

Carullo, Gherardo. 2013. «Acte administratif individuel et directives non transposées: rôle du juge national». *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (1):295–308.

GHERARDO CARULLO

**ACTE ADMINISTRATIF INDIVIDUEL ET DIRECTIVES NON
TRANSPOSÉES: RÔLE DU JUGE NATIONAL (*)**

Résumé.

Dans l'arrêt Perreux le Conseil d'Etat français a reconnu la possibilité d'invoquer une directive non transposée à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel. Récemment, le Conseil d'Etat italien a également établi que les normes européennes ayant un effet direct se posent comme un paramètre de légitimité des actes administratifs et, par conséquent, que la violation de normes communautaires comporte un vice d'illégalité de l'acte administratif.

A partir de l'expérience française et italienne, l'auteur s'interroge sur la justification de ce phénomène. Dans un contexte où la primauté du droit communautaire ne paraît plus être suffisante, l'auteur estime qu'il semble désormais nécessaire de s'interroger sur la réelle nature juridique de l'Union Européenne.

In the Perreux case, the French *Conseil d'Etat* has recognised that it is possible to invoke an European directive, even if not transposed, in a judgment for the annulment of an administrative act. Recently, the Italian *Consiglio di Stato* has reached similar conclusions: self-executing European Directives form an integral part of the legislative framework to be considered when evaluating the legality of an administrative act and, as a consequence, the violation of non-transposed and self-executing Directives may lead to the annulment of an administrative act.

On the basis of the French and Italian experience, the Author tries to identify the legal basis on which such conclusions are reached. In particular, the Author suggests that it is necessary to fully investigate the real nature of the European Union.

SOMMAIRE: Résumé 1. Introduction. — 2. Le chemin de la jurisprudence française vers l'effet direct. — 3. Du dualisme au monisme dans l'expérience italienne. — 4. De l'annulation de l'acte administratif, à la recherche de la souveraineté européenne. — 5. Conclusion.

(*) Elaboration rédigée à partir de la communication présentée durant la 7^{ème} rencontre franco-allemande des jeunes chercheurs en droit public comparé, Paris, 21-23 juin 2012.

1. Introduction.

Dans une sévère critique du système juridique mis en place par les États européens, il a pu être affirmé: « *it would require a long discussion to unfold the various causes which united the modern nations of Europe into a close society; which linked them together by the firmest bands of mutual dependence, and which thus, in process of time, gave to the law that regulated their intercourse greater importance, higher improvement, and more binding force* » (1).

Bien que prononcées pour la première fois en 1799, alors qu'on commençait à se former une science autonome du droit international, ces paroles son toujours de mise. Malgré le temps écoulé, cette affirmation reste très actuelle, certes, dans un contexte totalement différent.

La participation des États membres dans l'Union Européenne entraînant un processus continu d'adaptation et de rapprochement souvent capable de comporter d'importantes conséquences dans les ordres juridiques nationaux (2), il a pu être affirmé que cette « européanisation » « implique que le droit administratif national [soit] tombé sous l'influence européenne » (3).

En particulier, on a observé qu'un des domaines dans lesquels le droit européen a eu un rôle particulièrement important est celui des procédures et des actes administratifs (4). Un des exemples plus valides est l'incertitude qui a uni, pour différentes raisons, la France et l'Italie concernant le régime de l'acte contraire aux normes européennes.

2. Le chemin de la jurisprudence française vers l'effet direct (5).

Comme chacun sait, le Conseil d'État français a récemment décidé, dans l'arrêt Perreux (6), d'accorder un effet direct vertical ascendant aux directives européennes non transposées. En réalité, le faits d'espèces ne semblaient pas « propice à la remise en cause de la jurisprudence Cohn-Bendit » (7), étant donné que le détour par l'exception d'illégalité aurait permis de ne pas confronter directement les mesures litigieuses avec celles

(1) SIR J. MACKINTOSH, *A discourse on the study of the nature and nations*, Boston, Pratt and Company, 1843, p. 51.

(2) En relation avec le droit administratif, voir G. GRECO, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif*, dans cette *Revue*, 3-4, 2007; D.U. GALETTA, *L'influence du droit communautaire sur le droit administratif italien: un cadre général*, dans cette *Revue*, 6, 2007; P. CASSIA, *Droit administratif français et droit de l'Union européenne*, RFDA, 2008.

(3) J. SCHWARZE, *L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen - L'entrée en matière, L'état actuel et les perspectives du droit administratif européen. Analyses de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2010.

(4) G. GRECO, *L'influence*, cit.

(5) L'auteur, étant italien et n'ayant pas de formation particulière en droit français, n'a évidemment pas la prétention d'expliquer la jurisprudence française; il s'agit uniquement de montrer comment celle-ci peut être lue avec le regard d'un juriste italien, pour permettre la comparaison avec la jurisprudence italienne pertinente.

(6) Conseil d'Etat, arrêt du 30 octobre 2009, N° 298348, recueil Lebon.

(7) P. CASSIA, *Une nouvelle étape dans l'Europe des juges*, RFDA, 2009.

de la directive invoquée (8), et « car la directive ne constituait pas le fondement légal de la décision contestée » (9).

Mais ce qui importe le plus est que grâce à cette reconnaissance on a ainsi admis qu'une directive puisse être invoquée à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel, infléchissant la jurisprudence Cohn-Bendit du Conseil d'Etat.

À cette occasion, ce dernier avait estimé qu'il ne pouvait pas être accordée d'effet direct à une directive non encore transposée et, par conséquent, avait exclu qu'une directive puisse être invoquée par les particuliers à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel, si les objectifs de la directive n'avaient pas été transposés par le législateur national. En d'autres termes, on avait exclu que « cet acte puisse être annulé pour violation directe de la directive » (10).

Dans un des passages cruciaux de l'arrêt du 22 décembre 1978, la haute juridiction administrative a affirmé, en particulier, que les « autorités [nationales] restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives et pour fixer elles-mêmes, sous le contrôle des juridictions nationales, les moyens propres à leur faire produire effet en droit interne » (11).

En vertu de cette déclaration il semble que l'on puisse estimer, par conséquent, que les juges du Palais Royal ont mis à la base de l'arrêt Cohn-Bendit, entre autres, le principe de la séparation des pouvoirs (12).

À cet égard, on a noté que le considérant cité de l'arrêt Cohn-Bendit a bien établi une distinction entre les fonctions de compétence des pouvoirs législatif et réglementaire et celles à reconnaître au juge administratif. Tout cela afin d'éviter, avec la reconnaissance de l'effet direct des directives non transposées, qu'on puisse affirmer qu'une obligation « de créer de nouvelles règles de droit » s'impose sur le juge administratif (13).

Le problème de la tutelle des particuliers est devenu néanmoins marginale lorsque la jurisprudence administrative, d'après l'existence d'une norme interne sur la même matière objet de la directive, a de plus admis que les particuliers se prévalent d'une directive non encore transposée (14).

(8) D. RITLÉNG, *La reconnaissance de l'effet direct de la directive Retour*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2012.

(9) L. COUTRON, *La lente conversion du Conseil d'Etat à l'effet direct des directives*, *AJDA*, 2010.

(10) P. CASSIA, *L'invocabilité des directives communautaires devant le juge administratif: la guerre des juges n'a pas eu lieu*, *RFDA*, 2002.

(11) Considérant no. 2, arrêt Cohn-Bendit.

(12) On doit souligner que le Conseil Constitutionnel plus d'une fois a retenu que « le principe de séparation des pouvoirs énoncé à l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 garantit l'autonomie normative des assemblées parlementaires et doit être concilié avec le droit à un recours effectif, garanti par le même article » (2011-129 QPC, 13 mai 2011, cons. 4).

(13) Y. GALLAND, *L'autolimitation du juge administratif face aux directives communautaires*, *AJDA*, 2002.

(14) Voir CE, 28 sept. 1984, *Conf. nat. des SPA de France et des pays d'expression française*; CE, 7 déc. 1984, *FFSPNF*; CE, ass., 3 févr. 1989, *Alitalia*; CE, 8 juill. 1997, *Palazzi*; CE, ass., 28 févr. 1992, *Rothmans*; CE, ass., 6 févr. 1998, *Tête*. CE, 20 mai 1998, n° 788239, *Cnes*

Dans ces cas, en fait, le juge administratif peut vérifier la légitimité des règles internes par rapport à une directive. L'existence d'une norme nationale, donc, a permis au juge de connaître les dispositions d'une directive, sans pour autant servir d'intermédiaire entre le droit européen et l'ordre juridique interne.

De cette façon, l'exigence essentielle d'efficacité du droit européen était satisfaite, sinon complètement, certainement plus que suffisamment (15). Excepté dans des cas limités et marginaux, les particuliers pouvaient ainsi compter sur un niveau de protection adéquat (16).

Plutôt que pour des raisons de protection des particuliers, le dépassement final de l'arrêt Cohn-Bendit était néanmoins souhaitable, pour raisons de méthode, afin d'éliminer la « portée symbolique » (17) d'une position judiciaire anachronique, et ainsi surmonter l'isolement qui avait caractérisé les tribunaux français par rapport à ceux des autres États membres.

Afin de surmonter une orientation jurisprudentielle consolidée en plus de trente ans, il était tout d'abord nécessaire de dépasser les dogmes sur lesquels le raisonnement précédent avait été fondé.

Avant l'arrêt Mme Perreux, le Conseil constitutionnel, par deux décisions de 2004, a eu l'occasion de s'y atteler.

Dans sa décision n. 2004-496 DC du 10 juin 2004, le Conseil a déclaré que, conformément à l'article 88-1 de la Constitution, « la transposition en droit interne d'une directive communautaire résulte d'une exigence constitutionnelle » (18).

Dans la lignée jurisprudentielle de cet arrêt, est intervenu la décision 2004-505 DC du 19 Novembre 2004, dans laquelle le Conseil, après d'avoir rappelé que le préambule de la Constitution française de 1958 prévoit expressément que « la France consent aux limitations de souveraineté nécessaires à l'organisation et à la défense de la paix » (19), a estimé que « avec l'article 88-1 le constituant a consacré l'existence d'un ordre juridique communautaire intégré à l'ordre juridique interne et distinct de l'ordre juridique international » (20).

Même si la décision n. 2004-505 DC avait été rendue en vertu de l'article 54 de la Constitution, afin d'évaluer si l'autorisation à ratifier le traité établissant une Constitution pour l'Europe dût être précédée par une révision constitutionnelle, les arguments sur lesquels le Conseil a fondé ses

du Piémont de Barr; CE, 3 déc. 1999, *AOMSL et FNE*. Pour une exposition exhaustive des différents cas, voir M. GUYOMAR, *L'abandon de la jurisprudence Cohn-Bendit*, *RFDA*, 2009; D. SIMON, « *Yes We Can* »... *Ou comment l'Assemblée du contentieux donne le coup de grâce à une jurisprudence moribonde...*, *Europe*, 12, 2009; R. KOVAR, *Le Conseil d'État et l'effet direct des directives: la fine d'une longue marche*, *Europe*, 1, 2010.

(15) S.J. LIÉBER; D. BOTTEGHI, *Mme Perreux - Ou Cohn-Bendit fait sa révolution*, *AJDA*, 2009.

(16) P. CASSIA, *Une nouvelle étape dans l'Europe des juges*, cit.

(17) P. CASSIA, *Abandonner la jurisprudence Cohn-Bendit?*, *AJDA*, 2006.

(18) Considérant no. 7.

(19) Considérant no. 3.

(20) Considérant no. 11.

raisonnements peuvent fournir une nouvelle base interprétative au problème de la relation entre l'ordre juridique national et européen.

Il est vrai, en effet, que le Conseil Constitutionnel dans cette décision a confirmé la nécessité, pour des raisons de droit constitutionnel interne, de la transposition de la législation européenne, mais selon la doctrine, l'essentiel de la décision tient « dans l'acceptation des impératifs de l'intégration européenne » (21).

On a alors dit que en renforçant la base constitutionnel du droit européenne (22), ces deux décisions permettent d'apprécier le valeur et l'importance de la décision Perreux (23).

D'une part, on a dit que le revirement semblait déjà annoncé (24) car le Conseil d'État, comme le Conseil constitutionnel, avait estimé que l'exécution du droit européen découle d'une obligation constitutionnelle (25).

D'autre part, l'effet direct des directives reconnu par le Conseil d'État semble pouvoir être considéré comme le résultat d'un raisonnement plus complexe lié à la reconnaissance de l'invocabilité d'une directive non encore transposée à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel.

Dans l'arrêt Perreux, en confirmant que les juridictions nationales doivent garantir l'efficacité des droits des particuliers dérivants de l'obligation des pouvoirs publics de transposer le droit européen, le Conseil d'État a affirmé qu'il est possible de demander l'annulation d'un acte administratif individuel contraire à une directive non transposée, si les dispositions de celle-ci sont précises, inconditionnelles et si le délai de transposition a expiré.

Cette affirmation constitue assurément une rupture claire et nette, récemment confirmée en rapport à la directive retour (26), avec la position précédente. On doit toutefois se demander à quels principes le Conseil

(21) H. LABAYLE; J.L. SAURON, *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, RFDA, 2005.

(22) D. CHAMUSSY, *Le Conseil constitutionnel face à la primauté du droit communautaire*, AJDA, 2005. On a aussi affirmé que « depuis la décision du 10 juin 2004, l'article 88-1 de la Constitution a au moins une triple portée. La première - la constitutionnalisation de l'appartenance de la France à l'Union européenne et la nécessité d'une révision constitutionnelle pour en sortir » (P. CASSIA, *Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française*, RFDA, 2005).

(23) Dans la littérature juridique, on avait estimé que la Haute jurisprudence administrative aurait dû « se prononcer sur la lecture de l'article 88-1 de la Constitution faite par le Conseil constitutionnel » (P. CASSIA, *Le juge administratif, la primauté du droit de l'Union européenne et la Constitution française*, cit.).

(24) R. KOVAR, *Le Conseil d'État et l'effet direct des directives: la fine d'une longue marche*, cit.

(25) Conseil d'État, 8 février 2007, n° 287110.

(26) Avec l'avis du 21 mars 2011, n° 345978 (AJDA, 2011, p. 588), le Conseil d'État a confirmé « que les dispositions des articles 7 et 8 de la directive du 16 décembre 2008, qui sont inconditionnelles et suffisamment précises, sont susceptibles d'être invoquées par un justiciable à l'appui d'un recours dirigé contre un acte administratif non réglementaire ». On a commenté que « l'intérêt de l'avis réside indiscutablement dans la confirmation qu'il apporte de la solution dégagée par l'arrêt Madame Perreux » (A. LEVADE, *L'invocabilité directe de la directive retour* :

d'État a renoncé pour arriver à des conclusions aussi différentes de celles qui s'étaient consolidées durant plus de 30 ans.

Une des raisons à la base de la décision Cohn-Bendit était, comme on a déjà indiqué, la considération que toutes les « autorités [nationales] restent seules compétentes pour décider de la forme à donner à l'exécution des directives ».

Sur ce point, il semble que l'on puisse affirmer que le jugement Perreux n'a pas fait preuve d'innovation en aucune façon: au contraire, il a confirmé que l'obligation, aujourd'hui qualifiée comme constitutionnelle, de transposer les normes européennes incombe aux autorités nationales, tandis que les tribunaux ont eux seuls la responsabilité « de garantir l'effectivité des droits que toute personne tient de cette obligation à l'égard des autorités publiques » (27).

Vue la position du Conseil d'État sur le problème de l'intégration des ordres juridiques (28), et en particulier sur la question de la primauté du droit international sur le droit national, selon un point de vue italien, il est très intéressant de constater que, en commentant la solution adoptée dans l'arrêt Perreux, il a été affirmé qu'elle « résulte et témoigne d'une vision renouvelée des rapports entre l'ordre juridique interne et l'ordre juridique de l'Union » (29) et que le Conseil d'État a enfin adopté une « vision communautaire » (30).

La haute juridiction administrative a admis, en fait, conformément à une jurisprudence plus que constante de la Cour de justice, la reconnaissance d'un effet direct aux dispositions précises et inconditionnelles contenues dans une directive non transposées dans le délai.

Là où les dispositions d'une directive ne confèrent aucun espace de manœuvre à la discrétion du législateur, il reste en effet difficilement contestable que le juge, en les appliquant, n'exerce aucune activité créative de nouvelles normes (31), tandis que si les normes ne sont pas caractérisées par un degré suffisant de certitude — où, en autres termes, si les mêmes ne sont pas inconditionnelles — en appliquant ces normes on pourrait effectivement déterminer une violation du principe de séparation des pouvoirs.

Pour arriver à cette conclusion sans aller au-delà de la séparation des fonctions judiciaires et législatives, cependant, il semble nécessaire de reconnaître également que les normes européennes sont intégrées dans l'ordre juridique national.

Si l'on considère, dans une optique dualiste, que l'ordre juridique européen est distinct de l'ordre juridique national — en reconnaissant l'effet

le double fondement de la compétence du juge de droit commun de l'application du droit de l'Union européenne, Constitutions, 2011).

(27) Considérant no. 9, arrêt Perreux.

(28) En particulier à partir de l'arrêt *Nicolo*, Ass, 20 octobre 1989.

(29) D. RITLÉNG, *L'arrêt Perreux ou la fin de l'exception française*, *Revue trimestrielle de droit européen*, 2010.

(30) B. GENEVOIS, *L'application du droit communautaire par le Conseil d'État*, RFDA, 2009.

(31) GUY ISAAC; MARC BLANQUET, *Droit communautaire general*, 8 Ed., Paris, Dalloz, 2001.

direct des dispositions d'une directive non encore transposée — on reconnaîtrait au juge le pouvoir d'introduire de nouvelles normes dans l'ordre juridique national.

À la lumière de la jurisprudence française, il est particulièrement intéressant d'analyser l'expérience transalpine, juste à partir de ces dernières considérations qui représentent le point de départ du raisonnement suivi par les juges italiens.

En effet, dans une perspective différente du cas français, la jurisprudence italienne n'a fait aucune différenciation entre les actes administratifs individuels et généraux/normatifs. Elle s'est seulement concentrée sur la différence entre normes directement ou non directement applicables.

3. *Du dualisme au monisme dans l'expérience italienne.*

Le débat italien sur le régime de l'acte administratif contraire aux normes européennes a été principalement lié à celui de la relation entre ordres juridiques, étant estimé que la réponse à cette dernière question pourrait résoudre la première en tout les cas (32).

À cet égard, on a explicitement affirmé que la notion « d'illégalité communautaire » de l'acte administratif se conforme plus naturellement à la conception intégrée des ordres juridiques, tandis que la logique de la séparation peut conduire à l'exclusion de la configurabilité même d'un vice de l'acte contraire aux normes européennes (33). En ce sens, l'application stricte des prémisses théoriques de la séparation des ordres pourrait même neutraliser la primauté du droit européen (34).

L'aspect sur lequel on a concentré la plupart des études a été, par conséquent, l'analyse des conséquences produites par l'effet direct des normes européennes dans le droit national, sans prêter une attention particulière à la distinction entre normes réglementaires et normes dictées par les directives *self-executing* (35).

Au fil du temps, différentes solutions ont été proposées, y compris l'annulation et la non-application des actes administratifs contraires au droit européen.

(32) R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, *www.giustamm.it*, 2003. En ce sens, on a affirmé que la question relative à l'illégalité de l'acte administratif contraire aux normes européennes est, tout d'abord, une question de droit constitutionnel, qui implique un problème de rapports entre ordres juridiques (M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, dans cette *Revue*, 2, 2008).

(33) N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, *Giur. cost.*, 4, 2008.

(34) R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self-executing*, *Urb. app.*, 1997.

(35) Parmi les nombreuses études, on peut citer G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007. Dans son analyse du régime des actes administratifs contraires aux normes européennes, l'Auteur regroupe, sans distinction, toutes les normes ayant un effet direct, y compris les règlements et les directives *self-executing*.

Selon cette dernière approche, reconnaissant la nécessaire primauté du droit européen, les actes administratifs individuels devraient être écartés (ou « non-appliqués ») lorsque contraires aux normes européennes directement applicables (36), comme c'est le cas pour les actes normatifs (37).

La théorie de la non-application a été soutenue par une partie de la doctrine (38) et de la jurisprudence, nationale (39) et européenne (40), en vue de surmonter le délai de recours de 60 jours des actes administratifs (41), permettant ainsi au juge d'écarter à tout moment les effets d'un acte « anti-communautaire » (42).

Cette solution a toutefois été critiquée par plusieurs moyens. Dans une prospective exclusivement nationale, la théorie de la non-application a été critiquée par l'affirmation selon laquelle ni une norme, ni aucun principe de l'ordre juridique italien, la légitime (43). Dans une prospective européenne, la solution a été critiquée par ceux qui estiment que le système juridique européen est intégré au système juridique national, et que, par conséquent, l'acte administratif est soumis au régime habituel de l'annulation, même en

(36) On a expliqué que la solution de la non-application, étant liée au problème sur la relation entre les ordres juridiques, résulte de la conception moniste (V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, dans cette *Revue*, 1999).

(37) Sur l'opportunité d'introduire la solution de la non-application pour des exigences communautaires V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, dans cette *Revue*, 2, 2008.

(38) Parmi d'autres, voir M.P. CHITI, *I Signori del diritto comunitario. La Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, *Riv. trim. dir. pubb.*, 1991, et par le même auteur *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, *Dir. amm.*, 4, 2003. Dans une étude plus récente, l'auteur a conclu qu'il n'y a pas, aujourd'hui, les conditions pour établir une catégorie distincte d'invalidité des actes administratifs contraires aux normes européennes, mais qu'il y a seulement des situations qui peuvent comporter des exceptions de caractère casuistique, à évaluer de temps à autre, sans altérer l'approche globale (*Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit.).

(39) T.A.R. Sardaigne, Cagliari, 27 mars 2007, n° 549, qui a rejeté un recours écartant un acte administratif antérieur de l'Administration (non contesté), l'application duquel aurait impliqué l'acceptation du recours. Solution toutefois critiquée par la doctrine, en ce sens voir M. DEL SIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, dans cette *Revue*, 1, 2008.

(40) Voir l'affaire C-224/97, *Ciola*, arrêt du 29 avril 1999. La Cour de justice a affirmé explicitement qu'une décision administrative contraire au droit européen doit être écartée (paragraphe 34).

(41) Un des problèmes majeurs posés par le délai de recours est celui de l'opportunité de reconnaître au juge administratif le pouvoir d'écarter les actes administratifs contraires au droit européen (E. FALCONE, *L'effettività della tutela dei diritti di matrice comunitaria ed erosione del principio di autonomia delle norme di diritto processuale nazionale*, *Riv. trim. app.*, 2004).

(42) À cet égard, on a critiqué la solution de la non-application de l'acte administratif en observant qu'il est incompatible avec la règle fondamentale du caractère péremptoire du délai de recours (E. FERRARI, *La Corte di giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, *Foro it.*, IV, 2003).

(43) V. ITALIA, *La disapplicazione delle leggi*, Milano, Giuffrè, 2012.

cas de non conformité à des normes de l'Union Européenne (44). On estime, dans cette théorie, que les normes européennes dotées d'effet direct doivent être considérées comme des normes nationales, ainsi, la non conformité d'un acte administratif à celles-ci entraîne son annulation sous le fondement habituel du vice de violation de la loi (45).

En correspondance avec cette thèse, on a dit que le régime plus cohérent avec la théorie de l'intégration est celui de l'annulation, car il suppose l'aptitude des normes européennes, considérées comme des normes nationales, à servir de fondement, ou comme paramètre, du pouvoir administratif (46).

Les deux thèses ont été examinées par le Conseil d'État dans une affaire relative à des contrats publics, pour lesquels le tribunal administratif italien de première instance s'était décidé en faveur de la non-application de l'avis de marché non contesté dans le délai de 60 jours (47). À cette occasion, le Conseil d'État a eu l'opportunité de clarifier que la non-application de l'acte administratif ne peut pas être accordée, car celle-ci n'est pas prévue par le droit national, ni imposée par des « exigences communautaires ».

En particulier, en ce qui concerne le droit européen, les juges du *Palazzo Spada* ont d'abord établi qu'une disposition de droit communautaire se pose comme paramètre de légitimité des actes administratifs (48) « en tenant compte du fait que l'intégration entre les ordres juridiques (soutenu par la Cour de justice) est préférable à la séparation (affirmé par la Cour constitutionnelle italienne) » (49).

(44) G. GRECO, *Incidenza*, cit. Et aussi C. LEONE, *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, dans cette *Revue*, 5, 2000.

(45) Il convient de noter que le système italien, par rapport au système français, distingue trois cas d'invalidité. En vertu de l'article 21 *octies* de la loi du 7 août 1990, n. 241 un acte administratif peut être annulé pour violation de la loi, incompétence ou abus de pouvoir. Et à cet égard il convient aussi de souligner que le vice doit être identifié déjà dans le recours, le juge pouvant annuler un acte administratif seulement pour les vices allégués par le requérant.

(46) N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria"*, cit.

(47) Il convient toutefois de noter que le Tribunal avait fait recours à la théorie de la non-application uniquement sur la base des principes et des règles internes, sans examiner le fond du débat sur la non-application « européenne ».

(48) Considérant l'arrêt du Conseil d'État italien, on comprend bien la perspective différente de la jurisprudence française: il n'y a pas de doute que « la violation du droit communautaire peut entraîner l'annulation de la décision administrative, le droit communautaire étant partie intégrante de la légalité administrative », puisque « la seule difficulté qui demeure en droit français est celle de l'effet des directives non transposées à l'expiration du délai de transposition » (R. NOGUELLOU, *L'influence du droit communautaire sur le régime des décisions administratives*, J.B. AUBY; J. DUTHEIL DE LA ROCHE, *Droit Administratif Européen*, Bruxelles, Bruylant, 2007, p. 928).

(49) Consiglio di Stato, 10 janvier 2003, n. 35, paragraphe 6 de la motivation en droit: « anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separazione ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale) ».

Les arrêts des juges administratifs italiens peuvent être consultés sur www.giustizia-amministrativa.it.

Par conséquent, le Conseil d'État a conclu que « la violation de normes communautaires comporte un vice d'illégalité (annulation) de l'acte administratif » (50).

Ainsi, dans cette décision le Conseil d'État a expressément fondé son raisonnement sur l'hypothèse sur laquelle l'ordre juridique européen est intégré à l'ordre juridique national et que, par conséquent, un acte administratif « anti-communautaire » doit être considéré annulable.

Bien qu'avec cette décision le Conseil d'État n'ait pas dû comparer directement un acte administratif à la législation européenne, dans le panorama d'une jurisprudence nationale incertaine, l'arrêt n'en résulte pas moins important car il essaye de résoudre spécifiquement divers aspects de la question. De cette façon le Conseil d'État a clarifié que la solution de l'annulation présuppose la nature intégrée des ordres juridiques.

Sur la base de ces propositions, le Conseil d'État, en réglant une affaire concernant l'application de la directive retour (non encore transposée à la date de l'arrêt), a reconnu explicitement que « après le délai de transposition de la directive sans que l'État, en aucun cas, ait adopté des normes internes, on doit reconnaître aux normes de la directive même, suffisamment précises et inconditionnelles, un effet direct vertical tel que celle-ci puisse être invoquée à l'appui d'un recours contre l'autorité publique » (51).

Ainsi, en ce qui nous concerne, le raisonnement qui conduit à l'annulation des actes administratifs contraires aux directives non transposées est enrichi explicitement d'un par un autre élément relatif à, la nécessaire intégration des ordres juridiques. C'est à cette solution que la Cour constitutionnelle italienne s'est implicitement ralliée, en déclarant explicitement que les normes européennes « sont obligatoires et supérieures aux lois ordinaires dans l'ordre juridique italien en vertu des articles 11 et 117 de la Constitution » (52) et que « le juge peut soulever des questions de légitimité constitutionnelle en cas de violation de l'article 11 et aujourd'hui également de l'article 117 de la Constitution » (53), montrant sa volonté d'abandonner la solutions dualiste (54). La Cour a ainsi déclaré inconstitutionnelle une loi nationale en conflit avec une disposition du droit communautaire non directement applicable, ne pouvant pas recourir, dans cet affaire, à la

(50) *Ibid.*: « la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità ».

(51) Consiglio di Stato, 14 avril 2008, n° 1596: « decorso il termine per il recepimento della direttiva senza che lo Stato provveda in alcun modo alla sua attuazione, alla suddetta disposizione, sufficientemente precisa e incondizionata, deve essere attribuito un effetto diretto verticale idoneo ad essere invocato dal privato contro un'autorità pubblica ».

Solution partagée par le Tribunal Administratif Régional de la Lombardie, Brescia, 25 mars 2009, n° 685.

(52) Corte costituzionale, 28 janvier 2010, n° 28, § 7: « sono cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie nell'ordinamento italiano per il tramite degli artt. 11 e 117, comma 1, Cost. ».

(53) *Ibid.*, § 5: « il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale, per asserita violazione dell'art. 11 ed oggi anche dell'art. 117, primo comma, Cost. ».

(54) F. LISENA, *La Corte costituzionale diventa "monista"*, www.gustamm.it, 2010.

non-application ou la corriger avec une interprétation conforme au droit communautaire (55).

On peut alors estimer que la solution de l'intégration, bien que plus subversive dans les ordres juridiques nationaux, est, en vérité, la moins invasive, ne nécessitant pas de nouvelles solutions ou différentes pour garantir l'application et l'effectivité du droit européen.

Comme la jurisprudence italienne du Conseil d'État et de la Cour constitutionnelle l'ont illustré, la théorie moniste nous permet en fait de considérer les normes dictées par le législateur européen de la même manière que celles dictées par le législateur national, avec toutes les conséquences applicables à son régime.

L'expérience italienne a montré en particulier que, dans le débat sur les conséquences de l'illégalité européenne d'un acte administratif individuel, la solution de la non-application rentrait en dissonance avec le régime habituel de l'acte administratif illégal (56).

En outre, la solution de l'intégration des ordres juridiques paraît aussi plus compatible avec le principe d'équivalence, étant donné qu'il est plus facile d'imaginer que de cette façon les normes européennes reçoivent un traitement, et donc un niveau de protection, égal au celles des normes nationales.

4. *De l'annulation de l'acte administratif, à la recherche de la souveraineté européenne.*

En vertu de l'analyse effectuée jusqu'ici, on peut conclure que le problème sous-jacent relatif aux incertitudes interprétatives majeures en France et en Italie semble être le même, quoique étudié selon différents angles et prospectives.

Dans le raisonnement du Conseil d'État italien les incertitudes relatives à l'application des normes européennes à l'appui d'un recours contre un acte administratif individuel n'ont pas été déterminées spécifiquement par l'impossibilité pour le juge de créer des nouvelles normes. Celles-ci ont concerné néanmoins la nécessité de clarifier quelles normes étaient applicables au procès, problème qui n'a été résolu qu'en admettant que les normes européennes soient intégrées dans les ordres juridiques nationaux. C'est seulement par cette reconnaissance qu'on a dépassé toutes les interdictions à l'application directe des normes européennes et, en même temps, qu'on a reconnu que le régime de l'acte administratif ne change pas en raison de la nature, national ou européen, de la norme violée.

Mais, si en amont de la question relative à la nullité de l'acte administratif « anti-communautaire » il y avait un problème de relation entre les

(55) A. CELOTTO, *Venisti tandem! La Corte, finalmente, ammette che le norme comunitarie sono « cogenti e sovraordinate »*, *Giur. cost.*, 1, 2010.

(56) A. GATTO, *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, dans cette *Revue*, 6, 2002.

ordres juridiques, la solution de l'intégration semble poser à son tour une ultérieure question: le caractère souverain, ou non, de l'Union européenne.

Il est juste nécessaire de rappeler ici que les États membres subissent une limitation de leur souveraineté, proportionnelle aux compétences reconnues à l'Union (57). Mais en dépit de cette limitation, on peut se demander alors ce qu'il est advenu de ce fragment de souveraineté et si il pourrait être temps d'envisager la possibilité de parler d'un caractère souverain de l'Union européenne (58).

Il fait s'interroger, en particulier, sur le point de savoir si l'on ne devrait plus parler simplement de primauté du droit européen, mais s'exprimer en termes de « souveraineté » de l'Union Européenne. Le concept de la primauté, en effet, était pour la première fois expressément reconnu par la Cour de justice dans l'affaire *Costa c. Enel* du 15 juillet 1964 (59), afin de réglementer les relations entre le droit communautaire et le droit national, et donc comme règle de priorité d'application (60). Par conséquent, il ne semble pas cohérent d'étendre la portée de ce principe à tel point de justifier, seulement en vertu de celui-ci, l'effet direct des normes européennes non transposées en relation à des rapports juridiques régis par des actes administratifs individuels.

À cet égard on a estimé qu'il est en train de se développer « un processus d'origine jurisprudentielle au terme duquel, en vertu des principes de primauté et d'effet direct, le droit (de l'Union), et en lui d'abord les traités qui le fondent, s'élèvent à la dignité de norme suprême dans l'aire d'influence (de l'Union) » (61).

Donc, le renoncement à une partie de leur souveraineté par les États membres en vue de participer à l'Union européenne pourrait être vue non seulement comme l'acceptation de l'obligation de transposer les normes de l'Union, mais aussi comme le moyen par lequel on transfère à l'Union cette partie de souveraineté.

On pourrait objecter qu'il n'y a là aucune nouveauté, étant donné qu'un raisonnement similaire pouvait déjà être mené en rapport aux normes, tels que les règlements, dotés d'effet direct par les traités. Mais

(57) Même si on a souligné que le droit européen tend à avoir une influence que va généralement au-delà des limites des matières de sa compétence (F. ITALO, *Diritto comunitario e diritto nazionale, una convivenza problematica. Riflessi sulla materia degli appalti pubblici*, Urb. app., 6, 2007).

(58) Il s'est montré favorable à la reconnaissance de la souveraineté de l'Union européenne, en vertu des pouvoirs à elle conférés, L. DANIELE, *Diritto dell'Unione Europea*, Milano, Giuffrè, 2010.

(59) Cour de justice, arrêt du 15 juillet 1964, affaire n° 6-64, *Costa c. Enel*. On peut rappeler en particulier que la Cour avait affirmé que « le transfert opéré par les États, de leur ordre juridique interne au profit de l'ordre juridique communautaire, des droits et obligations correspondant aux dispositions du traité, entraîne donc une limitation définitive de leurs droits souverains contre laquelle ne saurait prévaloir un acte unilatéral ultérieur incompatible avec la notion de Communauté ».

(60) HENRI LABAYLE; JEAN-LUC SAURON, *La Constitution française à l'épreuve de la Constitution pour l'Europe*, cit.

(61) L. AZOULAI, *La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation*, RFD, 2003.

puisque un tel effet est rendu possible en vertu d'une disposition expressément voulue par les traités, on peut estimer qu'en ce cas l'effet direct dérive de la ratification du traité par les États.

Mais le fait que les normes que en vertu du traité requerraient d'être transposées soient susceptible d'être directement efficaces dans les États membres semble ne plus permettre de justifier l'effet direct de cette façon.

L'effet direct n'est pas prévu par une disposition du traité, préalablement acceptée, signée et ratifiée par les États membres, modifiant au passage la nature même du droit de l'Union européenne.

Pour justifier un tel phénomène, la façon plus cohérente pourrait être de commencer à se demander si l'Union Européenne est une organisation souveraine, légitimant ainsi le fait qu'elle puisse adopter des dispositions productives des droits (pour les particuliers) et des obligations (pour les États) (62).

Le récent traité de Lisbonne semble confirmer cette éventualité. Le Préambule spécifie en effet que les Etats contractants sont « résolus à franchir une nouvelle étape dans le processus d'intégration européenne », étant donné « la nécessité d'établir des bases solides pour l'architecture de l'Europe future », afin « de renforcer le caractère démocratique et l'efficacité du fonctionnement des institutions », en vue de « mettre en œuvre une politique étrangère et de sécurité commune, y compris la définition progressive d'une politique de défense commune, qui pourrait conduire à une défense commune ».

Il semble, par conséquent, que l'on puisse affirmer que, compte tenu d'un tel élargissement des compétences de l'Union, la voie à la reconnaissance du caractère souverain de l'Union européenne est loin d'être close.

5. Conclusion.

L'Union européenne connaît actuellement une période caractérisée par une forte contradiction, au sein de laquelle la consolidation de l'intégration institutionnelle découlant du traité de Lisbonne prend le contrepied du scepticisme général suscité par la crise économique.

Dans un contexte où les forces politiques se montrent prudentes et conservatrices, les juges, tant européens que nationaux, jouent un rôle clé grâce à une constante œuvre interprétative qui, par leur interprétation renouvelée, aide à consolider et renforcer la valeur et la légitimité de l'Union européenne.

En ce sens, donc, la reconnaissance de la valeur des directives non transposées en droit national dépasse la simple question relative au régime des actes administratifs et devient une source d'interprétation précieuse qui

(62) Il est intéressant de noter que l'un des objectifs du traité de Rome de 1957, tel que défini par la Cour de justice à la lumière du préambule du traité, était « la création d'organes qui institutionnalisent des droits souverains dont l'exercice affecte aussi bien les États membres que leurs citoyens » (Cour de justice, arrêt du 5 février 1963, affaire 26/62, *van Gend & Loors*, 3). Cet objectif semble aujourd'hui avoir été ambitieusement atteint.

révèle la nature même de l'Union, dans le processus de « intégration silencieuse » (« *integrazione silente* ») (63).

Il ne reste qu'à attendre la prochaine étape de la Cour de Justice qui, en s'appuyant sur un consensus plus large entre les tribunaux nationaux, pourra ainsi faire un pas de plus vers la consolidation de l'Union européenne.

(63) L'expression est de G. MARTINICO, *L'integrazione silente. La funzione interpretativa della Corte di Giustizia e il diritto costituzionale europeo*, Napoli, Jovene, 2008.