

REVUE DE LA FACULTÉ DE DROIT
UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

**DROIT TRANSITOIRE
JURISPRUDENTIEL**

**PERSPECTIVE
COMPARATIVE**

VOLUME 26 / 2002-2 SEMESTRIEL

26

=====
EXTRAIT
=====

BRUYLANT
BRUXELLES
2 0 0 2

LE DROIT
TRANSITOIRE JURISPRUDENTIEL
DANS LA PRATIQUE
DES JURIDICTIONS EUROPÉENNES

PAR

EMMANUELLE BRIBOSIA

ASSISTANTE À L'INSTITUT D'ÉTUDES EUROPÉENNES
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

ET

ISABELLE RORIVE

ASSISTANTE À LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ LIBRE DE BRUXELLES

INTRODUCTION

Comme tout acte juridictionnel, les arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et ceux de la Cour européenne des droits de l'homme (CEDH) ont une portée déclaratoire : ils sont supposés « dire le droit » tel qu'il a toujours été (1). Ceci signifie qu'ils sont susceptibles de mettre en question le droit national d'un Etat membre, non pas à partir du jour de leur prononcé, mais bien à partir du jour où cet Etat a ratifié l'instrument européen en cause ou, dans l'hypothèse du droit dérivé, dès le moment de l'entrée en vigueur de celui-ci.

Lorsque le juge modèle de façon significative la norme qu'il applique, cette fiction déclarative de la décision de justice — qui va de pair avec son application rétroactive — peut, on le sait, conduire à des situations délicates, pour ne pas dire épi-

(1) Pour la CJCE, l'effet déclaratoire de ses décisions se manifeste dans le cadre des différents contentieux dont elle a à connaître : recours en annulation (article 230 CE), renvoi préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité (article 234 CE), recours en manquement (article 227 CE) et recours en carence (article 232 CE). Voir, pour un commentaire : D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, P.U.F., 1997, p. 359, n° 366; p. 485, n° 501; p. 446, n° 458 et p. 377, n° 388.

neuses. Il en est ainsi lorsque le juge procède à une interprétation évolutive et, de manière encore plus aiguë, lorsqu'il renverse une jurisprudence établie.

Or, tant la CEDH que la CJCE admettent donner de la Convention européenne des droits de l'homme ou du traité communautaire une interprétation dynamique (2). De surcroît, ces juridictions modifient parfois radicalement leur position (3). Dans ces hypothèses, la nature rétroactive des décisions de la CJCE et de la CEDH peut mettre à mal la sécurité juridique et les attentes légitimes des destinataires de la norme, d'autant plus que ces juridictions, sans être liées par leurs précédents, se disent attentives au respect de ceux-ci (4).

Mais il y a plus. Les deux juridictions européennes sont amenées, selon des voies qui leur sont propres et dans des contextes différents, à décider de la compatibilité de règles nationales avec la Convention européenne des droits de l'homme ou le droit communautaire (5). Les implications des

(2) Pour la CEDH, voir, parmi bien d'autres, CEDH, arrêt du 25 avril 1978, *Tyrrer c. Royaume-Uni*, Série A n° 26, § 31; CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A n° 31, § 41; CEDH, arrêt du 22 octobre 1981, *Dudgeon c. Royaume-Uni*, Série A n° 45, § 60; CEDH, arrêt du 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97, § 52. Pour la CJCE, voir les exemples cités par L. NEVILLE BROWN and T. KENNEDY, *The Court of Justice of the European Communities*, London, Sweet & Maxwell, 1994, 4th ed., pp. 316-321; R. DEHOUSSE, *La Cour de justice des communautés européennes*, Paris, Ed. Montchrestien, 1997, 2^e éd., pp. 65 et s.

(3) Pour la CEDH, voir tout particulièrement les cas d'espèce où la Cour a explicitement reconnu renverser sa jurisprudence : CEDH, arrêt du 2 mars 1987, *Mathieu-Mohin et Clerfayt c. Belgique*, Série A, n° 113, § 48; CEDH, arrêt du 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, Rec. 1999-VIII, § 61, 63-64; CEDH, arrêt du 10 mai 2001, *Z et autres c. Royaume-Uni*, req. n° 29392/95, § 100. Sur la pratique du revirement dans la jurisprudence de la CEDH, voir S. VAN DROOGHENBROECK, *La proportionnalité dans le droit de la Convention européenne des droits de l'homme. Prendre l'idée simple au sérieux*, Bruxelles, Bruylant, 2001, n°s 1022 et s.

Pour la CJCE, voir notamment les revirements explicites de jurisprudence suivants : CJCE, arrêt du 17 octobre 1990, *S.A. CNL-SUCAL N.V. c. HAG GF AG*, aff. C-10/89, Rec., p. I-3711 et les conclusions de l'avocat général M.F.G. JACOBS; CJCE, arrêt du 24 novembre 1993, *Keck et Mithouard*, aff. C-267/91 et C-268/91, Rec., p. 6097.

(4) Pour la CEDH, voir, par exemple, L. WILDHABER, « Precedent in the European Court of Human Rights », in *Protecting Human Rights : The European Perspective. Studies in memory of Rolv Ryssdal*, Köln — Berlin — Bonn — München, Carl Heymanns Verlag KG, 2000, pp. 1529 et s. Pour la CJCE, dans le cadre du contentieux préjudiciel en interprétation, voir, par exemple, L. NEVILLE BROWN and T. KENNEDY, *o.c.*, 1994, 4th ed., pp. 343 et s.; O. DE SCHUTTER, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 467 et s.

(5) Pour un exposé plus développé, consulter P.-H. TEYGEN, « The Temporal Effects of the Judgments of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Communities », *Human Rights L.J.*, 1980, vol. 1, pp. 36 et s.

décisions constatant que le droit d'un Etat est en violation avec le droit européen peuvent être considérables dans la mesure où de nombreuses situations juridiques ont été réglées sur la base du droit national critiqué. L'effet « quasi *erga omnes* » qui s'attache à certaines de leurs décisions ainsi que « l'autorité de la chose interprétée » dont elles peuvent être revêtues participent de cette constatation (6).

A cela, s'ajoutent, pour la CJCE, les problèmes particuliers que pose le contentieux objectif dont elle a la charge. Le traité lui confie en effet la tâche de se prononcer sur la validité même d'une règle de droit communautaire dérivé au regard du droit primaire et d'en prononcer l'annulation en cas de non-conformité (7).

L'application rétroactive des décisions de la CEDH et de la CJCE est, on le voit, susceptible de créer des difficultés pratiques considérables. Plusieurs questions méritent dès lors d'être examinées. Ces deux juridictions ont-elles abordé l'incidence de leurs décisions dans une perspective temporelle? Le cas échéant, à quels mécanismes ont-elles recouru pour tempérer les effets rétroactifs de leurs arrêts? Peut-on parler d'un véritable droit jurisprudentiel transitoire dans la pratique des deux juridictions européennes? C'est à ces questions que nous tenterons de répondre en examinant tour à tour la jurisprudence de la CJCE (8) et celle de la CEDH et en comparant les solutions apportées par chacune d'entre elles.

(6) Sur la notion d'autorité de la chose interprétée qui s'attache aux arrêts de la CEDH, consulter J. VELU, « A propos de l'autorité jurisprudentielle des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme : vues et droit comparé sur les évolutions en cours », *Hommage à François Rigaux. Nouveaux itinéraires en droit*, Bruxelles, Bruylant, 1993, pp. 527 et s.; E. LAMBERT, *Les effets des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme. Contribution à une approche pluraliste du droit européen des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 287 et s.

Pour la CJCE, sur la notion d'autorité de la chose interprétée sur renvoi préjudiciel en interprétation, voir L. NEVILLE BROWN and T. KENNEDY, *o.c.*, 1994, 4th ed., pp. 343 et s.; O. DE SCHUTTER, *o.c.*, 1999, pp. 433 et s. Sur la notion d'effet « quasi *erga omnes* » dans le contentieux en appréciation de validité, voir G. ISAAC, « La modulation par la Cour de justice des Communautés européennes des effets dans le temps de ses arrêts d'invalidité », *C.D.E.*, 1987, p. 458.

(7) Articles 230 et 231 CE (anciens articles 173 et 174 du traité CE).

(8) Dans cette étude, nous nous limiterons à la pratique de la Cour de justice des Communautés européennes, à l'exclusion de celle du Tribunal de première instance, dans la mesure où la Cour est la seule à connaître de l'ensemble des contentieux dans lesquels s'est posé ce type de questions.

I. — LA PRATIQUE DE LA COUR DE JUSTICE
DES COMMUNAUTÉS EUROPÉENNES

C'est uniquement dans le cadre du contentieux en annulation que le texte du traité instituant la Communauté européenne réserve à la CJCE la faculté de limiter les effets de ses arrêts dans le temps (9). Toutefois, la question s'est rapidement posée d'étendre cette compétence de la Cour à d'autres contentieux et, en particulier, aux renvois préjudiciels en interprétation et en appréciation de validité ainsi qu'au contentieux en manquement. Dans ces hypothèses aussi, les décisions de la Cour sont susceptibles de mettre à mal la sécurité juridique et les droits acquis des justiciables. La Cour est, en effet, amenée, dans ces cas, non seulement à fixer la portée du droit communautaire, mais aussi à en donner une interprétation nouvelle ou même à invalider une norme communautaire. Des aménagements à la rétroactivité de principe de ces arrêts se sont dès lors révélés nécessaires aux yeux de la CJCE.

1. — *Recours en annulation*

1.1. *Fondement*

L'article 231, alinéa 2 CE dispose qu'« en ce qui concerne les règlements, la Cour de justice indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets du règlement annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». La nature objective du contentieux en annulation explique l'organisation d'une telle faculté (10). L'effet *erga omnes* de l'arrêt en annulation — qui aboutit à déclarer « nul et non avenue l'acte contesté » — combiné à son caractère rétroactif sont susceptibles de saper la sécurité juridique ou de porter atteinte aux droits qui tiraient leur fondement de la norme annulée. Cette perturbation de l'ordre juridique rend, dès lors, parfois nécessaire l'aménage-

(9) Article 231, al. 2 CE (ancien article 174, al. 2 du traité CE).

(10) F. OST, « L'heure du jugement. Sur la rétroactivité des décisions de justice. Vers un droit transitoire de la modification des règles jurisprudentielles », F. OST et M. VAN HOECKE (sous la dir.), *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer?*, Bruxelles, Bruylant, 1998, pp. 113 et s.

ment de la disparition *ex tunc* de la norme contestée et des actes juridiques pris sur la base de cette dernière.

Déjà dans le cadre du contentieux en annulation, la CJCE ne s'est pas laissée enfermer par le texte du traité. Au-delà de la lettre de l'article 231, la Cour a étendu sa prérogative, par voie prétorienne, aux actes autres que les règlements, tels que notamment les directives (11), les décisions d'ordre budgétaire (12) ou d'autres décisions (13).

1.2. Conditions

En vertu de l'habilitation expresse contenue dans le traité, la CJCE dispose d'un pouvoir discrétionnaire (« si elle l'estime nécessaire ») pour limiter dans le temps les effets de ses arrêts d'annulation. Néanmoins, la Cour a fait jusqu'ici un usage prudent de cette habilitation en subordonnant sa mise en œuvre à l'existence « d'importants motifs de sécurité juridique » (14). Le souci d'assurer la continuité du droit ou de réduire les incidences de la rétroactivité sur les droit acquis encadre ainsi le recours à l'article 231, alinéa 2 CE.

C'est notamment en matière budgétaire que le souci d'assurer la continuité du droit, et en particulier du service public européen, a été pris en compte (15). Dans ce cadre, la Cour a affirmé que « d'importants motifs de sécurité juridique et la nécessité de garantir la continuité du service public européen

(11) CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-295/90, *Rec.*, p. I-4193; CJCE, arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-21/94, *Rec.*, p. I-1837, points 31-33.

(12) CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86, *Rec.*, p. 2155, point 48; CJCE, arrêt du 31 mars 1992, *Conseil c. Parlement*, aff. C-284/90, *Rec.*, p. I-2277, point 37; CJCE, arrêt du 7 décembre 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-341/95, *Rec.*, p. I-4411, points 43-45.

(13) CJCE, arrêt du 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, aff. C-360/93, *Rec.*, p. I-1195, points 33-36; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-106/96, *Rec.*, p. I-2729, points 40-42; CJCE, arrêt du 28 mai 1998, *Parlement c. Conseil*, aff. C-22/96, *Rec.*, p. I-3231, points 39 à 42.

(14) CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86, *Rec.*, p. 2155, point 48; CJCE, arrêt du 31 mars 1992, *Conseil c. Parlement*, aff. C-284/90, *Rec.*, p. I-2277, point 37; CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-295/90, *Rec.*, p. I-4193; CJCE, arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-21/94, *Rec.*, p. I-1837; CJCE, arrêt du 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, aff. C-360/93, *Rec.*, p. I-1195; CJCE, arrêt du 12 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-106/96, *Rec.*, p. I-2729; CJCE, arrêt du 28 mai 1998, *Parlement c. Conseil*, aff. C-22/96, *Rec.*, p. I-3231, point 41.

(15) Ce souci s'est également manifesté dans le domaine de la fiscalité : voir CJCE, arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-21/94, *Rec.*, p. I-1837, points 31-33.

exigent que l'annulation de l'acte par lequel le Président du Parlement a constaté l'adoption définitive d'un budget rectificatif et supplémentaire des Communautés européennes, intervenant après la clôture de l'exercice budgétaire, ne puisse mettre en cause la validité ni des opérations de paiement ou d'engagement effectuées ni de celles relatives à l'appel et à la perception des ressources propres effectuées avant le prononcé de l'arrêt d'annulation » (16).

Par ailleurs, préserver l'effectivité de certains droits acquis a notamment conduit la Cour à annuler *ex nunc* une décision de la Commission octroyant des subventions en faveur de projets européens de lutte contre l'exclusion sociale. A cette occasion, la Cour a souligné que l'annulation « [intervenant] à un moment où l'essentiel sinon la totalité des paiements correspondants ont été effectués, d'importants motifs de sécurité juridique, (...), justifient que la Cour (...) décide que l'annulation n'affecte pas la validité des paiements effectués ni celle des engagements pris en vertu des contrats faisant l'objet du financement en cause » (17).

1.3. Modalités

La Cour a interprété largement son pouvoir d'indiquer ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs. Au nom de la continuité du droit, elle a, par exemple, décidé de maintenir les effets du règlement du Conseil fixant le niveau de rémunération des fonctionnaires « jusqu'au moment où le Conseil aura édicté, consécutivement au présent arrêt, un nouveau règlement » (18). Dans la même ligne, à l'occasion de l'arrêt annulant la directive 90/366 rela-

(16) CJCE, arrêt du 31 mars 1992, *Conseil c. Parlement*, aff. C-284/90, *Rec.* p. I-2277, point 37. Voir aussi, CJCE, arrêt du 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, aff. 34/86, *Rec.*, p. 2155, point 48; CJCE, arrêt du 5 juillet 1995, *Parlement c. Conseil*, aff. C-21/94, *Rec.*, p. I-1837; CJCE, arrêt du 28 mai 1998, *Parlement c. Conseil*, aff. C-22/96, *Rec.*, p. I-3231, point 41.

(17) CJCE, arrêt du 12 mai 1998, *Royaume-Uni c. Commission*, aff. C-106/96, *Rec.*, p. I-2729. Voir aussi : CJCE, arrêt du 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, aff. C-360/93, *Rec.*, p. I-1195, points 33-36.

(18) CJCE, arrêt du 5 juin 1973, *Commission c. Conseil*, aff. 81/72, *Rec.*, p. 587, point 15. Pour une espèce dans laquelle la Cour a maintenu, jusqu'à son remplacement par un acte valide, un budget en cours, malgré l'annulation de l'acte du Président du Parlement européen arrêtant ce budget, voir CJCE, arrêt du 7 décembre 1995, *Conseil c. Parlement*, aff. C-41/95, *Rec.*, p. I-4430.

tive au droit de séjour des étudiants, la Cour a considéré que « l'annulation pure et simple de la directive (...) serait de nature à porter préjudice à l'exercice d'un droit découlant du traité, à savoir le droit de séjour des étudiants en vue d'une formation professionnelle (...). Dans ces circonstances, d'importants motifs de sécurité juridique (...) justifient que la Cour (...) décide le maintien provisoire de l'ensemble des effets de la directive annulée jusqu'à son remplacement par une nouvelle directive adoptée sur la base juridique appropriée » (19).

Dans de tels cas, la Cour ne se contente pas de préserver certains effets passés de l'acte invalidé. Elle en prolonge l'existence même pour le futur.

Nous verrons dans le cadre du contentieux préjudiciel en interprétation et en appréciation de validité que la Cour ménage une limitation à l'effet prospectif qu'elle confère, dans certaines circonstances à ses décisions, au nom d'une protection juridictionnelle effective (20). A notre connaissance, elle n'a pas prévu une telle limitation en ce qui concerne le recours en annulation. Cela peut certainement s'expliquer par le fait que la limitation des effets dans le temps des arrêts en annulation porte le plus souvent sur des actes de portée générale. La validité de tels actes ne peut être directement attaquée par des personnes physiques ou morales que dans des cas exceptionnels. Les autres catégories de requérants à la base de tels recours en annulation ont quant à eux toujours intérêt à une annulation, même purement prospective (21).

2. — Renvoi préjudiciel en interprétation

La position de la Cour de justice relative aux effets dans le temps de ses arrêts rendus sur questions préjudicielles en interprétation est exprimée dans les attendus suivants :

(19) CJCE, arrêt du 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, aff. C-295/90, *Rec.*, p. I-4193. Il est à noter qu'en l'espèce, le contenu normatif essentiel de la directive, dont le délai de mise en œuvre par les Etats membres était déjà venu à échéance, n'était mis en cause ni par les institutions communautaires ni par les Etats membres.

(20) Voir *infra*, points 2.3. et 3.3.

(21) Voir en ce sens F. OST et S. VAN DROOGHENBROECK, « Le droit transitoire jurisprudentiel dans la pratique des juridictions belges », dans *cette Revue*, note de bas de page 166.

« Conformément à une jurisprudence constante, l'interprétation que la Cour donne d'une règle du droit communautaire, dans l'exercice de la compétence que lui confère l'article 177 du traité (nouvel article 234 CE), éclaire et précise, lorsque besoin en est, la signification et la portée de cette règle, telle qu'elle doit ou aurait dû être comprise et appliquée depuis le moment de sa mise en vigueur. Il en résulte que la règle ainsi interprétée peut et doit être appliquée par le juge même à des rapports juridiques nés et constitués avant l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation, si par ailleurs les conditions permettant de porter devant les juridictions compétentes un litige relatif à l'application de ladite règle se trouvent réunies (...).

Ce n'est qu'à titre *exceptionnel* que la Cour peut, par application d'un *principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire*, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des *relations juridiques établies de bonne foi*. Pareille limitation ne peut être admise que par la Cour, dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée (22) » (23).

Par ailleurs, la Cour de justice a ménagé, nous le verrons, une restriction à l'effet prospectif qu'à titre *exceptionnel* elle confère à ses arrêts en interprétation.

La jurisprudence de la Cour appelle des développements quant au fondement sur lequel repose la limitation dans le temps des effets de ses arrêts interprétatifs (2.1) ainsi que quant aux conditions (2.2) et modalités (2.3) selon lesquelles s'exerce une telle prérogative.

2.1. *Fondement*

Chronologiquement, l'arrêt *Defrenne II* est le premier à l'occasion duquel la Cour a abordé, de manière explicite, la question

(22) Pour de plus amples développements relatifs à cette condition de nature procédurale, voir G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, p. 461.

(23) CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association c. Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-6079, points 141-142 (c'est nous qui soulignons). Dans le même sens, voir notamment CJCE, arrêt du 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 81/79, *Rec.*, p. 1223, points 16-17; CJCE, arrêt du 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jtes 86, 127 et 128/79, *Rec.*, pp. 1260-1261, points 9-10; CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaziot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 406, points 27-28; CJCE, arrêt du 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-2685, points 107-108.

de la limitation dans le temps des effets de ses décisions préjudicielles. Dans cette affaire, il s'agissait pour la Cour de se prononcer sur l'effet direct de l'ancien article 119 du traité CEE (nouvel article 141 CE) qui consacre l'égalité de rémunération entre les travailleurs féminins et masculins. Dès lors que la Cour conférait un tel effet à cette disposition, se posait la question de l'applicabilité de ce principe à des périodes de rémunération antérieures à la date de l'arrêt. Les gouvernements de certains Etats membres avaient attiré l'attention de la Cour sur les conséquences économiques désastreuses qui résulteraient de l'effet rétroactif d'une telle décision, conséquences susceptibles notamment d'acculer certaines entreprises à la faillite (24). La Cour a entendu cette mise en garde. Au nom de « *considérations impérieuses de sécurité juridique* tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés », elle a, tout en reconnaissant l'effet direct du principe de l'égalité de rémunération sur la base du sexe, renoncé à mettre en cause les rémunérations pour des périodes passées (25).

Dans des arrêts ultérieurs, la Cour de justice a précisé le fondement sur la base duquel elle se reconnaît compétente pour donner une portée prospective à ses décisions. Elle s'y réfère à « *un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire* » (26). Il est à noter que la Cour a préféré rattacher sa compétence à un principe général plutôt que de procéder à une extension discutable du pouvoir de limiter dans le temps les effets de ses arrêts en annulation qui lui est conféré par le traité (27).

(24) CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43-75, *Rec.*, p. 481, points 69-70, voir aussi pp. 464-466. Sur cette décision, voir, notamment, A. KHOL, « Observation sur la 'non-rétroactivité' de l'autorité de l'arrêt *Defrenne* prononcé le 8 avril 1976 par la Cour de Justice des Communautés européennes », *R.C.J.B.*, 1977, pp. 231 et s.; W. VAN GERVEN, « Contribution de l'arrêt *Defrenne* au développement du droit communautaire », *C.D.E.*, 1997, pp. 131 et s.; M. WAELBROECK, « May the Court of Justice limit the retrospective operation of its judgments? », *Y.E.L.*, 1981, pp. 115 et s.

(25) *Ibid.*, p. 482, point 74 (c'est nous qui soulignons).

(26) CJCE, arrêt du 27 mars 1980, *Salumi*, aff. jtes 66, 127 et 128/79, *Rec.*, p. 1261, point 10; CJCE, arrêt du 27 mars 1980, *Denkavit Italiana*, aff. 61/79, *Rec.*, p. 1223, point 17; CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 406, point 28; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association c. Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. 5079, point 142; CJCE, arrêt du 4 mai 1999, *Surul*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-2685, point 108; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, aff. C-437/97, *Rec.*, p. I-1157, point 57; CJCE, arrêt du 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar*, aff. C-366/99, point 74; CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6103, point 51.

(27) Article 231, al. 2 CE. Voir les développements *supra*.

2.2. Conditions

La Cour a d'emblée tenu à souligner le caractère exceptionnel de la prérogative qu'elle s'arrogeait. Dès l'arrêt *Defrenne II*, elle a précisé que « si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, on ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé » (28).

La Cour subordonne l'application prospective de ses décisions en interprétation à des conditions restrictives : « une limitation des effets de l'arrêt statuant sur la demande d'interprétation apparaît *tout à fait exceptionnelle* (...). La Cour n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, lorsqu'il existait un *risque de répercussions économiques graves* dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation [nationale] considérée auparavant comme étant valablement en vigueur, et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une *incertitude objective et importante quant à la portée des dispositions communautaires*, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comportements mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission (29) ».

A la lumière de la jurisprudence de la Cour, deux éléments essentiels entrent en compte afin de déterminer si une limitation de l'effet rétroactif des arrêts en interprétation se justifie.

1°) *Premièrement*, est requise l'existence d'une incertitude objective quant à la portée du droit communautaire concerné. C'est parce que cette incertitude objective est de nature à créer un doute légitime dans le chef des destinataires du droit communautaire quant à leurs obligations, qu'il serait injuste

(28) CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43-75, *Rec.*, p. 481, point 71. Voir aussi, notamment, CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blatzot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 406, point 30; CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Legros*, aff. C-163/90, *Rec.*, p. I-4625, point 30; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, aff. C-437/97, *Rec.*, p. I-1157, point 57.

(29) CJCE, arrêt du 11 août 1995, *Rodens c. Inspecteur der Invoerrecht en Accijnzen*, aff. C-367/93 à C-377/93, *Rec.*, p. I-2229, point 43 (c'est nous qui soulignons).

de faire peser sur ces derniers les conséquences d'une interprétation clarificatrice ou nouvelle. La preuve d'une telle ambiguïté quant au contenu du droit communautaire incombe à la personne qui s'en prévaut (30).

La Cour de justice a refusé de faire droit à une limitation dans le temps d'un arrêt en interprétation notamment, lorsque l'interdiction résultant du droit communautaire était fixée dans une disposition claire dont la portée avait été précisée par la Cour et qu'en outre, l'attention des Etats membres avait été rapidement attirée par la Commission sur les problèmes que pouvait susciter la mise en œuvre de la taxe en cause (31). Dans la même ligne, la Cour de justice a rejeté une demande d'application prospective de sa décision en présence « d'une jurisprudence ancienne, abondante et diversifiée, qui ne laisse pas subsister de doute sur la portée » de la disposition communautaire pertinente (32). Une telle position s'impose d'autant plus, selon la Cour, que l'Etat membre concerné avait déjà fait l'objet d'une procédure en manquement (33). Est-il permis de déduire de cette dernière affirmation que l'absence d'une procédure de ce type crée nécessairement l'incertitude? Une telle conclusion serait abusive dans la mesure où il ressort de la jurisprudence de la Cour qu'une incertitude objective quant à la portée du droit communautaire n'existe pas du seul fait que la Commission, ayant connaissance d'une violation du droit communautaire par un Etat membre, n'a pas jugé utile d'agir pour la faire cesser (34).

La Cour de justice a reconnu l'existence d'une incertitude quant au contenu d'une disposition du traité lorsque des normes de droit dérivé ont pu conduire les Etats membres et les milieux intéressés à « se méprendre sur la portée exacte de

(30) CJCE, arrêt du 13 février 1996, *Bautiaa et Société française maritime*, aff. C-197/94 et C-252/94, *Rec.*, p. I-505, point 50; CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, point 54.

(31) CJCE, arrêt du 31 mars 1992, *Dansk Denkavit et Poulsen Trading c. Skatteministeriet*, aff. C-200/90, *Rec.*, p. I-2217, point 22.

(32) CJCE, arrêt du 11 août 1995, *Rodgers c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, aff. C-367/93 à C-377/93, *Rec.*, p. I-2229, point 44; CJCE, arrêt du 23 mai 2000, *Johann Buchner*, aff. C-104/98, *Rec.*, p. I-3625, point 40.

(33) CJCE, arrêt du 11 août 1995, *Rodgers c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, aff. C-367/93 à C-377/93, *Rec.*, p. I-2229, point 44.

(34) CJCE, arrêt du 19 octobre 1995, *The Queen c. Secretary of State for Health, ex parte Richardson*, aff. C-137/94, *Rec.*, p. I-3407, point 35.

leurs obligations » (35). Par ailleurs, lorsque la Cour se prononce pour la première fois sur l'interprétation d'une disposition communautaire dont la portée est incertaine — soit en raison des pratiques des institutions communautaires, soit en lien avec sa propre jurisprudence — elle admet de limiter dans le temps les effets de sa décision. Ainsi, dans l'arrêt *Blaizot*, la Cour a pour la première fois considéré que l'enseignement universitaire relevait de la formation professionnelle au sens de l'ancien article 128 du traité CEE (nouvel article 151 CE) et par conséquent, que l'interdiction de discrimination fondée sur la nationalité était applicable aux droits d'inscription perçus par les universités (36). Une telle position était directement liée à l'évolution de la politique commune de formation professionnelle, évolution d'ailleurs reflétée dans le comportement de la Commission. Alors qu'en 1984, cette dernière ne considérait pas l'imposition d'un minerval plus élevé aux ressortissants communautaires comme contraire au droit communautaire, à partir de 1985, elle a signalé à la Belgique qu'elle avait modifié sa position sans toutefois en préciser clairement les contours (37). Enfin, la Cour de justice est également attentive à l'état d'incertitude quant à la compatibilité des règles nationales critiquées avec le droit communautaire qui peut résulter des caractéristiques propres à certaines situations. Dans cette perspective, elle a notamment retenu les spécificités des départements français d'outre-mer et les particularités de l'octroi de mer qui y est perçu (38).

2°) *Deuxièmement*, la Cour a égard aux répercussions financières pour déterminer si une limitation de l'effet rétroactif de sa décision en interprétation se justifie. L'impact économique a ainsi été pris en compte, à de multiples reprises, par la Cour

(35) CJCE, arrêt du 17 mai 1990, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. C-262/88, *Rec.*, p. I-188, point 43.

(36) CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 406, point 29. Pour d'autres cas d'espèce, voir aussi CJCE, arrêt du 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-2685, points 107-111, 113; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, aff. C-437/97, *Rec.*, p. I-1157, point 58.

(37) CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, pp. 406-407, points 31-32.

(38) CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Legros*, aff. C-163/90, *Rec.*, p. I-4625, point 31. Voir aussi CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association c. Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-5079, point 143.

afin d'appuyer l'effet prospectif de certaines de ses décisions (39). La Cour a toutefois considéré qu'il ne pouvait s'agir d'un motif suffisant pour l'autoriser à se prononcer en ce sens. « S'il en était autrement, [dit la Cour], les violations les plus graves seraient traitées plus favorablement, dans la mesure où ce sont elles qui sont susceptibles d'avoir les implications financières les plus importantes pour les États membres, et s'appuyer uniquement sur ce type de considérations aboutirait à réduire de façon substantielle la protection juridictionnelle des droits que les contribuables tirent de la réglementation fiscale communautaire » (40). Par ailleurs, la Cour a estimé que « les difficultés administratives et pratiques résultant du réexamen de nombreux dossiers (...) ne sauraient être assimilées à des troubles graves » et ne sauraient, par conséquent, constituer un motif légitime pour tempérer la portée rétroactive d'un arrêt en interprétation (41).

Les États mettent tout spécialement en avant les considérations financières catastrophiques que pourrait entraîner une application rétroactive d'une interprétation nouvelle ou clarificatrice de la Cour. Cette dernière accorde une importance essentielle à l'existence d'une incertitude objective quant à la portée du droit communautaire et, partant, d'un doute légitime dans le chef des destinataires de ce droit. Ce n'est que, le cas échéant, qu'elle tiendra compte des conséquences économiques désastreuses pour moduler les effets de sa décision dans le temps.

(39) Voir, par exemple, CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43-75, *Rec.*, p. 482, point 74 (de manière implicite); CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 407, point 34; CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Legros*, aff. C-163/90, *Rec.*, p. I-4625, point 34; CJCE, arrêt du 4 mai 1999, *Sürül*, aff. C-262/96, *Rec.*, p. I-2685, point 111.

(40) CJCE, arrêt du 11 août 1995, *Rodens c. Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen*, aff. C-367/93 à C-377/93, *Rec.*, p. I-2220, point 48. Voir aussi : CJCE, arrêt du 13 février 1996, *Bautiaa et Société française maritime*, C-197/94 et C-252/94, *Rec.*, p. I-505, point 55; CJCE, arrêt du 23 mai 2000, *Johann Buchner*, aff. C-104/98, *Rec.*, p. I-3625, point 40; CJCE, arrêt du 20 septembre 2001, *Rudy Grzelczyk*, aff. C-184/99, *Rec.*, p. I-6193, point 52; CJCE, arrêt du 29 novembre 2001, *Joseph Griesmar*, aff. C-366/99, point 75.

(41) CJCE, arrêt du 12 octobre 2000, *Cooke & Sons*, aff. C-372/98, *Rec.* p. I-8683, point 43.

2.3. Modalités

L'examen de la jurisprudence de la CJCE révèle deux types de modalités permettant, l'une, de relativiser la prospectivité exceptionnellement reconnue aux arrêts de la Cour et, l'autre, de tempérer le caractère par trop absolu de la rétroactivité de ceux-ci.

Une fois réunies les conditions exigées par la Cour pour conférer un effet prospectif à ses arrêts en interprétation, reste à déterminer l'étendue de cette prospectivité. Dès l'arrêt *Defrenne II* de 1976, la Cour a jugé bon de relativiser l'absence d'effet rétroactif de sa décision en permettant à la requérante ainsi qu'« aux travailleurs qui ont introduit antérieurement un recours en justice ou soulevé une réclamation équivalente » de se prévaloir de l'effet direct reconnu au principe d'égalité de rémunération entre travailleurs féminins et masculins (42). Une telle solution a été utilisée à maintes reprises dans la jurisprudence ultérieure de la Cour (43).

Par ailleurs, dans certains cas d'espèce où la Cour refuse de limiter l'effet rétroactif de sa décision, elle précise que cela n'affecte pas le droit pour les Etats membres d'aménager cette rétroactivité dans le cadre de leur autonomie procédurale, moyennant le respect des exigences d'équivalence et d'effectivité des recours nationaux visant à mettre en œuvre le droit communautaire (44). Un tel aménagement peut résulter de règles procédurales nationales, comme l'existence d'un délai national de forclusion des actions en remboursement d'impositions perçues en violation de la disposition de droit communautaire interprétée (45).

(42) CJCE, arrêt du 8 avril 1976, *Defrenne II*, aff. 43-75, *Rec.*, p. 482, point 74.

(43) CJCE, arrêt du 2 février 1988, *Blaizot c. Université de Liège*, aff. 24/86, *Rec.*, p. 407, point 34; CJCE, arrêt du 17 mai 1990, *Barber c. Guardian Royal Exchange Assurance Group*, aff. C-262/88, *Rec.*, p. I-1956, point 45; CJCE, arrêt du 16 juillet 1992, *Administration des douanes et droits indirects c. Legros*, aff. C-163/90, *Rec.*, p. I-4625, point 35; CJCE, arrêt du 15 décembre 1995, *Union royale belge des sociétés de football association c. Bosman*, aff. C-415/93, *Rec.*, p. I-5080, point 145; CJCE, arrêt du 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, aff. C-437/97, *Rec.*, p. I-1157, point 60.

(44) Sur la question de l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale, voir D. SIMON, *o.c.*, 1997, pp. 272-273, n° 287.

(45) CJCE, arrêt du 28 novembre 2000, *Roquette Frères*, aff. C-88/99, *Rec.*, p. I-10465, point 36. Voir aussi : CJCE, arrêt du 15 septembre 1998, *Edilizia Industriale Siderurgica*, aff. C-231/96, *Rec.*, p. I-4951, points 17-18.

3. — Renvoi préjudiciel en appréciation de validité

3.1. Fondement

Quelque temps après l'arrêt *Defrenne II* dans lequel la Cour de justice avait, pour la première fois, limité l'effet rétroactif d'un arrêt préjudiciel en interprétation, elle a été amenée à se prononcer sur l'existence d'une telle possibilité dans le cadre du contentieux préjudiciel en appréciation de validité. C'est à l'occasion de plusieurs arrêts rendus le 15 octobre 1980 que la Cour a assorti une déclaration d'invalidité de règlements fixant des montants compensatoires monétaires d'un simple effet *ex nunc*. Elle a considéré que « l'application par analogie de l'article 174, alinéa 2 du traité (nouvel article 231 CE) selon lequel la Cour peut indiquer quels effets d'un règlement déclaré nul doivent être considérés comme définitifs, s'impose pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux qui sont à la base de cette disposition » (46).

Une telle modulation des effets rétroactifs d'arrêts en appréciation de validité a suscité l'émoi des juges nationaux à l'origine des questions préjudicielles, au point que ces derniers ont purement et simplement refusé d'appliquer ce volet des arrêts de la Cour (47). Cette rébellion est en partie due à la manière particulièrement laconique avec laquelle la Cour a étendu, par analogie, les pouvoirs qui lui sont conférés par le traité en matière de recours en annulation.

En 1985, interrogée explicitement sur les effets dans le temps de ses arrêts en appréciation de validité, la Cour a saisi l'occasion « d'asseoir sur un fondement consolidé le pouvoir qu'elle s'était reconnu en 1980 » (48). Elle abandonne l'exten-

(46) CJCE, arrêt du 15 octobre 1980, *Providence agricole de la Champagne*, aff. 4/79, *Rec.*, p. 2853, point 45 (c'est nous qui soulignons); CJCE, arrêt du 15 octobre 1980, *Maiseries de Beauce c. ONIC*, aff. 109/79, *Rec.*, p. 2913, point 45; CJCE, arrêt du 15 octobre 1980, *Roquette c. France*, aff. 145/79, *Rec.*, p. 2946, point 52.

(47) J.-C. MASCLÉ, « La jurisprudence 'Roquette' à l'épreuve des juridictions françaises (Conseil d'Etat et Cour de cassation) », *R.T.D.E.*, 1986, pp. 161 et s.; G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, pp. 444 et s.; D. SIMON, « L'effet dans le temps des arrêts préjudiciels de la Cour de justice des Communautés européennes : enjeux ou prétextes d'une nouvelle guerre des juges », in *Du droit international au droit de l'intégration. Liber Amicorum P. Pescatore*, Baden-Baden, Nomos, 1987, pp. 651 et s.

(48) G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, p. 457.

sion par analogie au profit d'un raisonnement axé sur la nécessaire cohérence, d'une part, des voies de droit dans l'ordre juridique communautaire et, d'autre part, du contentieux préjudiciel en appréciation de validité lui-même. Des termes de la Cour, « la possibilité (...) de limiter dans le temps les effets d'une déclaration d'invalidité d'un acte réglementaire (...) est justifiée par l'interprétation de l'article 174 du traité (nouvel article 231 CE) au regard de la nécessaire cohérence entre le renvoi préjudiciel et le recours en annulation, qui constituent deux modalités du contrôle de légalité organisé par le traité. La faculté de limiter, dans le temps, les effets de l'invalidité d'un règlement communautaire, que ce soit dans le cadre de l'article 173 (nouvel article 230 CE) ou dans celui de l'article 177 (nouvel article 234 CE), est une compétence réservée à la Cour par le traité, dans l'intérêt de l'application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble de la Communauté » (49).

Par une telle affirmation, la Cour répond aux deux principales critiques qui avaient été émises à l'encontre de la position adoptée dans les arrêts de 1980.

Premièrement, le rapprochement entre les recours en annulation et en appréciation de validité qui résulte de leur participation à une même fonction, celle du contrôle de légalité du droit communautaire, rend nécessaire et justifie un traitement identique des effets temporels des arrêts rendus sur la base de ces recours, et ce indépendamment des modes de saisine (50). Ce rapprochement est d'autant plus pertinent que la Cour a reconnu à l'invalidation d'une norme communautaire un effet « quasi » *erga omnes*, dont les conséquences sur les rapports juridiques préétablis sont très similaires à celles engendrées par un arrêt en annulation : « un arrêt de la Cour constatant (...) l'invalidité d'un acte d'une institution, en particulier d'un règlement du Conseil ou de la Commission, bien qu'il ne soit adressé directement qu'au juge qui a saisi la Cour, constitue

(49) CJCE, arrêt du 27 février 1985, *Produits de Maïs c. Administration des douanes et droits indirects*, aff. 112/83, *Rec.*, p. 719, point 17. Voir aussi CJCE, arrêt du 26 avril 1994, *Roquette Frères c. Hauptzollamt Geldern*, aff. C-228/92, *Rec.*, p. I-1445, points 19-20; CJCE, arrêt du 8 novembre 2001, *Silos e Mangimi Martini SpA*, aff. C-228/99, *Rec.*, point 35.

(50) G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, pp. 458-459.

une raison suffisante pour tout autre juge de considérer cet acte comme non valide pour les besoins d'une décision qu'il doit rendre » (51).

Deuxièmement, en s'affirmant exclusivement compétente pour limiter dans le temps les effets de l'invalidité d'un règlement communautaire, au nom de l'exigence de l'application uniforme du droit communautaire, la Cour écarte les critiques qui lui reprochaient d'avoir violé la séparation fonctionnelle des compétences s'imposant dans le cadre du renvoi préjudiciel. Les juges nationaux français ainsi que certains commentateurs de doctrine estimaient, en effet, que la Cour épuisait sa compétence à titre préjudiciel en prononçant la validité ou l'invalidité de la norme communautaire en cause et qu'il appartenait dès lors au seul juge national de tirer les conséquences de cette invalidité (52). Or, la Cour a rejeté une telle conception, considérant, au contraire, que la fixation de l'étendue *ratione temporis* d'une règle de droit ne revient pas à l'appliquer, « les effets dans le temps d'une règle juridique étant indissolublement liés à la règle elle-même à laquelle ils s'incorporent » (53). C'est donc bien la cohérence du renvoi préjudiciel en appréciation de validité lui-même qui impose que la Cour se prononce tant sur la validité de l'acte incriminé que sur les effets dans le temps d'un constat éventuel d'invalidité.

3.2. Conditions

Initialement, les arrêts rendus en 1980 ont pu faire croire que la Cour voulait se réserver une marge de manœuvre au moins égale à celle dont elle disposait dans le cadre du recours en annulation, aux termes de l'article 231, alinéa 2 CE. En effet, dans ces arrêts la Cour a préféré une référence par analogie à cette disposition plutôt qu'à sa jurisprudence en matière de renvoi préjudiciel en interprétation qui encadrerait strictement son pouvoir de limiter dans le temps la portée de ses décisions (54).

(51) CJCE, arrêt du 27 février 1985, *Produits de Maïs c. Administration des douanes et droits indirects*, aff. 112/83, *Rec.*, p. 719, point 16.

(52) G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, pp. 459-460.

(53) J.-C. MASCLÉ, *o.c.*, *R.T.D.E.*, 1986, p. 169.

(54) G. ISAAC, *o.c.*, *C.D.E.*, 1987, p. 463.

Toutefois, il est apparu très rapidement de la jurisprudence de la Cour qu'elle n'entendait pas se départir des conditions initialement fixées dans ses arrêts en interprétation, *Defrenne II* et *Salumi* (55). Elle a ainsi jugé, en prononçant l'invalidation d'une disposition réglementaire, qu'un effet prospectif se justifie par « des considérations impérieuses de sécurité juridique tenant à l'ensemble des intérêts en jeu, tant publics que privés » (56).

Bien évidemment, dans ce contentieux en appréciation de validité, la Cour a principalement égard aux conséquences financières, à l'atteinte aux droits acquis ainsi qu'à d'éventuelles difficultés administratives (57) qu'entraîne l'invalidité d'une norme communautaire. Plus question ici de s'interroger sur l'existence d'une incertitude objective et légitime quant à la portée du droit communautaire.

3.3. Modalités

Tout comme dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation, la Cour a rapidement jugé nécessaire d'atténuer l'effet prospectif qu'elle pouvait reconnaître à ses arrêts en appréciation de validité. Elle s'est réservée le droit de déterminer, dans chaque cas d'espèce, « si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps, conférée à son arrêt, peut être prévue en faveur soit de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale, soit de tout autre personne qui aurait agi de manière analogue avant la constatation d'invalidité, ou si, à l'inverse, même pour des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat » (58).

(55) Voir *supra*.

(56) CJCE, arrêt du 15 janvier 1986, *Pietro Pinna*, aff. 41/84, *Rec.*, p. 1, point 28. Voir aussi : CJCE, arrêt du 27 février 1985, *Produits de Maïs*, aff. 112/83, *Rec.*, p. 748, point 18; CJCE, arrêt du 8 novembre 2001, *Silos e Mangimi Martini SpA*, aff. C-228/99, *Rec.*, point 36-37.

(57) CJCE, arrêt du 10 mars 1992, *Procédures pénales c. Lomas*, aff. C-38/90 et C-151/90, *Rec.*, p. I-1781, point 27.

(58) CJCE, arrêt du 15 janvier 1986, *Pietro Pinna*, aff. 41/84, *Rec.*, p. 1, point 29. Voir aussi : CJCE, arrêt du 27 février 1985, *Produits de Maïs*, aff. 112/83, *Rec.*, p. 748, point 18; CJCE, arrêt du 10 mars 1992, *Procédures pénales c. Lomas*, aff. C-38/90 et C-151/90, *Rec.*, p. I-1781, points 29-30.

La Cour a précisé cette notion de « remède adéquat », dans son arrêt *Roquette* rendu en 1994, en fondant les tempéraments apportés par elle à la prospectivité de ses arrêts sur le *droit à une protection juridictionnelle effective* et sur l'*effet utile du renvoi préjudiciel en appréciation de validité*. Suivant la Cour, dans le cas d'une partie au principal qui « a attaqué devant le juge national un avis de perception de montants compensatoires monétaires adopté sur le fondement d'un règlement communautaire invalide, une telle limitation des effets dans le passé d'une déclaration préjudicielle d'invalidité aurait pour conséquence le rejet par [le] juge national du recours dirigé contre l'avis de perception litigieux, alors même que le règlement, sur le fondement duquel cet avis a été adopté, a été déclaré invalide par la Cour dans le cadre de la même instance. [L']opérateur (...) se verrait alors privé du droit à une protection juridictionnelle effective en cas de violation par les institutions de la légalité communautaire et l'effet utile de l'article 177 du traité (nouvel article 234 CE) serait compromis. En conséquence, [un tel] opérateur (...) qui, avant la date [de l'arrêt de la Cour], a introduit devant une juridiction nationale un recours (...) contre [ledit] avis (...) est en droit de se prévaloir de [l'invalidité constatée] dans le cadre du litige au principal » (59).

En mettant en exergue le respect du droit à une protection juridictionnelle effective, la Cour a probablement eu pour objectif de rassurer les cours constitutionnelles nationales, et en particulier la cour constitutionnelle italienne. En effet, cette dernière avait, à l'occasion de l'arrêt *Fragd* rendu en 1989, admis qu'une limitation dans le temps des arrêts préjudiciels de la CJCE pouvait, dans certains cas, être considérée comme une violation des droits de la défense garantis par l'article 24 de la constitution italienne (60).

Parallèlement à la prospectivité limitée, la Cour a, dans le cadre du contentieux en appréciation de validité, développé

(59) CJCE, arrêt du 26 avril 1994, *Roquette Frères*, aff. C-228/92, *Rec.*, p. I-1445, points 26-28.

(60) C.C., arrêt n° 232 du 21 avril 1989, *Fragd c. Ammin. Finanze*, *Rivista di diritto internazionale*, 1989, p. 103. Pour un commentaire, voir J. RIDEAU, « Aspects constitutionnels comparés de l'évolution vers l'Union européenne », in *La Constitution et l'Europe*, Paris, Ed. Montchrestien, 1992, pp. 178-179.

des techniques lui permettant d'éviter les inconvénients d'une invalidité prononcée avec effet rétroactif.

La Cour a parfois maintenu un règlement discriminatoire dans l'arsenal normatif tout en rétablissant l'égalité de manière prétorienne, dans l'attente d'une intervention du législateur communautaire. Elle a ainsi décidé que « lorsqu'[elle] constate qu'un règlement est discriminatoire dans la mesure où le régime d'exonération d'une charge qu'il prévoit ne s'étend pas à certaines catégories d'opérateurs économiques, une déclaration d'invalidité pure et simple de la disposition en cause aurait pour résultat que, dans l'attente d'une nouvelle réglementation, toute exonération serait exclue. Dans un tel cas, l'application par analogie de l'article 174, alinéa 2, du traité, selon lequel la Cour peut indiquer quels effets d'un règlement déclaré nul doivent être considérés comme définitifs, s'impose pour les mêmes motifs de sécurité juridique que ceux qui sont à la base de cette disposition. Dès lors, il y a lieu de décider que, en attendant l'adoption, par le législateur communautaire, de mesures appropriées pour établir l'égalité des opérateurs, les autorités compétentes doivent continuer à appliquer l'exonération litigieuse, tout en étendant le bénéfice de celle-ci aux opérateurs qui font l'objet de la discrimination constatée » (61).

Par ailleurs, lorsque l'égalité ne peut être rétablie de manière prétorienne en raison de l'existence de plusieurs options envisageables parmi lesquelles la Cour n'est pas habilitée à trancher, cette juridiction a, dans certaines espèces, maintenu en vigueur un règlement illégal tout en chargeant les institutions communautaires compétentes de prendre les mesures nécessaires pour remédier à cette illégalité (62).

(61) CJCE, arrêt du 29 juin 1988, *Van Landschoot c. Mera*, aff. 300/86, *Rec.*, p. 3443, sommaire, voir points 23-25.

(62) CJCE, arrêt du 19 octobre 1977, *Ruckdeschel (dit Quellmehl)*, aff. 117/76 et 16/77, *Rec.*, p. 1772, point 13; CJCE, 19 octobre 1977, *Moulin et Huileries de Pont-à-Mousson et Providence agricole de la Champagne (dit Griz de maïs)*, aff. 124/76 et 20/77, *Rec.*, p. 1813, points 28-29.

4. — *Recours en manquement*

Récemment, la question s'est posée d'étendre au contentieux en manquement (article 226 CE) la faculté pour la Cour de limiter l'effet rétroactif de ses décisions. Si jusqu'ici la Cour n'a, à notre connaissance, jamais fait droit à la demande d'un gouvernement de constater le manquement pour l'avenir (63), elle a clairement transposé, au contentieux en manquement, la jurisprudence développée dans le cadre du renvoi préjudiciel en interprétation.

Dans cette perspective, elle a affirmé que « ce n'est qu'à titre exceptionnel qu'[elle] peut, par application d'un principe général de sécurité juridique inhérent à l'ordre juridique communautaire, être amenée à limiter la possibilité pour tout intéressé d'invoquer une disposition qu'elle a interprétée en vue de mettre en cause des relations juridiques établies de bonne foi. Cette limitation ne peut être admise, selon la jurisprudence constante de la Cour, que dans l'arrêt même qui statue sur l'interprétation sollicitée (...) » (64).

Quant aux conditions dans lesquelles la prospectivité limitée est admise, la Cour a rappelé qu'elle « n'a eu recours à cette solution que dans des circonstances bien précises, lorsqu'il existait un *risque de répercussions économiques graves* dues en particulier au nombre élevé de rapports juridiques constitués de bonne foi sur la base de la réglementation considérée comme étant valablement en vigueur, et qu'il apparaissait que les particuliers et les autorités nationales avaient été incités à un comportement non conforme à la réglementation communautaire en raison d'une *incertitude objective et importante* quant à la portée des dispositions communautaires, incertitude à laquelle avaient éventuellement contribué les comporte-

(63) CJCE, arrêt du 24 septembre 1998, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-35/97, *Rec.*, p. I-5325, points 47 et s.; CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-359/97, *Rec.*, p. I-6355, points 88 et s.; CJCE, arrêt du 19 mars 2002, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, aff. C-426/98, points 40 et s.

(64) CJCE, arrêt du 24 septembre 1998, *Commission des Communautés européennes c. République française*, aff. C-35/97, *Rec.*, p. I-5325, point 49 (c'est nous qui soulignons).

ments mêmes adoptés par d'autres États membres ou par la Commission (...) » (65).

Par ailleurs, la Cour a précisé à nouveau que « les conséquences financières qui pourraient découler d'un arrêt de la Cour pour un État n'ont jamais justifié, par elles-mêmes, une telle limitation. Limiter les effets d'un arrêt en s'appuyant uniquement sur ce type de considérations aboutirait à réduire de façon substantielle la protection juridictionnelle des droits que les particuliers tirent du droit communautaire » (66).

II. — LA PRATIQUE DE LA COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

Contrairement au traité communautaire, la Convention européenne des droits de l'homme est muette quant à la possibilité pour la Cour de Strasbourg de limiter dans le temps les effets de ses arrêts. Ce silence n'a toutefois pas empêché la CEDH de suivre la voie tracée par la CJCE dans l'arrêt *Defrenne II*.

En 1979, à l'occasion de la célèbre affaire *Marckx*, elle a accepté, à la demande du gouvernement belge, de limiter la portée déclaratoire de sa décision. En l'espèce, était en cause la conformité au droit au respect de la vie privée et familiale (67) combiné au principe de non-discrimination (68) de la législation belge relative au statut des enfants naturels et à leur vocation successorale. Cette dernière, en ce qu'elle prévoyait un traitement différent pour les enfants légitimes et les enfants naturels, a été jugée contraire à la Convention européenne des droits de l'homme. Le gouvernement belge admettait la nécessité d'une réforme, mais considérait qu'elle devait intervenir par la voie législative et sans rétroagir. Il attirait l'attention de la Cour sur les conséquences fâcheuses qu'engendrerait une condamnation pure et simple de l'État belge. Une

(65) CJCE, arrêt du 12 septembre 2000, *Commission des Communautés européennes c. Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord*, aff. C-359/97, *Rec.*, p. I-6355, point 91 (c'est nous qui soulignons).

(66) CJCE, arrêt du 19 mars 2002, *Commission des Communautés européennes c. République hellénique*, aff. C-426/98, point 42 (c'est nous qui soulignons).

(67) Article 8 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(68) Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

telle condamnation aboutirait, en effet, à rendre irréguliers de nombreux partages successoraux postérieurs à la date d'entrée en vigueur de la Convention européenne à l'égard de la Belgique (14 juin 1955) (69). Le gouvernement appelait dès lors la Cour à admettre que la solution dégagée par l'arrêt *Marckx* résulte d'une évolution des mentalités. La contrariété de la législation belge critiquée avec la Convention n'existait dès lors pas, de l'avis du gouvernement belge, dès l'origine, mais bien depuis une date ultérieure à fixer par la Cour (70).

Face à cette argumentation, la Cour rappelle tout d'abord qu'il ne lui appartient pas de procéder à un examen abstrait des dispositions nationales incriminées ni, par conséquent, de se prononcer sur les effets que sa décision produira dans le temps. La Cour ne reste cependant pas insensible à la thèse défendue par le gouvernement belge. Elle accepte, en se référant explicitement à la jurisprudence *Defrenne* de la CJCE et en se fondant « sur le principe de sécurité juridique nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire », que son arrêt ne puisse remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs à son prononcé.

La motivation de la CEDH à cet égard mérite d'être citée : « La Cour n'a pas à se livrer à un examen abstrait des textes législatifs incriminés : elle recherche si leur application aux requérantes cadre ou non avec la Convention (...). Sans doute sa décision produira-t-elle fatalement des effets débordant les limites du cas d'espèce, d'autant que les violations relevées ont leur source immédiate dans lesdits textes et non dans des mesures individuelles d'exécution, mais elle ne saurait annuler ou abroger par elle-même les dispositions litigieuses : déclaratoire pour l'essentiel, elle laisse à l'Etat le choix des moyens à utiliser dans son ordre juridique interne pour s'acquitter de l'obligation qui découle pour lui de l'article 53. L'intérêt du Gouvernement à connaître la portée du présent arrêt dans le temps n'en demeure pas moins manifeste. Sur ce point, il y a lieu de se fonder sur deux principes généraux de droit rappelés récemment par la Cour de Justice des Communautés euro-

(69) Il s'avère que de tels partages auraient pu être contestés vu que les actions en la matière étaient, à l'époque, soumises à une prescription trentenaire.

(70) CEDH, arrêt du 13 juin 1979, *Marckx c. Belgique*, Série A, n° 31, § 58.

péennes : 'les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin', mais 'on ne saurait (...) aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé' (8 avril 1976, *Defrenne/Sabena*, *Recueil* 1976, p. 481). La Cour européenne des Droits de l'Homme interprète la Convention à la lumière des conditions d'aujourd'hui, mais elle n'ignore pas que des différences de traitement entre enfants 'naturels' et enfants 'légitimes', par exemple dans le domaine patrimonial, ont durant de longues années passé pour licites et normales dans beaucoup d'Etats contractants (...). L'évolution vers l'égalité a progressé lentement et l'on semble avoir songé assez tard à invoquer la Convention pour l'accélérer. (...) Eu égard à cet ensemble de circonstances, le *principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention* comme au droit communautaire, dispense l'Etat belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt. Certains Etats contractants dotés d'une cour constitutionnelle connaissent d'ailleurs une solution analogue : leur droit public interne limite l'effet rétroactif des décisions de cette cour portant annulation d'une loi » (71).

Cette solution dégagée par la Cour n'a pas rencontré l'unanimité. Dans son opinion dissidente, Monsieur le juge Pinheiro Farinha a souligné qu'« il appartient au premier chef aux juridictions nationales belges de se prononcer sur les questions que la législation interne soulève quant aux faits passés, présents et futurs. Ce sont elles qui devront, le cas échéant, faire jouer les règles de la chose jugée, de la prescription civile ou autres, de façon à assurer la stabilité des situations concrètes existantes » (72).

Le raisonnement et la solution concrète adoptés par la Cour à l'occasion de l'arrêt *Marckx* restent, à ce jour, inédits dans la jurisprudence de la CEDH. A cet égard, il est remarquable que, dans une affaire analogue (73), la Cour de Strasbourg — à qui, il est vrai, aucune demande n'avait été adressée en ce

(71) *Ibid.* (c'est nous qui soulignons).

(72) Opinion dissidente du juge Pinheiro Farinha, point 4.

(73) CEDH, arrêt du 1^{er} février 2000, *Mazurek c. France*, req. n° 34406/97.

sens par le gouvernement français — n'a pas fait allusion à la question des effets dans le temps qu'entraînerait sa décision. Il s'agissait, en l'espèce, de décider de la compatibilité au principe de non-discrimination (74) combiné au droit de propriété (75) du régime successoral réservé par le droit français à l'enfant adultérin.

La question des effets dans le temps des arrêts de la CEDH a été néanmoins abordée dans des opinions dissidentes, sans pour autant être reprise dans le dispositif de l'arrêt de la Cour.

C'est le cas principalement (76) du juge Storme, à l'occasion de l'affaire *Borgers* (77), dans laquelle la Cour revient, sans l'admettre explicitement, sur sa jurisprudence antérieure en jugeant contraire à l'article 6, § 1^{er} de la Convention, la participation du Parquet général près la Cour de cassation au délibéré. Selon ce magistrat, il est difficilement acceptable « qu'on puisse (...), condamner rétroactivement l'Etat belge, c'est-à-dire *ex tunc*. Celui-ci a en effet légitimement pu croire que la façon dont la fonction de procureur général près la Cour de cassation était exercée non seulement depuis 1815 (arrêt du Prince souverain), mais également et surtout depuis la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales, était en conformité avec ladite Convention, surtout depuis l'arrêt *Delcourt* (78) » (79). Le juge Storme considère qu'une condamnation *ex tunc* de l'Etat belge violerait gravement le droit fondamental de l'Etat au respect de sa confiance légitime. « Tout comme chaque citoyen peut dans un Etat de droit légitimement s'attendre à ce que le système juridique existant ne soit pas modifié rétroactivement,

(74) Article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme.

(75) Article 1^{er} du Protocole n° 1.

(76) Pour un cas moins évident, essentiellement lié à l'impact d'un revirement de jurisprudence sur la situation concrète d'un requérant, voir CEDH, arrêt du 8 décembre 1999, *Pellegrin c. France*, Rec. 1999-VIII, opinion dissidente commune aux juges Tulkens, Fischbach, Casadevall et Thomassen, point 4.

(77) CEDH, arrêt du 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, Série A n° 214-B.

(78) Il s'agit de l'arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970 (Série A n° 11), dans lequel la Cour « n'aperçoit aucune raison de constater que le parquet de cassation ait méconnu (...), à l'audience ou lors du délibéré, le devoir d'impartialité et d'objectivité inhérent à ses fonctions » (§ 38).

(79) Opinion dissidente du juge Storme, point 12.

l'Etat à son tour peut prétendre à cette même légitime confiance » (80).

Outre cette jurisprudence peu fournie, il faut épingler une forme alternative développée par la Cour en vue d'atténuer la rétroactivité de ses décisions. Il s'agit, pour cette dernière, de mettre en garde le législateur national quant à la probabilité d'une évolution jurisprudentielle. Cette technique a été notamment utilisée dans une série d'affaires relatives au droit des transsexuels de voir reconnaître leur nouvelle appartenance sexuelle dans leur état civil. Dans les arrêts *Rees* et *Cossey*, La Cour, tout en constatant l'absence de violation du droit au respect à la vie privée des transsexuels, se ménage une porte de sortie pour l'avenir. Elle déclare que « la Convention doit toujours s'interpréter à la lumière des conditions actuelles. La nécessité de mesures juridiques appropriées doit donner lieu à un examen constant eu égard notamment à l'évolution de la science et de la société » (81). Dès lors que les Etats sont prévenus de la sorte de la perspective d'un revirement de jurisprudence, l'on peut raisonnablement supposer qu'ils ne pourront se prévaloir d'une atteinte à leur confiance légitime pour exiger une limitation de l'effet *ex tunc* de l'arrêt consacrant un tel revirement.

CONCLUSION

Alors qu'une position confortable aurait pu être pour la CEDH et la CJCE de se retrancher derrière l'effet déclaratoire de leurs décisions, il ressort de leurs jurisprudences respectives qu'elles ont abordé la question de l'incidence temporelle de leurs décisions. Les techniques auxquelles elles ont eu recours afin de moduler l'effet rétroactif de leurs arrêts sont similaires, d'autant que la Cour européenne des droits de l'homme, dans l'arrêt *Marckx*, s'est explicitement référée à la jurisprudence *Defrenne* de la CJCE. Néanmoins, l'ampleur de la jurisprudence développée par les deux cours sur cette question n'est

(80) *Ibid.*

(81) CEDH, arrêt du 17 octobre 1986, *Rees c. Royaume-Uni*, Série A, n° 106, § 47. Voir aussi : CEDH, arrêt du 27 septembre 1990, *Cossey c. Royaume-Uni*, Série A, n° 184, § 42.

pas comparable. En effet, alors que dans la pratique de la CJCE, l'on assiste à l'émergence d'un véritable droit jurisprudentiel transitoire, la CEDH ne s'est encore prononcée que très parcimonieusement sur cette problématique.

Quels pourraient être les facteurs d'explication d'une telle disparité entre les deux juridictions ?

Dans l'ordre juridique communautaire, le texte du traité CE reconnaît explicitement à la CJCE le pouvoir de limiter l'effet rétroactif de ses arrêts en annulation, ce qui a pu être de nature à faciliter l'extension par analogie à d'autres contentieux. Par contre, en ce qui concerne la CEDH, qui n'a, il est vrai, pas à connaître d'un contentieux objectif, aucune disposition expresse ne lui confère un tel pouvoir. Toutefois, force est de constater que ce défaut d'attribution expresse n'a pas empêché la CEDH, à la demande de l'Etat belge, de moduler les effets dans le temps de l'arrêt rendu à l'occasion de l'affaire *Marckx*. Le silence relatif de la CEDH sur les effets temporels de ses décisions résulterait-il alors plutôt de l'absence de demandes effectuées par les Etats membres en ce sens ? Peut-être l'attitude des Etats s'explique-t-elle par un impact financier moindre des arrêts rendus par la CEDH ? Il est cependant permis d'en douter si l'on songe aux conséquences économiques considérables de certaines décisions de la CEDH (82).

L'écart entre les deux jurisprudences découle-t-il des implications différentes pour les Etats des arrêts de la CEDH et de la CJCE ? Dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats restent maîtres de choisir les moyens pour mettre leur ordre juridique en conformité avec le prescrit de l'arrêt. Le suivi de cette mise en œuvre est exercé par le Comité des ministres qui est toutefois dépourvu d'un quelconque pouvoir de contrainte à l'égard des Etats. La seule conséquence du non-respect par l'Etat d'une décision de la CEDH réside dans une nouvelle condamnation éventuelle. En revanche, dans l'ordre juridique communautaire, il existe des moyens de contrainte plus importants en vue d'assurer le res-

(82) Voir, par exemple, CEDH, arrêt du 20 novembre 1995, *Pressos compania naviera S.A. et autres c. Belgique*, Série A, n° 332. Sur ce cas d'espèce et la saga juridique auquel il donna lieu, voir F. OST, *o.c.*, *Temps et droit. Le droit a-t-il pour vocation de durer ?*, 1998, pp. 107-113.

pect par les Etats d'un arrêt de la CJCE. Dans un premier temps, ils peuvent se voir condamner en manquement à l'initiative de la Commission ou d'un autre Etat membre. Et surtout, si l'Etat condamné n'a pas pris les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt en manquement, une nouvelle procédure peut être intentée par la Commission à son encontre et déboucher sur l'imposition d'une somme forfaitaire ou d'une astreinte (83). Ces moyens de pression peuvent conduire les Etats membres à être plus soucieux d'obtenir de la CJCE un aménagement de l'effet rétroactif de ses jugements notamment lorsqu'il engendre d'importantes conséquences financières.

Peut-être enfin, s'agit-il d'un simple retard de la CEDH conduite, à terme, à développer les principes qu'elle a posés à l'occasion de l'arrêt *Marckx*? L'émergence d'une théorie du revirement de jurisprudence dans la pratique de cette juridiction est susceptible de l'amener à prendre en compte, de manière plus systématique, les conséquences de ses décisions sur la sécurité juridique et les droits acquis. Par ailleurs, la récente jurisprudence de la CJCE sur la limitation dans le temps des effets de ses arrêts en manquement pourrait, vu la proximité entre le contentieux en manquement et le contrôle exercé par la CEDH, être de nature à inciter la CEDH à suivre cette voie.

A ce stade, seules des pistes de réflexion peuvent être avancées. Une évolution vers la consolidation d'un droit jurisprudentiel transitoire pour les deux juridictions européennes nous semble néanmoins probable, voire inéluctable.

(83) Article 228 CE (ancien article 171 du traité CE).