.

³⁰⁹ V. aussi CJCE, *Parking Brixen*, aff. C-458/03, préc., pt. 40.

³¹⁰ CJCE *WAZV Gotha c. Eurawasser*, aff. C-206/08, préc., pt. 77. En l'espèce, le risque était financièrement limité du fait d'une réglementation spécifique régissant le secteur de l'eau.

³¹¹ CJUE *Wall AG*, aff. C-91/08, préc.

³¹² Ce contrôle s'apprécie en fonction de la composition des organes dirigeants de l'entreprise, de la détention des voix au sein des organes de direction ainsi que de son financement.

Alors que le marché public est un contrat conclu à titre onéreux³¹³, les principes issus de l'arrêt *Telaustria* sont invocables à l'encontre de «tout acte, qu'il soit contractuel ou unilatéral, par lequel une entité publique confie la prestation d'une activité économique à un tiers»³¹⁴. Ainsi, dans deux arrêts de 2010, la Cour de justice a appliqué les principes jurisprudentiels à des actes unilatéraux portant dévolution par l'autorité publique à un opérateur privé, de l'activité de jeux de hasard. Dans l'affaire relative au système hollandais d'agrément fermé pour l'organisation de ces jeux, la Cour a affirmé que l'obligation de transparence est «une condition préalable obligatoire du droit d'un État membre d'attribuer des autorisations d'exploitation des établissements de jeux, quel que soit le mode de sélection des opérateurs»³¹⁵. Dans l'arrêt concernant les concessions d'exploitation des établissements de jeux en Autriche, la Cour souligne le nécessaire respect du principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence lors de l'octroi d'une autorisation administrative³¹⁶. Si le principe d'égalité de traitement et l'obligation de transparence n'impliquent pas nécessairement un appel d'offres, l'autorité doit garantir, en faveur de tout soumissionnaire potentiel, un degré de publicité adéquat permettant une ouverture à la concurrence ainsi que l'impartialité des procédures d'attribution³¹⁷. Un arrêt du 13 avril 2010 a précisé que l'exigence de publicité peut impliquer une nouvelle procédure de mise en concurrence³¹⁸. En l'espèce, était en cause un contrat de concession conclu par la ville de Francfort au cours de l'exécution duquel un changement de sous-traitant a été autorisé par

³¹³ Art. 1er, § 2, dir. 2004/18/CE, préc.

³¹⁴ Livre vert sur les partenariats public-privé et le droit communautaire des marchés publics et des concessions, COM(2004) 327 final, pt. 8.

³¹⁵ CJUE, *Sporting Exchange Ltd dit Betfair*, aff. C-203/08, préc., pt. 53.

³¹⁶ CJUE, *Ernst Engelmann*, aff. C-64/08, préc.

³¹⁷ CJUE, *Sporting Exchange*, aff. C-203/08, préc., pts. 40 et 41.

³¹⁸ CJUE, *Wall AG*, aff. C-91/08, préc.

l'autorité concédante. Selon l'arrêt, une nouvelle procédure est nécessaire lorsque les stipulations « présentent des caractéristiques substantiellement différentes de celles du contrat de concession initial [...] de nature à démontrer la volonté des parties de renégocier les termes essentiels de ce contrat ». Une modification substantielle est notamment établie lorsque la collectivité a autorisé le changement d'un sous-traitant, dont la présence – déterminante pour la conclusion du contrat – a conduit à ne pas retenir d'autres candidatures. Inédite pour les concessions de services, la solution avait déjà été appliquée en matière de marchés³¹⁹. Selon un autre arrêt, le principe de non-discrimination et l'exigence de transparence n'imposent pas l'obligation pour les pouvoirs adjudicateurs de procéder à la pondération des critères de sélection dès l'avis de marché; ces critères ne doivent pas en revanche être modifiés au cours de la procédure³²⁰.

Quelles sont les conséquences de la violation de l'obligation de transparence sur l'office du juge national? Il était ainsi demandé à la Cour de justice si cette violation implique l'obligation pour les autorités publiques de résilier le contrat et d'accorder au candidat non retenu le droit d'obtenir une injonction pour prévenir ou faire cesser la violation³²¹. La Cour de justice se contente d'affirmer qu'en vertu du principe d'autonomie procédurale, le juge national se fonde sur le droit national pour tirer les conséquences sur le contrat, de la violation des principes dans le respect des exigences d'équivalence et d'effectivité. Le principe d'autonomie procédurale se révèle cette fois un moyen pour la Cour de justice d'éviter de s'immiscer dans l'organisation des voies de recours.

³¹⁹ CJCE 5 oct. 2000, Commission c. France, aff. C-337/98, Rec. CJCE p. I-8377; 19 juin 2008, Pressetext Nachrichtenagentur, aff. C-454/06, Rec. CJCE p. I-4401.

³²⁰ CJUE Commission c. Irlande, aff. C-226/09, préc.

³²¹ CJUE Wall AG, aff. C-91/08, préc.