

Les juridictions de l'Union ont fait le choix dans l'affaire Inuit d'une interprétation formelle de la notion d'« acte réglementaire » introduite à l'article 263 du TFUE. Derrière l'orthodoxie du discours, il faut se demander si cette approche restrictive, fondée sur l'obligation de coopération imposée au juge national, ne traduit pas un durcissement des conditions de l'ouverture du recours direct aux particuliers. En conséquence, si des enjeux institutionnels peuvent justifier cette interprétation de la notion d'acte réglementaire, il faudrait en induire un renforcement de la structuration du système juridictionnel du droit de l'Union, au risque sinon de porter atteinte au droit à un recours effectif.

L'affaire *Inuit*: une illustration des interactions entre recours individuel et équilibre institutionnel dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE ¹

389

François-Vivien Guiot
Docteurant

L'arrêt rendu sur pourvoi le 3 octobre 2013 ² constitue une étape procédurale essentielle dans l'affaire *Inuit*: il confirme l'irrecevabilité des requêtes individuelles dirigées contre le règlement n° 1007/2009 ³, et clôt ainsi toute possibilité de contestation directe de l'acte de base ⁴ établissant l'interdiction de vente

des produits dérivés de la chasse des phoques sur le marché européen. Cependant, le litige n'est pas vidé puisque le règlement pris pour son exécution ⁵ fait lui aussi l'objet d'un recours en annulation devant les juridictions de l'Union ⁶, et que par ailleurs, une procédure a été engagée devant les instances

- (1) Nous tenons à exprimer toute notre gratitude au Professeur Laurent Coutron, pour ses précieux conseils et ses observations qui auront nourri notre réflexion.
- (2) CJUE, 3 oct. 2013, aff. C-583/11 P, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil* (L. Coutron, L'héritage de l'arrêt UPA. À propos des arrêts *Inuit Tapiriit Kanatami* et *Telefónica*, AJDA 2014. 548; D. Simon, Article 263, alinéa 4, TFUE, Europe 2013, n° 12, p. 26).
- (3) Régl. CE du Parlement et du Conseil, n° 1007/2009 (JOUE n° L 286, 31 oct. 2009, p. 36).
- (4) Dans le cadre de ce recours direct, la procédure a donné lieu à des décisions de rejet des demandes de sursis à exécution (Trib. UE, 30 avr. 2010, aff. T-18/10 R, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*, Rec. II-75; Trib. UE, 25 oct. 2010, aff. T-18/10 R II, Rec. II-235; CJUE, 27 oct. 2011, C-602/10 P(R), Rec. I-164); puis au rejet au fond de la requête par voie d'ordonnance: Trib. UE, ord., 6 sept. 2011, aff. T-18/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Parlement et Conseil*).
- (5) Régl. d'exécution de la Commission, n° 737/2010 (JOUE n° L 216, 17 août 2010, p. 1).
- (6) Le recours en première instance ayant abouti au rejet des moyens d'illégalités avancées (Trib. UE, 25 avr. 2013, aff. T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*), les requérants ont une nouvelle fois formé un pourvoi, actuellement pendant devant la Cour (aff. C-398/13 P).

de l'OMC⁷. Au-delà du sort des phoques et de l'étendue de la dérogation accordée au profit des produits dérivés issus des formes de chasses traditionnelles, la contestation du règlement n° 1007/2009 a surtout été l'occasion de définir pour la première fois la notion d'« acte réglementaire » introduite à l'article 263, alinéa 4, du TFUE.

L'arrêt de la Cour était donc attendu. Il lui permettait de se prononcer sur la solution retenue par le Tribunal, et ce faisant, de préciser son interprétation du droit de recours ouvert aux particuliers par le Traité de Lisbonne⁸. Celui-ci ajoute en effet au droit antérieur⁹ un nouveau cas de recevabilité pour les recours individuels dirigés contre les « actes réglementaires qui concernent directement [les personnes physiques et morales] et qui ne comportent pas de mesures d'exécution » – nouveau cas supposé pallier les lacunes de la protection juridictionnelle constatées à l'égard des actes nor-

matifs¹⁰. Son application devant la juridiction de première instance a démontré que cette disposition ne constitue pas un modèle de clarté rédactionnelle. Elle repose en particulier sur une notion d'« acte réglementaire » jusqu'alors inconnue du droit de l'Union¹¹. Face à l'ambiguïté du droit écrit, c'était donc à la jurisprudence, et en dernier lieu à la Cour de justice, qu'il revenait de délimiter l'ouverture de la « clause Jégo-Quééré ». Tribunal, avocat général et juge de cassation ont été unanimes quant à la méthode d'interprétation applicable à cette « notion *sui generis* »¹² et ont développé « une interprétation littérale, historique et téléologique de cette disposition »¹³, des travaux préparatoires du TECE et du Traité de Lisbonne, afin de découvrir la *ratio legis* de cette nouvelle ouverture du recours en annulation. L'approche est certainement classique¹⁴, elle nous semble toutefois manquer de l'audace qui fait les grands arrêts et dont la Cour sait si peut faire preuve aujourd'hui¹⁵.

- (7) Une plainte a été déposée en ce sens par le Canada (aff. D5400 et D5401) à l'encontre du règlement n° 1007/2009 et du règlement d'exécution n° 737/2010, pour violation des obligations découlant des art. 2.1 et 2.2 de l'Accord OTC, des art. I:1, III:4 et XI:1 du GATT de 1994, et de l'art. 4 :2 de l'Accord sur l'agriculture. Le 25 nov. 2013, le Groupe spécial établi pour examiner le différend a rendu un rapport dans lequel il constate que la législation européenne est en infraction avec certaines des obligations précitées.
- (8) K. Lenaerts, Le Traité de Lisbonne et la protection juridictionnelle des particuliers en droit de l'Union, CDE 2009. 723.
- (9) Pour un rappel des solutions jurisprudentielles rendues sous l'empire de l'art. 230 TCE (TPICE, 3 mai 2002, aff. T-177/01, *Jégo-Quééré et Cie*, Rec. II-2365; CJCE, 25 juill. 2002, aff. C-50/00 P, *Unión de Pequeños Agricultores c/ Conseil*, Rec. I-6677; CJCE, 1^{er} avr. 2004, aff. C-263/02 P, *Jégo-Quééré et Cie*, Rec. I-3425). V. R. Mehdi, La recevabilité des recours formés par les personnes physiques et morales à l'encontre d'un acte de portée générale : l'aggiornamento n'aura pas eu lieu..., RTD eur. 2003. 23 ; F. Mariatte, D. Ritleng et D. Simon (dir.), *Contentieux de l'Union européenne 1, Annulation, exception d'illégalité*, Rueil-Malmaison, 2011, Lamy, p. 120; A. Creus, Commentaire des décisions du Tribunal dans les affaires T-18/10-*Inuit* et T-262/10-*Microban*, CDE 2011. 660; L. Courton, L'héritage de l'arrêt *UPA*, *op. cit.*, p. 549.
- (10) On rappellera seulement qu'en absence de recours direct ouvert, la Cour de Justice avait reporté sur les juges internes la charge d'assurer le droit au juge au nom de la systématique des voies de recours et de l'obligation de coopération loyale imposée par l'article 10 du TCE. La Cour confirma dans l'arrêt *Unibet* (CJCE, 13 mars 2007, aff. C-432/05, *Unibet London et Unibet International c/ Justitiekanslern*, Rec. I-2271) qu'il y aurait méconnaissance du droit à un recours effectif dans l'hypothèse où, pour exciper de l'illégalité d'une mesure communautaire de portée générale, le requérant serait obligé de commettre une violation du droit applicable – ouvrant de ce fait la voie à la reconnaissance d'un « droit d'interpeler l'administration » (V. pour plus de développement, A. Van Waeyenberge et P. Pecho, L'arrêt *Unibet* et le traité de Lisbonne – un pari sur l'avenir de la protection juridictionnelle effective, CDE 2008. 122; F. Mariatte, Qui protège les personnes physiques ou morales contre les actes communautaires de portée générale?, *Gaz. Pal.* 2003, n° 194, p. 5).
- (11) Selon l'ordonnance de première instance, la notion n'est impliquée dans les traités que pour y désigner les actes réglementaires dans les ordres juridiques nationaux (pt 39).
- (12) Pt 32 des concl. de Mme Kokott.
- (13) Pt 40 de l'ordonnance du Tribunal; pt 50 de l'arrêt de la Cour.
- (14) V. J. Mertens de Wilmars, Réflexions sur les méthodes d'interprétation de la CJCE, CDE 1986. 5.
- (15) V. en ce sens les concl. de M. Jacobs sur l'arrêt *UPA* préc., pts 68-70 et 75. La jurisprudence récente témoigne à la fois des potentialités de l'interprétation jurisprudentielle et de l'autolimitation dont fait preuve la Cour : on pense en particulier aux arrêts relatifs au champ d'application de la Charte des droits fondamentaux (CJUE, 21 déc. 2011, aff. C-411/10 et C-493/10, *N. S. et M. E.*; CJUE, 26 févr. 2013, aff. C-617/10, *Åklagaren c/ Hans Åkerberg Fransson*) et aux droits reconnus aux membres de la famille d'un ressortissant de l'Union sur le territoire de son État membre d'origine (CJUE, 8 mars 2011, aff. C-34/09, *Zambrano*, Rec. I-1177; CJUE, 5 mai 2011, aff. C-434/09, *McCarthy*, Rec. I-3375; CJUE, 12 mars 2014, aff. C-456/12, *O. et B.*, et CJUE, 12 mars 2014, aff. C-457/12, *S. et G.*).

Le raisonnement interprétatif se fonde pour l'essentiel sur l'emploi différencié des notions d'« acte de portée générale » et d'« acte réglementaire » dans l'article 263 du TFUE, qui impliquerait l'existence d'une signification distincte propre à chacune de ces expressions : si l'« acte réglementaire » est généralement entendu comme un acte de portée générale¹⁶, il ne pourrait désigner dans le droit de l'Union qu'une catégorie spécifique d'actes de portée générale. Dans la continuité des dispositions du TECE, qui instaurent une hiérarchie entre les actes législatifs et réglementaires, il faudrait donc reconnaître la spécificité du droit de recours des requérants privilégiés défini à l'alinéa 1^{er} de l'article 263 du TFUE (lui seul intégrant expressément les actes législatifs)¹⁷ : le souci de réformer les conditions d'accès offertes aux particuliers, manifesté par le constituant, s'accompagnerait d'une volonté de limiter l'étendue du droit de recours contre les actes de portée générale. Ces derniers devraient en effet, conformément aux pratiques nationales¹⁸, bénéficier d'un sort contentieux préférentiel « en raison d'une différence qualitative » – c'est-à-dire de leur charge démocratique particulière – et ne pouvoir être contestés, en principe, que par les recours de nature institutionnelle ou par l'exercice d'une voie de droit incidente.

Au terme de cette analyse, l'expression « acte réglementaire » devrait être comprise comme visant « tout acte de portée

générale à l'exception des actes législatifs »¹⁹. Si cette solution, consacrée par la Cour²⁰, peut se revendiquer d'une certaine orthodoxie, d'aucuns avaient légitimement soulevé des interrogations quant aux conséquences de l'interprétation retenue après l'ordonnance de première instance²¹. Bien qu'elle soit instinctive, on peut effectivement se demander si la définition de l'« acte réglementaire » adoptée ne risque pas de vider de sa substance la « clause Jégo-Quéré »²². Plus largement, l'ordonnance *Inuit* avait soulevé un certain nombre d'interrogations – auxquelles ni l'arrêt de la Cour, ni les conclusions de l'Avocat général, Madame Kokott, ne répondent pleinement – relatives aussi bien à la détermination des conditions de recevabilité des recours individuels qu'aux déterminants de cette interprétation jurisprudentielle. Trois propositions doivent donc être discutées afin de cerner les enjeux latents derrière le discours juridictionnel : la définition jurisprudentielle de l'« acte réglementaire » n'est-elle pas excessivement formelle et restrictive au regard de ses effets pratiques ? Le système de recevabilité issu du Traité de Lisbonne, et articulé autour de trois branches, impose-t-il une approche renouvelée de la condition tenant à l'affectation directe ? Enfin, les arguments au soutien des interprétations retenues ne cachent-ils pas des considérations institutionnelles en réalité déterminantes dans la démarche définitionnelle du juge ?

- (16) Affirmation qui s'appuie sur une approche assimilant « acte réglementaire » et règlement, alors même que l'analyse comparative n'est pas pleinement concluante : « [d]ans de nombreuses langues officielles de l'Union, aucune parenté étymologique ne rapproche la notion de "règlement" de celle d' "acte réglementaire" » (pt 31 des concl. de Mme Kokott. Elle ajoute au pt 41, que si les termes employés dans dix des versions linguistiques renvoient davantage à l'idée de pouvoir exécutif que de pouvoir législatif, cette approche n'est pas non plus corroborée dans les autres langues officielles).
- (17) Pt 44 des concl. de Mme Kokott ; pts 60 et 61 de l'arrêt de la Cour.
- (18) Pt 40 des concl. de Mme Kokott. Contestable dans la tradition juridique française, cette affirmation paraît s'appuyer davantage sur la pratique allemande (V. H. Maurer, trad. M. Fromont, *Droit administratif allemand*, Paris, 1994, LGDJ, p. 64 et 357 ; M. Fromont, *Droit administratif des États européens*, Paris, 2006, PUF, p. 277).
- (19) Pt 56 de l'ordonnance, pt 47 des concl. et pt 61 de l'arrêt de pourvoi. La jurisprudence européenne s'est donc ralliée à la première des alternatives envisagées par Koen Lenaerts (*op. cit.*, p. 725).
- (20) La Cour a jugé que l'on ne saurait interpréter cette notion de manière plus large sans méconnaître l'intention des auteurs du Traité en vidant « de son sens la distinction opérée par les deuxième et troisième branches de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE entre les termes "actes" et "actes réglementaires" » (pt 58).
- (21) R. Barents, *The Court of Justice after the Treaty of Lisbon*, CMLR 2011. 725 (qui qualifie cette interprétation restrictive d'« absurde ») ; A. Creus, *op. cit.*, p. 659 ; M. Wathelet et J. Wildemeersch, Recours en annulation : une première interprétation restrictive du droit d'action élargi des particuliers ?, JTDE 2012, n° 187, p. 75.
- (22) L'interprétation restrictive retenue se situe en réalité dans la continuité des affaires *UPA* et *Jégo-Quéré* : se revendiquant du respect dû à la volonté du constituant, la Cour choisit une approche *a minima* de la réforme.

I - Adoption d'une conception formelle de l'acte réglementaire

Le champ du droit de recours individuel ainsi défini possède *a priori* l'avantage de la simplicité. En recourant à une définition négative, excluant les actes législatifs, le juge construit une typologie des hypothèses de recevabilité fondée sur la nature des actes et s'articulant autour de leur caractère législatif ou non législatif. Cependant, cette approche définitionnelle offre des résultats peu clairs dans un certain nombre de configurations. Jusqu'à l'affaire *Telefónica*, les conditions de recevabilité restaient par exemple douteuses pour les requêtes dirigées contre des actes non législatifs ayant une portée générale, mais en attente de mesures d'exécution²³. On pouvait encore se demander dans quelle mesure il était possible de se prévaloir du fait d'être directement et individuellement concerné par un « acte réglementaire » nécessitant des mesures d'exécution²⁴. Mais surtout, la définition retenue par le Tribunal amenait à s'interroger, à la lumière de la jurisprudence antérieure, sur la situation des actes dont la portée réelle ne correspond pas à leur qualité formelle. En réalité, il apparaît après l'intervention de la Cour de justice que l'instauration d'un mécanisme de qualification de l'« acte réglementaire » à double détente, reposant sur l'application d'une analyse formelle préalablement à la vérification de la portée de l'acte atta-

qué, traduit une approche asymétrique de ce dernier critère.

A - Instauration d'un mécanisme de qualification à double détente

La première étape de ce mécanisme est relative à la qualité formelle de l'acte. Cette approche s'appuie sur la reconnaissance aux articles 289 à 291 du TFUE de la distinction jurisprudentielle entre les actes de base, les actes d'exécution²⁵ et les actes pris en vertu d'une délégation de compétence²⁶. Cette classification ne se substitue pas à la typologie des actes issue du Traité de Rome, et reprise à l'article 288, alinéa 1^{er}, mais vient s'ajouter à elle. À partir d'une comparaison avec la jurisprudence rendue sous l'empire du TECE, la Cour a donc considéré que les premiers ont vocation à fixer les « éléments essentiels de la matière »²⁷, tandis que les actes délégués peuvent sur le fondement de l'habilitation législative compléter ou modifier « certains éléments non essentiels de l'acte législatif », et que les actes d'exécution doivent seulement en permettre la mise en œuvre²⁸.

L'élément principal de différenciation entre ces qualifications ne réside cepen-

- (23) L'application de la « clause Jégo-Quéré » semblait reposer sur une analyse prospective dans le contentieux des « décisions aide d'État », qualifiées implicitement d'« actes réglementaires » par le Tribunal, dans la mesure où il n'était fait référence à aucune mesure d'exécution existante dans les décisions d'irrecevabilité (V. les trois ordonnances du Tribunal du 9 sept. 2013 : aff. T-400/11, *Altadis c/ Commission*, pts 47 s.; aff. T-429/11, *Banco Bilbao c/ Commission*; et aff. T-430/11, *Telefónica c/ Commission*, pts 50 s.). L'arrêt de pourvoi rendu par la Cour de Justice dans l'aff. *Telefónica* vient confirmer cette solution (CJUE, 19 déc. 2013, aff. C-274/12 P, *Telefónica c/ Commission*, pts 35-36).
- (24) La question était plus précisément de savoir s'il fallait considérer la qualification d'« actes réglementaires » comme alternative, au sens où elle interdirait de bénéficier des autres hypothèses envisagées par l'art. 263. Telle n'est pas l'orientation prise par la jurisprudence : ainsi dans les ordonnances du 9 sept. 2103 préc., le Tribunal a semblé admettre la possibilité que les décisions de la Commission soient qualifiées d'« actes réglementaires », puisqu'il a vérifié la nécessité de mesures nationales d'exécution, avant d'examiner si les requérants étaient affectés individuellement et directement par les décisions d'incompatibilité.
- (25) CJCE, 17 déc. 1970, aff. 25/70, *Köster*.
- (26) O. Dubos, Les instruments d'exécution au niveau proprement communautaire : l'acte unilatéral et ses déclinaisons, in J. Dutheil de la Rochère (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruxelles, 2009, Bruylant, p. 69; D. Ritleng, L'identification de la fonction exécutive de l'Union, *ibid.*, p. 27; C. Blumann, À la frontière de la fonction législative et de la fonction exécutive : les « nouveaux » actes délégués, in *Chemins d'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean-Paul Jacqué*, Paris, 2010, Dalloz, p. 127 s.
- (27) CJUE, 5 sept. 2012, aff. C-355/10, *Parlement c/ Conseil*.

dant pas dans le contenu des actes, mais tient aux modalités procédurales d'adoption. Celles-ci constituent l'unique critère consacré par le TFUE: la procédure législative ordinaire ou spéciale implique en effet la participation du Conseil et du Parlement, tandis que les actes délégués sont pris par la Commission seule, et que les actes d'exécution sont du ressort de la Commission après soumission aux procédures de comitologie (même si pour des exceptions dûment motivées, ils peuvent relever de la compétence du Conseil). Le premier critère d'ouverture du recours individuel serait en définitive purement formel ²⁹: l'« acte réglementaire », qui est un « acte de portée générale non législatif », doit être soit un acte d'exécution, soit un acte délégué ³⁰. Un acte substantiellement identique pourrait être adopté selon une procédure législative ordinaire, être formellement qualifié d'acte législatif, et donc être exclu de la troisième branche ouverte par l'article 263, alinéa 4, du TFUE.

Dans un second temps, l'applicabilité de la troisième ouverture de l'alinéa 4 doit également satisfaire à une condition relative à la portée de l'acte visé. En effet, si les actes délégués sont toujours des actes de portée générale et donc des « actes réglementaires », à l'inverse les actes d'exécution sont susceptibles de revêtir une portée individuelle ou générale. Or, selon la définition de l'« acte réglementaire » retenue, un acte d'exécution individuel ne devrait pouvoir être attaqué que par son destinataire ou par

ceux qu'il concerne directement et individuellement.

B - Instauration d'une approche asymétrique de la portée de l'acte

Ce mécanisme de qualification pourrait s'avérer problématique en raison de la nature formelle du critère de distinction des actes législatifs. Cette approche permet d'intégrer dans une norme législative toutes les dispositions qui sembleraient nécessaires à leurs auteurs, puisque si l'acte exécutif est limité par le « haut » (par l'interdiction de modifier les « principes essentiels » de l'acte législatif), rien n'interdit à ce dernier de « descendre » bien en deçà. On peut de ce fait s'interroger sur l'effet d'aubaine que cela pourrait induire. Une mesure ayant une portée individuelle, ou une mesure d'exécution de portée générale et ne nécessitant pas de mesures d'exécution, pourrait au moins théoriquement être adoptée par la procédure législative. Pour éviter que de telles dispositions ne soient artificiellement mises hors de portée d'un recours individuel, il faudrait, conformément aux arrêts produits sous l'article 230 du TECE ³¹, que la juridiction saisie puisse vérifier l'adéquation entre la qualification formelle et la nature réelle de l'acte attaqué.

Dès lors, et bien que le renvoi à la typologie introduite par les articles 289 à 291

- (28) Dans ses concl. sur l'arrêt *Parlement c/ Conseil préc.*, l'Avocat général rappelait que l'acte d'exécution implique rarement une compétence normative de la Commission et ne peut en principe concerner les « dispositions qui ont pour objet de traduire les orientations fondamentales de la politique communautaire » (pt 28). Cette appréciation est sûrement à l'origine de l'argument présenté par *Inuit*, qui considérait que l'interprétation retenue de l'« acte réglementaire » limiterait, en pratique, l'application de la « clause Jégo-Québé » aux seuls actes délégués (pts 49-56 des concl. sur l'arrêt *Inuit*).
- (29) Comme nous le verrons par la suite, ce critère procédural implique cependant la spécificité organique de l'acte législatif.
- (30) L'insertion des actes délégués sous la notion d'« acte réglementaire » n'était pas une évidence: certains considèrent en effet que la délégation « demeure au niveau de la fonction législative même si elle bénéficie à un organe d'exécution » (C. Blumann, Un nouveau départ pour la comitologie. Le règlement n° 182/2011 du 16 février 2011, CDE 2011, n° 1, p. 27).
- (31) Le Tribunal a rappelé, à juste titre, que l'objet de cette disposition, « telle qu'interprétée par la jurisprudence, était, notamment, d'éviter que par le simple choix de la forme d'un règlement, les institutions de l'Union puissent exclure le recours d'un particulier contre une décision qui le concerne directement et individuellement et de préciser ainsi que le choix de la forme ne peut changer la nature d'un acte » (pt 64 de l'ordonnance).

du TFUE ait pour objet de simplifier l'examen de la recevabilité, on voit mal comment les mécanismes d'hybridation, de dislocation, ou de requalification identifiés par Denys Simon³² pourraient être écartés sous l'empire de l'article 263 du TFUE. L'abandon des solutions antérieures constituerait « une véritable "révolution culturelle" dans l'appréciation des conditions de recevabilité des recours individuels en annulation »³³. Même si leurs applications ont été mesurées, il serait en effet contestable que les assouplissements apportés dans le cadre de la condition objective de recevabilité ne s'appliquent pas également aux « actes réglementaires ». Autrement dit, il nous semble que la méfiance exprimée par le juge depuis l'affaire *Calpak*³⁴ à l'égard des qualifications aujourd'hui reprises à l'article 288 doit également prévaloir sur celles établies par les articles 289, 290 et 291 du TFUE et leur relation avec la notion d'« acte réglementaire ». Pour ne pas réduire la portée du droit de recours reconnu sous l'article 230 du TECE, il paraît donc nécessaire³⁵ que le juge admette la faculté d'invoquer une requalification globale ou partielle de l'acte attaqué.

Ce raisonnement relatif à la relation entre qualité formelle et portée réelle de l'acte attaqué a seulement été approché dans l'affaire *Inuit*, sans que la juridiction de cassation ne prenne explicitement position. En effet, le Tribunal était saisi par les requérants d'arguments relatifs à la portée générale ou objective du règlement attaqué. Cependant, il a considéré

qu'il fallait dissocier le raisonnement selon la branche de l'article 263 du TFUE concernée, et qu'au titre de la troisième, la « qualification d'acte législatif ou d'acte réglementaire selon le traité FUE repose sur le critère de la procédure, législative ou non, ayant mené à son adoption ». Le juge d'instance a de ce fait écarté tout raisonnement sur la nature réelle de l'acte au regard de sa portée. Cette solution, si elle devait être confirmée, renforcerait à l'excès la dimension formelle du test en écartant toute analyse substantielle dans le premier temps du mécanisme de qualification de l'acte attaqué. Une prise de position explicite de la Cour de justice apparaissait donc souhaitable. Cependant, la qualification d'acte législatif du règlement n° 1007/2009 n'ayant pas fait l'objet d'une contestation dans le cadre du pourvoi, ni l'avocat général, ni la Cour n'ont directement discuté du rejet de toute analyse substantielle du premier critère de qualification. On peut craindre que la confirmation de la définition de l'« acte réglementaire » à travers un mécanisme à double détente implique toutefois implicitement l'adhésion à la position du Tribunal. Or, cette solution est susceptible de faire resurgir le risque d'instrumentalisation de la qualification formelle des actes identifiée sous l'article 230 du TECE, et semble dans cette mesure contraire à la logique d'ouverture des conditions de recevabilité à l'origine de la réforme³⁶.

Le refus de considérer le contenu des actes adoptés selon une procédure législative est d'autant plus critiquable que le

(32) D. Simon, *Le système juridique*, Paris, 3^e éd., 2001, PUF, p. 531.

(33) D. Simon, Article 263 TFUE. Recours individuels contre des actes réglementaires : première application de l'article 263, alinéa 4, TFUE, *op. cit.*

(34) CJCE, 17 juin 1980, aff. 789/79 et 790/79, *Calpak et Societa Emiliana Lavorazione Frutta*, Rec. 1949, pt 7.

(35) Si l'arrêt récent *Parlement c/ Conseil* témoigne du fait qu'il s'agit potentiellement d'une question de base légale (arrêt préc., pt 67) – dans la mesure où l'épuisement de la compétence d'exécution par l'acte législatif révélerait un motif d'illegalité (V. au sujet d'un acte de base adopté par le Conseil ne prévoyant pas de délégation de compétence au profit de la Commission : CJCE, 4 oct. 1991, aff. 70/88, *Parlement c/ Conseil*, Rec. I-4529) – le requérant individuel ne sera pas susceptible d'invoquer un moyen de fond avant d'avoir démontré la recevabilité de sa requête. De même, la possibilité d'invoquer un « détournement de procédure » (V. F. Schockweiler, La notion de détournement de pouvoir en droit communautaire, AJDA 1990. 435) n'apparaît pas suffisante au stade de la recevabilité – contrairement au système prévu par l'art. 33 TCECA.

(36) Dans le même sens : M. Wathelet et J. Wildemeersch, Recours en annulation : une première interprétation restrictive du droit d'action élargi des particuliers?, JDE 2012. 78.

contentieux « aides d'État » semble impliquer l'adoption d'une position exactement inverse à l'égard des décisions adressées aux États par la Commission. Bien que les avocats généraux aient affirmé que ces mesures constituent des « actes réglementaires » au sens de l'article 263 du TFUE (ce qui conduit à détourner ce contentieux du recours direct chaque fois que l'intervention d'une mesure nationale d'exécution de ces décisions de portée générale peut être identifiée), les juridictions n'ont toutefois pas encore explicitement confirmé cette solution³⁷. Mais si cette perspective devait se confirmer, il en résulterait une prise en compte asymétrique de la portée de l'acte, construisant une notion d'« acte réglementaire » en l'occurrence défavorable aux individus désireux d'exercer un recours direct.

Pour éviter de vider de ses effets positifs la réforme du droit de recours et simplifier les conditions d'examen de la recevabilité, le plus simple aurait été d'adopter une définition matérielle de l'« acte réglementaire » visant tout acte de portée générale directement applicable, qu'il soit législatif ou non³⁸ (les conditions d'affectation directe et d'absence de mesures d'exécution servant alors à

vérifier le caractère « self executing » ou « auto-suffisant »³⁹ de la mesure de portée générale). Il faudrait également y inclure certains actes individuels, puisqu'est reconnue selon une jurisprudence constante la spécificité des décisions adressées aux États membres⁴⁰. Néanmoins, il serait encore possible de conserver une approche définitionnelle exclusive des actes législatifs, à condition de vérifier que les actes, pour lesquels une décision d'irrecevabilité est opposée, sont « réellement législatifs ». Pour être tenable, la définition restrictive de l'« acte réglementaire » en tant qu'acte non législatif devrait alors conjurer, et non pas cumuler, les critères formel et substantiel.

La crainte d'ouvrir trop largement le recours direct aux individus, certainement à l'œuvre dans les choix interprétatifs, doit être relativisée dans la mesure où la qualification de l'acte est loin d'être le seul filtre dans l'accès au prétoire : outre l'intérêt à agir, la condition tenant au caractère direct de l'affectation contribue ainsi à définir l'étendue du droit au juge. Et à ce sujet aussi, une position claire de la Cour aurait été souhaitable afin d'écarter les questions soulevées par la motivation du Tribunal.

(37) Tel est le sens des concl. M. Wathelet dans l'aff. *Stichting Woonlinie e.a.* (CJUE, 27 févr. 2013, aff. C-133/12 P), et de celles de Mme Kokott dans l'aff. *Telefónica* (préc.), même si le raisonnement mené par les deux avocats généraux n'est pas identique. Cependant, ni le Tribunal (Trib. UE, 8 mars 2012, aff. T-221/10, *Iberdrola SA c/ Commission*; Trib. UE, 21 mars 2012, aff. T-228/10, *Telefónica SA c/ Commission*, pt 43; ainsi que les trois ordonnances préc. en date du 9 sept. 2013), ni la Cour (arrêts *Telefónica*, préc., pts 27 s.; *Stichting Woonlinie*, préc. pt 41) n'ont examiné la question de la qualification d'« acte réglementaire », se contentant de constater la nécessité de mesures d'exécution afin d'exclure l'invocabilité de cette troisième branche.

(38) Telle est l'interprétation proposée par M. Wathelet et J. Wildemeersch (*ibid.*, p. 75).

(39) L. Coutron, La définition d'actes réglementaires au sens de l'article 263 alinéa 4 TFUE: le Tribunal juriste ?, RTD eur. 2012. 167.

(40) CJCE, 15 juill. 1963, aff. 25/62, *Plaumann & Co c/ Commission*, Rec. 199.

II - Incertitudes relatives à la fonction de l'affectation directe

Le règlement n° 1007/2009 a été adopté avant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, de sorte que la distinction formelle entre les actes législatif et réglementaire devait être transposée aux règles procédurales alors en vigueur. L'acte litigieux ayant été adopté par une procédure de codécision, le Tribunal considérera que celui-ci devait donc être compris comme un acte législatif au regard de l'article 263, alinéa 4, du TFUE, sur la base d'une comparaison entre les dispositions de l'ex-article 251 du TECE et de l'actuel article 289, § 1^{er}, du TFUE qui décrit la procédure législative ordinaire ⁴¹. Par cette qualification, il soumettait la recevabilité des recours individuels à la vérification de la condition subjective classique, constituée par l'exigence cumulative d'une affectation individuelle et directe.

Dans le cadre de cet examen, l'ordonnance pourrait confirmer une tendance à l'affirmation des limites du droit de recours des individus. Dans cette optique, le caractère direct de l'affectation, longtemps jugé secondaire par rapport à l'exigence d'affectation individuelle ⁴², pourrait devenir central dans l'examen de la recevabilité. En effet, il apparaît comme une condition commune aux deuxième et troisième branches ouvertes par l'article 263, alinéa 4, du TFUE ⁴³.

Ce caractère désormais central de l'affectation directe pourrait expliquer que le Tribunal ait examiné la question d'office,

sans avoir fait jouer le caractère cumulatif de l'affectation individuelle et de l'affectation directe afin d'exclure d'emblée la recevabilité de l'ensemble des requérants. Au lieu de ce raisonnement habituel, le juge a préféré vérifier en premier lieu la seconde des conditions, ce qui lui a permis de désigner un groupe de requérants directement concernés. Ce n'est que dans un second temps qu'il a souligné l'irrecevabilité de leurs requêtes, en absence d'individualisation de leur situation dans le règlement attaqué ⁴⁴. Si l'impossibilité de satisfaire à cette condition suffisait à confirmer l'ordonnance attaquée, la motivation retenue laisse sans réponse le grief tiré de l'erreur de droit commise par le Tribunal dans l'interprétation de la condition de l'affectation directe, ainsi que la question de sa relation avec les autres exigences de la troisième branche de l'article 263, alinéa 4, du TFUE.

A - Incertitudes relatives au caractère direct de l'affectation

Le Tribunal a considéré, dans une formule syntaxique encore inconnue ⁴⁵, que l'affectation directe « exige, premièrement, que l'acte de l'Union attaqué produise directement des effets sur la situation juridique de ce particulier et, deuxièmement, qu'il n'existe aucun pouvoir d'appréciation laissés aux destinataires de cet acte qui sont chargés de sa

(41) Pts 56 à 66 de l'ordonnance préc.

(42) F. Berrod, *La systématique des voies de droit communautaires*, Paris, 2003, Dalloz, p. 630.

(43) La recevabilité d'une requête individuelle contre un « acte réglementaire » dépend également du fait que le requérant soit directement concerné. Or, le Tribunal (Trib. UE, 25 oct. 2011, *Microban International Ltd et Microban (Europe) Ltd c/ Commission*, aff. T-262/10, pt 32), la Cour (arrêt *Inuit*, pt 49) et les avocats généraux (pt 68 des concl. de Mme Kokott sur l'arrêt *Inuit*, préc., et pt 39 des concl. de M. Wathelet sur l'arrêt *Stichting Woonlinie*, préc.) ont considéré que la condition ne pouvait être interprétée de manière plus restrictive qu'elle ne l'était sous l'ancien art. 230 du TCE, et qu'elle ne devait pas faire l'objet d'une interprétation distincte selon que l'acte attaqué est de nature législative ou réglementaire.

(44) Le choix de ne pas recourir à l'économie de moyen est mis en lumière par la motivation du juge de cassation, qui a procédé de manière strictement inverse en examinant uniquement la question de l'affectation individuelle sans distinction entre les requérants.

(45) Et reprise qu'une seule fois depuis lors (Trib. UE, ord., 5 févr. 2013, aff. T-551/11, *BSI c/ Conseil*, pt 55).

mise en œuvre ». À la suite de Madame Kokott, il est possible de voir dans ce considérant une relecture significative de l'objet de l'affectation directe.

L'invocation d'une jurisprudence constante au soutien de cette présentation de l'affectation directe n'est en effet pas sans équivoque. Cette définition, à travers deux critères expressément distincts, n'introduit-elle pas au contraire un renforcement de la condition de l'affectation directe ? Certes, ni le caractère dual du raisonnement, ni la mention d'une recherche de l'affectation directe dans la « situation juridique » du requérant ne sont totalement nouveaux ⁴⁶. Cependant, dans l'affaire *Inuit*, l'ordonnance retient que les « éventuelles conséquences économiques de cette interdiction, [...] ne concernent pas la situation juridique, mais uniquement la situation de fait des requérants » ⁴⁷. Or, l'exigence d'une affectation directe de la situation juridique du requérant n'est pas habituellement formulée de manière négative, à travers l'exclusion des effets sur la « situation de fait » du requérant ⁴⁸. Madame Kokott note à juste titre dans ses conclusions ⁴⁹, que ces « nuances dans la formulation de l'intérêt direct ⁵⁰ » ont de quoi laisser perplexe. Il n'est en effet pas nécessaire de chercher bien loin dans la jurisprudence européenne pour identifier des

situations où une affectation directe est déduite de l'évolution de la « situation de fait » du requérant – au sens où l'entend ici le Tribunal – et non de sa « situation juridique ». L'Avocat général constate, à ce titre, qu'il en va ainsi chaque fois qu'une « entreprise intéressée » attaque la décision prise par la Commission, comme c'est le cas par exemple d'une entreprise en situation de concurrence avec les bénéficiaires d'une autorisation de concentration.

La position du Tribunal semble donc plutôt éloignée du « pragmatisme économique dont font [habituellement] preuve les juridictions communautaires » ⁵¹ dans l'appréciation de l'« effet direct » ⁵² de l'acte attaqué sur la situation du requérant : l'ordonnance donne à cette condition un effet de clôture du recours en annulation qui dépasse celui de la jurisprudence traditionnelle, en exigeant que l'acte attaqué ait précisément pour objet de remettre en cause un droit propre au requérant ⁵³. En l'espèce, le Tribunal considéra que cette double exigence posée au titre de l'affectation directe n'était pas satisfaite par l'ensemble des requérants, car le règlement ne vise que « la situation juridique de ceux [...] qui sont actifs dans la mise sur le marché de l'Union des produits dérivés du poque », et en conclut que les éventuelles « répercussions sur l'activité des personnes

(46) La formulation habituelle ne marque toutefois pas une dissociation aussi radicale des étapes du raisonnement, et pouvait être interprétée comme invitant à une appréhension globale de la question, dont l'élément essentiel résidait dans l'interposition d'un acte manifestant un pouvoir d'appréciation entre la situation du requérant et la mesure contestée (par ex.: TPICE, 27 juin 2000, aff. T-172/98, *Salamander e.a. c/ Parlement et Conseil*, Rec. II-2487, pt 52; CJCE, 5 mai 1998, aff. C-386/96 P, *Dreyfus c/ Commission*, Rec. I-2309, pt 43).

(47) Pt 75 de l'ordonnance préc.

(48) Le seul précédent auquel renvoie le Tribunal est constitué par un arrêt isolé (l'arrêt *Salamander*, préc.), dans lequel l'exclusion des répercussions économiques sur la situation de fait dans la vérification de l'affectation directe est expédiée sans argumentation (pt 62), mais surtout, après avoir jugé que la directive attaquée ne saurait être considérée comme ayant exclu tout pouvoir d'appréciation dans sa mise en œuvre.

(49) Pt 71 des concl.: Mme Kokott n'est pas « entièrement convaincue que cette formule soit véritablement propre à définir complètement le critère de l'intérêt direct au sens de l'article 263, quatrième alinéa, TFUE. [...] en effet, il n'est pas rare que la jurisprudence, parfaitement à bon droit, accueille comme étant recevables des recours en annulation formés par des particuliers contre des actes de l'Union dont les effets sur les requérants ne sont pas des effets de droit, mais des effets purement matériels en raison du fait, par exemple, qu'ils sont directement concernés en leur qualité d'opérateurs livrés à la concurrence de leurs congénères ».

(50) Il est regrettable que la version française des conclusions de Mme Kokott perpétue l'emploi des expressions « intérêt direct » et « intérêt direct et individuel », alors que l'Avocat général entend justement mettre en garde contre une confusion avec l'exigence d'intérêt à agir.

(51) F. Berrod, *op. cit.*, p. 638.

(52) Au sens où Mme Kokott emploie cette expression dans la vérification du caractère direct de l'affectation.

(53) Dans le même sens, A. Creus, *op. cit.*, p. 671.

intervenant en amont ou en aval de cette mise sur le marché [...] ne peuvent être considérées comme découlant directement de celui-ci »⁵⁴. La position de l'Avocat général dans l'examen du pourvoi est, dans son principe, plus mesurée que celle du Tribunal, puisqu'elle admet qu'il faut « tenir compte non seulement des effets d'un acte de l'Union sur la position juridique d'une personne, mais également de ses effets matériels sur elle »⁵⁵. Toutefois, l'application de cette grille d'analyse conduit Madame Kokott à considérer, elle aussi, que les requérants ne sont pas directement concernés au motif que les effets produits par l'acte attaqué « doivent être plus importants que de simples effets indirects »⁵⁶.

Question candide peut-être, mais sérieuse tout de même, par quoi alors l'activité des personnes intervenant en amont ou en aval est-elle directement concernée ? Quand bien même on considérerait que le préjudice découle de la « situation de fait » dans laquelle les requérants se trouvent placés, celle-ci n'est-elle pas la conséquence directe de l'interdiction posée par l'article 3, § 1^{er}, du règlement attaqué⁵⁷ ? Et l'intervention du règlement n° 737/2010 ne paraît pas de nature à induire une quelconque évolution de leur situation de ce point de vue : tant que la mesure d'application visera uniquement la commercialisation, la condition d'affectation directe ne pourra pas être remplie⁵⁸. Par ailleurs, la motivation développée par l'ordonnance dans l'examen du dispositif de l'acte attaqué montre l'incongruité de l'exclusion des

acteurs agissant en amont de la commercialisation, ne seraient affectés par le règlement qu'indirectement et qu'en raison de leur « situation de fait ». Le règlement autorise en effet, par dérogation, la commercialisation des produits dérivés issus « de formes de chasse traditionnelles pratiquées par les [Inuit] et d'autres communautés indigènes à des fins de subsistance »⁵⁹. Or, si les chasseurs désignés par cette dérogation sont dans une situation différente de ceux qui sont d'ores et déjà privés de toute possibilité de commercialisation, c'est bien par l'« effet direct » du règlement. Certes, l'exception prévue vise toujours la situation des personnes commercialisant les produits en cause sur le marché européen, mais la potentielle dérogation se fonde bien sur l'identité et l'activité des acteurs en amont pour délimiter l'autorisation de commercialisation. Si l'acte contesté introduit donc une différenciation juridique des débouchés potentiels des activités des chasseurs Inuit ou indigènes et celles des autres chasseurs, c'est justement parce qu'il fait de cette qualité une qualification conséquente sur le terrain juridique. C'est donc bien un effet de droit qui est à l'origine d'un traitement différent des deux catégories. De ce point de vue, l'effet juridique attribué à la qualité des chasseurs est définitif et direct, au sens où aucun pouvoir d'appréciation ne reste à exercer à l'endroit de ceux qui sont exclus de l'« exception Inuit »⁶⁰. La logique du critère de l'affectation directe nous paraissait de ce point de vue satisfaisante.

(54) Pt 75 de l'ordonnance préc.

(55) Pt 72 des concl. préc.

(56) *Idem*.

(57) On peut également s'inquiéter de la transposition d'une telle conception du caractère direct de l'affectation dans le cadre du contentieux de la responsabilité.

(58) C'est d'ailleurs le constat auquel a dû se ranger le Tribunal lui-même dans l'examen du recours en annulation dirigé contre le règlement d'exécution adopté par la Commission (Trib. UE, 25 avr. 2013, aff. T-526/10, *Inuit Tapiriit Kanatami e.a. c/ Commission*, pts 18-21) : celui-ci était amené à conclure, en appliquant la même définition de l'affectation directe, à l'irrecevabilité du recours de tous les opérateurs économiques agissant en amont de la commercialisation sur le marché européen, et a été contraint pour l'éviter d'invoquer un principe de « bonne administration de la justice » (pt 20) en l'espèce peu convaincant (A. Bouveresse, *Recevabilité et moyens d'annulation*, Europe 2013. Comm. 257, p. 16).

(59) Pt 76 de l'ordonnance préc.

(60) Tel est le cas en particulier des chasseurs canadiens, pour lesquels le Groupe spécial de l'OMC a reconnu l'existence d'une discrimination (V. le rapport du Groupe spécial préc.).

B - Incertitudes relatives à l'articulation de l'affectation directe avec les autres conditions de recevabilité

L'impression qu'une volonté de fermer l'accès au prétoire est à l'œuvre derrière l'ordonnance du Tribunal est également corroborée par la confusion des conditions d'affectation et d'effet direct dans l'analyse de l'hypothèse de dérogation précitée. Le règlement renvoyant à un acte d'exécution la définition des conditions d'application de cette « exception Inuit », le Tribunal en a déduit que « les conditions de mise sur le marché des produits pouvant satisfaire à ces conditions ne sont pas définies »⁶¹, de sorte qu'un pouvoir d'appréciation doit encore être exercé par la Commission⁶², avant de conclure sur ce fondement à l'absence d'affectation directe des bénéficiaires potentiels. En définitive, seuls seraient directement concernés par le règlement les acteurs économiques commercialisant les produits dérivés provenant d'une activité insusceptible d'être qualifiée de « chasse de subsistance opérée par des Inuits ou des communautés indigènes ».

Ce raisonnement révèle une confusion entre deux conditions de recevabilité, qui devraient en toute rigueur être distinguées⁶³ : celle tenant à la qualité à agir, dont l'affectation directe est une composante au même titre que l'affecta-

tion individuelle, et celle tenant à l'intérêt à agir⁶⁴, qui impose notamment de vérifier qu'un bénéficiaire découlerait directement d'une annulation de l'acte attaqué⁶⁵. L'Avocat général dans ses conclusions ne s'y trompe pas⁶⁶ et analyse la question de l'affectation directe de manière autonome. Madame Kokott estime que le raisonnement du Tribunal fondé sur l'intervention future d'un acte d'exécution est erroné : dans le délai d'intervention de ce dernier, il faut considérer soit que l'interdiction est d'application générale en absence de précision sur l'exception, soit au contraire que le règlement de base est suffisamment précis pour que ladite interdiction soit d'application immédiate⁶⁷, de sorte que « les personnes impliquées dans la commercialisation de produits dérivés du phoque sur le marché intérieur européen sont directement concernées par les règles du droit de l'Union » sans distinction selon l'origine de la chasse⁶⁸. Le Tribunal aurait donc commis une erreur de droit en déduisant de l'hypothétique absence d'intérêt à agir une absence d'affectation directe des potentiels bénéficiaires de la dérogation⁶⁹.

La question de l'intérêt à agir n'a malheureusement pas été examinée expressément dans le pourvoi : l'irrecevabilité, à laquelle conclut la Cour de justice, s'appuie uniquement sur l'absence d'affectation individuelle de l'ensemble des requérants. S'ils ne sont donc pas à l'origine de la confirmation de l'irreceva-

399

(61) Pts 77 et 79 de l'ordonnance préc.

(62) La Commission devait définir les notions de chasse traditionnelle et de chasse à des fins de subsistance, ainsi que les peuples indigènes bénéficiaires et les modalités d'identification des Inuits concernés (ce qu'elle a fait avec le règl. n° 737/2010 préc.).

(63) V. par ex. : J. Molinier et J. Lotarski, *Droit du contentieux de l'Union européenne*, Paris, 4^e éd., 2012, LGDJ, 274 p. ; M. Wathelet et J. Wildemeersch, *op.cit.*, p. 75.

(64) Une telle confusion des conditions de qualité et d'intérêt à agir a pu être soutenue un temps en doctrine (V. M. Canedo, L'intérêt à agir dans le recours en annulation du droit communautaire, RTD eur. 2000. 451). Toutefois, la position de la Cour dans l'affaire *UPA* a condamné ces perspectives d'évolution, en rejetant l'assimilation entre l'affectation individuelle et la preuve d'un intérêt froissé proposée par M. Jacobs (pt 60).

(65) Classiquement, l'intérêt à agir doit en effet être réel, personnel, direct et certain. Il est apprécié, contrairement au contentieux administratif français, par rapport aux conclusions et non par rapport aux moyens de l'action (V. pour une application récente : CJUE, 28 mai 2013, aff. C-329/12 P, *Abdulbasit Abdulrahim*).

(66) Pts 79 à 83 des concl. préc. de Mme Kokott.

(67) *Ibid.*, pts 81 et 82.

(68) *Ibid.*, pt 83 et note 51.

(69) *Ibid.*, pt 84 (et dans le même sens, A. Creus, *op. cit.*, p. 672).

bilité, les développements du Tribunal relatifs à l'affectation directe restent significatifs d'une approche peu favorable au recours direct des individus. Il est possible de pousser plus loin leur analyse en posant une hypothèse : étant donné que la condition d'affectation directe entretient des relations avec celle de l'absence de « mesures d'exécution » dans le cadre de la troisième branche, on peut se demander dans quelle mesure cette considération ne s'est pas répercutée sur l'interprétation retenue.

En effet, même si la question n'a pas non plus été directement soulevée dans l'affaire *Inuit Tapiriit* (l'acte attaqué n'ayant pas été qualifié d'« acte réglementaire »), il n'est pas douteux que là aussi des lectures différentes puissent s'affronter⁷⁰ et qu'elles ont été ou seront susceptibles de se répercuter sur la définition de l'affectation directe. La position du Tribunal⁷¹ consiste à voir dans l'affectation directe et dans l'absence de mesures d'exécution deux exigences distinctes : la seconde se vérifierait par l'existence d'un « effet juridique concret et définitif »⁷² sur la situation du requérant découlant directement de l'acte attaqué, sans qu'aucune mesure complémentaire ne soit requise⁷³. Or, cette volonté de différencier les deux critères de recevabilité pourrait expliquer le renforcement de la première condition que

l'on croit identifier dans l'ordonnance *Inuit*. Dans cette perspective, il ne suffirait pas de retenir une conception formelle et finaliste de l'absence de mesures d'exécution⁷⁴ pour donner corps à cette distinction, mais il faudrait garder à l'affectation directe une utilité propre : celle d'exclure qu'un particulier puisse être directement concerné par un acte de portée générale en raison de l'évolution de sa situation factuelle sans constater une modification directe de sa situation juridique, c'est-à-dire sans constater une atteinte portée à ses droits subjectifs.

Cette orientation nouvelle peut sembler paradoxale au regard de la solution ambiguë retenue par le Tribunal à propos des « mesures accessoires » qui ne sont pas considérées comme des « mesures d'exécution ». Cette notion de « mesures accessoires » mise en œuvre dans les affaires *Microban et T. et L. Sugars*⁷⁵ « risque de mener à une conception relativiste de la condition [...], selon laquelle les voies de recours devant le juge de l'Union dépendraient de l'existence d'une voie de recours effective au sein des systèmes juridiques des États membres »⁷⁶. Paradoxe donc au regard de cette jurisprudence, qui, d'un côté, ferme le recours direct en absence de mesure nationale susceptible de lier le contentieux à l'encontre de dispositions

- (70) V. en particulier, les concl. de Mme Kokott sur *Telefónica* d'une part (pts 30 s.), et celle de M. Wathelet sur l'aff. *Stichting Woonlinie* (pts 42 s.), dans lesquelles celui-ci a exprimé son désaccord avec l'interprétation retenue par le Tribunal dans l'arrêt *Microban*, préc.
- (71) V., par ex., les arrêts *Microban* (préc., pt 32) et *Iberdrola* (Trib. UE, 8 mars 2012, aff. T-221/10, *Iberdrola SA c/ Commission*).
- (72) Pt 50 des concl. préc. de Mme Kokott dans l'aff. *Telefónica*.
- (73) *Ibid.*, pt 40 : cette définition découlerait de la fonction de l'« ajout des mots "sans comporter de mesures d'exécution" [qui] vise à limiter l'extension du droit de recours des particuliers aux seuls cas où le particulier "doit d'abord enfreindre le droit pour ensuite pouvoir accéder à un juge" ». Dans le même sens, la Cour a jugé que « l'objectif de [l'alinéa 4 de l'article 263 TFUE] consiste, ainsi qu'il ressort de sa genèse, à éviter qu'un particulier soit contraint d'enfreindre le droit pour pouvoir accéder au juge » (pt 27 de l'arrêt *Telefónica*, préc.).
- (74) Concept qui consisterait à imposer que l'acte attaqué « n'ait donné lieu à aucune mesure subséquente permettant de lier le contentieux » (F. Mariatte, D. Ritleng et D. Simon (dir.), *Contentieux de l'Union européenne 1, Annulation, exception d'illégalité*, op. cit., p. 130).
- (75) Dans l'aff. *Microban* (préc.), le Tribunal exclut une mesure nationale transitoire du champ des « mesures d'exécution » en s'appuyant sur le caractère « accessoire » d'une mesure transitoire. Or, ce raisonnement se distingue finalement assez mal de la recherche d'un pouvoir d'appréciation sous l'égide de l'affectation directe. Cette qualification, confirmée à propos du versement d'une aide agricole par l'intermédiaire d'une mesure étatique qualifiée d'accessoire (Trib. UE, 30 mai 2013, aff. T-454/10 et T-482/11, *Anicav e.a. c/ Commission*, pts 42-43) a toutefois été écartée pour des actes étatiques d'application des règlements d'exécution de la Commission relatifs au marché du sucre dans l'aff. *T. & L. Sugars* (Trib. UE, 6 juin 2013, aff. T-279/11, *T. & L. Sugars Ltd et Sidul Açucares c/ Commission*, pts 49-50).

législatives « self executing », et qui, de l'autre, ouvre l'accès à son prétoire à des individus pourtant destinataires d'une mesure étatique jugée « accessoire ».

Face à ces attermolements, ne serait-il pas préférable à la suite de Melchior Wathelet ⁷⁷ d'appréhender comme un « tout », la notion d'« acte réglementaire dépourvu de mesures d'exécution et qui affecte directement le requérant ». Affectation directe et absence d'exécution ne seraient dans cette perspective que des indications supplémentaires ⁷⁸, permettant de cerner l'« acte réglementaire » à travers une définition en forme de périphrase ⁷⁹. Si l'on rejette l'analogie entre ces deux conditions ⁸⁰, il faudrait à tout le moins s'assurer de l'étanchéité des raisonnements. Une clarification par la Cour aurait été souhaitable, tant à l'égard de l'objet de cette condition tenant l'absence de mesures d'exécution, qu'à propos de la relation qu'elle entretient avec celle de l'affectation directe. La juridiction de cassation a préféré s'appuyer

sur une motivation moins complexe, tirée du caractère cumulatif de la condition d'individualisation des requérants par l'acte législatif. À ce sujet, elle a jugé très classiquement ⁸¹ que les requérants ne sauraient être considérés comme individualisés au sens de la deuxième alternative de l'article 263, alinéa 4, du TFUE, puisque les dispositions du règlement n° 1007/2009 posent une interdiction de commercialisation « formulée en termes généraux et [qui] s'applique indistinctement à tout opérateur économique qui relève du champ d'application de celui-ci » ⁸². La Cour en conclut que les moyens développés au sujet de l'affectation directe sont inopérants, car une « erreur de droit à cet égard serait sans incidence pour la solution du litige et n'affecterait pas le dispositif de l'ordonnance attaquée » ⁸³. Confirmation donc du dispositif de l'ordonnance et de la définition de l'« acte réglementaire », mais incertitude persistante en ce qui concerne les relations entre les conditions de l'irrecevabilité.

- (76) D. Triantafyllou, Nouveaux éclaircissements sur la notion d'acte réglementaire ne comportant pas de mesures d'exécution (art. 263, al. 4, TFUE). Les voies de recours appropriées contre les mesures de marché en gestion partagée entre Commission et États membres, RDUE 2013, n° 3, p. 502. Une même perspective, fondée sur la justiciabilité de mesures nationales subséquentes, semble inspirer la position de la Cour dans l'aff. *Telefónica* (pts 36-37) – alors qu'elle exclut la subordination de la recevabilité du recours en annulation à l'impossibilité d'exercer un recours interne depuis la jurisprudence *UPA* (pt 43 de l'arrêt préc.).
- (77) V. les concl. sur l'aff. *Stichting Woonlinie*, préc. (pts 42 s.), ainsi que M. Wathelet et J. Wildemeersch, *op. cit.*, p. 77 (qui considèrent cette conception de l'« acte réglementaire » comme l'interprétation conforme à la *ratio legis* de l'art. 263 TFUE).
- (78) Mme Kokott affirme que « la condition requise visant l'absence de mesures d'exécution d'un acte réglementaire [...] répond à la finalité de la qualité pour agir ». Elle admet donc indirectement l'existence d'un lien avec l'affectation directe (pt 41 des concl. dans l'aff. *Telefónica*, préc.).
- (79) M. Wathelet et J. Wildemeersch, *op. cit.*, p. 77: l'expression « acte réglementaire » désignerait en ce sens « l'acte de portée générale [qui] ne requiert pas de mesures d'exécution » sans égard à sa procédure d'adoption.
- (80) V. les arguments soulignés par L. Coutron, qui constate le rejet de l'approche tautologique dans l'aff. *Telefónica*: L'héritage de l'arrêt *UPA*, *op. cit.*, p. 553.
- (81) La Cour a pris soin de rappeler que le Traité de Lisbonne n'a pas induit d'évolution dans la formulation de cette condition, et qu'en conséquence, il n'y a pas lieu d'adopter la conception fondée sur l'« effet dommageable substantiel » proposée par l'Avocat général Jacobs dans l'aff. *UPA* (arrêt *Inuit*, préc., pt 71).
- (82) *Ibid.*, pt 73.
- (83) *Ibid.*, pt 74.

III - Une solution surdéterminée par des enjeux institutionnels

Derrière ce débat technique, derrière l'exégèse défendue dans l'interprétation de l'article 263 du TFUE, l'affaire *Inuit* traduit un nouvel équilibre institutionnel en construction : l'arrêt du 3 octobre 2013 exprime en ce sens une volonté de valoriser la fonction législative, en instruisant la spécificité des actes législatifs par l'effet d'un discours performatif. Mais si cette jurisprudence apparaît surdéterminée quant à sa cause, par des enjeux institutionnels importants, elle l'est tout autant quant à ses conséquences. En ce sens, elle contribuerait également au mouvement d'auto-positionnement dans lequel la Cour s'affirme comme une juridiction suprême. La timidité de ce « jurislatureur »⁸⁴ n'est donc peut-être qu'apparente, on peut toutefois regretter que, par l'usage de son pouvoir d'interprétation, elle minimise les potentialités d'ouverture du recours direct introduites par le Traité de Lisbonne.

est compensé de fait par l'instauration d'un régime juridique équivalent au profit d'une fonction législative européenne⁸⁶. Autrement dit, si la dimension symbolique a disparu, la jurisprudence s'assure du maintien de l'« acquis constitutionnel »⁸⁷ qui sous-tendait le Traité sur ce point. Les arrêts rendus dans l'affaire *Inuit* témoignent donc d'une démarche performative : la juridiction de l'Union européenne semble s'appuyer sur la dimension démocratique des actes législatifs – qui découlerait de l'intervention du Parlement européen dans la procédure d'adoption des actes législatifs – tout en cherchant, dans le même temps, à lui donner corps. Derrière la définition procédurale de l'« acte réglementaire », il y a donc une dimension organique, liant la fonction législative au Parlement. L'Avocat général Kokott l'affirme sans détours : la solution qu'elle préconise « s'explique par la légitimité démocratique particulièrement élevée de la législation parlementaire »⁸⁸. L'arrêt *Inuit* prolonge à cet égard l'analyse initiée par l'affaire *Parlement contre Conseil* du 5 septembre 2012.

A - Dimension performative de la protection des actes du législateur de l'Union

La solution consacrée par la Cour concourt, en premier lieu, à un processus d'élaboration d'un statut propre aux actes législatifs⁸⁵. L'abandon de la référence à l'idée de lois européennes avec le TECE

Dans cette affaire, où était en jeu la délimitation des compétences législatives et des compétences d'exécution, la Cour s'était efforcée d'identifier des « critères objectifs » susceptibles de délimiter les « éléments essentiels de la matière ».

- (84) L. Coutron, La définition d'actes réglementaires au sens de l'article 263 alinéa 4 TFUE : le Tribunal jurislatureur ?, *op. cit.*
- (85) Parallèlement à cette évolution dans le contentieux de l'annulation, faut-il s'attendre à l'adoption d'une même conception dans le contentieux indemnitaire ? Après avoir construit un régime uniforme de responsabilité (CJCE, 4 juill. 2000, aff. C-352/98 P, *Bergaderm SA et Jean-Jacques Goupil c/ Commission*, Rec. 5291), sans distinction selon la qualité de l'acte ou de son auteur et applicable tant à l'encontre de l'État que de l'Union, il serait regrettable que la jurisprudence *Inuit* implique une spécificité contentieuse des actes du législateur s'étendant aussi au contentieux de la responsabilité.
- (86) On peut se demander dans cette perspective, dans quelle mesure la présence d'Antonio Tizzano au sein de la grande chambre à l'origine des arrêts de la Cour *Inuit* et *Telefónica* lui aura permis de faire valoir l'opinion exprimée, dès 1995, sur la nécessité de distinguer institutionnellement et juridictionnellement les actes législatifs adoptés par le Parlement et les actes exécutifs (V. spéc. La hiérarchie des normes communautaires, RMUE 1995, n° 3, p. 225).
- (87) Pt 44 des concl. préc. de Mme Kokott sur l'arrêt *Inuit*.
- (88) *Ibid.*, pt 38 (V. *contra*, les concl. de M. Jacobs dans l'aff. *UPA*, préc., pt 77 : « [I]l fait d'isoler des mesures potentiellement illégales du contrôle juridictionnel peut rarement, voire jamais, être justifié pour des raisons d'efficacité administrative ou législative »).

Elle avait pour cela développé une argumentation nouvelle, en identifiant les « dispositions qui ont pour objet de traduire les orientations fondamentales de la politique communautaire »⁸⁹ et dont l'adoption « nécessite d'effectuer des choix politiques relevant des responsabilités propres du législateur de l'Union »⁹⁰. L'approche retenue supposait une légitimité spécifique de l'organe législatif au sein du jeu institutionnel, ce que vient donc confirmer l'interprétation de l'article 263, alinéa 4, du TFUE, en y ajoutant une dimension contentieuse. Par l'effet de ces deux jurisprudences, la notion d'acte législatif se construit dans l'ordre juridique de l'Union une identité organique et matérielle spécifique, qui correspond au concept de loi connu dans les traditions constitutionnelles des États membres.

On pourrait encore ajouter, pour étayer cette lecture de l'arrêt commenté, que l'expression « séparation des pouvoirs », après avoir été mentionnée régulièrement dans les conclusions des avocats généraux, a fait une première apparition dans la motivation d'une ordonnance rendue par la Cour⁹¹. Or, par rapport au principe classique de l'équilibre institutionnel, celle-ci induit une dimension organique qui nous paraît concorder avec le sentiment d'une politique jurisprudentielle de réification de ce législateur

européen s'exprimant non seulement dans la consécration d'une hiérarchie des actes de l'Union, mais également dans une restructuration de l'équilibre institutionnel au profit du Parlement.

Que la Cour cherche à faire advenir par ce biais la légitimité démocratique de l'Union – en réponse notamment aux exigences de congruence du Tribunal constitutionnel allemand⁹² – est loin d'être critiquable. Ce n'est d'ailleurs que la continuation d'une politique jurisprudentielle initiée de longue date⁹³. Cependant, l'adoption de cette démarche ne devrait pas se faire au détriment des autres formes de légitimité, en particulier de celle qui découle de la soumission au contrôle de légalité du processus décisionnel⁹⁴. De même, la revalorisation des actes adoptés par la procédure législative ne devait pas passer par la construction d'un statut contentieux – en pratique – « hyper-protégé »⁹⁵. Une telle protection aurait quelque chose de daté, rappelant le légicentrisme autrefois connu des États membres⁹⁶, alors que la recomposition des théories constitutionnelles semble désormais l'interdire: la généralisation du contrôle de constitutionnalité et de conventionnalité des lois, ainsi que le renouvellement conceptuel de la séparation des pouvoirs⁹⁷ ont relativisé la supériorité de l'organe législatif au sein des systèmes étatiques⁹⁸. Ce n'est en

(89) Pt 29 des concl. de M. Mengozzi sur l'arrêt *Parlement c/ Conseil*, préc.
(90) Pt 65 de l'arrêt *Parlement c/ Conseil* préc. Relèveraient en particulier des responsabilités du législateur l'arbitrage entre des intérêts divergents et l'adoption de dispositions permettant des « ingérences dans des droits fondamentaux » (pt 77).
(91) CJUE, ord., 18 avr. 2013, aff. C-413/11, *Germanwings GmbH c/ Thomas Amend*, pt 16; CJUE, 28 févr. 2013, aff. C-246/11 P, *République portugaise c/ Commission*, pt 80.
(92) K. M. Bauer, Conditions et contrôles constitutionnels de la validité interne du droit de l'Union, RTD eur. 2009. 799.
(93) Remontant au moins à la légitimation passive et active du Parlement européen (CJCE, 23 avr. 1986, aff. 294/83, *Parti écologiste « Les verts » c/ Parlement européen*, Rec. 1339; CJCE, 22 mai 1990, aff. 70/88, *Parlement c/ Conseil*, Rec. I-2041).
(94) P. Pescatore, Les exigences de la démocratie et la légitimité de la Communauté européenne, CDE 1974. 499; La légitimité du juge dans un régime démocratique, Commentaire 2000, n° 90, p. 339.
(95) V. égal. D. Ritleng, La loi, in J.-B. Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les concepts du droit public français*, 2010, Dalloz, p. 239.
(96) Doctrine dans laquelle, par une forme de transitivité abusive, l'assemblée législative était revêtue de la souveraineté du peuple (V. G. Marti, *Le pouvoir constituant européen*, Bruxelles, 2011, Bruylant, p. 57).
(97) J.-P. Feldman, La séparation des pouvoirs et le constitutionnalisme, RFDC 2010, n° 83, p. 483; A. Roblot-Troizier, Un concept moderne: séparation des pouvoirs et contrôle de la loi, Pouvoirs 2012, n° 143, p. 89.
(98) Cette évolution a été parfaitement traduite par le Conseil constitutionnel, lorsqu'il a jugé que le Parlement « n'exprime la volonté générale que dans le respect de la Constitution » (Décis. du 23 août 1985, Loi sur l'évolution de la Nouvelle-Calédonie, n° 85-197 DC, cons. 27).

effet plus porter atteinte à une autorité souveraine⁹⁹, non plus qu'à sa légitimité particulière, que d'admettre la « contestabilité » par les individus des normes adoptées par le législateur. Au contraire, dans le paradigme de l'Union de droit, assurer le respect du droit par l'ensemble des acteurs institutionnels devrait être une exigence constitutionnelle.

Certes, il n'est pas question dans l'affaire *Inuit* d'interdire toute contestation des normes législatives européennes, mais seulement d'éviter leur soumission à un contentieux direct de « type subjectif »¹⁰⁰. La consécration jurisprudentielle de la fonction législative se répercute donc avant tout sur la structuration du système contentieux de l'Union : à défaut d'avoir ouvert le recours direct, cette architecture contentieuse implique en effet un examen vigilant sur les conditions d'exercice par les juridictions internes de leur fonction de juge de droit commun.

B - Positionnement de la Cour de justice dans le système juridictionnel de l'Union

Ce positionnement est clairement affirmé dans les conclusions de Madame Kokott, qui écrit que l'interprétation de la notion d'« acte réglementaire » a également « des effets considérables sur la répartition des compétences et des missions

entre les juridictions de l'Union et les juridictions des États membres »¹⁰¹. Le Tribunal comme la Cour s'appuient en effet, dans l'examen du moyen tiré de la violation de l'article 47 de la Charte, sur l'obligation de coopération qui s'impose aux États membres : ceux-ci doivent établir sur le fondement de l'article 19, § 1^{er}, du TUE « les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ». Si, dans le silence du droit européen, ils bénéficient donc en principe de leur autonomie procédurale¹⁰², celle-ci doit être mise en œuvre sous le contrôle de la Cour de justice dans le respect des principes d'effectivité et d'équivalence, afin de garantir une protection juridictionnelle effective aux individus. Mais si les juges nationaux doivent être les gardiens de la « légalité communautaire », il faut encore se demander *quis custodiet ipsos custodes*¹⁰³ ? Cette question posée par l'intégration juridictionnelle n'est pas nouvelle¹⁰⁴, cependant les choix jurisprudentiels dont résulte l'affaire *Inuit* renforcent la nécessité d'une structuration hiérarchique par l'office d'une juridiction suprême au sein de l'ordre juridique européen.

Pour évaluer les répercussions de cette interprétation de l'article 263 du TFUE, il faut donc tout d'abord s'interroger sur les conditions à même d'éviter « l'impossibilité absolue du droit procédural national »¹⁰⁵ dans l'hypothèse d'un contentieux type « Jégo-Quéré »¹⁰⁶. Comment

(99) V. sur les problèmes rencontrés dans l'identification d'une souveraineté européenne : V. Constantinesco, La souveraineté est-elle soluble dans l'Union européenne ?, *L'Europe en Formation*, 2013, vol. 2, n° 368, p. 119 ; G. Marti, *op. cit.*, p. 611 s.

(100) Le droit d'agir directement devant le juge de l'Union par la voie du recours en annulation nous semble reposer sur une dimension subjective de l'action, dans la mesure où les conditions de recevabilité sont tournées vers la « situation juridique » du requérant. À l'inverse, le recours des requérants privilégiés ainsi que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité apparaissent comme des mécanismes de contrôle plus strictement dirigés vers l'« acte juridique », et peuvent ainsi être qualifiés de recours objectifs ou « holistes » (F. Melleray, *Essai sur la structure du contentieux administratif français*, Paris, 2001, LGDJ, p. 139 et 271).

(101) Pt 21 des concl. de Mme Kokott sur l'arrêt *Inuit*.

(102) CJCE, 16 déc. 1976, *Comet BV*, aff. 45/76, Rec 2052 ; arrêt *Unibet*, préc. : « Il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de [...] régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire ».

(103) « Qui gardera ces gardiens ? » (locution latine attribuée au poète romain Juvénal).

(104) O. Dubos, *Les juridictions nationales, juge communautaire. Contribution à l'étude des transformations de la fonction juridictionnelle dans les États membres de l'Union européenne*, Paris, 2001, Dalloz, p. 635.

(105) R. Mehdi, *op. cit.*, p. 26.

accéder à une décision de justice, face à un acte de droit européen de portée générale « auto-exécutant » à l'égard duquel le requérant ne peut ni invoquer la qualité d'« acte réglementaire » l'affectant directement et ne comportant pas de mesures d'exécution, ni prouver qu'il l'affecte individuellement et directement ? Il faudra pour le requérant, après avoir pris conscience de l'irrecevabilité du recours en annulation devant le Tribunal, trouver un moyen de lier le contentieux devant le juge national.

La première difficulté rencontrée dans l'articulation des voies de recours, concerne les conditions de recevabilité des renvois préjudiciels. La jurisprudence *Foglia*¹⁰⁷ interdit à la juridiction de l'Union de « répondre à des questions d'interprétation qui lui seraient posées dans le cadre de constructions procédurales arrangées par les parties en vue d'amener la Cour à prendre position ». Si dans l'affaire *Unibet*, l'exception préliminaire fondée sur cette jurisprudence a été écartée par l'Avocat général et par la Cour¹⁰⁸, la continuation de cette solution est une première condition indispensable à la garantie du droit au juge. Par ailleurs, si la juridiction communautaire soulignait alors que « la question de savoir si l'action d'Unibet est recevable devant les juridictions suédoises, [...] est sans incidence pour apprécier la recevabilité de la

demande de décision préjudicielle »¹⁰⁹, l'inverse est également vrai : la recevabilité des questions préjudicielles peut échapper aux exigences de l'arrêt *Foglia* dans les hypothèses de contestation d'actes « self-executing », cela laisse entière la question de l'admission de l'action principale devant le juge interne. La deuxième et principale difficulté concerne en effet la faculté de déclencher l'action en justice devant le juge *a quo*. Le caractère fictif du litige, né d'une « construction procédurale »¹¹⁰ peut représenter dans certains États membres un obstacle sérieux à la réalisation de la « systématique des voies de recours ».

Au regard de la jurisprudence antérieure, la possibilité de demander à l'administration nationale une dérogation et d'attaquer ensuite le refus opposé s'avère être l'unique solution conforme à l'exigence de protection juridictionnelle par voie de contrôle incident¹¹¹. Cette solution, déjà envisagée par la Cour dans les affaires *UPA* et *Jégo-Quéré*¹¹², a été explicitement réitérée par la Cour de justice¹¹³ et l'Avocat général¹¹⁴ dans l'affaire *Inuit*. La motivation retenue par la juridiction repose sur l'obligation faite aux États membres « de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit fondamental à une protection juridictionnelle effective »¹¹⁵. Concrètement, il reviendra à un particulier

- (106) L'Avocat général Wathelet (concl. sur l'arrêt *Stichting Woonlinie*, préc., pt 31) note, à juste titre, que la définition retenue par le Tribunal et confirmée par la Cour aboutit à ce que la situation des requérants dans les affaires *UPA* et *Jégo-Quéré* relèverait toujours de la compétence des juridictions nationales, alors même que celle-ci était à l'origine de la révision de l'ex-art. 230 du TCE. Dans une telle situation, la portée de la réforme se limite à consacrer l'obligation de coopération du juge interne à l'art. 19, § 1^{er}, du TUE.
- (107) CJCE, 16 déc. 1981, aff. 244/80, *Pasquale Foglia c/ Mariella Novello*, Rec. 3045, pt 18. Dans le cadre du renvoi préjudiciel en appréciation de validité, « la réalité du litige "dans lequel se pose, à titre incident, la question de la validité" » d'un acte de l'Union, a également été qualifiée d'« élément pertinent » pour l'appréciation de la recevabilité de la question (L. Coutron, La contestation incidente des actes de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 232, renvoyant à l'arrêt CJCE, 10 déc. 2002, aff. C-491/01, *British American Tobacco [Investments] et Imperial Tobacco*, Rec. I-8599, pts 27-30).
- (108) Pts 22-24 des concl. de Mme Sharpston, présentées le 30 nov. 2006, et pts 31-35 de l'arrêt *Unibet*, préc. Les motivations respectives sont succinctes et ont été jugées « peu convaincantes » (C. Blumann, Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire, JCP 2007, n° 30, I 175, § 5).
- (109) Pt 33 de l'arrêt *Unibet*, préc.
- (110) Pt 23 des concl. de Mme Sharpston, préc.
- (111) Pts 60-61 de l'arrêt *Unibet*, préc.
- (112) Respectivement, pts 40 et 30 des arrêts *UPA* et *Jégo-Quéré*, préc.
- (113) Pt 102 de l'arrêt *Inuit*, préc.
- (114) Pts 120 et 121 des concl. de Mme Kokott.
- (115) Pt 100 de l'arrêt préc. Il n'est plus seulement question d'encadrer par les principes d'effectivité et d'équivalence, mais « d'instrumentaliser » l'office du juge national dans la logique de l'art. 19, § 1^{er}, TUE.

confronté à un acte normatif de s'adresser à l'« autorité compétente » chargée d'en contrôler le respect, afin « de lui demander de confirmer que l'obligation ou l'interdiction en question ne s'applique pas à lui »¹¹⁶ ; ce qui devrait lui permettre par la suite d'invoquer une exception d'illégalité sur le fondement de l'article 277 du TFUE. L'effectivité de cette stratégie contentieuse suppose cependant, dans un certain nombre de systèmes juridictionnels internes, la résolution de difficultés techniques susceptibles d'entraver la mise en œuvre de cette obligation de coopération juridictionnelle.

Le contentieux administratif français en offre une parfaite illustration : le Conseil d'État subordonne sa compétence à l'existence d'un litige, c'est-à-dire à l'existence d'une prise de position de l'administration faisant grief au requérant potentiel en modifiant sa situation juridique. Or, dans l'appréciation du caractère décisoire de l'acte attaqué, le juge administratif considère logiquement qu'un acte purement confirmatif n'est pas de nature à lier le contentieux¹¹⁷ puisqu'il ne fait pas grief. Il n'est donc pas certain que le premier réflexe du juge administratif soit de considérer la réponse – provoquée – de l'administration nationale comme un acte

faisant grief et susceptible de lier le contentieux¹¹⁸. Telle est, sauf erreur de notre part, la position jusqu'à présent retenue par les juridictions administratives françaises¹¹⁹. Qu'importe, répondra la Cour de justice, le principe d'effectivité devant conduire le juge national à écarter dans cette hypothèse son autonomie procédurale au nom d'une protection juridictionnelle effective¹²⁰. Certes, mais concrètement, c'est une exigence radicale à l'endroit d'une solution jurisprudentielle ancienne et rationnelle¹²¹ face à laquelle le juge administratif pourrait être tenté de résister¹²², ou du moins d'en limiter l'effectivité¹²³.

La réalisation d'un système contentieux effectif au profit des individus suppose donc que les juridictions nationales accepteront l'interprétation communautaire de leur obligation de coopération consacrée par l'article 19, § 1, du TUE. Au regard de l'importance de l'enjeu, on doit s'interroger pour conclure sur les conditions dans lesquelles la Cour exerce son rôle de supervision, et sur le caractère suffisant d'un encadrement qui éviterait « d'instaurer une espèce de hiérarchie entre juge communautaire et juge national, de mettre le doigt dans un engrenage de type fédéral »¹²⁴.

- (116) Pt 120 des concl. préc. Le plus souvent cette autorité compétente sera, conformément à l'art. 291, § 1^{er}, TFUE, une autorité étatique. Mais, il pourra arriver que la Commission ou qu'un organe de l'Union soit compétent pour assurer ce contrôle. La demande préalable devra alors être adressée par l'individu à l'administration européenne, tenue de répondre en vertu du principe de bonne administration (*ibid.*, pt 122).
- (117) CE, 23 août 1820, *Lucet*, S. 1821. 2. 120; CE, ass., 26 oct. 2001, req. n° 197018, *Ternon*, RFDA 2002. 77; V. plus largement T. Ondo, La théorie de la décision confirmative, LPA 2006, n° 136, p. 13.
- (118) L. Coutron, La contestation incidente des actes de l'Union européenne, *op. cit.*, p. 235, note 803.
- (119) CE, 17 févr. 1992, *Syndicat national du commerce extérieur des produits congelés et surgelés*, Lebon 1192 : « Tout rappel de réglementation communautaire ne peut être davantage l'objet de contentieux qu'un rappel d'une norme interne ». Solution confirmée malgré les conclusions contraires du commissaire du gouvernement dans l'affaire *Syndicat des embouteilleurs de France* (CE, 10 juill. 1995, RFDA 1996. 1221), et dans l'affaire *EARL du domaine d'Alboreto* (CE, 6 mai 1996, Lebon 666).
- (120) Une remise en cause antérieure de la règle de l'acte décisoire peut être identifiée dans la faculté, conférée par la jurisprudence communautaire, de contester devant le juge interne la position du gouvernement considérée comme un acte préparatoire dans le cadre de l'adoption d'une décision par la Commission (CJCE, 3 déc. 1992, aff. C-97/91, *Oleificio Borelli c/ Commission*, Rec. I-6313, pts 9 s.).
- (121) Et dont la nécessité a été reconnue en contentieux européen (F. Berrod, *op. cit.*, p. 588 et 590).
- (122) V. P. Gilliaux, L'arrêt *Unión de Pequeños Agricultores* : entre subsidiarité juridictionnelle et effectivité, CDE 2003. 177.
- (123) Comp. avec les solutions admises à l'égard d'une demande de réexamen dirigée contre une décision administrative devenue définitive, mais illégale au regard d'une jurisprudence européenne postérieure (CJCE, 12 févr. 2008, aff. C-2/06, *Willy Kempter KG*, Rec. I-411, pt 60; CJUE, 4 oct. 2012, aff. C-249/11, *Hristo Byankov*; Y. Houyet, Une nouvelle restriction à l'intangibilité des décisions administratives nationales : l'obligation de réexamen des actes administratifs dont le caractère définitif implique la perpétuation de la violation du droit européen, RAE 2013/3, p. 533).
- (124) C. Blumann, Le juge national, gardien menotté de la protection juridictionnelle effective en droit communautaire, *op. cit.*, § 7.

L'office d'une juridiction suprême¹²⁵ consiste à garantir l'unité du droit dans l'interprétation et à exercer un contrôle sur les juridictions subalternes. Les deux éléments de définition étant indissociables, la Cour de justice doit s'affirmer comme la juridiction suprême du système juridictionnel de l'Union pour garantir l'uniformité du droit. Dans cette optique, la Cour de justice a clairement affirmé son monopole dans le contrôle de légalité des actes de l'Union¹²⁶, imposant en conséquence une obligation asymétrique de renvoi préjudiciel aux juridictions nationales en cas de doute quant à leur licéité. On peut certes considérer, qu'en application de l'article 19, § 1^{er}, du TUE, l'obligation de renvoi constitue désormais une obligation de résultat; la question du respect de cette obligation reste toutefois entière, que ce soit devant les instances nationales¹²⁷ ou européennes.

Les mécanismes procéduraux à la disposition du juge européen paraissent à cet égard encore trop théoriques pour apporter un remède utile à l'individu victime d'un refus de coopérer opposé par une juridiction interne. Le juge de l'Union refuse en effet de procéder à l'examen des systèmes juridictionnels nationaux, afin d'en tirer des conséquences quant à la recevabilité d'un éventuel recours direct. Ce refus, au cœur de la dogma-

tique de la systématique des voies de recours, a été confirmé sous l'empire du nouvel article 263 du TFUE dans l'arrêt *T. et L.* du Tribunal¹²⁸ (le projet d'accord relatif à l'adhésion à la CEDH montre pourtant que les institutions de l'Union sont bien conscientes des faiblesses potentielles de la subsidiarité juridictionnelle¹²⁹).

En l'état actuel des choses, sont donc uniquement envisageables des mécanismes correctifs, c'est-à-dire l'engagement de la responsabilité de l'État ou l'exercice d'une action en constatation de manquement. S'agissant de la première hypothèse, la Cour de justice a précisé les conditions subordonnant l'engagement de la responsabilité de l'État du fait de l'exercice de la fonction juridictionnelle dans les arrêts *Köbler* et *Traghetti*¹³⁰. On peut penser à cet égard que la violation du devoir de coopération par une juridiction supérieure serait de nature à y satisfaire¹³¹. Cependant, dans la mesure où cette procédure reste de la compétence des juridictions internes, l'inexorable incertitude tenant à l'acceptation de son office de « juge communautaire de droit commun » persiste. Reste la possibilité d'un recours en constatation de manquement à l'encontre de l'État auquel appartient la juridiction défaillante. Si théoriquement un manquement peut résulter d'une décision de jus-

(125) L'idée selon laquelle la Cour de Justice exerce les fonctions d'une Cour suprême est ancienne. On la retrouve, en particulier chez K. Lenaerts (trad. F. Hubeau), *Le juge et la Constitution aux États-Unis d'Amérique et dans l'ordre juridique européen*, Bruxelles, 1988, Bruylant, 817 p. (spéc. p. 275).

(126) CJCE, 22 oct. 1987, aff. 314/85, *Foto-Frost c/ Hauptzollamt Lübeck-Ost*, Rec. 4199, pts 15 s. (monopole réaffirmé sans ambiguïté: CJCE, 6 juill. 2005, aff. C-461/03, *Gaston Schul*, Rec. I-1051).

(127) Si la protection juridictionnelle constitue un principe général du droit doté de l'effet direct, l'obligation de coopération paraît être davantage un principe structurel, dont le statut contentieux est moins certain (V. B. Bertrand, Retour sur un classique. Quelques remarques sur la catégorie des principes généraux du droit de l'Union européenne, RFDA 2013. 1217).

(128) V. le commentaire de cet arrêt, D. Triantafyllou, *op. cit.*, p. 501. Solution confirmée par le Tribunal dans les trois ordonnances préc. du 9 sept. 2013 (V. not., ord. *Telefónica*, préc., pt 53).

(129) Le projet révisé d'accord du 5 avr. 2013 envisage la possibilité qu'un litige, mettant en cause la licéité d'une règle du droit de l'Union, n'ait pas été soumis à l'examen de la Cour de Justice: s'écartant de la solution actuelle consistant à ne sanctionner le refus d'exercer un renvoi préjudiciel opposé par un juge national que s'il est arbitraire (CEDH, 20 sept. 2011, req. n^{os} 3989/07 et 38353/07, *Ullens de Schooten et Rezabek c/ Belgique*), l'art. 3, § 6, prévoit en absence de question préjudicielle une procédure préalable de renvoi au juge de l'Union.

(130) CJCE, 30 sept. 2003, aff. C-224/01, *Köbler*, Rec. I-239, pts 53-55; et CJCE, 13 juin 2006, aff. C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo SpA c/ République italienne*, Rec. I-5177, pt 32.

(131) L'obligation d'exercer un renvoi préjudiciel a d'ailleurs été visée dans les conclusions de M. Léger sur l'arrêt *Köbler* (pt 144), et même dans le considérant de principe définissant une « méconnaissance manifeste du droit applicable » (pt 32 de l'arrêt *Traghetti*).

tice ¹³², la Cour n'a jamais vraiment saisi l'occasion de sanctionner directement une jurisprudence nationale par cette voie ¹³³. La pratique consistant à imputer la responsabilité à l'exécutif ¹³⁴, n'étant par ailleurs pas de nature à susciter une attention particulière de la Commission à l'égard des jurisprudences nationales...

Si dans le sillage de l'arrêt *Inuit*, le renforcement du rôle du Parlement se dessine

de plus en plus clairement, l'encadrement de l'office du juge national est donc en pratique encore insuffisant au regard des enjeux induits par le statut contentieux des actes législatifs. L'optimisation des outils de « fédéralisation » du pouvoir judiciaire par la Cour de justice est seule de nature à assurer la réalisation du nouvel équilibre institutionnel instauré par sa jurisprudence, dans le respect du droit au juge et de l'obligation de coopération.

(132) CJCE, 9 déc. 2003, aff. C-129/00, *Commission d'Italie*, Rec. I-14637, pts 29 s. : seule une « interprétation jurisprudentielle significative non démentie par ladite juridiction suprême voire confirmée par celle-ci » pouvant éventuellement constituer un manquement. V. égal. la réponse de la Commission à la question écrite n° 526/83 de A. Tyrrell, relative la doctrine de l'acte clair (JOCE, n° C 268, 6 oct. 1983).

(133) Dans la seule application soumise à notre attention, la Cour a écarté l'argument en défense tiré de ce que la pratique fiscale contestée se fondait sur un arrêt du Tribunal Supremo (CJCE, 12 nov. 2009, aff. C-154/08, *Commission d'Espagne*, Rec. I-187, pts 124 s.).

(134) Par ex. : CJUE, 22 déc. 2010, aff. C-507/08, *Commission d' République slovaque*, Rec. I-13489.