

N° 298348

Mme Emmanuelle P...

Rapporteur : P. Chaubon

Assemblée du Contentieux

Séance du 16 octobre 2009

Lecture du 30 octobre 2009

CONCLUSIONS

M. Mattias GUYOMAR, Rapporteur Public

Le renvoi de la présente affaire devant votre formation de jugement, inscrite une première fois au rôle des 6^{ème} et 1^{ère} sous-sections réunies du 10 juillet 2009, se justifie par l'ampleur des questions qu'elle soulève.

Mme P... est entrée dans la magistrature en 1990. Elle occupe, depuis septembre 2002, les fonctions de juge d'application des peines au tribunal de grande instance (TGI) de Bordeaux.

Le 23 mars 2005, est diffusé un appel à candidature sur un poste de chargé de formation à l'Ecole nationale de la magistrature (ENM) pour l'application des peines. Dans sa rédaction applicable à la date des actes attaqués, le décret du 21 décembre 1999 régissant les emplois de l'ENM prévoit, à son article 10, que : « Peuvent être nommés dans un emploi de chargé de formation à l'ENM, par voie de détachement, les magistrats de l'ordre judiciaire appartenant au premier grade ou appartenant au second grade et inscrits au tableau d'avancement. La nomination à cet emploi est prononcée par arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice, après avis du directeur, pour une durée de trois ans renouvelable une fois ». Mme P... candidate, une première fois, à ces fonctions. Après avoir été entendue par la commission chargée d'auditionner les candidats, elle apprend qu'elle n'est pas retenue. Un nouvel appel à candidature sur un autre poste de chargé de formation est diffusé, le 25 novembre 2005. Mme P... présente à nouveau sa candidature. Un autre magistrat postule également. Après prorogation du délai de candidature, c'est le magistrat concurrent qui est nommé, le 7 février 2006. Mais, ce dernier ayant été nommé sur un autre poste dès le 22 février 2006, un nouvel appel à candidature est diffusé, le 2 mars 2006. Le 8 mars 2006, Mme P... renouvelle, pour la troisième fois, sa candidature.

Par décret du Président de la République en date du 24 août 2006, elle est nommée vice-présidente chargée de l'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux. Le poste de chargé de formation à l'ENM est pourvu par un arrêté du garde des sceaux, ministre de la justice en date du 29 août 2006, prenant effet au 1^{er} septembre, qui nomme Mme D..., précédemment juge d'application des peines au tribunal de grande instance de Périgueux. Cette dernière avait été élevée au premier grade et placée en position de service détaché à compter du 1^{er} septembre 2006 par le décret précité du 24 août 2006.

Mme P... vous demande l'annulation, d'une part, du décret du 24 août 2006 en tant qu'il la nomme elle-même vice-présidente du tribunal de grande instance de Périgueux et en tant que, selon elle, il nommerait Mme D... au sein de l'administration centrale du ministère de la justice et, d'autre part, de l'arrêté du 29 août 2006.

Mais la requérante s'est expressément désistée du premier chef de conclusions, par un mémoire enregistré le 17 janvier 2007. Elle a ensuite confirmé qu'elle entendait limiter ses conclusions aux seules décisions relatives à la situation de Mme D.... Vous lui donnerez acte de ce désistement. Précisons qu'en l'état de votre jurisprudence, ces conclusions auraient été irrecevables. En effet, un fonctionnaire ayant sollicité sa mutation dans plusieurs postes classés par ordre de préférence et ayant été muté dans l'un de ceux-ci ne justifie pas d'un intérêt lui donnant qualité pour demander au juge de l'excès de pouvoir d'annuler la décision par laquelle il a été fait droit à sa demande (18 octobre 2002, *DD...*, T. p. 803 et 843, qui se situe dans la ligne de 11 octobre 1995, *B C...*, T. p. 956).

Les autres conclusions dirigées contre le décret du 24 août 2006 sont irrecevables. Ainsi que le fait valoir à juste titre le ministre de la justice, ce décret n'affecte pas, contrairement à ce que croit la requérante, Mme D... à l'administration centrale. Il se borne à l'élever au premier grade et à la placer en position de service détaché à compter du 1^{er} septembre 2006.

Le Syndicat de la magistrature a présenté une intervention au soutien de la requête de Mme P.... Dans la mesure où cette dernière s'est désistée, l'intervention a perdu son objet (7 décembre 1977, *Association foncière de Vatry*, T. p. 929). Dans la mesure où elle vient au soutien de conclusions irrecevables, elle est également irrecevable.

Restent les conclusions dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006. Les fonctions de chargé de formation à l'ENM étant réservées, en vertu du décret du 21 décembre 1999 dans sa rédaction applicable à la date de l'arrêté attaqué, à des magistrats, le litige est indissociable du statut de magistrat et relève donc de votre compétence directe.

Mme P... a intérêt à agir à son encontre. Vous admettez en effet de manière constante l'intérêt d'un agent public à contester la nomination à un emploi auquel il a vocation à accéder (28 mai 1971, *L...*, T. p. 1144 ; 17 mai 1972, *RT...oty et autres*, p. 373).

A la vérité, lorsqu'un agent public attaque la nomination d'un autre agent sur un emploi, deux cas de figure sont envisageables. Le premier est celui où le requérant, sans avoir

postulé à cet emploi, avait néanmoins vocation à l'occuper. Ses conclusions sont alors exclusivement dirigées contre la nomination. Le second cas –qui est celui de l'espèce– correspond au contraire à l'hypothèse où le requérant avait présenté sa candidature. Dans ces conditions, la décision attaquée comporte deux faces : en plein, il s'agit de la nomination d'un concurrent mais cette nomination révèle nécessairement, en creux, le refus de nommer le requérant.

Aucune décision expresse de refus n'ayant été opposée à la candidature de la requérante présentée le 8 mars 2006, ce refus doit être regardé comme ayant été révélé par une autre décision. Faut-il voir dans la nomination de Mme D... comme chargée de formation à l'ENM par l'arrêté du 29 août 2006 le refus de nommer Mme P... sur ce même poste ?

Incontestablement, le décret du 24 août 2006, en nommant Mme P... vice-présidente du TGI de Périgueux (un de ses choix subsidiaires) révèle en creux le refus de la nommer sur le poste de son premier choix. Nous nourrissons de sérieux doutes sur le bien-fondé de votre jurisprudence *DD...* Il nous semble en effet qu'un agent public devrait pouvoir contester sa nomination sur un poste demandé à titre subsidiaire au moins dans la mesure où cette décision révèle nécessairement le refus de le nommer sur le poste de son premier choix. Mais la requérante s'étant désistée de ses conclusions dirigées contre sa nomination comme vice-présidente du TGI de Périgueux, la présente affaire n'offre pas l'occasion d'une évolution de votre jurisprudence. Nous considérons que l'arrêté du 29 août 2006 révèle, en procédant à la nomination de Mme D... comme chargée de formation à l'ENM, un nouveau refus de nommer Mme P... sur ce poste. En effet, aucune règle ni aucun principe ne faisait obstacle à ce que le ministre de la justice nommât la requérante à l'ENM en dépit de sa nomination, quatre jours plus tôt, à un autre poste par le Président de la République¹. Celle-ci conserve en outre, dans ses nouvelles fonctions, la possibilité de postuler à cette fonction.

Mme P... est donc recevable à demander l'annulation l'arrêté du 29 août 2006 non seulement en tant qu'il nomme Mme D... mais aussi en tant qu'il refuse de la nommer. Dans la mesure où elle vient au soutien de ces conclusions, vous admettez l'intervention du

¹ Certes, les fonctions de chargé de formation à l'ENM correspondent à un emploi en service détaché. Or, l'article 72 de l'ordonnance du 22 décembre 1958 dispose que : « la mise en position de détachement, de disponibilité ou "sous les drapeaux" est prononcée par décret du Président de la République, sur proposition du ministre de la justice et après avis de la formation du Conseil supérieur de la magistrature compétente à l'égard du magistrat selon que celui-ci exerce des fonctions du siège ou du parquet ». C'est pour cette raison que le décret du 24 août 2006 avait préalablement placé Mme D... en service détaché. Si vous deviez considérer que le placement en position de détachement constitue un préalable nécessaire à la nomination sur un emploi détaché, l'arrêté du 29 août 2006 ne saurait alors être regardé comme révélant le refus de nommer Mme P... en l'absence de toute possibilité légale pour le garde des sceaux de le faire. Un tel raisonnement conférerait à l'avis du CSM, surtout s'agissant d'un magistrat du siège, une portée correspondant à la garantie que sa consultation doit normalement constituer. Mais nous ne vous proposons pas de retenir une solution qui, outre l'inconvénient d'être contraire à la pratique courante, nous semble trop formaliste. L'administration ayant l'obligation de placer ses agents en position régulière, il faut lui reconnaître la possibilité de placer ses agents- y compris les magistrats judiciaires- en détachement après leur nomination.

Syndicat de la magistrature, dont Mme P... est adhérente, qui a intérêt à demander l'annulation de l'arrêté du 29 août 2006.

Deux moyens sont soulevés à l'appui de ces conclusions. Mme P... soutient, d'une part, que le garde des sceaux aurait commis une erreur de droit en écartant sa candidature au poste de chargé de formation à l'ENM en raison de son engagement syndical et, d'autre part, qu'il aurait entaché sa décision d'une erreur manifeste d'appréciation en procédant à la nomination de Mme D....

Le moyen tiré de l'erreur de droit qu'aurait commise le ministre de la justice en se fondant, pour procéder à la nomination litigieuse, sur un critère extérieur aux mérites des candidats correspond à la discrimination syndicale dont Mme P... prétend avoir été victime. L'examen de ce moyen appelle de longs développements.

La loi du 27 mai 2008 portant diverses dispositions d'adaptation au droit communautaire dans le domaine de la lutte contre les discriminations aurait pu constituer le cadre juridique de ce litige. Sous l'influence du droit communautaire, le droit français a procédé à un aménagement de la charge de la preuve dans différents domaines : la loi du 16 novembre 2001 introduit ainsi un mode particulier de preuve dans les articles L. 122-45 et L. 123-1 du code du travail relatifs au régime des discriminations en matière de travail et d'emploi ; la loi du 17 janvier 2002 modifiant la loi du 6 juillet 1989 introduit un mode de preuve spécifique s'agissant des litiges concernant les refus d'attribution de la location d'un logement ; la loi du 30 décembre 2004 portant création de la Haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité (HALDE) fait de même dans le domaine de la discrimination fondée sur l'origine ethnique. Dans tous les cas, le dispositif retenu s'inspire directement de la règle posée par la directive du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve en matière de discrimination fondée sur le sexe qui a ensuite été reprise par les différentes directives relatives aux discriminations. La loi du 27 novembre 2008 procède à une généralisation de cet aménagement qui devient la règle dans tous les cas où interviennent des faits de discrimination. Son article 4 dispose ainsi que : « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

Mais cette loi n'est pas applicable aux faits litigieux qui sont antérieurs à son entrée en vigueur. Par sa décision n° 80-119 L du 2 décembre 1980, le Conseil constitutionnel a jugé, s'agissant de matière fiscale, que l'attribution de la preuve relevait du domaine de la loi au motif que « la détermination de la charge de la preuve affecte les droits et obligations des contribuables et met ainsi en cause les règles relatives à l'assiette, au taux et aux modalités de recouvrement des impositions » (voyez, pour des illustrations dans votre jurisprudence, notamment Section, 29 juillet 1994, *Société Prodès International*, p. 390 ; Section, 20 juin 2003, *SA Etablissements Lebreton*, p. 273). De manière générale, la définition

d'un régime de preuve constitue une règle de fond et non une règle de procédure qui serait d'applicabilité immédiate.

N'ignorant pas que la loi du 27 novembre 2008 n'est pas applicable, *ratione temporis*, au litige, Mme P... invoque le bénéfice des dispositions de la directive n° 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000, dont la loi a assuré, parmi d'autres, tardivement la transposition. Indiquons que le délai de transposition de cette directive a expiré, en vertu de son article 18, le 2 décembre 2003, soit antérieurement à la date des décisions attaquées. La requérante vous demande de faire application, à son bénéfice, des règles relatives à la charge de la preuve que comporte l'article 10 de cette directive aux termes duquel : « 1. Les États membres prennent les mesures nécessaires, conformément à leur système judiciaire, afin que, dès lors qu'une personne s'estime lésée par le non-respect à son égard du principe de l'égalité de traitement et établit, devant une juridiction ou une autre instance compétente, des faits qui permettent de présumer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte, il incombe à la partie défenderesse de prouver qu'il n'y a pas eu violation du principe de l'égalité de traitement ».

Vous est ainsi posée une nouvelle fois la question de la possibilité d'invoquer une directive, non transposée à l'issue du délai fixé pour ce faire, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel. La présente affaire vous conduit à réexaminer la réponse qu'il convient d'apporter à un moyen que vous écarterez comme inopérant avec constance depuis votre décision *Ministre de l'intérieur c/C-B...* (Assemblée, 22 décembre 1978, p. 524)².

Pour ce faire, nous croyons utile, en premier lieu, de rappeler la genèse de ce qui a été qualifié de « révolte contentieuse » par Bernard Pacteau³ puis, dans un second temps, de retracer les évolutions jurisprudentielles ultérieures tant de la Cour de justice des Communautés européennes que du Conseil d'Etat.

C'est l'article 189 du traité de Rome, devenu article 249 du TCE, qui définit les différentes catégories d'actes communautaires : « Le règlement a une portée générale. Il est obligatoire dans tous ses éléments et il est directement applicable dans tout Etat membre. La directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens. La décision est obligatoire dans tous ses éléments pour les destinataires qu'elle désigne. Les recommandations et avis ne lient pas ».

Alors qu'une lecture littérale de cet article aurait pu donner à penser que seuls les règlements avaient un effet direct dans les Etats membres, la CJCE a reconnu qu'une directive était susceptible de produire des effets directs entre l'Etat et ses justiciables, indépendamment

² Voyez notamment 3 mars 1982 *M...* T. p. 540 et 724 ; 13 décembre 1985 *Z...* T. p. 448, 515, 740 et 750 ; 28 septembre 1998 *F...* T. p. 801 et 1142.

³ In Recueil Dalloz Sirey 1979 p. 162.

de toute mesure interne d'exécution. La Cour a ainsi admis l'applicabilité directe d'une directive, pour la première fois, dans l'arrêt *Société SACE c/Ministère des Finances de la République italienne* du 17 décembre 1970⁴. Cette orientation a ensuite été confirmée à plusieurs reprises, notamment par l'arrêt *Van Duyn c/Home Office* du 4 décembre 1974⁵ dont les motifs de principe méritent d'être cités : « [...] si, en vertu des dispositions de l'article 189, les règlements sont directement applicables et, par conséquent, par leur nature susceptibles de produire des effets directs, il n'en résulte pas que d'autres catégories d'actes visés par cet article ne peuvent jamais produire d'effets analogues ; il serait incompatible avec l'effet contraignant que l'article 189 reconnaît à la directive d'exclure en principe que l'obligation qu'elle impose puisse être invoquée par des personnes concernées ; particulièrement dans le cas où les autorités communautaires auraient, par directive, obligé les Etats membres à adopter un comportement déterminé, l'effet utile d'un tel acte, se trouverait affaibli si les justiciables étaient empêchés de s'en prévaloir en justice et les juridictions nationales empêchées de la prendre en considération en tant qu'élément du droit communautaire ; l'article 177 qui permet aux juridictions nationales de saisir la Cour de la validité et de l'interprétation de tous les actes des institutions, sans distinction, implique d'ailleurs que ces actes sont susceptibles d'être invoqués par les justiciables devant lesdites juridictions ; il convient d'examiner, dans chaque cas, si la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les Etats membres et les particuliers ».

Si la Cour est allée « au-delà des catégories juridiques formelles »⁶, comme le relevait l'avocat général Mayras dans ses conclusions sur cette affaire, c'est pour conférer toute sa portée à « l'effet utile » des directives. Cette solution s'inscrit en parfaite cohérence avec la jurisprudence sur l'effet direct du droit communautaire dont l'arrêt fondateur *Van Gend en Loos c/ administration fiscale néerlandaise* remonte au 5 février 1963 et selon lequel le droit communautaire « de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ; ceux-ci naissent non seulement lorsqu'une attribution explicite en est faite par le traité mais aussi en raison d'obligations que le traité impose d'une manière bien définie tant aux particuliers qu'aux Etats membres et aux institutions communautaires ». Ainsi que le relève le commentaire des Grands arrêts de la CJCE (J. Boulouis et R.M. Chevallier, tome 1, 6^{ème} édition) : « Mis à part l'article 189, al.2, qui dispose que le règlement est « directement applicable dans tout Etat membre », on chercherait vainement dans le traité l'énoncé formel d'un principe d'applicabilité directe ou d'immédiateté. Un tel principe devait donc être fondé et défini dans ses conditions d'existence ». L'arrêt de 1963 explicite le fondement de cette applicabilité directe objective : « c'est dans la notion même de marché commun⁷ et dans ses

⁴ Après un arrêt du 6 octobre 1970 *Franz Grad* relatif aux décisions prises sur le fondement du 4^e alinéa de l'article 189.

⁵ Voir également CJCE 26 février 1975 *Bonsignore* ; 28 octobre 1975 *R...* ; 8 octobre 1976 *RR...*

⁶ Dans l'arrêt précité *SACE*, la Cour relevait qu'il « convient de considérer non seulement la forme de l'acte en cause mais encore sa substance ainsi que sa fonction dans le système du traité ».

⁷ « l'objectif du TCEE, qui est d'instituer un marché commun dont le fonctionnement concerne directement les justiciables de la Communauté, implique que ce traité constitue plus qu'un accord qui ne créerait que des

implications que se trouve le fondement de l'applicabilité directe du droit communautaire »⁸. Mais cette affirmation n'a pas pour effet de rendre tous les actes de droit communautaire directement applicables. Ainsi que l'explique Denys Simon, dans son ouvrage « Le système juridique communautaire » (PUF Droit, 3^{ème} éd.) : « [...] encore faut-il, pour qu'une norme communautaire déterminée soit apte à produire un tel effet, qu'elle remplisse un certain nombre de conditions techniques qui conditionnent sa faculté à être appliquée par les juridictions nationales ». S'agissant des directives, l'arrêt *Van Duyn* consacre le critère tiré de « la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause ».

C'est dans ce contexte que votre Assemblée du contentieux a été amenée à se prononcer sur l'effet direct des directives à l'occasion de l'appel du ministre de l'intérieur dirigé contre un jugement du tribunal administratif de Paris qui avait saisi la CJCE d'une question préjudicielle qui portait sur les conditions d'application de l'article 6 de la directive du 25 février 1964 dont l'applicabilité directe avait été admise par l'arrêt *Rutili* du 28 octobre 1975.

Dans les magistrales conclusions qu'il a prononcées à cette occasion, Bruno Genevois a vigoureusement contesté les quatre arguments sur lesquels la Cour avait fondé sa jurisprudence.

En premier lieu, il considérait comme plus légitime de « s'en tenir à la lettre de l'article 189 du traité » : « la définition donnée dans chaque cas se suffit à elle-même et il n'est nul besoin d'ajouter une formule négative qui en serait le corollaire nécessaire ».

Il contestait en deuxième lieu l'argument tiré de l'effet utile : « ce n'est pas seulement l'effet utile de la directive qu'il y a lieu de promouvoir ; l'effet utile du troisième alinéa de l'article 189 du Traité mérite tout autant et même davantage d'être sauvegardé en raison de la primauté du droit communautaire originaire sur le droit communautaire dérivé ».

Ne le retenait pas davantage l'argument tiré de la substance même de la directive : « [...] l'article 189 du traité subordonne la mise en œuvre d'une directive à l'intervention de mesures d'ordre interne. Peu importe à cet égard le degré de précision de la directive ». Selon le commissaire, le non-respect de la date limite fixée aux Etats membres pour prendre, dans l'ordre interne, des mesures d'exécution « n'entraîne pas l'application de plein droit de la directive » mais autorise simplement la Commission à entamer une action en manquement.

Enfin, Bruno Genevois faisait valoir que la compétence de la Cour pour interpréter, en vertu de l'article 177, tous les actes communautaires était sans portée sur le fait que la prise en considération de la directive par le juge national, qui peut le conduire à procéder à un

obligations mutuelles entre Etats contractants ».

⁸ Le principe d'intégration, consacré par l'arrêt *Costa c/ Enel* du 15 juillet 1964 (parce que le système juridique propre de la communauté s'est « intégré au système juridique des Etats Membres », il « s'impose à leurs juridictions ») viendra ensuite parfaire celui d'applicabilité immédiate.

renvoi préjudiciel, est subordonnée à la condition qu'elle ait fait l'objet d'une mesure d'introduction en droit interne.

La conclusion que tirait, sur le plan théorique, le commissaire de ce raisonnement était claire et nette : « une directive ne peut avoir, par elle-même, d'effet direct dans un Etat membre sauf s'il s'agit en réalité d'un règlement ». Et il soulignait, à juste titre, la position difficile dans laquelle la jurisprudence de la Cour place le juge national : « il lui est demandé, de sa propre autorité, de remédier aux effets d'une situation qui a pour origine la carence des Etats alors que, dans la logique des institutions communautaires, le remède à la carence des Etats consiste en la mise en œuvre par la Commission, ou par tout Etat membre, du recours en manquement [...] ».

Bruno Genevois concevait ensuite trois attitudes possibles pour le juge administratif français : se rallier à la jurisprudence de la Cour « non par conviction mais par discipline »⁹ ; ne pas prendre en considération la jurisprudence de la Cour de justice en souhaitant « marquer avec netteté que des évolutions jurisprudentielles qui s'éloignent quelque peu de la lettre du Traité peuvent être utilement contestées par le juge national » ; confirmer le renvoi préjudiciel auquel le tribunal administratif de Paris avait procédé au nom du « dialogue des juges ». Le commissaire y insistait : « ce serait manquer singulièrement de déférence à l'égard du juge communautaire qui, de par le Traité de Rome, a pour mission de veiller à une application uniforme du droit communautaire sur le territoire des pays membres de la Communauté que d'interpréter le traité dans un sens qui va directement à l'encontre d'une jurisprudence bien établie de la CJCE ».

« L'Assemblée a suivi son commissaire du gouvernement dans sa démonstration mais non dans ses conclusions », ainsi que le notaient les chroniqueurs de l'arrêt à l'AJDA (O. Dutheillet de Lamotte et Y. Robineau 20 mars 1979, p. 27).

Votre décision du 22 décembre 1978 marque explicitement le refus de reconnaître un effet direct aux directives : après avoir rappelé qu'« il ressort clairement de l'article 189 du traité du 25 mars 1957 que si [les] directives lient les Etats membres « quant au résultat à atteindre » et si, pour atteindre le résultat qu'elles définissent, les autorités nationales sont tenues d'adapter la législation et la réglementation des Etats membres aux directives qui leur sont destinées, ces autorités restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne », elle en déduit « qu'ainsi, quelles que soient d'ailleurs les précisions qu'elles contiennent à l'intention des Etats membres, les directives ne sauraient être invoquées par les ressortissants de ces Etats à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel ».

Mais à bien lire l'arrêt, il ne dénie pas tout effet juridique aux directives : d'une part, il indique que les Etats membres doivent les mettre en œuvre « sous le contrôle des

⁹ Voir en ce sens les conclusions de Gilbert Guillaume sur votre décision *Hill* (Section 8 octobre 1976 p. 402).

juridictions nationales » et d'autre part, il précise que si « la solution que doit recevoir la requête du sieur C-B... ne peut en aucun cas être subordonnée à l'interprétation de la directive du 25 février 1964 », c'est « à défaut de toute contestation sur la légalité des mesures réglementaires prises par le gouvernement français pour se conformer aux directives arrêtées par le Conseil des Communautés européennes ». Pour citer les commentateurs de la décision aux « Grands arrêts de la jurisprudence administrative » (GAJA, 17^e édition, n° 89, p. 616) : « les directives ont donc bien, selon l'arrêt du Conseil d'Etat, un effet juridique, mais indirect, médiatisé, à travers les mesures d'application ».

En d'autres termes, les ressortissants des Etats membres ne peuvent se prévaloir, devant le juge national, directement des droits que leur conférerait une directive pour obtenir l'application de celle-ci en lieu et place d'un texte national inexistant ou non-conforme à ses dispositions mais ils peuvent obtenir du juge qu'il paralyse l'application de la règle nationale qui méconnaîtrait cette directive. Pour reprendre la terminologie d'Y. Galmot et de J.-C. Bonichot (in « La CJCE et la transposition des directives en droit national » RFDA janvier-Février 1988 p. 1), le Conseil d'Etat admet « l'invocabilité d'exclusion » mais non « l'invocabilité de substitution »¹⁰. La cohérence de cette solution a été soulignée par Jean Boulouis : « les mesures individuelles prises par les autorités nationales ne le sont pas en application de la directive dont les dispositions pourraient être directement invoquées à leur encontre. Elles le sont en vertu du droit national qui doit avoir été adapté aux exigences du droit communautaire telles qu'elles ont été définies par la directive ; adaptation qui, elle, peut toujours faire l'objet d'un recours des particuliers, tant par voie d'action que par voie d'exception » (in « L'applicabilité directe des directives. A propos d'un arrêt C-B... du Conseil d'Etat », Revue du Marché commun).

Le retentissement de la décision C-B... a été considérable. Les commentaires doctrinaux se sont partagés, entre louanges et critiques. Deux éléments ont principalement été commentés. Le premier concerne la prise de position du juge administratif français sur la lettre du traité et la logique de la construction communautaire. Pierre Delvolvé relève ainsi que « le système que [le Conseil d'Etat] adopte, s'il est contraire à celui de la Cour, paraît plus conforme à la notion de directive que le sien qui, à certains égards, paraît bien l'avoir dénaturée » (Recueil Dalloz Sirey 1979 9^{ème} cahier p. 89) tandis que Louis Dubouis estime, pour sa part, que « le refus opposé [...] à la prise en considération de la directive contredit la logique juridique »¹¹ : « Comment, d'un même mouvement, reconnaître qu'une fois édictée la réglementation nationale la directive a été introduite dans l'ordre interne avec une valeur supérieure à celle du décret – puisque le requérant peut soulever l'exception d'illégalité du décret – et refuser d'examiner la contrariété directe entre une décision individuelle et la directive ? ».¹² Le second élément consiste en le refus du Conseil d'Etat de procéder au renvoi

¹⁰ Ainsi définie par les auteurs de l'article précité : « les dispositions de la directive servent, dans un premier temps, à écarter le droit national qui lui est contraire puis s'y substituent pour combler la lacune ainsi créée ».

¹¹ Il ajoute que cette solution repose « sur un formalisme juridique incompréhensible pour le plaideur dont le recours est suffisamment motivé et de nature à affaiblir l'autorité de la règle de droit tenue pour applicable ».

¹² Cette contradiction logique apparaît lorsque l'on confronte la décision *GISTI* (Section 13 avril 1997 p. 142) aux conclusions contraires de Ronny Abraham.

préjudiciel, contrairement à ce que lui proposait son commissaire du gouvernement. Il est vrai que l'application de la théorie de l'acte clair que fait l'Assemblée du contentieux –que marque l'emploi de l'adverbe « clairement »- pour se dispenser de tout renvoi à la Cour de Luxembourg révèle qu'elle « reconnaissait la force de l'évidence à une solution que les juges européens avaient écarté de façon expresse et répétée », pour citer à nouveau les auteurs du GAJA. Après avoir admis que « la méthode ici employée était la seule qui permette une contestation efficace de la jurisprudence de la Cour », Benard Pacteau relevait cependant,

dans son article précité, que « la mécanique communautaire ne permet pas à un tribunal national d'attribuer, fût-ce au titre de l'évidence, à une norme de droit européen, un sens autre que celui qui lui a précédemment été donné par la CJCE, sans en référer précisément à celle-ci ».

C'est dans cette mesure qu'il y a 31 ans s'est cristallisée entre la Cour de Luxembourg et votre juridiction une divergence de jurisprudence quant à l'effet direct des directives.

Mais vos deux jurisprudences ont notablement évolué depuis cette date. On peut déduire de ces évolutions respectives que, s'agissant de l'invocabilité des directives, « la guerre des juges n'a pas eu lieu »¹³. D'une manière plus générale, si l'on quitte la seule question de l'effet direct des directives, pour appréhender de manière plus large celle de l'intensité des effets du droit communautaire, il convient de relever, avec Y. Galmot et J.- C. Bonichot¹⁴, « l'ébauche d'une cohérence » entre les jurisprudences de la Cour de Luxembourg et du Conseil d'Etat.

Pour organiser notre présentation, nous faisons nôtre la proposition de Denys Simon, dans son remarquable ouvrage « Le système juridique communautaire » (PUF Droit, 3^e éd.), consistant à structurer les effets du droit communautaire « autour de la notion de justiciabilité, conçue comme la capacité du juge interne à assurer l'efficacité du droit communautaire et l'effectivité de la protection juridictionnelle de ses sujets ».

Plusieurs techniques sont utilisées pour assurer le respect du droit communautaire qui correspondent chacune à différents degrés de justiciabilité.

L'invocabilité « d'interprétation conforme » conduit le juge national à interpréter le droit national existant à la lumière du texte et de la finalité des règles communautaires invoquées (en ce sens notamment CJCE 10 avril 1984, *Van Colson et Kamann* ; Section, 22 décembre 1989, *Ministre du budget c/Cercle militaire mixte de la caserne Mortier*, p. 260 ; 8 décembre 2000, *Commune de Breil-sur-Roya*, p. 581 : « il appartient aux autorités administratives nationales, sous le contrôle du juge, d'exercer les pouvoirs qui leur sont

¹³ Pour citer l'article de Paul Cassia à la RFDA 2002 p. 20.

¹⁴ In CJEG Juin 1999 p. 207.

conférés par la loi en lui donnant, dans tous les cas où celle-ci se trouve dans le champ d'application d'une règle communautaire, une interprétation qui soit conforme au droit communautaire » ; 1^{er} avril 2009, *Communauté urbaine de Bordeaux et Société Kéolis*, p. 109. « Ces exigences inhérentes à la primauté du droit communautaire valent pour l'ensemble des normes communautaires [...] »¹⁵.

L'invocabilité « de prévention » permet d'invoquer une directive dont le délai de transposition n'est pas encore expiré afin « de faire sanctionner par les tribunaux internes, de manière quelque peu anticipée, la violation virtuelle qui s'actualisera nécessairement au jour de l'expiration du délai de transposition »¹⁶ (CJCE 18 décembre 1997, *Inter-Environnement Wallonie* ; CE 10 janvier 2001, *France Nature Environnement*, p. 9, qui juge que les autorités nationales « ne peuvent légalement prendre, ainsi que l'a précisé la Cour de justice des

Communautés européennes par un arrêt rendu le 18 décembre 1997 dans l'affaire C-129/96, pendant le délai imparti par la directive, des mesures de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par la directive » ; 29 octobre 2004, *Sueur et autres*¹⁷, p. 393).

Au titre de l'invocabilité « de réparation », tout justiciable peut demander réparation du préjudice causé par la carence de l'Etat à prendre les mesures nécessaires à la transposition d'une directive (CJCE 19 novembre 1991 *Francoovich c/République Italienne* ; 5 mars 1996 *Brasserie du Pêcheur et Factortame III* ; CE, Assemblée, 28 février 1992, *Société Arizona Tobacco Products et S.A. Philip Morris France*, p. 78).

S'agissant de ces modes de « justiciabilité minimale », la convergence des jurisprudences est incontestable.

Venons en à l'invocabilité de « contrôle » qui correspond à l'obligation faite aux tribunaux nationaux d'écarter le droit national incompatible avec la règle communautaire.

Depuis trente ans, vous avez développé, n'hésitant pas à faire preuve d'ingéniosité, une jurisprudence qui, tout en maintenant le fondement théorique de l'arrêt *C-B...*, permet d'assurer, dans la majorité des hypothèses, la pleine effectivité du droit communautaire. S'agissant des directives, vous avez progressivement multiplié le nombre des cas dans lesquels elles peuvent être invoquées, par voie d'action comme par voie d'exception.

Admettre l'invocabilité d'une directive par voie d'action supposait que ne vous retienne pas la nature spécifique de cette catégorie d'acte qui « illustre la présence dans les

¹⁵ Denys Simon, ouvrage précité p. 439.

¹⁶ Denys Simon, ouvrage précité p. 443.

¹⁷ Qui précise que si, jusqu'à l'expiration de délai de transposition, les Etats membres sont seulement tenus de s'abstenir de prendre des dispositions de nature à compromettre sérieusement la réalisation du résultat prescrit par celle-ci, il leur est loisible de mettre en vigueur, sans attendre l'expiration de ce délai, les mesures nécessaires pour se conformer aux objectifs de cette directive.

traités communautaires [...] d'un principe de subsidiarité juridique et de complémentarité des compétences » ainsi que le souligne Denys Simon, dans son article consacré à « L'application des directives par les tribunaux nationaux ». En dépit des limites de son intensité normative - puisqu'elle ne lie les Etats que quant au résultat à atteindre » - , vous avez accepté de faire de la directive une norme de référence.

Vous avez ainsi admis qu'un requérant puisse se prévaloir d'une directive contre les mesures réglementaires prises pour son application (28 septembre 1984, *Confédération nationale des SPA de France*, T. p. 481). Ainsi que le relèvent les chroniqueurs de cet arrêt à l'AJDA (S. Hubac et J.E Schoettl, 1985, p. 83)¹⁸, en effectuant, par voie d'action, le contrôle de la légalité des mesures réglementaires prises pour se conformer aux dispositions d'une directive au regard des objectifs de celle-ci, l'arrêt se place dans la droite ligne de la décision *C-B...* qui précisait que les Etats membres doivent mettre les directives en œuvre « sous le contrôle des juridictions nationales » (voyez, parmi d'autres illustrations de ce contrôle de compatibilité 30 décembre 1998 *Association des neurologues libéraux de langue française*, T. p. 1123).

Vous avez ensuite étendu l'invocabilité, par voie d'action, des directives, contre toutes les mesures réglementaires ultérieures, qu'elles en assurent la transposition ou simplement qu'elles relèvent de leur champ d'application (voyez, pour une telle hypothèse 7 décembre 1984 *Fédération française des sociétés de protection de la nature*, p. 410, selon laquelle les autorités nationales « ne peuvent légalement édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires aux objectifs définis par les directives »). Comme l'expliquait O. Dutheillet de Lamothe, dans ses conclusions sur cette affaire : « si les autorités nationales sont tenues [...] d'adapter leur législation et leur réglementation aux directives qui leur sont destinées, elles sont *a fortiori* tenues de ne pas adopter de dispositions réglementaires qui vont directement à l'encontre d'une directive ».

En précisant, à l'occasion de la définition de l'obligation d'abroger les règlements illégaux, que les autorités nationales « ne peuvent légalement, après l'expiration des délais impartis, ni laisser subsister des dispositions réglementaires qui ne seraient plus compatibles avec les objectifs définis par les directives dont s'agit, ni édicter des dispositions réglementaires qui seraient contraires à ces objectifs » (Assemblée 3 février 1989 *Compagnie*

¹⁸ « En vérifiant que les dispositions réglementaires d'application du droit national sont bien conformes aux objectifs d'une directive tout en laissant au Gouvernement une certaine liberté dans le droit du moment et de la forme à donner à ces dispositions, le Conseil d'Etat est en accord avec la jurisprudence de la CJCE. Celle-ci admet en effet qu'un particulier puisse invoquer une directive devant une juridiction nationale dans le but de faire vérifier par celle-ci que les autorités nationales sont restées, lors de la mise en œuvre d'une directive, « dans les limites d'appréciation tracées par cette directive » (1^{er} février 1977 *Verband Van Nederlandsse Ondernemingen*) ». En revanche, l'application audacieuse de ce raisonnement aux mesures d'application d'un traité a été abandonnée par votre décision *GISTI* (Section 23 avril 1997 p. 142) selon laquelle les stipulations d'un accord international dépourvues d'effet direct ne peuvent être utilement invoquées à l'appui d'un recours pour excès de pouvoir, y compris à l'encontre d'un acte réglementaire –solution, contraire aux conclusions de Ronny Abraham, qui souligne encore le particularisme normatif des directives communautaires.

Alitalia p. 44 ; voyez, pour l'illégalité du refus d'abroger un arrêté ministériel incompatible avec les objectifs d'une directive 4 juin 2008 *Syndicat national des professionnels des activités nautiques*, T. p. 643, 660 et 733), vous avez signifié que les requérants peuvent utilement invoquer l'illégalité au regard de la directive de la réglementation dont il leur a été fait application, qu'il s'agisse d'une réglementation antérieure qui aurait dû être abrogée ou modifiée ou d'une réglementation postérieure même étrangère à la transposition du texte communautaire.

C'est de manière fort logique qu'après vos décisions *N...* (Assemblée, 20 octobre 1989, p. 190), *SA Rothmans International France* (Assemblée, 28 février 1992, p. 80, dans laquelle vous avez jugé illégales des décisions ministérielles réglementaires prises sur le fondement de dispositions réglementaires prises en application d'une loi incompatible avec les objectifs d'une directive communautaire) et *Association ornithologique et mammalogique de Saône-et-Loire et Association France nature environnement* (Section, 3 décembre 1999, p. 379, par laquelle vous avez censuré l'erreur de droit du ministre chargé de la chasse à s'être fondé sur des dispositions législatives incompatibles avec la directive du 2 avril 1979 pour refuser d'exercer, dans le respect des objectifs de cette directive, la compétence réglementaire qu'il tenait d'autres dispositions du code rural), vous avez étendu la faculté de faire jouer, à l'occasion de recours dirigés contre des actes individuels, l'invocabilité d'exclusion à l'encontre d'une loi dont il est soutenu, par la voie de l'exception, qu'elle serait incompatible avec les exigences d'une directive. L'invocation d'exclusion, qui traduit l'obligation d'assurer la prévalence du droit communautaire, n'est pas subordonnée au caractère précis et inconditionnel de la disposition invoquée. Ainsi que l'explique Denys Simon, dans son ouvrage « Le système juridique communautaire » : « le justiciable doit dans tous les cas, y compris si la directive communautaire confère aux Etats membres une réelle marge d'appréciation, pouvoir faire vérifier par le juge national que les autorités internes n'ont précisément pas outrepassé cette marge d'appréciation ».

Bien plus, vous avez jugé que le pouvoir réglementaire doit s'abstenir de prendre les mesures d'application d'une loi qui contreviendrait aux engagements internationaux de la France. Vous avez ainsi jugé, après avoir relevé que les dispositions de l'article L. 601-4 du code de la santé publique, en ce qu'elles étendent le champ d'application de la procédure simplifiée d'enregistrement au-delà des objectifs définis par la directive, sont incompatibles avec ceux-ci, qu'en ne prenant pas les mesures réglementaires destinées à permettre la mise en œuvre de cet article, le Gouvernement s'est conformé, ainsi qu'il y était tenu, aux exigences inhérentes à la hiérarchie des normes dans l'ordre juridique interne, telles qu'elles découlent de l'article 55 de la Constitution (24 février 1999, *Association de patients de la médecine d'orientation anthroposophique et Autres*, p. 29)¹⁹.

¹⁹ Pour autant, le respect des règles de droit international ne justifie aucune modification du partage de compétence entre la loi et le règlement (27 juillet 2006 *Association « Avenir de la langue française »* p. 379).

Mais vous avez également donné corps, à l'occasion de litiges relatifs à des actes individuels, au contrôle par la voie de l'exception qu'affichaient *a contrario* les motifs de votre décision du 22 décembre 1978, des règles nationales d'exécution au regard des objectifs d'une directive. Votre décision *Palazzi* (8 juillet 1991, p. 276) démontre ainsi l'efficacité de l'invocabilité d'exclusion en annulant un refus de séjour comme privé de fondement légal, ce refus ayant été pris en application du décret du 28 avril 1981 dont vous avez constaté l'illégalité²⁰ tenant à la méconnaissance des objectifs fixés par la directive du 25 février 1964.

Vous avez ensuite conféré à l'invocabilité d'exclusion sa plus grande extension possible. Votre décision *SA Cabinet Revert et Badelon* (Assemblée 30 octobre 1996 p. 397) montre que l'invocabilité d'exclusion peut jouer efficacement dans des cas où on aurait pu la croire inopérante : vous avez écarté les dispositions du code général des impôts en tant qu'elles n'exonéraient pas de TVA toutes les opérations effectuées par les courtiers d'assurance, contrairement à ce que prévoyait l'article 13 B a) de la sixième directive du 17 mai 1977 relative à l'harmonisation des législations nationales en matière de taxes sur le chiffre d'affaires. Vous acceptez donc d'écarter une règle nationale en tant qu'elle n'a pas prévu une mesure qu'implique une directive dont le délai de transposition est écoulé dans l'hypothèse particulière où l'incompatibilité n'apparaît qu'en creux. Enfin, vous avez été jusqu'aux limites de l'exception d'incompatibilité en admettant de la faire jouer même en l'absence de texte (6 février 1998 Assemblée T... p. 30) en jugeant qu'aucune règle, même non écrite, ne peut s'appliquer si elle méconnaît les objectifs d'une directive. Dans cette affaire, la réglementation nationale qui avait servi de fondement à la délibération attaquée n'était issue ni d'une loi ni d'un décret mais avait été dégagée par voie prétorienne. Nous partageons l'analyse des chroniqueurs de l'AJDA (F. Raynaud et P. Fombeur 1998 p. 403) qui, après avoir relevé que l'Assemblée avait, à l'invitation d'H. Savoie, « accepté de faire jouer l'exception d'incompatibilité à l'égard de règles jurisprudentielles », en déduisaient que « la jurisprudence qui s'est développée depuis vingt ans s'est efforcée, en utilisant au maximum toutes les ressources de l'exception d'incompatibilité, d'assurer, en toute hypothèse, l'effectivité du droit communautaire ». Si vous avez maintenu, jusqu'à présent, le cadre conceptuel de la jurisprudence *C-B...*, vous avez su solliciter toutes les ressources de la technique juridique, pour assurer, au moyen de l'invocabilité d'exclusion, dans toute la mesure du possible l'effectivité du droit communautaire (voyez, pour une autre illustration, Section, 20 mai 1998, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr, service des eaux et de l'assainissement du Bas-Rhin*, p. 201).

S'agissant de l'invocabilité « d'exclusion », votre jurisprudence ne se trouve donc, en aucune mesure, en délicatesse avec celle de la Cour de Luxembourg.

Tout autrement se présente encore la question de l'invocabilité de « substitution » qui constitue un mode de « justiciabilité renforcée »²¹.

²⁰ Pour avoir omis de prévoir des garanties comparables pour le cas des refus de renouvellement de titre de séjour.

²¹ Selon Denys Simon, « [...] les normes auxquelles est reconnu un effet direct jouissent d'une justiciabilité

Pour sa part, la CJCE, tout en réaffirmant le principe selon lequel, dans certaines conditions, les juridictions nationales sont tenues de procéder à l'application immédiate et directe d'une norme communautaire aux lieu et place du droit national défaillant, a consenti à d'importantes évolutions jurisprudentielles.

A partir de 1979, elle a en effet développé une conception plus restrictive de l'effet direct des directives. Sans doute la Cour n'est-elle pas restée sourde aux réserves que vous aviez exprimées avec force. L'arrêt *Ministère public c/Ratti* du 5 avril 1979 apporte des précisions importantes sur les conditions auxquelles est subordonnée l'invocabilité d'une directive. Après avoir rappelé les considérations de principe de la jurisprudence *Van Duyn*, la Cour ajoute « qu'en conséquence, l'Etat membre qui n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par la directive, ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement, par lui-même, des obligations qu'elle comporte » et en déduit « qu'il en résulte qu'une juridiction nationale saisie par un justiciable qui s'est conformé aux dispositions d'une directive, d'une demande tendant à écarter une disposition nationale incompatible avec ladite directive non introduite dans l'ordre juridique interne d'un Etat défaillant, doit faire droit à cette demande si l'obligation en cause est inconditionnelle et suffisamment précise ». L'arrêt *Auer* du 22 septembre 1983 comporte des développements fort explicites : « les dispositions de la directive [...] entraînent pour chaque Etat membre des obligations claires, complètes, précises et inconditionnelles ne laissant pas de place pour des appréciations discrétionnaires. Dans ces conditions [...], un particulier peut se prévaloir devant le juge national des dispositions d'une directive communautaire non ou incomplètement exécutée par l'Etat membre concerné ». Ainsi que l'analysent Y. Galmot et J.-C. Bonichot, dans leur article précité : « la Cour manifeste ainsi son intention de bien distinguer les effets des directives sur ceux des règlements en marquant bien le caractère accidentel et même pathologique de l'application directe des premières ».

Le refus d'opérer un alignement des directives sur les règlements est très clairement affirmé par l'avocat général Reischl, dans ses conclusions sur la décision *Ratti* : « [...] il est certainement inapproprié de parler d'une applicabilité directe. Ce terme n'est utilisé dans l'article 189 du traité que pour les règlements, c'est-à-dire pour la législation communautaire directe qui peut également créer des rapports juridiques entre les particuliers. Mais les directives qui n'engendrent des obligations que pour les Etats membres se distinguent clairement des règlements [...] On ne peut donc en aucun cas affirmer que les directives peuvent également avoir le contenu et les effets d'un règlement ; les directives peuvent en revanche produire tout au plus des effets analogues [...] L'essentiel de cet effet consiste dans certains cas, qui constituent cependant plutôt l'exception, en ce que les Etats membres qui n'exécutent pas les obligations que la directive leur impose se voient retirer la possibilité d'invoquer la situation juridique nationale qui apparaît comme illégale au regard du droit communautaire, c'est-à-dire que des particuliers obtiennent le droit de se prévaloir de la directive à l'égard de l'Etat défaillant et d'en tirer des droits dont les juridictions nationales

renforcée qui correspond à leur applicabilité substitutive ».

doivent tenir compte. A vrai dire, il conviendrait donc de ne parler dans de tels cas –et cela a toujours été fait dans la jurisprudence- que d’un effet direct des directives ».

Le mécanisme de l’invocabilité de substitution est donc subordonné à deux conditions cumulatives : l’inexécution de la directive, d’une part, et le contenu inconditionnel et suffisamment précis de la directive, de l’autre. La première condition renvoie à une défaillance de l’Etat membre. De ce point de vue, « l’effet direct est une sanction de l’inertie de l’Etat qui permet au droit communautaire de ne pas rester lettre morte » comme l’expliquent Y. Galmot et J.-C. Bonichot. Comme le marque très clairement l’arrêt *Ratti* précité, « ce n’est qu’au terme de la période fixée [pour la transposition] et en cas de défaillance de l’Etat membre » (§43) que peut éventuellement jouer l’effet de substitution : « tant que cette échéance n’est pas atteinte, les Etats membres restent libres en la matière » (§44). La seconde condition rend la substitution techniquement possible. Si la directive reconnaît aux Etats un pouvoir d’appréciation pour assurer sa mise en œuvre, la substitution est exclue. Ainsi que le relèvent Y. Galmot et J.-C. Bonichot : « ces deux conditions d’inconditionnalité et précision peuvent être distinguées bien qu’elles procèdent, en fin de compte, de la même idée : une directive ne peut être substituée au droit national que dans la mesure où aucun doute ne subsiste sur le contenu des règles devant résulter de l’opération de « législation à deux étages » que constitue le mécanisme du 3^{ème} alinéa de l’article 189. En, effet, c’est seulement dans ce cas que l’on peut opposer à l’Etat une obligation précise qu’il n’a pas respectée ».

Ces trente dernières années ont en outre permis à la CJCE de limiter les conséquences juridiques de l’effet direct des directives à tel point que l’on peut parler d’applicabilité directe partielle, contrairement à celle du règlement qui est pleine et entière. La Cour a ainsi exclu qu’une directive puisse, par elle-même, créer des obligations dans le chef d’un particulier (26 février 1986 *Marshall* ; 14 juillet 1994 *Facini Dori*) : les directives, qui ne peuvent être appliquées que dans les rapports entre l’Etat²² et les particuliers, sont, par nature, dépourvues d’effet horizontal. Mais la Cour a également exclu qu’un Etat membre puisse se prévaloir, à l’encontre d’un particulier, d’une directive qu’il n’aurait pas transposée : « l’Etat membre qui n’a pas pris dans les délais les mesures d’exécution imposées par la directive ne peut opposer aux particuliers le non-accomplissement par lui-même des obligations qu’elle comporte » (5 juillet 1979, *Ministère public c/ Ratti*, précité). Votre jurisprudence est dans le même sens : les directives sont dépourvus d’effet vertical descendant (Section, 23 juin 1995, *SA Lilly France*, p. 257). Ces limites à l’invocabilité des directives découlent de leur nature même : ainsi que l’explique le juge Pierre Pescatore, dans son article « L’effet des directives communautaires : une tentative de démythification Dalloz 1980) : « les directives peuvent être invoquées en justice par les particuliers parce qu’elles sont obligatoires pour les Etats membres et en tant que reflet de cette obligation. C’est certainement beaucoup moins que l’applicabilité directe des règlements qui sont des actes de législation objectifs, invocables en tant que tels dans tous les rapports juridiques susceptibles d’être déférés en justice. Les

²² Même si la Cour de Luxembourg retient une acception très large de la notion d’Etat.

directives par contre ne peuvent être invoquées judiciairement qu'à l'égard de celui qu'elles concernent, à savoir l'Etat, en tant que corollaire de l'obligation qu'elles lui imposent ».

De cette fresque jurisprudentielle, on peut donc déduire²³ que le désaccord qui subsiste entre votre jurisprudence et celle de la Cour de Luxembourg ne porte que sur votre refus de confronter directement un acte administratif non réglementaire aux dispositions précises et inconditionnelles d'une directive non encore transposée. Vous avez en effet transposé la jurisprudence *C-B...* aux décisions d'espèce qui ne sont ni individuelles ni réglementaires tels les actes déclaratifs d'utilité publique (13 décembre 1985, *Z...*, p. 447 ; 7 mars 1994, *Association pour le tracé ouest du contournement routier de Carling*, p. 114). La divergence de jurisprudence ne concerne donc que l'effet vertical ascendant des directives.

La présente affaire nous conduit à vous proposer de mettre un terme à ce désaccord de principe. Si le contexte y incite, ce sont trois séries de considérations tenant respectivement à l'existence de nouvelles circonstances de droit, à l'évolution de votre propre office et à l'efficacité inégalable de l'invocabilité de « substitution » qui fondent notre conviction.

Le contexte actuel incite, il est vrai, à une évolution de votre jurisprudence. S'agissant de l'application du traité, nous croyons nécessaire, comme nous vous l'avons déjà dit, de nous intéresser non seulement à la jurisprudence de celle qui en constitue le gardien naturel mais également aux solutions retenues par les juridictions suprêmes des autres Etats de l'Union européenne, pratiquant ce faisant ce que l'on pourrait qualifier, pour emprunter à la terminologie de la Cour de Luxembourg, de dialogue des juges « horizontal ». Il est frappant de relever que toutes les cours européennes dont nous avons étudié la jurisprudence se sont progressivement alignées sur la position de la Cour de Luxembourg et ont admis l'effet direct vertical ascendant des directives.

Après une position initialement réfractaire, la jurisprudence allemande a fini par reconnaître qu'une directive communautaire non transposée à temps est directement invocable par les particuliers à l'encontre de l'État. La cour fédérale financière (*Bundesfinanzhof*) a ainsi dénié tout effet direct aux directives par un arrêt du 16 juillet 1981²⁴. Elle a ensuite confirmé cette position en refusant de se conformer à une réponse donnée par la Cour de Luxembourg à une question préjudicielle dans la même affaire (23 avril 1985, *Kloppenburger*). Cette position a été infirmée par la Cour constitutionnelle fédérale (*Bundesverfassungsgericht*, 2^o Senat, 8 avril 1987).²⁵ La Cour de Karlsruhe s'est fondée sur l'article 101 de la loi fondamentale selon lequel nul ne doit être privé de son « juge légal ». Elle a jugé que la jurisprudence de la CJCE « sanctionne de façon efficace l'obligation de l'Etat membre au titre de la directive, d'une façon en tout état de cause conforme aux principes de l'Etat de droit ». Mais, ainsi que l'expliquent les auteurs du GAJA : « avant d'aboutir à cette conclusion, le juge constitutionnel

²³ Avec Bruno Genevois, dans son article précité.

²⁴ *Bundesfinanzhof* arrêt du 16 juillet 1981, publié à la RTDE, 1981, p. 779, note Autexier.

²⁵ FAUST, S., « BGB § 433, b) Unmittelbare Wirkung », in BAMBERGER, M. / ROTH, H. (dir.), *Beck'scher Online-Kommentar*, 13ème éd., 2007, Rn. 5 - 6.1.

allemand s'est reconnu le pouvoir de vérifier que l'évolution de la Communauté et en particulier la jurisprudence de la Cour de justice restait dans les limites du transfert de souveraineté tel que l'a accepté la RFA en ratifiant les traités européens. En l'espèce, la Cour constitutionnelle a estimé que la jurisprudence de la Cour de justice sur les directives n'était pas insoutenable au regard de l'article 189 du traité de Rome et n'allait pas au-delà de ce qui est admissible au regard de la loi qui en a autorisé la ratification ».

En Belgique, les deux ordres de juridiction se conforment à la jurisprudence de la CJCE en matière d'effet direct vertical des directives communautaires. Par un arrêt du 5 décembre 1994,²⁶ la Cour de cassation rappelle ainsi « qu'en vertu de l'article 189 du Traité CEE, la directive, pour autant qu'elle soit inconditionnelle et suffisamment précise, a un effet direct vertical ; que les particuliers peuvent invoquer les dispositions d'une telle directive à l'égard de l'Etat membre qui n'a pas ou pas totalement inséré une telle directive dans son droit national au cours de la période prescrite ou qui l'a insérée de manière erronée ». La jurisprudence du Conseil d'Etat est similaire (voir par exemple arrêt n° 139465 du 18 janvier 2005, *L'Erablière c/Région Wallonne*).

Le tribunal suprême espagnol, tant dans sa formation civile que dans sa formation administrative, reconnaît l'effet direct vertical des directives communautaires (voir *Tribunal Supremo*, Chambre sociale 13 juillet 1991, qui expose de façon très didactique, avant de l'appliquer, la jurisprudence de la CJCE).²⁷

Les solutions retenues en Grèce (Conseil d'Etat, 25 mai 1989) comme au Portugal (Conseil d'Etat 1^{er} avril 1993²⁸) sont identiques.

Les Etats de tradition dualiste ont évolué dans le même sens.

Par un arrêt du 18 avril 1991, la Chambre des Lords a fait sienne la jurisprudence de la CJCE en matière d'effet direct des directives, citant notamment l'arrêt *Marshall* à l'appui de leur raisonnement (*Foster c. British Gas*²⁹) Notons que les Lords judiciaires avaient au préalable saisi la CJCE d'un recours préjudiciel, sur l'étendue de la notion d'Etat pour les besoins de la mise en œuvre de l'effet direct vertical des directives. Ainsi que l'explique Catherine Haguenau, dans son ouvrage « L'application effective du droit communautaire en

²⁶ Cour de cassation, arrêt S940003N du 5 décembre 1994.

²⁷ Voir, par exemple, *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*, décision du 5 juillet 1997, RJ\1997\6151 ; *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*, décision du 20 février 1998, RJ\1998\604 ; *Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo)*, décision du 12 décembre 2002, RJ\2003\36 ; *Tribunal Supremo (Sala de lo Civil)*, décision du 27 mars 2009, JUR\2009\169539.

²⁸ Le Conseil d'Etat portugais, devenu depuis 2002 Tribunal administratif suprême, y juge que : « les directives produisent des effets directs verticaux, ce qui impose aux cours et tribunaux des Etats membres concernés de les prendre en compte en tant que droit communautaire lorsque les dispositions qu'elles contiennent sont claires, précises, inconditionnelles, complètes et juridiquement parfaites créant pour les particuliers des droits subjectifs et même si, après l'expiration du délai prévu pour leur mise en œuvre, l'Etat membre concerné s'est abstenu de les transposer en droit interne national ou a effectué une transposition incorrecte ou incomplète ».

²⁹ *Foster v. British Gas Plc* (HL) [1991] 2 A.C. 306.

droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand », la jurisprudence communautaire relative à l'effet direct vertical a eu une incidence significative mais limitée sur le droit anglais³⁰ : « la jurisprudence anglaise appliquant la définition communautaire de l'Etat semble exemplaire des modifications apportées au droit anglais par le droit communautaire et de la bonne volonté des juges britanniques. L'Etat est désormais défini juridiquement outre-manche même dans un domaine restreint, celui de l'effet direct des directives ».

En Italie, au refus initial, tant de la Cour de cassation (7 octobre 1981, *Ministre des finances c/Société Cartiere Timavo*) que du Conseil d'Etat (5 mai 1980, *Société Helen Curtis et Unipro c/Ministre de la santé*, Rec. 639), a succédé un arrêt du 14 avril 2008³¹ par lequel le Conseil d'Etat, en se fondant expressément sur la jurisprudence de la CJCE, a admis que, « une fois expiré le délai de transposition de la directive sans que l'Etat n'ait nullement procédé à sa mise en œuvre, il faut donner à la disposition [...] qui est suffisamment précise et inconditionnelle, un effet direct vertical susceptible d'être invoqué par l'individu contre une autorité publique, tout en excluant l'effet horizontal entre particuliers ».

De l'ensemble de ces juridictions européennes résonne désormais l'écho fidèle de la jurisprudence de la Cour de Luxembourg.

Si l'on quitte la scène européenne pour retrouver la France, le constat est le même. La Cour de cassation admet l'effet direct vertical ascendant de certaines dispositions de directives non transposées (notamment 1^{ère} civ. 23 novembre 2004 n° 03-10636 Bull. 2004 I. n° 280 s'agissant de la directive du 16 février 1998 visant à faciliter l'exercice de la profession d'avocat dans un Etat membre autre que celui où la qualification a été acquise ; Comm. 7 juin 2006 n° 03-15.118 Bull. civ. 2006 IV n° 136). Elle refuse, en toute logique, d'appliquer les dispositions invoquées lorsque la directive laisse une marge d'appréciation aux Etats membres (2^e civ. 3 avril 2003 01-21266 Bull. civ. 2003 II n° 101 s'agissant de la directive du 5 avril 1993 dont la Cour relève qu'elle « n'affecte pas la compétence des Etats membres d'organiser leur régime national de sécurité sociale »). Enfin, la Cour de cassation dénie aux directives tout effet direct horizontal (Comm. 27 février 1996, n° 94-14141 Bull. civ. 1996 IV n° 64 : « selon l'article 189 du Traité, le caractère contraignant d'une directive sur lequel est fondée la possibilité d'invoquer celle-ci devant une juridiction nationale n'existe qu'à l'égard de tout Etat membre destinataire et il s'ensuit qu'une directive ne peut pas, par

³⁰ A la suite de la jurisprudence *Foster*, plusieurs cours d'appel (*Rolls-Royce PLC v. Doughty* (C.A.) [1992] 1 C.M.L.R. 10) ont fait application de l'effet direct vertical des directives. Notons en particulier un arrêt de cour d'appel (*N.U.T. v. St. Mary's School* (C.A.) [1997] 3 C.M.L.R. 630) rédigé par Juge Schiemann, actuel juge britannique à la CJCE

³¹ *Consiglio Stato*, section VI, arrêt du 14 avril 2008, n° 1596. Ces solutions s'appuient notamment sur la jurisprudence du Conseil constitutionnel. Celui-ci a reconnu entre autres : le devoir du juge national de ne pas appliquer une norme de droit interne incompatible avec le droit communautaire; le devoir qui s'impose non seulement au juge, mais aussi à l'administration publique de se conformer au droit communautaire et le fait que les directives bénéficient de l'effet direct à l'encontre de l'Etat dès lors qu'elles contiennent des dispositions inconditionnelles et suffisamment précises.

elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et qu'une disposition d'une directive ne peut donc pas être invoquée en tant que telle à l'encontre d'une telle personne »).

Il est des isollements splendides ; d'autres sont pathétiques. Le vôtre, sur la question qui nous intéresse aujourd'hui, échappe à ces deux qualificatifs. Mais il est pour le moins préoccupant. Lorsqu'une règle commune a vocation à être appliquée par de nombreuses juridictions, un consensus jurisprudentiel n'est jamais anodin. Celui qui existe aujourd'hui en Europe sur la question de l'effet direct des directives révèle la nécessité que vous vous interrogiez sur la pérennité de la solution que vous avez retenue le 22 décembre 1978. Mais il n'emporte pas à lui seul la solution, l'air du temps, même lorsqu'il émane du concert des juridictions européennes, ne valant jamais argument de droit.

Nous sommes en effet convaincu, indépendamment de ces éléments de contexte, que le temps est venu d'abandonner la jurisprudence *C-B*... Comme nous vous l'avons dit, trois séries de raisons nous en convainquent.

La première tient à l'existence de nouvelles circonstances de droit qui modifient sensiblement le cadre dans lequel se pose la question de l'invocabilité des directives. Ces circonstances relèvent à la fois de l'ordre communautaire et de l'ordre interne.

Dans l'ordre juridique communautaire, il n'est pas exagéré d'affirmer que les Etats membres doivent être regardés comme ayant tacitement accepté la jurisprudence de la Cour de justice. S'ils avaient souhaité faire échec à une interprétation *praeter legem* de l'article 189 du traité, les Etats européens auraient pu saisir l'occasion des traités de Maastricht, d'Amsterdam ou de Nice pour marbrer dans la lettre du droit primaire l'absence totale d'effet direct des directives. Il n'en a rien été, y compris à l'occasion de la renumérotation de l'article 189 devenu article 249 du TCE. Or, nous relevons que lorsqu'ils ont défini de nouvelles catégories d'actes adoptés dans le cadre des piliers non communautaires, les auteurs des traités ont pris le soin de définir expressément les limites de leurs effets juridiques. Dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale, l'article 34 (ex-article K3³²) du TUE définit les différentes mesures que les Etats peuvent prendre pour favoriser la coopération au sein du troisième pilier : il s'agit des positions communes, des décisions-cadres et des décisions. La définition des décisions-cadres³³ telle qu'elle figure au b) du 2 de cet article 34 révèle l'analogie qui existe entre celles-ci et les directives : « les décisions-cadres lient les Etats membres quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ». Mais le b) comporte une ultime précision selon laquelle : « elles ne peuvent entraîner d'effet direct »³⁴. Les Etats membres ont ainsi souhaité clairement faire obstacle, s'agissant des compétences non communautarisées, à la possible transposition de l'interprétation qui avait prévalu dans le domaine communautaire. Mais, qu'il s'agisse de la traduction d'une résignation face au « droit accompli » ou d'une

³² Lequel comportait une autre nomenclature : positions communes, actions communes et conventions.

³³ Cette catégorie a été instituée par le traité d'Amsterdam.

³⁴ La même restriction figure au c) s'agissant des décisions.

réelle adhésion aux constructions de la Cour, le silence des auteurs du traité d'Amsterdam en ce qui concerne les directives s'interprète, *a contrario*, comme une « approbation tacite »³⁵. Le traité modificatif adopté au sommet de Lisbonne³⁶ conforte notre position. Le traité constitutionnel avait envisagé de substituer une nouvelle classification des actes juridiques de l'Union³⁷ : lois européennes, lois-cadres européennes, règlements européens et décisions européennes. Cette innovation a été abandonnée dans le traité de Lisbonne qui conserve, au futur article 288 du traité sur le fonctionnement de l'Union, l'actuelle nomenclature des actes juridiques. L'article 289 introduit néanmoins une nouvelle distinction entre actes législatifs et non actes non législatifs³⁸. Notons que, de même que, s'agissant des lois-cadres qui correspondaient aux directives, le constituant s'était abstenu de toute précision sur leur effet direct ou absence d'effet direct, le traité de Lisbonne est muet sur ce point. De l'absence de toute réaction contraire des Etats membres, on peut donc déduire que l'interprétation donnée par la jurisprudence de la Cour de justice s'est incorporée à la lettre de l'article 249 du traité.

De nouvelles circonstances de droit sont également survenues dans notre ordre juridique national.

³⁵ Pour reprendre les termes de Marcel Waline, dans son article sur « Le pouvoir normatif de la jurisprudence » qui décrit ainsi l'hypothèse d'une « réception implicite de la règle jurisprudentielle par le législateur » : « l'absence complète de réaction de ceux qui avaient l'initiative des lois signifie que l'interprétation du droit objectif donné par la jurisprudence ne leur a pas paru choquante ou, si l'on veut, suffisamment choquante pour justifier une réaction ».

³⁶ Dans lequel ne figurent plus les décisions-cadres.

³⁷ Aux termes de l'article I-33 de ce traité : « Les institutions, pour exercer les compétences de l'Union, utilisent comme instruments juridiques, conformément à la partie III, la loi européenne, la loi-cadre européenne, le règlement européen, la décision européenne, les recommandations et les avis.

La loi européenne est un acte législatif de portée générale. Elle est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre.

La loi-cadre européenne est un acte législatif qui lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens.

Le règlement européen est un acte non législatif de portée générale pour la mise en oeuvre des actes législatifs et de certaines dispositions de la Constitution. Il peut soit être obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout Etat membre, soit lier tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant au choix de la forme et des moyens.

La décision européenne est un acte non législatif obligatoire dans tous ses éléments. Lorsqu'elle désigne des destinataires, elle n'est obligatoire que pour ceux-ci.

Les recommandations et les avis n'ont pas d'effet contraignant ».

³⁸ Voir sur ce point l'article de Jérôme Roux : « Les actes : un désordre ordonné ? » Europe, n° 7 juillet 2008

L'obligation de transposition des directives dans l'ordre juridique interne³⁹ découle à la fois des dispositions de l'article 249 du TCE et de l'article 10 du même traité aux termes duquel : « Les Etats membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté ».

Mais il s'agit désormais aussi d'une obligation constitutionnelle en vertu de l'article 88-1 de la Constitution aux termes duquel : « La République participe aux Communautés européennes et à l'Union européenne, constituées d'Etats qui ont choisi librement, en vertu des traités qui les ont instituées, d'exercer en commun certaines de leurs compétences ». Par sa décision n° 2004-496 DC du 10 juin 2004 (*loi pour la confiance dans l'économie numérique*), le Conseil constitutionnel, se fondant sur cette disposition issue de la révision constitutionnelle du 25 juin 1992, a jugé que « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle à laquelle il ne pourrait être fait obstacle qu'en raison d'une disposition expresse contraire de la Constitution ». Cette solution a été réaffirmée et précisée notamment par la décision n° 2006-540 DC du 27 juillet 2006⁴⁰ (*loi relative au droit d'auteur et aux droits voisins dans la société de l'information*). Selon le Conseil constitutionnel, l'article 88-1 exprime la reconnaissance par le constituant à la fois de l'acquis communautaire et de la valeur constitutionnelle de la participation de la France à la construction européenne. Pour reprendre les termes du professeur Xavier Magnon⁴¹, le droit communautaire dérivé est désormais placé « sous la couverture constitutionnelle de l'article 88-1 de la Constitution ». Vous avez jugé à votre tour, par la décision *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* (Assemblée 8 février 2007 p. 55), que découle des dispositions de l'article 88-1 de la Constitution une obligation constitutionnelle de transposition des directives, rehaussant par là même la force juridique de ces dernières. L'ancrage constitutionnel de l'obligation de l'Etat d'assurer la complète réception des règles posées par une directive, sous la réserve de leur constitutionnalité, dissipe la crainte, que vous pouviez nourrir en 1978, que votre contribution à leur plein effet conduise à un affaiblissement de notre souveraineté juridique.

C'est donc à l'aune de cette double obligation, communautaire et constitutionnelle, qu'il convient d'apprécier les conséquences à tirer d'une carence de l'Etat dans la transposition d'une directive. Et pour ce faire, il n'est pas insignifiant de relever que les Etats membres n'ont pas souhaité remettre en cause l'équilibre défini, de manière prétorienne, par la Cour de Luxembourg.

³⁹ Cette obligation de faire se traduit, sauf dans les hypothèses « d'harmonie préétablie », par une obligation positive (adopter les règles nécessaires à la réalisation des objectifs de la directive) et une obligation négative (modifier le droit national incompatible avec ces objectifs).

⁴⁰ Le Conseil constitutionnel y modifie la formulation de la « réserve de constitutionnalité » en énonçant « que la transposition d'une directive ne saurait aller à l'encontre d'une règle ou d'un principe inhérent à l'identité constitutionnelle de la France, sauf à ce que le constituant y ait consenti ».

⁴¹ Dans son étude : « Le chemin communautaire du Conseil constitutionnel : entre ombre et lumière, principe et conséquence de la spécificité constitutionnelle du droit communautaire » in *Jurisclasseur Europe* Août-septembre 2004 p. 6

Parallèlement et, dans une certaine mesure, consécutivement à la survenance de ces nouvelles circonstances de droit, votre office –et plus précisément la conception que vous vous faites de votre propre rôle dans l’application du droit communautaire- a notablement évolué.

Nous ne saurions mieux dire que Bruno Genevois lorsqu’il affirme, dans son étude précitée à la RFDA, que « le Conseil d’Etat a abandonné son appréhension hexagonale du traité de Rome au profit d’une vision communautaire ». Outre les évolutions jurisprudentielles dont nous nous sommes fait l’écho, en témoigne votre pratique du renvoi préjudiciel, désormais en parfaite harmonie avec les arrêts de la CJCE *CILFIT* du 6 octobre 1982 et *FOTO-FROST* du 22 octobre 1987- et tout particulièrement votre décision *Société De Groot en Slot Allium B. V. et autre* (Assemblée, 11 décembre 2006, p. 512) par laquelle, abandonnant votre jurisprudence *ONIC* (Section, 26 juillet 1985, p. 233), vous avez jugé « qu’alors même qu’elle ne faisait pas l’objet du renvoi préjudiciel, l’interprétation du traité et des actes communautaires que la Cour était compétente pour donner en vertu du a et du b de l’article 234 du TCE s’impose au Conseil d’Etat ». Ayant pris toute la mesure de votre fonction de juge communautaire de droit commun, vous n’hésitez plus à conférer leur pleine portée aux procédures institutionnalisées de coopération.

Votre décision *Gestas* (18 juin 2008, p. 230) constitue une autre illustration de la complète assimilation de la responsabilité qui vous incombe dans le respect de la règle communautaire et la garantie de son application uniforme. Après avoir rappelé que l’autorité qui s’attache à la chose jugée s’oppose à la mise en jeu de la responsabilité de la puissance publique dans les cas où la faute lourde alléguée résulterait du contenu même de la décision juridictionnelle et où cette décision serait devenue définitive (Assemblée, 29 décembre 1978, *DA...* p. 542), vous avez fait exception à cette règle⁴² en admettant que la responsabilité de l’Etat puisse être engagée dans le cas où le contenu de la décision juridictionnelle est entaché d’une violation manifeste du droit communautaire ayant pour objet de conférer des droits à des particuliers. Cette solution souligne la part que vous prenez désormais dans la protection des droits subjectifs des ressortissants communautaires.

Enfin, vos décisions *Arcelor* et *Conseil national des barreaux* (Section, 10 avril 2008, p. 129) qui définissent respectivement les modes de contrôle de la constitutionnalité et de la conventionnalité des directives, reflètent, de manière emblématique, le rôle que vous tenez dans l’interprétation et l’application des règles qui composent l’espace juridique européen.

A notre sens, ces évolutions conduisent naturellement à ce que vous modifiez le fondement théorique de la réponse à apporter à la question de l’effet direct des directives.

⁴² En faisant vôtre sur ce point la jurisprudence de la CJCE (30 septembre 2003, *Gerhard Köbler et Republik Österreich*).

Il y a trente ans, vous avez appréhendé cette question du point de vue de la répartition des compétences entre les institutions communautaires et les Etats membres. De ce point de vue, il était cohérent de clairement marquer la distinction entre les règlements et les directives, les premiers correspondant aux domaines de compétences transférées tandis que les secondes constituent des instruments d'harmonisation des réglementations nationales dans les secteurs de compétences encadrées ou coordonnées. Dépositaires scrupuleux de la lettre du traité, vous étiez, par là même, gardiens des souverainetés nationales. On peut également y déceler, ainsi que le fait Yannick Galland une « autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires »⁴³ : si « le juge administratif entend se limiter à sanctionner l'inobservation par les autorités nationales des normes communautaires adoptées par la voie de directives », c'est parce qu'il « refuse d'effectuer la transposition des directives en lieu et place des autorités nationales et plus généralement évite d'avoir à choisir l'une des interprétations possibles des directives afin de ne pas gêner l'action des détenteurs des pouvoirs législatif et réglementaire ». Cette position de principe était historiquement justifiée, tant au regard du contexte politique que des dérives qu'étaient alors susceptibles d'entraîner des constructions jurisprudentielles aux limites encore insuffisamment marquées. Votre refus éclatant de suivre la Cour de Luxembourg a été fructueux dans la mesure où il a conduit cette dernière à préciser, autour de la figure de l'invocabilité de substitution, dans quelles conditions une directive non transposée pouvait engendrer un effet direct.

Le fait d'assumer pleinement votre office de juge communautaire⁴⁴ appelle un renversement de perspective. Il nous semble qu'aujourd'hui, la question de la justiciabilité des directives ne doit plus être posée seulement en termes de distribution des pouvoirs mais aussi d'allocations des droits.

A vous en tenir au seul débiteur de l'obligation, à savoir l'Etat membre, il était logique de juger que les directives sont dépourvues d'effet vertical ascendant : si l'on considère que les directives s'adressent aux seuls Etats et ne font obligation qu'à eux, il s'ensuit que les particuliers ne sont pas les sujets de la règle de droit et n'ont pas vocation à se la voir immédiatement appliquer. Ainsi que l'explique Christine Maugué, dans ses conclusions sur votre décision précitée *SA Lilly France* : « si les directives sont susceptibles de produire des effets en droit interne, ce n'est pas, selon vous, parce qu'elles engendrent directement des droits en faveur des particuliers, à l'instar des accords internationaux auxquels vous reconnaissez un effet direct. La logique de votre raisonnement est autre : vous

⁴³ Pour reprendre le titre de son article paru à l'AJDA 2002 p. 725

⁴⁴ Cette mutation est décrite lumineusement par Robert Lecourt, dans son ouvrage « L'Europe des juges » (Bruylant 1976) : « Formé essentiellement aux disciplines du droit interne, pénétré d'une culture principalement puisée aux sources nationales, tenu le plus souvent éloigné par ses fonctions des relations internationales, légitimement soucieux de la jurisprudence de son propre corps judiciaire, il lui fallait, pour devenir juge communautaire dans l'ordre national, tout à la fois se reconvertir à une tâche toute nouvelle hors de ses préoccupations habituelles, se tenir informé et se pénétrer d'un droit nouveau, admettre l'existence d'une nouvelle juridiction régulatrice dont relèveraient ses décisions communautaires et découvrir ces cheminements à travers des litiges qui le contraignaient à déclinier l'autorité de son propre droit au profit d'une règle de droit supérieur ».

considérez que l'article 189 du traité de Rome impose aux autorités nationales d'adapter la réglementation et la législation nationales aux directives et c'est l'absence de respect de cette obligation que vous censurez en faisant produire des effets aux directives à l'encontre des lois et règlements ».

Mais tout change si vous vous placez du point de vue des titulaires des droits. Il s'agit de l'approche retenue, depuis l'origine, par la Cour de Luxembourg et tout vous conduit à la faire vôtre aujourd'hui, afin d'assurer le plus efficacement possible le plein respect des règles communautaires. Cette approche repose sur la spécificité de la construction communautaire dont les mécanismes affectent non seulement les Etats mais aussi leurs ressortissants, sur l'idée même de Communauté dont l'existence dépend autant sinon plus des citoyens justiciables que des autorités nationales. C'est cette idée que formule, en des termes évocateurs, l'arrêt *Van Gend en Loos* du 5 février 1963 en rappelant que les sujets de ce « nouvel ordre juridique » sont « non seulement les Etats membres mais également leurs ressortissants » pour en déduire que « le droit communautaire, indépendant de la législation des Etats membres, de même qu'il crée des charges dans le chef des particuliers, est aussi destiné à engendrer des droits qui entrent dans leur patrimoine juridique ». Cette logique est parfaitement décrite par Denys Simon, dans son ouvrage précité : « [...] en imposant des obligations aux Etats membres, les traités font naître, par une sorte d'« effet réflexe », des droits au profit des individus qui doivent pouvoir exiger que le respect des obligations souscrites par les Etats membres soit assuré par les tribunaux nationaux ».

Or, « la vigilance des particuliers à la sauvegarde de leurs droits », que mentionne l'arrêt *Van Gend en Loos*, resterait lettre morte sans le secours du juge. De ce point de vue, l'effet direct des directives, c'est-à-dire leur aptitude à faire naître directement des droits subjectifs dans le chef des particuliers dont ceux-ci peuvent se prévaloir devant les juridictions nationales, constitue incontestablement une des clefs de l'intégration juridique. Ainsi que l'expose Robert Lecourt, dans son ouvrage « L'Europe des juges » (Bruylant 1976) : « Lorsque le particulier s'adresse à son juge pour faire reconnaître le droit qu'il tient des traités, il n'agit pas seulement dans son intérêt propre, il devient par là même une sorte d'agent auxiliaire de la Communauté. En s'armant de la règle commune et en invitant son juge à la lui appliquer, il donne à celui-ci l'occasion de la faire pénétrer dans l'ordre juridique interne. Par son fait, elle devient alors élément effectif du patrimoine juridique national ».

Mais si le droit communautaire est, dans son ensemble, virtuellement apte à engendrer des droits dans le chef des particuliers, un certain nombre de conditions techniques sont requises, comme nous l'avons vu, pour que le juge national soit à même d'appliquer directement une directive.

La première condition, tirée du défaut de transposition dans le délai prévu souligne le caractère « pathologique » de l'hypothèse. C'est la traduction du « principe d'estoppel »⁴⁵

⁴⁵ Ou encore de l'adage « *nemo auditur* » : l'Etat ne saurait opposer à ses justiciables le non accomplissement de ses obligations.

largement entendu : comme l'explique le juge Pescatore, dans son article précité : « un Etat ne peut pas se reconnaître à la fois lié par certaines obligations communautaires et délié de les observer à l'égard de ceux qui sont soumis à son autorité ». La seconde condition est relative à la nature de la disposition invoquée. Seule une disposition « inconditionnelle et suffisamment précise », pour reprendre les termes de l'arrêt *Ratti*, est susceptible d'être immédiatement appliquée par le juge. Notons au passage que tant la jurisprudence du Conseil constitutionnel que la vôtre ont consacré la notion de « dispositions précises et inconditionnelles ». Denys Simon explique la fonction de cette condition matérielle : elle « implique seulement que ne s'intercale, entre la norme communautaire et le justiciable, aucun pouvoir discrétionnaire de nature à ajouter au contenu normatif de la disposition communautaire susceptible de faire écran entre cette dernière et le particulier ». En réalité, cette condition traduit l'équilibre ménagé par la directive entre les institutions communautaires et les autorités nationales : le degré de précision et le caractère inconditionnel de la disposition en cause ne reflètent rien d'autre que l'accord des secondes à avoir renoncé, au stade de l'adoption de la directive, à toute marge d'appréciation ultérieure quant aux moyens de sa mise en œuvre. La pratique consistant à intervenir, par voie de directive, dans les domaines de compétences transférées et à rédiger ces dernières de manière de plus en plus détaillée et contraignante traduit l'acquiescement des Etats membres, dès l'élaboration des directives, à leur possible application immédiate. Dans ces conditions, le juge auquel le particulier demande l'application d'un droit dont il est rempli, en vertu de la réunion de ces deux conditions, ne peut, sauf à méconnaître ses responsabilités dans la pleine application du droit communautaire, lui en refuser le bénéfice. De ce point de vue, l'application directe de la directive traduit moins un pouvoir du juge national à l'encontre de son Etat qu'un devoir à l'égard de son justiciable. A la carence de l'Etat ne saurait faire écho la défaillance du juge.

La dernière série de considérations sur laquelle nous fondons notre proposition tient à l'efficacité inégalable de l'invocabilité de substitution par rapport à l'invocabilité d'exclusion.

De nombreuses voix se sont élevées pour se réjouir qu'à la faveur des ingénieuses évolutions de votre jurisprudence, les particuliers aient fini par bénéficier, dans votre prétoire, d'une garantie des droits qu'ils tiennent du droit communautaire équivalente à celle qu'ils obtiendraient au moyen de l'invocabilité de substitution. Un tel constat a même conduit à réduire la jurisprudence *C-B...* à une simple « affirmation de principe »⁴⁶ ou encore à une « pétition de principe »⁴⁷.

Et quand bien même il ne s'agirait plus que d'une posture facilement contournable grâce aux inépuisables ressources de la procédure, la bonne administration de la justice commanderait de l'abandonner au profit d'une solution plus directe, aisément accessible aux

⁴⁶ Selon Henri Savoie, dans ses conclusions sur *T...*

⁴⁷ Fabien Raynaud et Pascale Fombeur, dans leur chronique précitée.

justiciables. L'intelligibilité du droit implique aussi la recherche des solutions jurisprudentielles les plus simples. Un tel argument pourrait ne pas suffire à vous convaincre.

Si nous sommes fermement convaincu qu'il y a lieu de revenir sur la solution que vous avez adoptée le 22 décembre 1978, c'est que la présente affaire en révèle, de manière indiscutable, la nécessité.

Dans la plupart des hypothèses, il est parfaitement exact de relever qu'en l'état actuel de votre jurisprudence, l'invocabilité d'exclusion produit des effets analogues à l'invocabilité de substitution. C'est le cas, par exemple, dans la plupart des recours pour excès de pouvoir, grâce à l'élargissement du spectre des exceptions d'incompatibilité auquel vous avez procédé. Mais, dans certains litiges relatifs à des actes individuels, l'invocabilité d'exclusion ne pourra jamais, en raison de la nature même de son dispositif, produire les mêmes effets que l'invocabilité de substitution. Chacun de ces deux mécanismes comportent trois étapes successives : si les deux premières sont identiques, la dernière diffère nécessairement. La première étape du raisonnement consiste, dans les deux cas, à confronter la règle nationale (législation ou réglementation) ou l'absence de règle nationale aux objectifs d'une directive. Dans l'hypothèse où une incompatibilité est constatée entre celle-ci et ceux-là, la deuxième étape consiste à écarter l'application de la règle contraire aux exigences communautaires. Venons-en maintenant à la troisième étape : dans le mécanisme de l'invocabilité d'exclusion, cette mise à l'écart de la règle ou de l'absence de règle prive de fondement la décision individuelle attaquée qui sera, pour ce motif, annulée ; dans le mécanisme de l'invocabilité de substitution, l'exclusion du droit national entraîne l'application positive de la règle posée par la directive –ce qui implique obligatoirement qu'elle soit immédiatement applicable. Dans le contentieux de l'excès de pouvoir, vous n'êtes en principe pas conduits, compte tenu des limites dans lesquelles se déploie votre office, à aller jusqu'à ce dernier point. Et c'est pourquoi l'annulation que vous prononcez sature l'espace du juridictionnellement possible. Mais tel ne sera pas toujours le cas selon la structure des litiges que vous aurez à trancher⁴⁸. Dans le contentieux de la pleine juridiction⁴⁹ où vous pouvez être amenés à réformer la décision litigieuse, seule l'invocabilité de substitution peut vous permettre de faire directement application des dispositions de la directive. Et nous relevons d'ailleurs que c'est ce que fait en pratique, sans l'assumer en théorie, votre décision *SARL IMI* (10 avril 2002 T. p. 647,665, 708) dans laquelle vous avez reconnu, après avoir écarté toutes les règles de droit interne, la possibilité d'accorder une exonération de TVA au cas par cas, en faisant directement application des critères de la 6^e directive du 17 mai 1977.

Dans la présente affaire, la requérante n'invoque l'article 10 de la directive du 27 novembre 2000 qu'à la seule fin que vous fassiez application au litige, sans attendre la loi du 27 mai 2008, de l'aménagement de la charge de preuve qu'elle institue. Or, vous ne seriez

⁴⁸ On peut notamment songer à un deuxième recours introduit contre la décision prise par l'autorité administrative pour tirer les conséquences de l'annulation, par le juge, d'une première décision.

⁴⁹ Il en irait de même s'agissant de l'exercice du pouvoir d'injonction.

susceptibles de la faire bénéficier de cette règle qu'au prix de la reconnaissance de son effet direct. L'invocabilité d'exclusion ne saurait, par nature, conduire au même résultat. Certes, dans votre décision précitée *T...*, vous avez indiqué, par une incise, que la communauté urbaine aurait pu, d'elle-même, prendre des mesures de publicité compatibles avec les objectifs de la directive du 18 juillet 1989, conférant ainsi une forme d'effet juridique à cette dernière. Mais il ne s'agit pas là d'effet direct. Vous vous êtes bornés à rappeler aux autorités compétentes qu'il leur appartient, dans l'attente de la transposition d'une directive, de prendre toutes les mesures qui assurent, dans la mesure du possible et notamment dans la limite de leurs compétences⁵⁰, le respect de la règle communautaire. Vous avez ainsi délivré un mode d'emploi préventif de nature à remédier, provisoirement, à la défaillance du droit national (voyez, dans le même sens, *Communauté de communes du Piémont-de-Barr*, précitée, et par analogie, Assemblée, 29 juin 2001, *V...*, p 303.). La reconnaissance de l'effet direct revêtirait une toute autre portée : elle permettrait au juge de faire lui-même immédiatement, à titre curatif, application au litige de la règle communautaire invoquée. C'est là que réside toute la portée, toute l'utilité de l'invocabilité d'exclusion.

C'est donc résolument que nous vous invitons à abandonner la jurisprudence *C-B...*. Cette solution présente, à notre sens, trois séries d'avantages.

En premier lieu, en levant le dernier de point de cristallisation entre votre jurisprudence et celle de la Cour de Luxembourg, elle vous fait participer, sans dissonance aucune, au chœur des juridictions européennes.

Admettre, dans les conditions ci-dessus définies, l'effet direct d'une directive, respecte, en deuxième lieu, parfaitement la logique juridique. La détermination de l'effet d'une norme dépend des destinataires de la règle posée. S'agissant des directives, il convient de bien distinguer les débiteurs de l'obligation de faire que sont les Etats membres des destinataires finaux de la règle qui peuvent être les particuliers. Lorsque la directive pose un droit à leur profit, que celui-ci est défini de manière claire, complète, précise et inconditionnelle et que l'Etat a manqué à son obligation de transposition, les particuliers tirent de leur qualité de destinataire de la règle la faculté de s'en prévaloir devant le juge. Et s'ils peuvent l'invoquer à l'encontre de l'Etat, c'est précisément en raison de sa qualité d'obligé. Mais le caractère exclusif de cette qualité implique que ce droit subjectif ne peut être invoqué qu'à son encontre. C'est pourquoi, l'effet direct ne peut être que vertical ascendant. Par nature, il ne pourra jamais être ni vertical descendant ni horizontal.

En troisième et dernier lieu, l'abandon de la jurisprudence *C-B...* confère sa pleine portée à l'objet de la construction communautaire en faisant du juge, autant que nécessaire, le relais des droits subjectifs des particuliers. Ainsi que le relève Robert Delcourt, dans son ouvrage précité, « c'est le juge qui, en assurant [à la règle commune] une même application en tous les Etats membres tisse, jour après jour, la trame juridique et pratique qui lie entre eux

⁵⁰ Hormis l'hypothèse du nécessaire respect de la chose jugée par la CJCE (voir sur ce point 18 juin 2003 *Société Tiscali Télécom* p. 255).

leurs peuples ». Vous tiendrez votre rôle, sans en excéder les limites, en acceptant, afin de garantir l'« effet utile » de la règle communautaire, de vous faire l'instrument supplétif de sa pénétration effective dans notre ordre juridique.

Si vous nous suivez, vous jugerez qu'une personne- qu'elle soit physique ou morale- peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire⁵¹, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive lorsque l'Etat n'a pas pris, dans les délais, les mesures d'exécution imposées par cette directive.

La reconnaissance de ce mode de justiciabilité renforcée ne sera toutefois pas sans limite. En premier lieu, vous devrez vérifier, si vous y êtes invités, que la directive invoquée est valide c'est-à-dire qu'elle respecte le bloc de légalité communautaire mais également, les droits protégés par la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et la Constitution française. Ce contrôle peut vous conduire, le cas échéant, à saisir la CJCE d'une question préjudicielle. Il y a une forte cohérence, selon nous, à ce qu'à vos décisions *Arcelor* et *Conseil national des barreaux* qui permettent un contrôle étroit de la validité des directives succède une solution qui vous conduit à conférer à celles-ci tout leur effet utile. En second lieu, l'appréciation du caractère précis et inconditionnel de la disposition en cause relève au premier chef de votre responsabilité. Nous vous invitons à retenir une acception stricte de cette qualité de la disposition invoquée qui nous semble souhaitable afin de préserver votre légitimité dans l'application directe d'une directive. C'est à cette condition en effet que sera évité le double risque d'un empiètement des institutions communautaires dans le domaine de compétence des autorités normatives nationales et d'une attitude usurpatrice du juge.

La présente affaire illustre précisément les limites de l'invocabilité de substitution qui sont inhérentes aux conditions requises pour sa mise en œuvre.

La première condition tenant à la défaillance de la France dans la transposition est remplie. A la date d'expiration du délai de transposition, fixée au 2 décembre 2003 par l'article 18 de la directive⁵², la directive n'avait fait l'objet d'aucune mesure de transposition et tel était encore le cas le 29 août 2006, date de l'arrêt attaqué.

Tel n'est pas le cas en revanche de la seconde condition. Le cinquième paragraphe de l'article 10 de la directive invoquée précise en effet que « les États membres peuvent ne pas appliquer le paragraphe 1 aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction ou à l'instance compétente ». Cette possible exception est éclairée par le paragraphe 32 de l'exposé des motifs de la directive qui précise que « les procédures ainsi visées sont celles dans lesquelles la partie demanderesse est dispensée de prouver les faits dont l'instruction incombe à la juridiction ou à l'instance compétente ». Compte tenu du caractère inquisitorial de la procédure devant la juridiction administrative française, nous

⁵¹ Ce qui vise les décisions individuelles, les décisions collectives et les décisions d'espèce.

⁵² Un délai supplémentaire de trois ans n'était octroyé que pour la mise en œuvre des dispositions relatives à la discrimination fondée sur l'âge et le handicap.

rangeons sans hésitation les procédures portées devant vous parmi celles qui sont visées par cette clause finale.

La jurisprudence de la Cour de justice permet de cerner les contours du critère d'inconditionnalité. Le maintien d'une compétence des Etats membres pour la mise en œuvre de la règle, du point de vue procédural, n'en exclut pas l'effet direct dès lors que, sur le fond, ils ne disposent d'aucune faculté d'en conditionner ou d'en restreindre l'application (19 janvier 1982 *Ursula Becker*). Mais il en va autrement lorsque les Etats restent compétents pour définir des conditions de fond (voyez, pour un exemple de dispositions jugées conditionnelles, 29 novembre 1978 *Delkwist*). Il en est de même lorsque la directive laisse aux Etats membres le choix, pour assurer sa mise en œuvre, entre plusieurs options possibles.

Tel est précisément le cas dans notre affaire. L'article 10 de la directive invoquée n'affecte pas, eu égard à la réserve que comporte son paragraphe 5, la compétence laissée aux Etats membres pour décider du régime applicable aux procédures dans lesquelles l'instruction des faits incombe à la juridiction. Dans la mesure où elles ne sont pas inconditionnelles, nous considérons que les dispositions de cet article sont dépourvues d'effet direct devant la juridiction administrative⁵³. Sans incidence sur ce point est le fait que, lors de sa transposition, le législateur n'ait pas fait jouer cette exception. L'option ouverte par la directive elle-même retire à la règle posée à l'article 10 tout caractère auto-suffisant⁵⁴. S'il subsiste un interstice normatif entre la règle posée par la directive et la possibilité de sa mise en œuvre, seules les autorités nationales, pouvoir législatif ou réglementaire selon les cas, peuvent compétemment le combler.

Dans la mesure où, d'une part, la disposition invoquée de la directive du 27 novembre 2000 n'est pas d'effet direct et, d'autre part, la loi du 27 mai 2008 n'est pas applicable, *ratione temporis*, au litige, vous devez régler le litige indépendamment de la règle d'aménagement de la preuve que la première pose et que la seconde transpose.

La question de la preuve dans le contentieux de l'excès de pouvoir, si elle revêt une grande importance pratique, se laisse difficilement appréhender sur le plan théorique. Il n'existe aucune disposition générale équivalente à l'article 9 du nouveau code de procédure civile qui dispose que : « Il incombe à chaque partie de prouver conformément à la loi les faits nécessaires au succès de sa prétention ».

En contentieux administratif, il n'existe pas, à proprement parler, de charge de la preuve⁵⁵. Bernard Pacteau explique, dans son fascicule sur « La preuve » au répertoire Dalloz,

⁵³ Selon la jurisprudence de la Cour, il convient d'examiner une directive, disposition par disposition, pour déterminer celles qui sont susceptibles de se substituer au droit national (19 janvier 1982 *Ursula Becker*). Selon nous, l'effet de l'article 10 de la directive invoquée est variable selon la procédure en cause : toute application est exclue par la disposition elle-même s'agissant des procédures pénales ; la règle qu'elle pose ne s'applique pas directement aux procédures inquisitoriales en raison de la marge d'appréciation laissée aux Etats sur ce point ; elle est revanche d'effet direct s'agissant des autres types de procédure.

⁵⁴ Ou « self executing ».

les raisons de la répartition, en contentieux administratif, des charges de la preuve entre les parties : si « le principe *actori incumbit probatio* se justifie de lui-même, y compris dans le procès administratif », il est nécessaire, en raison du « rapport d'inégalité qui caractérise les relations entre l'individu et la puissance publique », d'« aménager [et d'] assouplir le régime de la preuve, compte tenu des situations autant que des comportements des parties ». La situation intrinsèquement inégalitaire dans laquelle se présentent les litiges portés devant vous est compensée par le caractère inquisitorial de l'instruction qui vous laisse une réelle latitude pour recueillir, outre les pièces du dossier, les éléments propres à asseoir votre conviction. Pour tenter de résumer l'état de votre jurisprudence, nous ne saurions mieux faire que citer Jacques Arrighi de Casanova, dans ses conclusions sur votre décision précisée *Société Prodès International* lorsqu'il la présente comme « fondée en quelque sorte sur la nature des choses d'où il résulte que la charge de fournir les pièces et justifications nécessaires à la solution d'un litige ne peut incomber qu'à la partie qui est seule en mesure de le faire ». A cela s'ajoute la souplesse du droit de la preuve devant vous : vous acceptez de vous fonder sur toutes sortes d'éléments, de pièces ou documents, de sources, d'informations ou encore d'indices. Mais cette liberté que vous vous accordez de tenir compte de tous moyens de preuve trouve sa limite dans le respect du principe de loyauté de la preuve⁵⁶.

Devant vos sous-sections réunies, nous avons constaté les limites des outils de contrôle dont dispose le juge de l'excès de pouvoir lorsqu'il est soutenu devant lui qu'une décision administrative est empreinte de discrimination, sauf à ce que l'élément qui révèle l'existence de la discrimination alléguée ressorte clairement des pièces du dossier. C'est ainsi que, dans votre décision *H...* (10 avril 2009, p. 158), vous avez annulé la délibération du jury du concours interne d'officier de la police nationale parce qu'il ressortait « des pièces du dossier que, lors de l'entretien d'évaluation qui était au nombre des épreuves d'admission subies par M. H..., le jury lui a posé plusieurs questions portant sur son origine et sur ses pratiques confessionnelles ainsi que sur celles de son épouse »⁵⁷. Mais de telles flagrances sont peu fréquentes.

S'agissant de la lutte contre les discriminations, le droit international et, en particulier, le droit européen ont constitué de puissants aiguillons. L'approche française de la question reposait traditionnellement sur le principe d'égalité de traitement.

Au plan communautaire⁵⁸, c'est le traité d'Amsterdam qui a procédé à l'élargissement des compétences de l'Union européenne en matière de lutte contre les discriminations. Un train de directives a été adopté dans ce domaine. S'agissant de la discrimination directe, les différentes directives communautaires retiennent la définition

⁵⁵ Yves Galmot l'affirmait, dans ses conclusions sur la décision *Touchou* (Section 22 avril 1966 p. 279) : « la charge de la preuve n'existe pas ».

⁵⁶ Voyez par exemple 28 septembre 2005 *S.A. Carto-Rhin et Me Mulhaupt* T. p. 1124.

⁵⁷ Voir le commentaire de cette décision par Gwénaëlle Calvès : « Le contrôle juridictionnel des questions posées lors de l'épreuve d'entretien » (AJDA 2009 p. 1386).

⁵⁸ Indépendamment des règles communautaires, la prohibition de toute forme de discrimination découle également de l'article 14 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme.

suivante : « une discrimination directe se produit lorsqu'une personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne le serait dans une situation comparable » en application d'un critère de distinction prohibé.

En droit interne, la question s'appréhende sous le prisme du principe constitutionnel d'égalité. Celui-ci est énoncé, sous différentes formes, par la Constitution elle-même (en particulier son article 1^{er}⁵⁹), par plusieurs alinéas du Préambule de 1946 et par la Déclaration des droits de l'homme. Depuis sa décision n° 51 DC du 27 décembre 1973, le Conseil constitutionnel a fait de nombreuses applications du principe d'égalité, notamment dans ses déclinaisons relatives à l'égale admission dans les emplois publics et l'égalité de traitement dans le déroulement de la carrière (notamment la décision n° 93-336 DC du 27 janvier 1994 qui relève que « le principe d'égalité de traitement des magistrats dans le déroulement de leur carrière découle de l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen »). S'agissant de votre jurisprudence⁶⁰, nous nous bornerons à citer votre décision *B...* (Assemblée 28 mai 1954 p. 308), sur laquelle nous reviendrons dans un instant, qui censure la méconnaissance du principe de l'égalité de l'accès de tous les Français aux emplois et fonctions publics que constitue le fait d'avoir écarté un candidat de la liste de ceux admis à concourir en se fondant exclusivement sur ses opinions politiques.

De votre jurisprudence⁶¹ comme de celle du juge constitutionnel, il ressort qu'une inégalité de traitement peut légalement reposer soit sur l'existence d'une différence de situation⁶² soit sur celle d'un motif d'intérêt général. Mais il existe des distinctions interdites qui ne sauraient, dans aucun cas, justifier une inégalité de traitement. La plupart découlent du bloc de constitutionnalité⁶³ ; certaines figurent dans des règles législatives (notamment les articles L. 122-45 du code du travail et 225-1 du code pénal). Leur méconnaissance engendre une discrimination directe⁶⁴. Cette notion est ainsi définie par la loi du 27 mai 2008 : « Constitue une discrimination directe la situation dans laquelle, sur le fondement de son appartenance ou de sa non-appartenance, vraie ou supposée, à une ethnie ou une race, sa religion, ses convictions, son âge, son handicap, son orientation sexuelle ou son sexe, une

⁵⁹ Voyez sur la portée de cet article, la décision n° 2007-557 DC du 15 novembre 2007 : « si les traitements nécessaires à la conduite d'études sur la mesure de la diversité des origines des personnes, de la discrimination et de l'intégration peuvent porter sur des données objectives, ils ne sauraient, sans méconnaître le principe énoncé par l'article 1er de la Constitution, reposer sur l'origine ethnique ou la race ».

⁶⁰ Voyez également votre décision *Pacaud* du 29 juin 1983 (p. 278), qui fait application aux magistrats judiciaires du principe de l'égalité d'accès aux emplois publics et de celui de l'égalité de traitement des fonctionnaires appartenant à un même corps.

⁶¹ Section 10 mai 1974 *X... et C...*, p. 274.

⁶² Comme l'explique le doyen Vedel, le principe d'égalité ne joue que toutes choses égales d'ailleurs.

⁶³ S'agissant de la présente affaire, il faut citer le Préambule de la Constitution de 1946 : « Nul ne peut être lésé, dans son travail ou son emploi, en raison de ses origines, de ses opinions ou de ses croyances ».

⁶⁴ Dans son rapport de 1998 consacré à la « lutte contre les discriminations », le Haut conseil à l'intégration définit la discrimination « comme toute action ou attitude qui conduit, à situation de départ identique, à un traitement défavorable de personnes du fait de leur nationalité, origine, couleur de peau ou religion, qu'une intention discriminante soit, ou non, à l'origine de cette situation ».

personne est traitée de manière moins favorable qu'une autre ne l'est, ne l'a été ou ne l'aura été dans une situation comparable ».

Mais il n'est pas toujours aisé pour les victimes d'un comportement discriminatoire, par nature inavouable, d'en rapporter la preuve. *Idem est non esse et non probari*. L'appréhension juridique en général et judiciaire en particulier des discriminations pose donc au premier chef la « question de la preuve » (pour citer l'étude réalisée par Marie-Françoise Lanquetin pour le Groupe d'étude et de lutte contre les discriminations GELD note n° 2 octobre 2000).

C'est pourquoi un certain nombre de juridictions n'ont pas hésité à faire montre d'une forme d'audace dans l'adaptation de leur grille de contrôle et de leurs règles jurisprudentielles à la spécificité de la discrimination.

La Cour de Luxembourg a été pionnière en la matière. Dès son arrêt *H.K. / Danfoss* du 17 octobre 1989, faisant application de la directive du 10 février 1975 sur l'égalité de rémunération entre travailleurs masculins et féminins, elle relève que « le souci d'efficacité qui sous-tend la directive doit conduire à interpréter celle-ci comme impliquant des aménagements aux règles nationales relatives à la charge de la preuve dans les situations particulières où ces aménagements sont indispensables à la mise en œuvre effective du principe d'égalité (§14). Dans son arrêt *Enderby* du 27 octobre 1993, elle précise la marche à suivre : après avoir rappelé que « la charge de prouver l'existence d'une discrimination de rémunération fondée sur le sexe incombe en principe au travailleur qui, s'estimant victime d'une telle discrimination, engage une action juridictionnelle contre son employeur », elle précise qu'il ressort de sa jurisprudence « que la charge de la preuve peut être déplacée lorsque cela s'avère nécessaire pour ne pas priver les travailleurs victimes de discrimination apparente de tout moyen efficace de faire respecter le principe de l'égalité des rémunérations » et en conclut que « dans une situation de discrimination apparente, c'est à l'employeur de démontrer qu'il existe des raisons objectives à la différence de rémunération constatée ».

La Cour de Cassation, confrontée à la même question, a suivi un cheminement analogue. S'agissant des articles L. 133-5 et L. 136-2 du code du travail, la chambre sociale a ainsi jugé « qu'il appartient au salarié qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge des éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement entre hommes et femmes et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire de cette mesure, d'établir que la disparité de situation ou la différence de rémunération constatée est justifiée par des critères objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur le sexe » (23 novembre 1999 n° 97-42.940 Bulletin 1999, V, n° 447, p. 329). Par un arrêt du 28 mars 2000 (n° 97-45258 Bulletin 2000, V N° 126 p. 95), la même chambre sociale a jugé « qu'il appartient au salarié syndicaliste qui se prétend lésé par une mesure discriminatoire de soumettre au juge les éléments de fait susceptibles de caractériser une atteinte au principe d'égalité de traitement et qu'il incombe à l'employeur, s'il conteste le caractère discriminatoire du traitement réservé au syndicaliste, d'établir que la

disparité de situation constatée est justifiée par des éléments objectifs, étrangers à toute discrimination fondée sur l'appartenance à un syndicat ». En revanche, la chambre criminelle a jugé que les dispositions des articles 225-2 du code pénal et L. 412-2 du code du travail concernant les délits de discrimination et d'entrave à l'exercice du droit syndical n'instituent aucune dérogation à la charge de la preuve en matière pénale qui incombe à l'accusation (3 avril 2007 n° 06-81784 Bull.crim., n°105, p.507).

Dans ces conditions, nous estimons qu'eu égard tant à la rigueur des exigences qui s'attachent au principe à valeur constitutionnelle de l'égalité de traitement qu'aux difficultés particulières propres à la caractérisation d'une discrimination, il vous appartient, à l'instar de ce qu'a su faire le juge judiciaire, de faire évoluer spontanément vos règles jurisprudentielles relatives à l'administration de la preuve.

Vous ne partez pas de rien.

Vous avez toujours appréhendé la question de la preuve en tenant compte des pouvoirs inquisitoriaux dont vous disposez dans la conduite de l'instruction⁶⁵. Votre décision *Couespel du Mesnil* (Section, 1^{er} mai 1936, p. 485) indique ainsi « qu'il appartient au Conseil d'Etat, saisi d'un recours pour excès de pouvoir, d'exiger de l'administration compétente la production de tous documents susceptibles d'établir sa conviction et de nature à permettre la vérification des allégations du requérant ». Au-delà des mesures d'instruction réglementées par les textes (qui figurent aujourd'hui au livre VI du code de justice administrative), vous vous êtes reconnu la faculté de prescrire toutes les investigations supplémentaires vous paraissant utiles à la résolution du litige.

Vous utilisez les pouvoirs dont vous disposez dans la conduite de l'instruction pour faire participer le défendeur à l'établissement des preuves. Comme l'explique Bernard Pacteau, dans son article précité : « [...] en pratique, ses silences sont mis à son débit ; ses réticences à s'expliquer et à participer à l'instruction du procès se transforment en charges contre lui ; son impuissance, ou en tout cas sa carence, font présumer le bien-fondé des prétentions, allégations et revendications du demandeur ». En constitue une illustration le mécanisme de l'acquiescement implicite du défendeur aux faits exposés par le requérant, aujourd'hui codifié à l'article R. 612-6 du code de justice administrative.

D'une manière générale, vous tenez compte du silence ou de la mauvaise volonté manifestés par l'administration, en dépit de la demande que vous lui avez adressée d'apporter les informations nécessaires à l'instruction de l'affaire. Dans votre décision précitée *B...*, après avoir relevé qu'aucune suite n'avait été donnée à votre demande de production des dossiers des candidats, vous en avez déduit que « le motif allégué par les auteurs des pourvois devait être regardé comme établi » (voyez pour une illustration parmi d'autres Assemblée 11 mai 1973, *Sieur S...*, p. 344). Les conclusions de Maxime Letourneur sont éloquentes : « [...]

⁶⁵ Ainsi que le rappelle votre décision *PP...* (4 juillet 1962 T. p. 1077), le juge administratif dirige seul l'instruction des affaires.

rapproché des présomptions très fortes fournies par les requérants, le silence du ministre ne peut s'interpréter que comme un aveu formel de l'exactitude de l'affirmation des intéressés selon laquelle le motif de leur exclusion est un motif politique. Ce motif erroné en droit nous paraît ainsi établi et vous pouvez prononcer l'annulation des décisions attaquées ». Ce mode de contrôle, que vous exercez non seulement sur les faits litigieux mais également sur les motifs retenus par l'administration (Section 26 janvier 1968 *Société Maison Genestal* p. 61), découle directement de votre qualité de maître de l'instruction. Il est parfaitement décrit par le commissaire du gouvernement Lasry, dans ses conclusions sur la décision *Sieur LL...* (Section 23 décembre 1955 p. 608) : « lorsque le raisonnement vous permet, à partir d'un certain nombre de circonstances directement prouvées ou non contestées, de déduire de ces circonstances, avec un degré de certitude suffisant, la réalité du fait contesté ; ainsi procédez-vous lorsque le fait litigieux est le motif réel, quoique non exprimé, d'une décision administrative » (voyez, pour un exemple 7 février 2001 *A...* p. 50⁶⁶).

De ce courant jurisprudentiel plus que quinquagénaire qui témoigne de votre capacité à mobiliser l'ensemble des ressources de la procédure inquisitoire, nous retirons que vous assumez pleinement vos responsabilités juridictionnelles lorsque le respect du principe de l'égalité de traitement est en cause. Et c'est donc sans hésitation que nous vous invitons à modifier, sans attendre l'application de la loi du 27 mai 2008, les règles d'administration de la preuve lorsque le sort d'un litige est lié à l'existence ou à l'absence d'une discrimination. Nul obstacle de principe ne s'oppose à ce qu'une telle évolution se fasse par la voie prétorienne. Le régime de la preuve a été bâti, comme nous l'avons vu, par la jurisprudence. L'approfondissement de votre contrôle que nous vous proposons de retenir ne sera en délicatesse ni avec les exigences de la directive du 27 novembre 2000, ni avec l'article 4 de la loi de 2008 qui en assure la transposition. En effet, il s'agit, en quelque sorte, d'une anticipation spontanée de la logique du mode probatoire consacré par ces textes. Les modalités de répartition des charges de la preuve que vous définirez, si vous nous suivez, s'inspirent directement de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008⁶⁷. En les adoptant, vous vous placerez, par avance, en cohérence avec la loi, assurant du même coup, de manière indirecte, la réception des exigences communautaires⁶⁸. En dégagant ainsi une forme de guide

⁶⁶ « les éléments dont s'est prévalu M. A... à l'appui de sa requête constituaient des présomptions sérieuses ; le ministre de la défense n'a produit aucune justification précise de nature à établir l'existence de motifs tirés de l'intérêt du service, qui auraient pu servir de fondement à la mutation de l'intéressé à Castelsarrasin ; dans ces conditions, et eu égard à l'ensemble des circonstances de l'affaire, le détournement de pouvoir allégué est établi »).

⁶⁷ Que nous citons à nouveau : « toute personne qui s'estime victime d'une discrimination directe ou indirecte présente devant la juridiction compétente les faits qui permettent d'en présumer l'existence. Au vu de ces éléments, il appartient à la partie défenderesse de prouver que la mesure en cause est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination ».

⁶⁸ Rappelons que la technique de l'interprétation conforme vaut aussi pour les règles jurisprudentielles. Ainsi que le rappelle l'arrêt *Centroteel* du 13 juillet 2000 : « Il incombe au juge de renvoi, saisi d'un litige entrant dans le domaine d'application de la directive et trouvant son origine dans des faits postérieurs à l'expiration du délai de transposition de cette dernière, lorsqu'il applique les dispositions de droit national ou une jurisprudence interne établie, de les interpréter d'une manière telle qu'elles puissent recevoir une application conforme aux objectifs de la directive ».

d'application de celle-ci, vous éclairerez en outre les juridictions du fond. Ce ne serait pas la première fois qu'en anticipant, de manière prétorienne, l'entrée en vigueur d'un dispositif annoncé, vous assureriez, de manière pédagogique et préventive, l'application uniforme d'une règle législative. En abandonnant la jurisprudence *AA.*, sous l'empire du sursis à exécution, par votre décision *O.* (Section, 20 décembre 2000, p. 643), vous avez ainsi délivré, 11 jours avant l'entrée en vigueur de la loi du 30 juin 2000, un utile mode d'emploi à l'ensemble des juges des référés s'agissant des conditions et des effets de la suspension de l'exécution d'une décision de rejet.

La définition d'un nouveau régime de la preuve, se situant dans le prolongement direct de la jurisprudence *B.*, suppose que vous teniez compte des jurisprudences de la CJCE et du Conseil constitutionnel qui fournissent, pour ce faire, un cadre utile.

Nous puisons dans la jurisprudence, tant communautaire que constitutionnelle, de précieuses indications sur la marche à suivre.

La Cour de Luxembourg a en effet été saisie d'une question préjudicielle quant à l'interprétation de la directive 2000/43 du 29 juin 2000 relative à l'égalité de traitement des personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique dont l'article 8 est l'exacte duplique de l'article 10 de la directive du 27 novembre 2000. Par un arrêt du 10 juillet 2008, la Cour a défini un mode d'application de la règle du renversement de la charge de la preuve : elle y précise tout d'abord que « l'obligation d'apporter la preuve contraire, qui pèse sur l'auteur présumé d'une discrimination, n'est subordonnée qu'au seul constat d'une présomption de discrimination dès lors que celle-ci est fondée sur des faits établis » puis ajoute qu'« il appartient à la juridiction de renvoi de vérifier que les faits reprochés sont établis et d'apprécier si les éléments apportés au soutien des affirmations dudit employeur selon lesquelles il n'a pas violé le principe de l'égalité de traitement sont suffisants ».

En second lieu, le Conseil constitutionnel a été invité à apprécier la constitutionnalité de nouvelles règles de preuve, insérées à l'article 1er de la loi du 6 juillet 1989⁶⁹ et au nouvel article L. 122-52 du code du travail⁷⁰. Par sa décision n° 2001-455 DC du 12 janvier 2002, il a admis la constitutionnalité de ces dispositions au regard du principe constitutionnel du respect des droits de la défense, au prix des réserves d'interprétation suivantes : « les règles de preuve plus favorables à la partie demanderesse instaurées par les dispositions critiquées ne sauraient dispenser celle-ci d'établir la matérialité des éléments de

⁶⁹ Selon lequel « en cas de litige « la personne qui considère que le refus de location d'un logement qui lui a été opposé trouve sa cause dans une discrimination prohibée par le premier alinéa du même article « présente des éléments de fait laissant supposer l'existence d'une discrimination directe ou indirecte » et « au vu de ces éléments, il incombe à la partie défenderesse de prouver que sa décision est justifiée » ; le juge civil compétent pour connaître de ce litige « forme sa conviction après avoir ordonné, en cas de besoin, toutes les mesures d'instruction qu'il estime utiles ».

⁷⁰ Qui aménage, dans les mêmes termes, la charge de la preuve pour les litiges portés devant le juge du travail en application des deux premiers alinéas de l'article L. 122-46 du code du travail relatifs au harcèlement sexuel au travail et du deuxième alinéa du nouvel article L. 122-49 relatif au harcèlement moral au travail.

fait précis et concordants qu'elle présente au soutien de l'allégation selon laquelle la décision prise à son égard constituerait une discrimination en matière de logement ou procéderait d'un harcèlement moral ou sexuel au travail ; ainsi, la partie défenderesse sera mise en mesure de s'expliquer sur les agissements qui lui sont reprochés et de prouver que sa décision est motivée, selon le cas, par la gestion normale de son patrimoine immobilier ou par des éléments objectifs étrangers à tout harcèlement ; qu'en cas de doute, il appartiendra au juge, pour forger sa conviction, d'ordonner toutes mesures d'instruction utiles à la résolution du litige » (§ 89). Vous devez nécessairement interpréter la portée de la loi de 2008, qui constitue l'horizon normatif pertinent, en tenant compte de ces réserves d'interprétation, dans la ligne de votre décision *Lesourd* (Section, 22 juin 2007, p. 253).

Prenant en compte les indications fournies par la CJCE et respectant les limites fixées par le Conseil constitutionnel, nous vous invitons à retenir un mode d'administration de la preuve qui confirme tout en la prolongeant la logique de la jurisprudence *B...* Les éléments essentiels en sont repris : un contrôle en deux temps, d'une part, et la liberté d'appréciation du juge, de l'autre.

Un contrôle en deux temps. Le premier temps est naturellement celui du requérant. Comme l'expliquait Jacques Arrighi de Casanova, dans ses conclusions précitées, il lui appartient « de mettre de son côté la vraisemblance ». S'il se prétend lésé par une discrimination, il lui appartient de soumettre au juge tous les éléments de fait dont il dispose à l'appui de ses allégations. A ce stade, de deux choses, l'une. Si ces éléments sont de nature à caractériser une discrimination, le juge en tirera immédiatement les conséquences. Si les éléments sont seulement de nature à faire présumer une atteinte au principe de l'égalité de traitement, l'existence d'une telle présomption conduit au second temps, qui est celui du défendeur. Dans ce cas, il incombe à celui-ci de produire tous éléments d'appréciation, de fait comme de droit, vous permettant de vous assurer que la décision contestée est justifiée par des éléments objectifs étrangers à toute discrimination.

La liberté d'appréciation du juge. Comme l'expliquait Maxime Letourneur, dans ses conclusions sur la décision *B...* : « le juge, directeur de l'instruction, se déterminera en conscience, au vu des divers éléments de chaque espèce ». Cette responsabilité, propre à votre office de juge de l'excès de pouvoir, s'exerce à chaque étape de votre contrôle. C'est à vous qu'il revient d'apprécier si, du faisceau d'éléments produits par le requérant, naît ou non une présomption sérieuse de discrimination. C'est à vous qu'il revient ensuite de décider s'il y a lieu ou non d'ordonner au défendeur de produire tels documents ou de communiquer tels motifs. En cas de silence ou de réponse inopérante du défendeur, vous regarderez la discrimination présumée comme établie – c'est l'application de *B...* Mais, et c'est l'innovation qu'apporte la présente affaire, en cas de réponse opérante du défendeur, c'est à vous qu'il incombe de décider si les éléments, de fait comme de droit, qu'il avance sont étrangers à toute discrimination et, dans l'affirmative, s'ils justifient la mesure litigieuse.

Dans la mesure où ce processus en deux étapes n'a d'autre objet que de vous conduire à vous forger une conviction, il ne constitue pas à proprement parler un

renversement de la charge de la preuve. Le respect de l'égalité des armes fait obstacle à ce que le défendeur soit contraint de rapporter une preuve négative. Dans cette mesure, ce mode de contrôle reste en deçà de la lettre de l'article 4 de la loi du 27 mai 2008 qui prévoit, que face à une présomption de discrimination, « il appartient à la partie défenderesse de prouver » le contraire.⁷¹ Cela est nécessaire, eu égard à la jurisprudence constitutionnelle. Cela est cohérent dès lors que cette disposition provient de l'article 10 de la directive dont la logique est plus nettement adaptée aux procédures accusatoires. Comme nous vous l'avons dit, le législateur national n'a pas fait jouer la réserve qui y figure s'agissant des procédures dans lesquelles le juge a la maîtrise de l'instruction, lors de la transposition⁷². Cela ne doit pas faire obstacle à ce que vous tiriez les conséquences des spécificités de votre office. Le combat probatoire doit en effet respecter les droits de la défense et s'adapter aux caractéristiques de la procédure inquisitoire.

C'est au fil des affaires dont vous serez saisis qu'il vous appartiendra de préciser concrètement la marche à suivre. Comment traduire, dès aujourd'hui, ces nouvelles modalités s'agissant du cas particulier des décisions qui touchent, comme dans la présente affaire, au recrutement ou à la promotion professionnelle ? Dès lors que le requérant apportera un faisceau d'éléments de faits faisant naître une présomption de discrimination, l'administration devra en défense apporter les éléments vous permettant de vous assurer que la décision contestée est justifiée par la prise en compte des seules capacités, aptitudes et mérites des intéressés. Cela vous conduira pour la première fois, dans pareille configuration, à devoir peser les mérites respectifs du bénéficiaire de la décision attaquée et de ceux dont la candidature n'a pas été retenue⁷³.

Il est temps de faire application de cette grille de contrôle au cas de l'espèce. Dans la mesure où la discrimination syndicale dont la requérante s'estime la victime n'est révélée explicitement par aucune pièce du dossier, nous allons procéder en suivant les deux temps que nous venons de vous décrire.

Quels sont les éléments de fait qu'avance Mme P... à l'appui de ses allégations selon lesquelles sa candidature aurait été écartée en raison de ses responsabilités syndicales ?

L'intéressée fait d'abord valoir la qualité de sa candidature, qui est réelle, et l'adéquation de ses compétences au profil du poste de chargé de formation pour l'application des peines.

⁷¹ Ce faisant, elle respecte parfaitement la logique de la directive qu'elle transpose dont le point 31 expose que « dès qu'il existe une présomption de discrimination [...] la mise en œuvre effective du principe de l'égalité de traitement requiert que la charge de la preuve revienne à la partie défenderesse ».

⁷² Il n'a repris que l'exception prévue s'agissant de la procédure pénale, qui s'explique par le nécessaire respect de la présomption d'innocence sans que les travaux parlementaires fournissent d'explication.

⁷³ Ainsi que le relève Gwénaëlle Calvès, dans son article précité : « le jugement de comparaison [...] est inhérent à toute caractérisation d'une situation de discrimination ».

Elle évoque ensuite le contexte dans lequel le refus litigieux est intervenu. Un faisceau de circonstances, dont l'exactitude matérielle n'est pas contestée, plaide en faveur de ses allégations (voyez pour les conséquences à tirer d'une réunion de circonstances *Sieur LL...* précité). Il s'agit respectivement de la connaissance par l'administration de ses responsabilités syndicales (déléguée de la section du Syndicat de la magistrature au TGI de Bordeaux), du triple refus opposé à ses candidatures à l'ENM ainsi que des modalités particulières du processus de nomination (notamment les nombreuses prorogations des délais de candidature) et enfin de l'avis favorable à sa nomination du directeur de l'ENM recueilli en vertu de l'article 10 du décret du 21 décembre 1999. Selon cet avis en date du 25 avril 2006, « après un examen attentif des candidatures [...] Mme P... présente le profil requis pour occuper ces fonctions. Le parcours diversifié et l'expérience confirmée dans des fonctions pénales et à l'application des peines de ce magistrat me paraissent constituer des atouts importants pour la qualité de la formation dispensée aux auditeurs de justice ».

Ajoutons que la HALDE⁷⁴ a versé au dossier de la procédure une délibération en date du 15 septembre 2008 en application de l'article 13 de la loi du 30 décembre 2004 modifiée. C'est la loi du 31 mars 2006 qui a modifié cet article 13 qui prévoyait la faculté pour les juridictions d'inviter la HALDE à présenter des observations en y insérant la disposition suivante : « La Haute autorité peut elle-même demander à être entendue par ces juridictions ; dans ce cas, cette audition est de droit ». Ainsi que cela ressort des travaux préparatoires⁷⁵, cette modification repose sur la volonté que « la HALDE puisse sensibiliser les juges, voire les alerter sur un dossier » afin de « sortir les discriminations de l'angle mort de la justice ». S'agissant des procédures écrites comme la vôtre, le droit d'être entendu se traduit par la communication de la délibération. Vous viserez la délibération du 15 septembre 2008 et l'analyserez dans votre décision. Ajoutons que si elle l'avait souhaité, la HALDE aurait pu recourir au ministère d'un avocat aux conseils qui aurait éventuellement pu prendre la parole au cours de l'audience. Dans cette délibération, la HALDE estime que « les deux critères tenant à la compétence des candidats et aux contraintes de gestion sur lesquels se fonde le pouvoir de nomination du garde des sceaux ne paraissent pas suffisants pour établir la transparence et l'objectivité de la procédure de nomination » et ajoute qu'« en l'absence d'éléments objectifs convaincants permettant de justifier les choix opérés par la chancellerie et de toute motivation de la décision d'écarter la dernière candidature de Mme P... alors que son parcours professionnel correspondait particulièrement au profil recherché et que le directeur de l'école avait retenu sa candidature laissent présumer l'existence d'une discrimination à son encontre à raison de ses responsabilités syndicales dont il n'est pas contesté qu'elles étaient connues de la chancellerie à la date du rejet de sa candidature ».

Ces éléments sont suffisamment nombreux, précis et concordants pour faire présumer l'existence d'une discrimination syndicale. On ne peut en effet exclure que le

⁷⁴ La haute autorité avait été saisie, le 22 juin 2006, d'une réclamation du Syndicat de la magistrature relative aux rejets des candidatures successives de Mme P....

⁷⁵ Sénat –débats du 5 mars 2006.

ministre de la justice se soit fondé sur des critères extérieurs aux mérites des deux candidates pour procéder à la nomination litigieuse.

Dès lors que le garde des sceaux a produit en défense en développant devant vous⁷⁶ les motifs qui l'ont conduit à préférer nommer Mme D... plutôt que Mme P..., nous ne nous trouvons pas dans une hypothèse du type *B...* Il vous revient donc d'apprécier, au vu des éléments de la défense, si le choix opéré par le ministre de la justice est ou non justifié par des motifs tenant aux seuls capacités, aptitudes et mérites respectifs des candidates.

Vous voilà ainsi conduits à effectuer une opération de contrôle inédite consistant, pour apprécier le bien-fondé d'un moyen d'erreur de droit, à comparer la valeur respective de deux agents publics.

Le ministre de la justice a défendu en soutenant que la candidature de Mme D... était meilleure que celle de Mme P... au triple motif qu'elle possédait les compétences requises, notamment la maîtrise de l'anglais, qu'elle présentait un profil personnel plus adapté au poste et enfin que l'exigence de mobilité plaidait en faveur de sa nomination, Mme P... étant affectée dans le ressort de la cour d'appel de Bordeaux depuis plus longtemps qu'elle.

Vous ne tiendrez pas compte de ce dernier motif qui ne saurait légalement être retenu pour procéder à une nomination (19 janvier 1994, *Mme Obrego*, p. 24). Pour le reste, nous estimons qu'il ressort des pièces que la préférence accordée à la candidature de Mme D... est justifiée par des motifs tenant aux mérites respectifs des candidates.

Certes, s'agissant de l'application des peines, son expérience professionnelle –Mme D..., magistrate depuis 1995, était en charge depuis août 2004 de l'application des peines au TGI de Périgueux-, est moindre que celle de Mme P... mais l'analyse comparée des évaluations professionnelles des deux magistrates révèle une absence de hiérarchie flagrante s'agissant de leurs compétences respectives. Au titre de la période 2004-2005, Mme D... est présentée comme « un magistrat dynamique, efficace et faisant preuve d'une grande curiosité intellectuelle dans l'accomplissement de ses fonctions de l'application des peines ». En outre, sa maîtrise de l'anglais correspond à l'exigence de participation aux missions internationales de l'ENM qui est mentionnée dans la fiche de poste figurant au dossier. Enfin, les appréciations que comporte l'avis motivé en date du 10 avril 2006, établi, conformément à l'article 12 du décret du 21 décembre 1999, par la commission de recrutement mise en place par l'école nous convainquent que Mme P... présente un profil moins adapté sur le plan des qualités personnelles et pédagogiques que Mme D.... La commission, tout en relevant le « choix motivé et réfléchi » de Mme P... et son « discours bien argumenté et séduisant », décrit « une forte personnalité qui devra s'insérer dans un fonctionnement d'équipe dont la dimension est importante à l'école ». En revanche, les appréciations portées sur la candidature de Mme D... sont univoquement élogieuses : « si son exercice professionnel [dans les fonctions de l'application des peines] est encore récent, elle a eu néanmoins la charge de mettre en œuvre les réformes nouvelles et importantes intervenues dans le domaine de

⁷⁶ Comme il l'avait d'ailleurs fait lors de la procédure devant la HALDE.

l'application des peines [...] au titre des atouts supplémentaires que présente sa candidature, il faut citer sa parfaite maîtrise de la langue anglaise [...] très enthousiaste pour un poste à l'école, Mme D...-Fouillade, qui par le passé avait déjà manifesté son intérêt, a réalisé un entretien convaincant sachant faire preuve de sens de l'écoute, d'adaptabilité et d'une certaine modestie n'excluant pas toutefois une autorité souriante. Ces éléments permettent de conclure qu'elle saura s'intégrer à l'équipe pédagogique de l'école et pourra contribuer efficacement et avec souplesse à son évolution ».

Ajoutons que Mme D... a produit devant vous des observations qui attestent de sa motivation personnelle et confortent notre appréciation s'agissant de ses qualités professionnelles.

Nous en déduisons que Mme D... était davantage en correspondance avec les critères fixés préalablement dans la description du poste publiée par l'école, tenant au fonctionnement et aux caractéristiques de l'équipe pédagogique, ainsi qu'aux capacités linguistiques requises par ses missions internationales.

Au vu de l'ensemble de ces éléments, nous estimons que la présomption de discrimination est renversée. Nous nous séparons ainsi de la position retenue par la HALDE, dans sa délibération du 15 septembre 2008. Rappelons que vous avez jugé que, lorsqu'elle émet des recommandations sans faire usage de la possibilité dont elle dispose de leur assurer une publicité particulière, la Haute autorité n'énonce pas, en principe, des règles qui s'imposeraient aux personnes privées ou aux autorités publiques, mais recommande aux personnes concernées les mesures qui lui semblent de nature à remédier à tout fait ou à toute pratique qu'elle estime être discriminatoire, ou à en prévenir le renouvellement (13 juillet 2007, *Société Editions Tissot*, p. 335)⁷⁷. La délibération du 15 septembre 2008 laisse donc entières votre liberté d'appréciation et votre responsabilité juridictionnelle.

Nous admettons donc l'existence de justifications objectives renversant la présomption tandis que la HALDE n'en décèle, pour sa part, aucune. Cette divergence d'appréciation dans la présente affaire, qui ne doit occulter ni la similitude des grilles de contrôle utilisées ni la reconnaissance, en l'espèce, de l'existence d'une présomption de discrimination syndicale, n'ôte rien à l'utilité de l'intervention de la HALDE dans son principe. Vos offices respectifs sont clairement distincts : vos rôles ne peuvent, par nature, coïncider mais ils se complètent. En vertu de la loi du 30 décembre 2004, la HALDE peut être saisie ou se saisir d'office de tous les cas de discrimination, directe ou indirecte. Pour en vérifier l'existence, cette autorité appréhende un contexte global, jauge une pratique, éventuellement apprécie des agissements. Pour déterminer s'il est discriminatoire, elle peut saisir un comportement dans la durée. Cette façon de procéder, empirique, est particulièrement adaptée à la détection des discriminations. La HALDE tient son rôle⁷⁸

⁷⁷ Et vous en avez déduit que ces recommandations ne constituent pas, par elles-mêmes, des décisions administratives susceptibles de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir.

⁷⁸ Tel que défini par l'article 11 de la loi du 30 décembre 2004.

lorsqu'elle dénonce les faits et pratiques qu'elle estime être discriminatoires et, le cas échéant, formule des recommandations de nature à y remédier⁷⁹.

Mais vous devez tenir le vôtre. C'est à vous seul, que revient la charge de faire respecter le principe de légalité, y compris lorsque pèse sur la décision attaquée devant vous une présomption de discrimination. C'est à cette fin que nous vous avons invité, à aménager, sans attendre l'application de la loi du 27 mai 2008, les règles d'administration de la preuve. Si les éléments de contexte sont pertinents pour caractériser une présomption de discrimination, le juge de l'excès de pouvoir doit s'en tenir à l'appréciation de la légalité intrinsèque de la décision attaquée. L'instruction de cette affaire nous a conduit à forger notre conviction : nous pensons, au vu des justifications objectives apportées par le ministre de la justice, que, pris isolément, le refus de nommer Mme P... à l'ENM que révèle l'arrêté du 29 août 2006 n'est empreint, en tant que tel, d'aucune discrimination syndicale. Vous jugerez, si vous nous suivez, que le choix effectué par le ministre de la justice doit être regardé, compte tenu des qualités respectives de deux candidates en lice, comme sans lien avec la discrimination alléguée. Dans ces conditions, l'arrêté du 29 août 2006 n'est pas entaché d'erreur de droit, pas davantage, eu égard aux considérations qui précèdent, qu'il n'est entaché d'erreur manifeste d'appréciation. Dans la configuration dans laquelle se présente le litige, le rejet du moyen d'erreur de droit qui vous a conduits à exercer un contrôle entier s'agissant de la comparaison des deux candidates⁸⁰ emporte *a fortiori* celui tiré de l'erreur manifeste à avoir nommé Mme D... sur le poste litigieux.

Si vous nous suivez, vous rejetterez les conclusions dirigées contre l'arrêté du 29 août 2006 ainsi que, par voie de conséquence, celles tendant à l'application des dispositions de l'article L. 761-1 du code de justice administrative.

Tel est le sens de nos conclusions sur la présente affaire.

⁷⁹ Dans la délibération du 15 septembre 2008, elle recommande d'instaurer, « afin de permettre la vérification de l'égalité de traitement des candidats » et de « renforcer les garanties contre le risque de pratiques discriminatoires », une obligation de motiver le rejet d'une candidature proposée par le directeur de l'Ecole.

⁸⁰ De manière hétérodoxe, le contrôle de l'erreur de droit abrite en effet une opération de qualification juridique des faits.