

TOULOUSE
CAPITOLE
Publications



« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de l'Université Toulouse 1 Capitole.

*Application du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État (janvier 2009 -
décembre 2009)*

KALFLÈCHE GRÉGORY

Référence de publication : KALFLÈCHE (G.), « Application du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État (janvier 2009 - décembre 2009) », *Europe*, n° 3, 2010, p. 9-13. [Note de jurisprudence]

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications, contacter portail-publi@ut-capitole.fr

Application du droit de l'Union européenne par le Conseil d'État (janvier 2009 - décembre 2009)

En 2009, le Conseil d'État a implicitement considéré que le principe d'égalité en droit interne et le principe d'égalité en droit de l'Union européenne sont en réalité identiques. Il est également revenu sur sa jurisprudence *Cohn-Bendit* sur l'effet direct des directives. En matière de droit des marchés publics, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité a été jugé comme n'empêchant pas qu'une délégation de service public de 750 millions d'euros ne soit pas publiée au *JOUE*. Le Conseil d'État a également rappelé dans quelles conditions la matière militaire ne relevait pas du champ d'application du droit de l'Union. En matière d'aides d'État, il a jugé que la taxe qui finance le service public gratuit d'équarrissage ne devait pas être notifiée à la Commission. Il a également souligné que le principe de primauté et les règles propres aux règlements communautaires s'étendaient aux normes « réactivées » après une abrogation d'abrogation. Enfin, il relève de sa jurisprudence que les mandats d'arrêts européens ne sont pas prioritaires par rapport à une demande d'extradition formée par un État tiers.

1. Rapports de systèmes juridiques

1. - Principes généraux du droit de l'Union. - Contrôle de constitutionnalité. - L'arrêt *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et autres* (CE 3 juin 2009, n° 287110, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine et a.* : *JurisData* n° 2009-075505. – V. aussi, *Europe* 2009, *comm.* 296, *note D. Simon* ; *RFDA* 2009, *p.* 800, *concl. M. Guyomar* ; *AJDA* 2009, *p.* 1710, *note F. Lafaille*), qui restera vraisemblablement sous le nom « Arcelor 2 », met un terme au conflit entre l'État et plusieurs sociétés, au premier rang desquelles la société Arcelor Atlantique et Lorraine, à propos de la transposition des directives communautaires sur les quotas d'émission de gaz à effet de serre (*PE et Cons. UE, dir.* 2003/87/CE, 13 oct. 2003 : *JOUE* n° L 275, 25 oct. 2003, *p.* 32, transposée par le décret n° 2004-832 du 19 août 2004, contesté en l'espèce). Troisième arrêt d'importance sur la question après le « grand arrêt » pris en assemblée le 8 février 2007, au même nom et sous le même numéro de requête que l'arrêt commenté (*GAJA*, n° 116. – *Europe* 2007, *étude* 3, *par D. Simon*) et l'arrêt de la Cour de justice pris sur renvoi préjudiciel en date du 16 décembre 2008 (*CJCE, grande ch., 16 déc. 2008, aff. C-127/07* : *Europe* 2009, *comm.* 56, *note D. Simon*), celui-ci vient clore au fond l'affaire en appliquant le cadre théorique des deux autres arrêts. L'apport principal de l'arrêt du Conseil d'État de 2007 est aujourd'hui bien connu. La primauté du droit communautaire est reconnue par le Conseil d'État depuis 1989, sauf pour ce qui concerne la Constitution qui reste la norme fondamentale de l'ordre interne. Or, en l'espèce, la transposition exacte de la directive communautaire était présentée par les requérants comme contraire aux principes constitutionnels. Pour résoudre cette aporie, le Conseil d'État a considéré que, dans la mesure du possible, pour l'appréciation de la transposition des directives, il convenait de contrôler la directive elle-même, non pas par rapport aux principes constitutionnels internes, mais par rapport aux principes communautaires équivalents. Le Conseil d'État décide donc de requalifier le moyen de droit interne (l'inconstitutionnalité) en moyen de droit externe (l'inconventionnalité). Dans l'arrêt « *Arcelor 1* », après avoir reconnu le droit de propriété et la liberté d'entreprendre comme des principes communautaires et jugé que la directive 2003/87/CE ne leur portait pas atteinte, le Conseil d'État avait estimé nécessaire de faire un renvoi préjudiciel à la Cour de justice. Celle-ci devait se prononcer sur la question de savoir si la situation différente faite par la directive

au secteur de la métallurgie par rapport à ceux de la chimie et des métaux non ferreux était justifiée. Dans son arrêt du 16 décembre 2008, la Cour répond que cette différence est justifiée dans les deux cas : pour le secteur de la chimie par le trop grand nombre d'entreprises dans le secteur pour une application immédiate, et pour le secteur de l'aluminium par la production de gaz à effet de serre bien moins importante que pour la métallurgie. La différence de situation est donc justifiée et ne porte pas atteinte au principe communautaire de non-discrimination. La question est donc revenue au Conseil d'État pour en tirer les conséquences sur le décret de transposition. Rendu sous le double visa des articles 55 et 88-1 comme son déjà illustre prédécesseur, l'arrêt ne va pas être aussi innovant. Il se contente en effet de résumer l'arrêt de la Cour : Le Conseil en conclut simplement « qu'il résulte de l'arrêt cité ci-dessus de la Cour de justice » que le décret de transposition est légal et « qu'il s'ensuit que le moyen tiré de la méconnaissance par le décret du principe constitutionnel d'égalité ne saurait qu'être écarté (...) ». C'est ce dernier membre de phrase, le refus d'aller plus loin dans le contrôle interne, qui pose la question la plus importante. Cette solution de conciliation est relativement satisfaisante sur le plan théorique, parce qu'elle respecte les deux ordres juridiques qui s'estiment tous deux supérieurs à l'autre (l'article 88-1 étant interprété comme contenant cette contradiction, mais la résolvant dans le même temps). L'aveu d'une certaine soumission est même inclus dans l'arrêt : si le Conseil d'État reconnaît une « marge de manœuvre d'appréciation » à la Cour de justice et qu'il se plie à ses décisions, c'est bien qu'il se refuse lui-même d'apprécier lui-même la réalité de la conformité du décret au principe interne. En réalité, deux points ne sont pas sans poser question, dans l'arrêt et dans l'avenir. Dans l'arrêt, le Conseil d'État considère implicitement, par son refus d'analyse vis-à-vis du droit constitutionnel, que les deux principes d'égalité interne et communautaire sont identiques. Or, les principes universels et communs ne le sont que dans leur généralité, rien ne garantit que les interprètes aient la même appréciation au cas par cas. À l'avenir, les évolutions de droit constitutionnel procédural – on pense à l'article 61-1 de la constitution – pourraient venir remettre en cause ce bel échafaudage. Que nous dit l'article 23-5 de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958, inséré par la loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution ? « En tout état de cause, le Conseil d'État ou la Cour de cassation doit, lorsqu'il est saisi de moyens contestant la conformité d'une disposition législative, d'une part, aux droits et libertés garantis par la Constitution et, d'autre part, aux engagements internationaux de la France, se prononcer par priorité sur le renvoi de la question de constitutionnalité au Conseil constitutionnel. » Cela ne signifie pas que les juges devront évacuer tout contrôle de conventionnalité. Ils devront seulement exercer l'éventuelle question prioritaire de constitutionnalité... en priorité. Le cas d'une contradiction ne sera vite plus seulement théorique. On peut imaginer en effet le cas d'un règlement contesté, qui serait issu d'une transposition communautaire, mais dont les éléments essentiels seraient repris dans une loi. Ou le cas d'un règlement pris en application d'une loi elle-même transposition d'une clause claire et inconditionnelle d'une directive communautaire. Les requérants qui voudront invoquer une liberté ou un principe fondamental seront bien inspirés de soulever à la fois le principe constitutionnel et le principe conventionnel, puisque le juge lui-même estime implicitement dans les arrêts Arcelor que la plupart du temps ils se recourent. *In fine* cependant, les appréciations de ces principes « proches » par la Cour de justice ou le conseil constitutionnel pourront être différentes (cf. sur ce point *L. Burgorgue-Larsen, Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité : RFDA 2009, p. 787*). La contrariété de jurisprudence pourra aussi être due à une contrariété d'interprétation dans deux affaires différentes, l'une jugée par le Conseil constitutionnel, l'autre par la Cour de justice (cf. Pour l'usage direct par le Conseil d'État d'un arrêt rendu par la Cour pour un autre État membre : *CE, ord., 29 oct. 2003, n° 260768, Sté Techna SA : JurisData n° 2003-066077*). On peut se demander si ce n'est pas d'ailleurs ce qui est déjà arrivé entre l'appréciation de l'arrêt « *Arcelor 2* » et celle de la décision du Conseil constitutionnel n° 2009-599 du 29 décembre 2009 relative à la loi de finances 2010 mettant en place la

« contribution carbone ». Cette décision considère en effet comme anticonstitutionnelles les nombreuses dérogations faites par la loi à la taxe carbone et l'annule partiellement. Les faits de cette décision et de l'arrêt *Arcelor* de la Cour de justice sont très proches : taxe carbone pour l'une, marchés des autorisations d'émissions de gaz à effet de serre pour l'autre. Les décisions sont pourtant très différentes. Le Conseil constitutionnel estime que les exemptions à la soumission à la taxe carbone peuvent être justifiées par la « sauvegarde de la compétitivité de secteurs économiques exposés à la concurrence internationale », alors que la Cour de justice se fonde sur le nombre important d'entreprises complexifiant la mise en place du système (pts 64 à 96) et sur la faible quantité de CO₂ émise par les secteurs exclus (pts 70 à 72). Il est même possible d'aller plus loin en soulignant le fait que le Conseil constitutionnel laisse entendre que de toute façon, les quotas européens étant gratuits jusqu'en 2014, ils ne peuvent jusque-là être l'objet de discrimination, élément que la Cour, dans son arrêt *Arcelor* (aff. C-127/07), n'a jamais évoqué. Même si les moyens invoqués par les parties sont sûrement la source de ces différences, et même si les exceptions étaient bien plus nombreuses en droit interne qu'en droit communautaire, on le voit, l'appréciation de l'égalité n'est pas identique, tant s'en faut. Il faudra bien qu'un jour, un texte respectant une liberté de l'Union soit écarté pour contrariété à la « même » liberté constitutionnelle nationale. Le Conseil d'État refusera-t-il de renvoyer à la Cour de justice dès lors que le Conseil constitutionnel se sera exprimé ? Ce n'est pas ce que lui dit de faire, ni le texte de l'ordonnance, ni le respect de la primauté acceptée du droit communautaire dans l'article 88-1 de la constitution. La contradiction de jurisprudence est donc possible. Tout ne sera pas à refaire, mais on se rendra compte que la solution d'*Arcelor* n'est qu'un compromis.

2. - Directives européennes, effet direct. - Avec l'arrêt *Mme Perreux* (CE ass., 30 oct. 2009, n° 298348, *Mme Perreux* : *JurisData* n° 2009-012252. – V. aussi *Europe 2009*, repère 11, par D. Simon ; *RFDA 2009*, p. 1125 concl. M. Guyomar, note P. Cassia ; *AJDA 2009*, p. 2385, chron. S-J. Liéber et D. Botteghi ; *JCP G 2009*, 551, chron. B. Plessix ; *Europe 2010*, étude 1, par R. Kovar), c'est vraisemblablement un grand arrêt qui disparaît (CE, 22 déc. 1978, *Cohn-Bendit* : *GAJA*, 17e éd. n° 89), même si l'apport principal de celui-ci, le fait qu'une directive européenne ne puisse pas être invoquée par un particulier à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif individuel, avait déjà subi quelques tempéraments (notamment l'arrêt CE, 8 juill. 1991, *Pallazi* : *Rec. CE 1991*, p. 276 permettant de juger de l'acte de transposition d'une directive par voie d'exception). Il est une nouvelle preuve que le fameux dialogue des juges se pose aujourd'hui comme règle, la résistance des uns apparaissant stériles face aux volontés hégémoniques des autres qui, pour leur part, apparaissent antidémocratiques. On le sait, c'est ce dialogue des juges que prônait expressément le président Genevois – commissaire du gouvernement dans l'arrêt *Cohn-Bendit* – en estimant le renvoi préjudiciel à la Cour comme la meilleure solution : il voulait que la Cour de justice modifie sa position et refuse que les directives puissent être invoquées à l'appui d'un recours contre un acte individuel. Tel n'avait pas été la solution du Conseil d'État qui avait pris unilatéralement cette position tranchée, malgré des arrêts antérieurs et contraires de la Cour de justice. C'est le contrepied de cette solution que prend le Conseil d'État avec l'arrêt *Mme Perreux* en considérant expressément que « tout justiciable peut se prévaloir, à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire, des dispositions précises et inconditionnelles d'une directive, lorsque l'État n'a pas pris, dans les délais impartis par celle-ci, les mesures de transposition nécessaires. ». Deux conditions, deux justifications. Les deux conditions sont classiques : premièrement que la directive, normalement faite d'objectifs pour l'État, soit à la fois précise et inconditionnelle. Le Conseil d'État applique ici la fameuse théorie de l'acte clair et tire les conséquences de l'évolution des directives dont on sait qu'elles sont le plus souvent très précises. Deuxièmement que le recours soit effectué après le délai de transposition, même si l'on sait que l'État ne doit pas non plus prendre de mesure contraire aux objectifs de la directive avant la date limite de transposition, ni actes administratifs unilatéraux (CE, 7 déc. 1984,

Féd. Frse. des Sté. de protection de la nature : Rec. CE 1984, p. 410), ni lois qui sont écartées pour l'annulation des actes pris sur leurs fondements, et cela avec la sanction de l'engagement de la responsabilité de l'État (*CE, ass. 28 fevr. 1992, SA Rothmans Int. France et SA Philip Morris France : Rec. CE 1992, p. 81*). Les deux justifications de cet arrêt sont explicites. D'abord, la reconnaissance d'une opposabilité plus importante des directives est la conséquence directe de l'obligation constitutionnelle de leur transposition que le Conseil d'État avait déjà tirée de l'article 88-1 de la constitution dans l'arrêt *CE 8 février 2007 Arcelor Atlantique et autres* (cf. *supra n° 1*). Ensuite, le traité de l'Union lui-même, qui impose une obligation de transposition des directives, ce que le Conseil d'État présente comme le second « motif » du revirement. Au fond, l'arrêt a un second intérêt, même si celui-ci apparaît comme moins essentiel. Mme Perreux contestait un arrêté du garde des Sceaux qui nommait une autre magistrate en qualité de chargée de formation à l'ENM en arguant du fait qu'elle avait été écartée de ce poste du fait de ses activités syndicales. Mme Perreux qui avance ce moyen voulait par ailleurs bénéficier de l'application de la directive 2000/78/CE du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail qui prévoit une inversion de la charge de la preuve en faveur de celui qui argue d'une discrimination syndicale à l'emploi. La première difficulté tient cependant au fait que la directive, qui devait être transposée avant fin 2003, c'est-à-dire avant le décret litigieux ne l'a été que bien après, par la loi du 27 mai 2008. Tirant les conséquences de son nouveau considérant de principe, le Conseil d'État va tout de même examiner la directive. La deuxième difficulté tient au fait que la directive s'estime elle-même inapplicable aux procédures « dans lesquels l'instruction des faits incombe à la juridiction », c'est-à-dire aux procédures inquisitoriales, comme c'est le cas pour les litiges devant les juridictions administratives. En l'espèce donc, la directive est invocable en théorie, mais pas au fond du fait de ses propres dispositions. Le Conseil d'État va alors se rabattre sur son habituel pouvoir créateur en estimant que si la requérante a apporté des éléments « susceptibles de faire présumer une atteinte » au principe de discrimination, « il incombe au défendeur de produire tous ceux permettant d'établir » qu'il n'y en a pas eu. À l'inversion de la charge de la preuve de la directive, le Conseil d'État répond donc par le mérite du contradictoire, qui inverse la charge de la preuve aux moindres présomptions d'atteinte posée par le requérant. On pourra d'ailleurs regretter que l'arrêt ne mette pas en avant le rôle du juge dans l'instruction des faits, afin de mieux démontrer l'inapplicabilité de la directive. Il faut se référer aux conclusions pour comprendre que, comme M. Letourneur le disait dans ses conclusions sous l'arrêt *Barel* (*CE, 28 mai 1954, n° 28238, 28493, 28524, 30237, 30256, Barel : Rec. CE 1954, p. 308*), c'est la direction de la procédure qui fait de la procédure contradictoire une procédure inquisitoriale, y compris la possibilité – souvent inutilisée, il faut le reconnaître – « d'ordonner au défendeur de produire tels documents ou de communiquer tels motifs ». Pour ce qui est de la solution du litige, le Conseil d'État va considérer que l'acte attaqué a été pris sans discrimination et va rejeter le recours de Mme Perreux. Clairement arrêt de simplification et de mise en cohérence, il est bien possible que l'arrêt Mme Perreux fasse disparaître un grand arrêt, mais qu'il prenne sa place dans le même temps.

2. Contrats et marchés

3. - Convention de délégation de service public. - La question du marché pertinent est centrale pour toutes les questions d'estimation d'une concurrence réelle. En droit des marchés publics, le marché pertinent est créé par « un degré de publicité adéquate ». Cela signifie qu'un nombre raisonnable d'entreprises susceptible de répondre existe, afin qu'une mise en concurrence des offres puisse être possible. Toute la question de la publicité des contrats publics procède de cette approche. Pourtant, deux méthodes sont employées. La première consiste à dire qu'à partir d'un certain seuil, les marchés doivent remplir telles ou telles procédures de publicité (publication au BOAMP, au JOUE, dans des journaux

d'annonces légales...). La seconde consiste à laisser une certaine marge d'appréciation aux acheteurs pour juger du caractère adéquat de leur publicité. Ils doivent donc avoir une analyse finaliste de leurs procédures, bien entendu sous le contrôle du juge. Cette seconde méthode est celle qui s'applique aux « marchés à procédure adaptée » du Code des marchés publics français, c'est-à-dire en dessous des seuils communautaires imposants des procédures, mais aussi aux concessions de service public, comme nous le précise l'arrêt *Communauté urbaine de Bordeaux et Sté Kéolis* (CE, 1er avr. 2009, n° 323585 et n° 323593, *Communauté urbaine de Bordeaux et Sté Kéolis* : *JurisData* n° 2009-075198 ; *Rec. CE* 2009. – V. *AJDA* 2009, p. 1889, note F. Train ; *RFDA* 2009, p. 937, note D. Dubois et C. Raux ; *Lamy Coll. Territ.* 2009, n° 48 p. 57 ; *JCP A* 2009, 2148, note F. Dieu). L'innovation en l'espèce ne semble pas bien grande, tant le texte français applicable (CGCT, art. L. et R. 1411-1) qui n'impose qu'une publicité dans un journal d'annonce légal et dans une publication spécialisée du secteur ne peut être qu'interprétée à l'aune des principes communautaires, puisque ces contrats sont des concessions au sens des directives « marchés publics » (*Dir.* 2004/17 et 2004/18, 31 mars 2004) et partant soumises à ces principes depuis l'arrêt *Telaustria et Telephonadress* (CJCE, 7 déc. 2000, aff. C-324/98 : *Rec. CJCE* 2000, p. 10745). L'arrêt *Communauté urbaine de Bordeaux* vient confirmer cela, tout en ayant au fond une solution étonnante. La communauté urbaine de Bordeaux a en effet passé un contrat de concessions pour la gestion des services de transports urbains de voyageurs pour un montant de 750 millions d'euros pour la période 2008-2013. Elle a cependant effectué une publicité qui est apparue à une entreprise allemande comme insuffisante. Cette dernière a donc fait un recours en référé précontractuel, procédure efficace issue de la première directive « recours en matière de marchés publics » (*Dir.* 89/655 CEE, 21 déc. 1989 pour les marchés des secteurs traditionnels, modifiée par la directive 2007/66/CE, 11 déc. 2007, transposée en droit français par l'ordonnance n° 2009-515 du 7 mai 2009. – V. *JCl. Europe Traité*, Fasc. 1058, par D. Dero) afin d'annuler la procédure de délégation de service public. Le juge des référés précontractuels lui ayant donné raison, la communauté urbaine de Bordeaux comme la société Kéolis qui avait été choisie se présentent en cassation devant le Conseil d'État. Cet arrêt présente deux intérêts. Le premier et principal est que l'arrêt *Telaustria* prononcé par la Cour de justice s'applique à des contrats pour lesquels un texte interne prévoit expressément des procédures, alors que les principes reconnus par l'arrêt *Telaustria* (liberté et égalité d'accès et de traitement) sont normalement faits pour compenser l'absence de procédure précise. Le principe de l'Union européenne prime théoriquement sur ce texte, nous dit le Conseil, en considérant que la publicité adéquate doit prendre en compte « l'objet, [le] montant financier et [les] enjeux économiques de la délégation de service public ». Dans ce considérant, le Conseil d'État s'éloigne d'ailleurs bizarrement du texte du code des marchés publics qui estime que la publicité adaptée doit tenir compte « de la nature et des caractéristiques du besoin à satisfaire, du nombre ou de la localisation de opérateurs économiques susceptibles d'y répondre ainsi que des circonstances de l'achat » (CMP, art. 28). À bien tirer les conséquences de cet arrêt, on peut se demander s'il ne transforme pas tous les marchés dits « formalisés » en marchés à procédure adaptable – pour ne pas dire adaptée – la procédure textuelle restant comme une sorte de minimum. Ce qui étonne le plus, c'est qu'à l'analyse de la publicité mise en œuvre, le Conseil d'État accepte qu'un marché d'un tel montant ne soit pas publié au JOUE, pas plus que dans tout autre « support bénéficiant d'une diffusion européenne ». En effet, une entreprise qui n'est pas obligée par les textes de publier son avis d'appel public à concurrence au JOUE peut le faire, si cela lui permet de toucher un nombre d'entreprises permettant une véritable mise en concurrence. On peut par exemple penser aux DOM : une collectivité qui doit faire sa publicité en métropole pourra aussi bien la faire dans les autres pays européens et avoir des offres adaptées. En l'espèce, le Conseil d'État va avoir une analyse *in concreto* très poussée sur la publicité autour d'un véritable « standard » économique : même publiée dans des revues seulement françaises, l'annonce doit être « insusceptible d'échapper à l'attention des opérateurs raisonnablement vigilants pouvant être intéressés par une telle délégation, y compris ceux implantés dans

un autre État membre ». Cela sous-entend qu'un opérateur raisonnablement vigilant et susceptible de répondre à des concessions de ces montants doit lire aussi les presses nationales. En somme, le principe de non-discrimination en raison de la nationalité n'empêche pas que la publication ne soit pas nationale. Il n'est pas bien certain, honnêtement, que cette appréciation de l'opérateur raisonnablement vigilant aurait été celle de la Cour de justice à laquelle le Conseil d'État refuse de renvoyer. En l'espèce, son appréciation différente de celle du tribunal administratif de Bordeaux le conduit à annuler son jugement et à considérer la procédure comme régulière. Enfin, on notera que sous l'influence des directives européennes, la dématérialisation des procédures avance à grands pas. On le sait, depuis le premier janvier 2010, les personnes publiques peuvent imposer aux opérateurs de répondre de manière dématérialisée. L'arrêt d'espèce prend acte de cela et de l'importance de sites permettant la publicité des marchés publics en reconnaissant comme une publicité à même de garantir une égalité de traitement des opérateurs celle faite sur le site « marché online » du fait du nombre de pages vues et d'entreprises inscrites.

4. - Contrat de recrutement de militaires. Champ d'application du droit communautaire. - Le champ d'application du droit de l'Union est tellement important que l'on en oublie parfois ses limites *rationae materiae*. L'arrêt commenté (CE, 7 oct. 2009, n° 301898, M. Mespiedre: JurisData n° 2009-010500 ; Rec. CE 2009, publié aux tables) vient nous rappeler que la matière militaire en est parfois exclue, même dans des domaines dans lesquels elle semble ne pas avoir de spécificité. M. Mespiedre est un officier sous contrat comme l'armée en recrute lorsqu'elle a besoin de spécialistes dans une matière précise. À l'issue de son contrat à durée déterminée, on lui signifie qu'il n'est pas renouvelé. M. Mespiedre conteste ce non renouvellement par un recours au ministre de la défense qui le rejette, après avoir pris l'avis de la commission de recours des militaires. C'est ce rejet que M. Mespiedre conteste. Soumis au statut général des militaires issu de la loi du 24 mars 2005 qui ne prévoit que des contrats à durée déterminée, M. Mespiedre entend voir cette loi écartée au profit de l'application de la directive 1999/70/CE du 28 juin 1999 qui prohibe le renouvellement indéfini de contrats à durée déterminée successifs. Le Conseil d'État décide cependant de rejeter la requête en considérant que le recours au contrat dans l'armée n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire et que, partant, la directive de 1999 ne leur est pas applicable. L'appréciation de cette interprétation ne peut se faire qu'à la lecture de l'arrêt de la CJCE du 11 mars 2003, (aff. C-186/01), *Alexander Dory c/ Bundesrepublik Deutschland*, qui précise que le seul fait, pour un acte interne, d'être intervenue dans l'intérêt de la sécurité publique ne la soustrait pas à l'application du droit communautaire. Il rappelle d'ailleurs le nombre limité de disposition du traité qui mette en place une telle dérogation. Cependant, l'arrêt de la Cour ajoute une règle générale en estimant qu'il ne résulte pas des textes que « le droit communautaire régit les choix d'organisation militaire des États membres qui ont pour objet la défense de leur territoire ». La Cour en concluait que les dispositions communautaires sur la parité entre homme et femme ne s'appliquaient pas à la limitation aux hommes de la conscription qui était un mode d'organisation de la défense du territoire allemand. Le Conseil d'État va utiliser le même raisonnement en l'espèce. Si le droit français des contrats de recrutement dans la fonction publique, issue du droit communautaire, ne s'applique par à l'armée, c'est parce que le contrat à durée déterminée constitue « un choix d'organisation militaire » de la France. Le Conseil d'État relève en effet que c'est le seul mode de recrutement des militaires du rang. Il aurait pu ajouter que tous les sous-officiers commencent par être sous contrat avant une titularisation plusieurs années après. En somme, le choix du CDD est un mode d'organisation qui n'entre pas dans le champ du droit communautaire.

3. Aides d'État

5. - Affectation de la taxe au financement de l'aide d'État, taxe d'effet équivalent. - Les contentieux fiscaux faisant suite à l'épidémie d'encéphalite spongiforme bovine (maladie de la vache folle) sont très nombreux. Cela est dû tant au nombre de contentieux en cours, une dizaine de milliers encore, qu'à l'existence de trois régimes fiscaux différents dans le temps. L'objet de ces régimes est de financer un service public gratuit d'équarrissage, c'est-à-dire l'abattage et la destruction des carcasses d'animaux. Pour cela une taxe a été mise en place dès 1997. Après un renvoi préjudiciel conduisant à l'arrêt CJCE, 20 novembre 2003, (aff. C-126/01) *Gemo*, qui avait annulé ce premier régime, le Conseil d'État avait jugé que les demandes de restitution de la taxe étaient justifiées (*CE, 15 juill. 2004, n° 264496, min. Éco. Fin et Indu c/ SA Gemo : JCP A 2004, 1668, note D. Katz ; RJF 2004, p. 726 concl. Goulard*). Suite à cela et à l'envoi par la Commission à la France d'un avis motivé le 18 septembre 2000, le législateur français avait pris la loi du 30 décembre 2000 mettant en place le régime ici contesté. Les requérants demandaient encore la restitution de la taxe, comme élément d'une aide non notifiée (*CE, 27 juill. 2009, n° 312098, Sté Boucheries du Marché : JurisData n° 2009-081536 ; Rec. CE 2009, publié aux tables ; Droit fisc. 2009, n° 43 p. 27, concl. C. Legras et note A. Maitrot de la Motte ; Concurrence 2009, p. 139, chron. J-Y. Chérot, J. Derenne et B. Stromsky et CE, 27 juill. 2009, n° 313502, Société Montaudis : Juris-Data n° 2009-081538 ; Rec. CE 2009, publié aux tables ; AJDA 2009, p. 2071, note F. Lichère*). Le Conseil d'État applique ici l'arrêt de la Cour de justice du 25 juin 1970, (aff. 47-69), *France c/ Commission* en considérant que pour être une aide, la taxe doit constituer « le mode de financement d'une mesure d'aide, de sorte qu'elle fait partie intégrante de cette mesure », ce qui signifie qu'il « doit exister un lien d'affectation contraignant entre la taxe et l'aide (...) en ce sens que le produit de la taxe est nécessairement affecté au financement de l'aide ». Le Conseil d'État analyse donc la législation en cause et estime que le « principe à valeur constitutionnelle d'universalité budgétaire » résultat de l'ordonnance de 1959 conduit à ce que le produit de la taxe se fonde dans le budget général avant que l'on y puise le financement de l'équarrissage. Ainsi, la taxe n'est pas affectée directement à l'aide et il ne s'agit pas d'une taxe devant être notifiée à la commission. L'arrêt *Sté Montaudis* prolonge ensuite ce raisonnement, en estimant que cette absence de lien dû à l'universalité budgétaire empêche aussi que la taxe soit une taxe d'effet équivalent interdite par l'article 25 TCE (devenu art. 30 TFUE) ou d'imposition intérieure discriminatoire de l'article 90 TCE (devenu art. 110 TFUE) car la taxe n'est pas affectée aux seuls produits nationaux, puisqu'elle n'est pas affectée du tout. L'arrêt *Sté boucherie du Marché* tient encore le même raisonnement quand il estime que cette taxe n'est pas une atteinte au principe pollueur-payeur, puisque le lien entre la taxe et le financement a disparu. L'universalité budgétaire et le découplage qu'elle effectue entre la recette et la dépense pourraient aussi apparaître comme une motivation trop juridique visant à ne pas avoir à rembourser les six milliards d'euros de taxes réclamés. Le Conseil d'État ajoute donc qu'il n'existe pas non plus de « rapport entre le produit de la taxe et le montant du financement public attribué à ce service ». Sans cet élément financier, il était à craindre que l'argument constitutionnel n'apparaisse comme fallacieux. (cf. plus largement, *M. Collet, Le juge administratif et le contrôle des aides d'État, de la réception à l'instrumentalisation du droit communautaire : RD. publ. 2009, p. 1311*).

4. Actes de l'Union

6. - Abrogations aux fins d'application du droit communautaire. Valeur des interprétations de la Cour de justice. - L'abrogation d'un acte apparaît normalement comme posant bien moins de problèmes théoriques que son retrait ou son annulation, dans ce sens qu'on ne s'intéresse pas à la situation temporaire où il a été appliqué sans exister. Les questions théoriques surviennent pourtant lorsque l'acte d'abrogation vise un acte qui, lui-même, abroge un autre texte. Dans cette hypothèse, la question du droit applicable dans l'avenir se pose comme une alternative. Soit l'abrogation de l'abrogation fait revivre le

droit antérieur, celui du premier texte abrogé, soit elle met la situation dans un statut non règlementé. Dans l'affaire *Sté coopérative agricole L'Armorique Maraîchère* ((CE, 28 oct. 2009, n° 306708, *Sté coopérative agricole L'Armorique Maraîchère*, *Sté coopérative agricole L'Armorique Maraîchère* : *JurisData* n° 2009-012908. – Cf. aussi *Rec. CE* 2009 ; *Dr. adm.* 2009, *comm.* 166 ; *JCP G* 2009, 551, *chron.* B. Plessix), le Conseil d'État refuse d'avoir une position tranchée et décide que l'abrogation d'une abrogation « n'est pas, par elle-même, de nature à faire revivre le premier texte dans sa version initiale ». Cependant une telle remise en vigueur a lieu si l'autorité compétente « le prévoit expressément », ou bien si la volonté de l'autorité compétente de remettre le texte abrogé la première fois « ne fait pas de doute ». La question se posait en l'espèce au niveau législatif après l'abrogation, par une loi de 2001, d'un article d'une loi de 1998, abrogeant une autre loi de 1982 (elle-même incluse dans une loi de 1962) obligeant les groupements des producteurs agricoles reconnus à adhérer à un comité économique agricole dès lors que celui-ci était agréé. La question qui se posait était donc celle de savoir si les agriculteurs qui n'étaient plus obligés d'adhérer à ces groupes depuis 1998 redevenaient, ou non, obligés d'y adhérer après l'abrogation de l'abrogation. Le Conseil d'État, auquel la requérante pose la question de la légalité de dispositions d'un décret du 22 décembre 2006, va appliquer les règles de son considérant de principe : normalement, la loi de 1982 ne re-rentre pas en vigueur, mais il déduit des travaux parlementaires que tel a été la volonté du législateur et que, par exception, cette loi est applicable au moment où le décret litigieux a été pris. Au delà de cet apport interne, que le Conseil d'État avait déjà évoqué dans un avis du 10 janvier 2008 (*RD publ.* 2009, p. 1299, *note D. Chauvaux*. – V. aussi les excellentes observations précitées de B. Plessix), c'est le fait que la première loi d'abrogation de 1998 avait été prise pour conformer le droit français au droit communautaire qui conduit *in fine* le décret pris sur le fondement de la loi « réactivée » à être annulé. Le Conseil d'État rappelle en effet que les États ne peuvent prendre de mesure relevant de la compétence de la Communauté pour réglementer l'organisation des marchés dans un secteur, sauf dans deux hypothèses : si le Règlement le prévoit et si celui-ci n'est pas exhaustif. Or, en l'espèce, le Règlement n'est pas exhaustif. Le Conseil rappelle alors que « les États-membres doivent s'abstenir d'adopter, soit directement, soit par l'intermédiaire d'un organisme (...), toute mesure unilatérale qui serait de nature soit à déroger, ou porter atteinte à ce Règlement, soit à faire obstacle au bon fonctionnement de l'organisation commune de marchés que celui-ci a institué ». Or, en prévoyant une adhésion obligatoire aux comités agricoles et, partant, une extension de leurs réglementations « hors de toute procédure d'extension conduite aux conditions et selon les modalités » du règlement communautaire, les dispositions des décrets contestés sont illégales. Cet arrêt suit donc celui de la Cour de justice du 25 novembre 1986, *Asso. Comité éco. Agricole régional fruits et légumes de Bretagne c/ A le Champion*, rendu sur renvoi préjudiciel du TGI de Saint-Brieux dans une affaire similaire. Que la primauté et les règles propres aux règlements s'étendent aux normes – législatives ou non – « réactivées » après abrogation d'abrogation n'étonne pas, mais la chose est maintenant certaine.

5. Espace de liberté, de sécurité et de justice

7. - Mandat d'arrêt européen. - La délinquance intra-communautaire ou continentale est un phénomène que le droit de l'Union européenne ne méconnaît pas. Le mandat d'arrêt européen a ainsi été mis en place en 2002 (*Décision cadre 2002/584/JAI, 13 juin 2002*) pour participer à l'espace judiciaire européen, « espace de liberté de sécurité et de justice », notamment comme conséquence de la création de l'espace Schengen. Les procédures classiques, au premier rang desquelles l'extradition, continuent cependant d'exister, entre pays de l'Union, plus largement ceux de l'espace Schengen (Avec l'Islande, la Norvège et la Suisse, cette dernière étant membre depuis sa votation populaire du 5 juin 2005, applicable depuis le 12 décembre 2008), mais aussi avec les pays tiers. Le requérant de l'affaire Predag Vujosevic

(*CE, 19 janv. 2009, n° 312583, M. Predag Vujosevic : JurisData n° 2009-074796 ; Rec. CE 2009 ; Dr. adm. 2009, comm. 40 ; RFDA 2009, p. 386*) est de nationalité serbo-monténégrine et est soupçonné d'avoir participé à des activités de brigandage en bande et par métier en Suisse – un vol de 3 millions d'euros de bijoux – et des activités similaires en Allemagne et en Belgique. À la demande des autorités suisses, un décret a été pris le 16 octobre 2007 accordant son extradition à ce pays. C'est ce décret qu'il conteste. Pour l'appréciation de la légalité de ce texte, le Conseil d'État va de manière très classique examiner si les faits sont punissables en droit français, s'ils n'y sont pas prescrits, s'ils ne sont ni politiques ni fondés sur une discrimination et il va rappeler que les conditions de forme et de motivation de ce type de décret sont réduites. Mais l'intérêt de cet arrêt consiste surtout à préciser la façon dont doivent être réglés les conflits entre les différentes modalités d'extradition. Ainsi, M. Vujosevic est apparemment un récidiviste. La première chambre de l'instruction de la cour d'appel de Paris ayant déjà accordé la remise de cet homme à la Belgique, en application d'un premier mandat d'arrêt européen, le 18 octobre 2006. Quelques jours plus tard, le 8 novembre, elle accordait sa remise à l'Allemagne sur le fondement d'un autre mandat d'arrêt européen. Le décret d'extradition contesté, pris sur le fondement de la convention européenne d'extradition du 13 décembre 1957, est donc en opposition avec les décisions de la première chambre de la cour d'appel de Paris. L'apport de l'arrêt réside dans le mode de résolution de ces conflits. Ainsi, tout en considérant le décret comme légal, le Conseil d'État va se référer à l'article 695-42 du Code de procédure pénale qui prévoit qu'en cas de conflit entre un mandat d'arrêt européen et une demande d'extradition présentée par un État tiers, c'est à la chambre d'instruction de statuer sur la priorité à donner au mandat d'arrêts européens ou à la demande d'extradition. Elle doit le faire « compte tenu des circonstances et notamment du degré de gravité et du lieu de commission des infractions, des dates des mandats (...) ainsi que du fait que le mandat d'arrêt a été émis pour (...) une peine ou une mesure de sûreté privative de liberté » et éventuellement après avis d'Eurojust. Il n'y a donc aucune priorité des mandats d'arrêts européens en droit français, ce qui laisse une marge de manœuvre importante à l'autorité judiciaire pour l'application de ses décisions ou de celles du pouvoir réglementaire. En la matière, beaucoup ne s'en plaindront pas.