

§ 2. Les principes généraux du droit de l'Union européenne

Jérémie VAN MEERBEECK

Doctorant et assistant aux Facultés universitaires Saint-Louis

Introduction

1. La confiance et le respect qu'inspirent instinctivement aux juristes les principes généraux du droit¹ ne peuvent que souffrir de l'étude de ceux du droit de l'Union européenne. Dès lors qu'ils sont difficilement compatibles avec la règle de reconnaissance des positivistes, leur identification s'avère ardue (I) et leur normativité, incertaine. À la théorie « fabuleuse »² de principes au statut quelque peu mystérieux³, il convient de substituer une théorie plus affinée en ce qui concerne leur « invocabilité » (II), afin de mieux comprendre leur inscription complexe dans la théorie tridimensionnelle de la validité (III).

I. En quête de reconnaissance

A. *La règle de reconnaissance et la reconnaissance du principe*

2. Dans *Le concept de droit*, H.L.A. Hart distingue les règles primaires, qui imposent directement des obligations à leurs destinataires, et les règles secondaires, qui permettent de modifier ou de mettre en œuvre les règles primaires, mais également de les identifier⁴. Il nomme « règles de reconnais-

¹ P. Martens décrit leur arrivée comme étant « l'irruption du grand droit des normes inexprimées dans le petit droit des normes écrites » (MARTENS (P.), « Les principes généraux du droit », in *Au-delà de la loi? Actualités et évolutions des principes généraux du droit*, GILSON (S.) dir., Anthemis, Louvain-la-Neuve, 2006, p. 12).

² DUBOIS (L.), « Le droit, à cheval sur les principes généraux », in *Drôle(s) de droit(s), Mélanges en l'honneur d'Élie Alfandar*, Dalloz, Paris, 2000, p. 252.

³ SUNSTEIN (C.R.), *Legal Reasoning and Political Conflict*, Oxford university press, Oxford, 1998, p. 30-31.

⁴ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, 2^e éd., trad. par M. van de Kerchove, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2005, p. 110-118.

sance» ces règles d'identification. Leur application aux principes généraux du droit pose d'emblée problème, dès lors qu'un des arguments majeurs de R. Dworkin dans son attaque contre le positivisme est précisément que ces règles de reconnaissance ne permettent de rendre compte que des règles et non des principes⁵. Selon lui, alors que les premières suivent une logique du tout ou rien (*all-or-nothing fashion*) et déterminent les conséquences juridiques découlant de leurs conditions d'application, les principes indiquent une direction à suivre, mais n'imposent pas une décision particulière. En outre, les principes ont une dimension de poids et d'importance que les règles n'ont pas et, si le conflit de règles entraîne l'invalidité de la règle qui est primée par une autre, le conflit de principes laisse le vaincu intact. Dès lors, il lui semble impossible d'établir une règle qui permettrait de déterminer, en termes quantitatifs ou qualitatifs, le type de support institutionnel requis pour établir un principe et, *a fortiori*, son poids ou son importance, d'autant que certains principes préexistent, à l'instar des coutumes, à leur consécration par un juge et qu'ils répondent à des exigences «métajuridiques». Enfin, il juge incongru de vouloir utiliser une règle de reconnaissance, comprise comme un test de validité des règles, alors que le concept même de validité, dans sa dimension binaire, lui paraît peu pertinent pour apprécier la dimension de poids des principes⁶.

3. Le pavé jeté dans la mare positiviste a lancé un débat enflammé dans la théorie du droit anglo-saxonne⁷. Dans la postface de la seconde édition de son célèbre ouvrage, Hart reconnaît à son adversaire le mérite d'avoir montré l'importance des principes juridiques et confesse la «grave erreur» de n'avoir pas souligné leur «force non décisive»⁸. Il nie cependant avoir défendu que les critères de validité que la règle de reconnaissance fournit résident exclusivement dans le mode et la forme de l'adoption du droit, et admet au contraire que cette règle peut inclure, parmi ces critères, «la conformité à des principes moraux ou des valeurs substantielles»⁹. Il est vrai que, dans la première édition, Hart écrivait déjà que les règles de reconnaissance identifient les règles «en se référant à quelque carac-

⁵ DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, Duckworth, London, 1977, p. 22.

⁶ *Ibid.*, p. 21-61. Voy. cependant p. 60-68, où Dworkin semble nuancer sa position.

⁷ Voy., pour un compte-rendu très complet, BAILLEUX (A.), «“Hart vs. Dworkin” and its Progeny. Actualité du “combat des chefs” dans la littérature anglo-saxonne », *R.I.E.J.*, 2007, p. 173-220.

⁸ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, *op. cit.*, p. 280.

⁹ *Ibid.* Ce positivisme «inclusif» s'oppose au positivisme «exclusif» de Joseph Raz, qui exclut tout critère moral de la règle de reconnaissance, même s'il admet qu'elle doit être adaptée pour tenir compte des principes (RAZ (J.), «Legal principles and the limits of law», *The Yale Law Journal*, 1972, p. 853). Sur le sujet, voy. BAILLEUX (A.), «“Hart vs. Dworkin” and its Progeny. Actualité du “combat des chefs” dans la littérature anglo-saxonne », *op. cit.*, p. 197 et s.

tère général possédé par les règles primaires», qui « peut résider dans le fait qu'elles ont été édictées par un organe spécifique, ou qu'elles ont fait l'objet d'une pratique coutumière, ou qu'elles ont une certaine relation avec des décisions judiciaires »¹⁰. Cette définition très large semble pouvoir faire, malgré tout, une place aux principes généraux du droit, même si elle s'avère peu opératoire¹¹.

B. Des critères d'identification

4. Si définir la notion de principe est sans doute impossible¹², certaines caractéristiques des principes généraux et, plus précisément, des principes du droit de l'Union européenne peuvent néanmoins être mises en exergue afin de faciliter leur identification.

1. Des critères formels : caractère non écrit et approche nominaliste

5. **Le caractère non écrit.** La recherche d'un critère formel d'identification des principes généraux recèle une première difficulté, à savoir la clarification de leur relation avec le droit écrit¹³. P. Morvan estime que la vertu profonde du principe est son extériorité par rapport au droit écrit, son « extra-textualité », en ce sens qu'il s'établit « en marge d'une loi écrite, alimentant un droit positif non lacunaire, au prix d'une mise à distance des textes disponibles »¹⁴. Le caractère écrit constituerait alors un critère négatif d'identification des principes généraux : ne pourrait être un principe la norme contenue dans un tel support. Une telle conception est trop radicale

¹⁰ HART (H.L.A.), *Le concept de droit*, op. cit., p. 114.

¹¹ Ce qui confirme le caractère incertain et incomplet de la règle de reconnaissance (GÉRARD (Ph.), « L'idée de reconnaissance : valeur, limites et incertitudes », *R.I.E.J.*, 2010, p. 80). On relèvera cependant la tentative de Th. Benditt : « in every legal system there is a social rule of recognition that identifies the rules of the legal system, and that, if it does not directly identify, at least points the way to, the principles of the legal system » (BENDITT (Th.), *Law as Rule and Principle. Problems of Legal Philosophy*, The Harvester Press, 1978, p. 89). Selon Neil MacCormick, il existe une relation entre la règle de reconnaissance et les principes, mais elle est indirecte dans la mesure où ceux-ci justifient et expliquent les règles identifiées par la règle de reconnaissance (MACCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, Clarendon Press, Oxford, 1978, p. 233).

¹² FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », in *Le droit de l'Union européenne en principes. Liber amicorum en l'honneur de Jean Raux*, Éd. Apogée, Rennes, 2006, p. 104.

¹³ HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, thèse dactyl., A.N.R.T., 2004, p. 10.

¹⁴ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, éd. Panthéon-Assas, Paris, 1999, p. 358, 389 et 736.

en ce qui concerne les principes généraux du droit de l'Union européenne, ceux-ci ne pouvant être complètement coupés du droit écrit, qui bien souvent en inspire la consécration¹⁵. La Cour de justice rappelle, du reste, explicitement la distinction entre « principes juridiques mentionnés dans le traité ou dégagés par la jurisprudence »¹⁶. À l'utilisation du préfixe latin *extra*¹⁷, qui évoque l'hétérogénéité, voire l'étrangeté, nous préfererons, par conséquent, celle du préfixe grec *ὕπερ*, qui peut se traduire par la locution « au-delà de » et met en évidence la relation des principes avec le droit écrit. S'il n'est pas impossible qu'un principe soit repris dans un texte légal, son caractère hypertextuel révèle sa vocation à dépasser le sens de ce texte. Il est donc réducteur, voire inexact, d'écarter d'emblée les principes de subsidiarité ou de coopération loyale, sous prétexte qu'étant des « règles textuelles », ils seraient « étrang[ers] à la catégorie des principes non écrits »¹⁸.

6. Une approche nominaliste. Un autre critère formel consisterait à identifier les principes généraux à ceux qui sont exprimés comme tels. Un tel critère, s'il est assurément utile, doit être complété par un critère organique, à savoir la consécration par une autorité habilitée à le faire¹⁹. En outre, le seul critère nominaliste peut s'avérer insuffisant²⁰, voire trompeur, dès lors que les arrêts relatifs à ces principes utilisent, outre ces formules, les termes de « règle de droit » qui serait « généralement admise »²¹ ou « supérieure »²², de principe « généralement admis »²³, « élémentaire du droit »²⁴ ou « fondamental »²⁵, de « dispositions juridiques fondamentales de la Commu-

¹⁵ Selon W.J. Ganshof van der Meersch, on attribue un caractère non écrit aux principes parce que leur existence n'est pas subordonnée à celle d'un écrit (GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *J.T.*, 1971, p. 567).

¹⁶ C.J.C.E., 14 décembre 2004, *Arnold André*, C-434/02, point 34. Les abréviations « C.J.C.E. » ou « C.J.U.E. » et « T.P.I.C.E. » ou « T.U.E. » désignent respectivement la Cour de justice et le Tribunal, qui sont tous deux des organes de l'institution « Cour de justice de l'Union européenne » (art. 19 du traité de Lisbonne). Sans autre précision, les termes « Cour de justice » et « Tribunal » viseront ces organes et le terme « européen » se rapportera à l'Union européenne.

¹⁷ Cf. *supra*, dans ce même paragraphe, le terme « extra-textualité ».

¹⁸ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 358, 389 et 636. Au contraire, le principe de coopération loyale a montré que sa portée excédait celle du texte qui le consacre (voy. notamment C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe*, C-33/76, *Rec.*, 1976, p. 1989 et C.J.C.E., 19 juin 1990, *Factortame*, C-213/89, *Rec.*, 1990, p. I-2433, point 19).

¹⁹ Voy. *infra*, § 7-15.

²⁰ En ce sens, voy. MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 356-357; RODRIGUEZ IGLESIAS (G.C.), « Reflections on the general principles of Community law », *Cambridge Y.B. Eur. Legal Stud.*, 1998-1999, p. 2.

²¹ C.J.C.E., 29 novembre 1956, *Fédéchar*, C-8/55, *Rec.*, 1955, p. 304.

²² C.J.C.E., 14 mai 1975, *C.N.T.A.*, C-74/74, *Rec.*, p. 533, point 44; C.J.C.E., 22 juin 2006, *Forum 187 c. Commission*, C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, p. I-5479, point 149.

²³ C.J.C.E., 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*, C-8/57, *Rec.*, 1958, p. 225.

²⁴ C.J.C.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T. c. Haute Autorité*, aff. jointes C-42/59 et C-49/59, *Rec.*, 1961, p. 156.

²⁵ C.J.C.E., 26 février 1975, *Bonsignore*, C-67/74, *Rec.*, 1975, p. 297, point 5.

nauté»²⁶, voire de simple « exigence »²⁷. Inversement, la Cour utilise parfois le terme de « principe » sans se référer à la catégorie de principe général du droit. Ce « foisonnement »²⁸, voire cet « impressionnant désordre » sémantique²⁹, empire si on élargit la recherche du mot « principe » au droit primaire et dérivé, ses occurrences s'étant démultipliées sans que cette qualification entraîne nécessairement de conséquence juridique³⁰. Sous le terme se retrouvent ainsi des objectifs, des valeurs, des fondements, des standards, des règles, des notions-clés, des concepts ou des prescriptions générales³¹, au point qu'il n'est pas certain que la Cour de justice affirmerait encore aujourd'hui que, « dans le langage du traité », l'expression est « utilisée pour marquer le caractère fondamental de certaines dispositions »³².

Afin de sortir de cette anarchie sémantique, il convient de se débarrasser intellectuellement du réflexe, propre aux juristes, qui est de partir du postulat qu'en utilisant une même expression, un locuteur veut dire la même chose ou qu'en recourant à différentes expressions, il veut nécessairement exprimer des notions distinctes. Ce postulat, qui peut être défendu rationnellement, ne s'applique que partiellement à la Cour de justice³³.

²⁶ C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, C-2/74, *Rec.*, p. 631.

²⁷ C.J.C.E., 14 juin 2007, *Commission c. Italie*, C-82/06, points 17-19.

²⁸ HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 40.

²⁹ SIMON (D.), « Les principes en droit communautaire », in *Les principes en droit*, CAUDAL (S.) dir., Economica, Paris, 2008, p. 289-290; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 40-41.

³⁰ WIKLUND (O.) et BENGÖTTEA (J.), « General constitutional principles of Community law », in *General Principles of European Community Law*, BERNITZ (U.) et NERGELIUS (J.) dir., Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 129; FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 102-106; VON BOGDANDY (A.), « Founding principles of E.U. law: a theoretical and doctrinal sketch », *European Law Journal*, 2010, p. 105. Les traités de Lisbonne contiennent une centaine d'occurrences du mot.

³¹ SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *Droits*, 1991, vol. 14, p. 289. Voy. également la regrettable ambiguïté introduite par la Charte des droits fondamentaux, qui distingue les droits et libertés, d'une part, et des « principes » dont l'invocation devant le juge n'est admise que pour l'interprétation et le contrôle de la légalité des actes législatifs et exécutifs qui les mettent en œuvre, d'autre part (article 52 de la Charte et les explications, à bien des égards problématiques, qui ont été élaborées en vue de guider son interprétation (J.O.U.E., C. 303/02, du 14 décembre 2007). Sur les problèmes posés par cette catégorie de « principes », voy. HILSON (Ch.), « Rights and principles in E.U. law: a distinction without foundation », *Maastr. J. of Eur. and Comp. Law*, 2008, p. 200 et s.

³² C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, *Rec.*, p. 455, point 28.

³³ Un ancien juge de la Cour impute ce phénomène au français, qui est la langue de la Cour et qui, sur le plan juridique ne demande pas seulement de la précision, mais aussi du style et donc peu de répétitions (SEVON (L.), « General principles of Community law – Concluding remarks », in *General Principles of European Community Law*, BERNITZ (U.) et NERGELIUS (J.) dir., Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 220-221). Ainsi, la sécurité juridique est tour à tour invoquée sans le terme de « principe » (C.J.C.E., 10 février 2000, *Fitzwilliam Technical Services*, C-202/97, point 54), comme « règle de droit à respecter dans l'application du traité » (C.J.C.E., 6 avril 1962, *Bosch e.a.*, C-13/61, *Rec.*, 1962, p. 89),

La présente contribution a pour objet la catégorie normative autonome des « principes généraux du droit », qui doivent être distingués d'utilisations du mot « principe » qui recouvrent d'autres réalités. En ce sens, il convient d'exclure de l'objet de notre étude le « principe » qui ne vise qu'un moyen de simplifier la référence à un ensemble de règles³⁴, renvoie à la notion vague de disposition fondamentale³⁵ ou est utilisé par opposition à la notion d'exception³⁶.

2. Un critère organique : le rôle du juge

7. La consécration des principes généraux du droit de l'Union européenne relève principalement de la compétence de la Cour de justice³⁷. Cette priorité s'explique non seulement par l'étude de leur apparition, mais également par la façon dont ils sont consacrés.

8. **Historique.** Il serait pour le moins exagéré d'affirmer que la contribution substantielle de la Cour en matière de principes généraux a pu s'appuyer sur une base juridique explicite dans les traités fondateurs. Les dispositions traditionnellement invoquées³⁸ pour fonder sa compétence à cet

comme « principe fondamental » (C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Comet*, C-45/76, *Rec.*, p. 2043) ou comme « droit » (T.P.I.C.E., 27 octobre 1994, *Fiatagri*, T-34/92, *Rec.*, 1994, p. II-905, point 39).

³⁴ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », in *Le droit français au milieu du XX^e siècle. Études offertes à Georges Ripert*, t. I, Paris, 1950, p. 55. Voy. également REUTER (P.), « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », in *Mélanges offerts à Henri Rolin*, 1964, p. 265; RAZ (J.), « Legal principles and the limits of law », *op. cit.*, p. 828. En ce sens, la Cour parle du sens à dégager de « l'économie du traité et de ses principes fondamentaux » ou des « principes mêmes du système de péréquation » (C.J.C.E., 17 juillet 1959, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jointes C-32/58 et C-33/58, *Rec.*, p. 306 et 309).

³⁵ En ce sens, les juridictions européennes ont pu, sans viser la catégorie normative des principes généraux du droit, énoncer que l'article 7 du traité C.E.E. faisait « partie des "principes" de la Communauté » (C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, C-2/74, *Rec.*, 1974, p. 631, point 15) ou évoquer le fait que « les règles sur la publicité des prix ne sont point d'ordre mineur, celle-ci constituant au contraire un principe fondamental du marché commun » (C.J.C.E., 10 décembre 1957, *A.L.M.A.*, C-8/56, *Rec.*, p. 179).

³⁶ La Cour se réfère de la sorte aux « exceptions permises au principe de la liberté d'établissement » (C.J.C.E., 21 juin 1974, *Reyners*, C-2/74, *Rec.*, 1974 p. 631, point 50) ou à la « dérogation au principe général d'incompatibilité des aides d'État avec le marché commun » (C.J.C.E., 23 février 2006, *Atzeni e.a.*, aff. jointes C-346/03 et C-529/03, point 79).

³⁷ REUTER (P.), « Le recours de la Cour de justice des Communautés européennes à des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 265.

³⁸ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, 2^e éd., Oxford University Press, Londres, 2006, p. 13; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 29.

égard sont les articles 164³⁹ et 173⁴⁰ du traité C.E.E. En fait, la seule référence quelque peu explicite à des principes généraux était l'article 215, § 2, du traité C.E.E.⁴¹, qui imposait à la Communauté de réparer, en matière de responsabilité non contractuelle, les « dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions » et ce, « conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres »⁴².

9. Si la Cour ne disposait donc ni, comme la Cour internationale de justice, d'une base juridique claire⁴³ ni, comme le Conseil d'État français, d'un enracinement dans un « ordre juridique patiné par le temps »⁴⁴, elle s'est pourtant rapidement intéressée aux principes généraux du droit, partant du postulat que le fait qu'une « règle ne soit pas mentionnée en droit écrit n'est pas suffisant pour en exclure l'existence »⁴⁵. Dans ses premières décisions, la Cour a surtout eu recours à des formules, qui ont ultérieurement évolué en principes généraux⁴⁶. Ainsi, bien que le principe de confiance légitime n'ait été reconnu explicitement pour la première fois qu'en 1973⁴⁷, des signes annonciateurs de ce dernier apparaissent déjà lorsque la Cour décide que les termes d'un contrat d'employé permettaient « de croire légitimement qu'il ne pouvait s'agir en l'espèce que d'un engagement en qualité de fonctionnaire »⁴⁸. Dans son arrêt *Algera*, la Cour a considéré, sans mentionner explicitement le principe du respect des droits acquis, qu'un acte administratif légal conférant des droits subjectifs ne pouvait pas être retiré⁴⁹. Ces « règles généralement admises » deviendront rapidement des

³⁹ Cette disposition, devenue l'article 220 du traité C.E., puis l'article 19 T.U.E., confie à la Cour la mission d'assurer « le respect du droit dans l'interprétation et l'application du présent traité ». Selon A. Arnull, l'utilisation du terme « droit » devait nécessairement renvoyer à autre chose que le traité (ARNULL (A.), *The European Union and its Court of Justice*, Oxford University Press, 1999, p. 190 et les réf. citées).

⁴⁰ L'article 173 du traité C.E.E. (article 230 T.C.E., article 263 T.F.U.E.) donne compétence à la Cour pour connaître de toute « violation du traité ou de toute règle de droit relative à son application ».

⁴¹ Devenu l'article 288 du traité C.E. et, actuellement, l'article 340 du T.F.U.E.

⁴² L'exigence de la Cour en la matière contraste avec sa générosité dans la reconnaissance des principes généraux du droit dans les autres domaines (en ce sens, voy. GALMOT (Y.), « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *R.F.D.A.*, 1990, p. 259 et les réf. citées).

⁴³ Voy. l'article 38 de son Statut.

⁴⁴ SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 75.

⁴⁵ C.J.C.E., 21 janvier 1965, *Merlini*, C-108/63, *Rec.*, p. 1. La Cour ne visait toutefois pas les principes généraux.

⁴⁶ La référence aux « principes » de la publication des prix dans ses deux premières décisions (C.J.C.E., 21 décembre 1954, *France c. Autorité*, C-1/54, *Rec.*, p. 7) ne vise pas la catégorie des principes généraux du droit.

⁴⁷ C.J.C.E., 5 juin 1973, *Commission c. Conseil*, C-81/72, *Rec.*, p. 575, point 10.

⁴⁸ C.J.C.E., 19 juillet 1955, *Kergall*, C-1/55, *Rec.*, p. 9.

⁴⁹ C.J.C.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jointes C-7/56 et C-3/57 à C-7/57, *Rec.*, p. 81, p. 114. La Cour y introduit également la proportionnalité (voy. C.J.C.E., 17 décembre 1959, *Macchiorlatti*, C-1/59, *Rec.*, 1959, p. 413).

« principes » dans les formulations habituelles de la Cour. Dans deux arrêts du 21 juin 1958, celle-ci vise déjà « le principe généralement admis dans le droit des États membres », relatif à « l'égalité des administrés devant la réglementation économique »⁵⁰.

Il faudra cependant attendre le début de la décennie suivante pour trouver trace de l'expression « principe général ». Dans le cadre d'un recours, une société invoquait le « droit au maintien des droits acquis » tel qu'il était consacré par la jurisprudence allemande. Selon l'Avocat général Lagrange, la Cour ne pouvait appliquer du droit national, mais bien « s'en inspirer éventuellement pour y voir l'expression d'un principe général de droit susceptible d'être pris en considération pour l'application du traité »⁵¹. Adoptant cette terminologie, la Cour jugea que le droit communautaire ne contenait « aucun principe général, explicite ou non, garantissant le maintien des situations acquises »⁵². L'expression avait manifestement fait mouche et la Cour n'allait pas se priver de la réutiliser⁵³.

Le débat relatif à la place des droits fondamentaux dans le droit communautaire se posait par ailleurs de façon de plus en plus cruciale à Luxembourg, faisant sentir l'abîme séparant les préoccupations des juridictions nationales des traités fondateurs, muets sur la question⁵⁴. Il fallut attendre 1969 pour que la Cour accepte d'évoquer les « droits fondamentaux de la personne compris dans les principes généraux du droit communautaire, dont la Cour assure le respect »⁵⁵, avant de préciser que le respect de ceux-ci faisait « partie intégrante des principes généraux du droit »⁵⁶. Les principes généraux ont, par la suite, connu une véritable explosion jurisprudentielle⁵⁷.

⁵⁰ C.J.C.E., 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*, C-8/57, *Rec.*, 1958, p. 225.

⁵¹ Concl. Av. gén. LAGRANGE dans l'affaire *Präsident Ruhrkohlen*, aff. jointes C-36/59, C-37/59, C-38/59 et C-40/59, *Rec.*, p. 910.

⁵² C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Präsident Ruhrkohlen*, aff. jointes C-36/59, C-37/59, C-38/59 et C-40/59, *Rec.*, p. 857.

⁵³ Voy. déjà les arrêts prononcés le même jour, dans lesquels la Cour l'utilise à plusieurs reprises (C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Italie c. Haute Autorité*, C-20/59, *Rec.*, 1960, p. 690 et C.J.C.E., 15 juillet 1960, *Lachmüller*, aff. jointes C-43/59, C-45/59 et C-48/59, *Rec.*, 1960, p. 952 et 958).

⁵⁴ Pour un historique de la consécration des droits fondamentaux par la Cour, voy. PAPADOPOULOU (R.E.), *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, Bruylant, Bruxelles, 1996, p. 137-165.

⁵⁵ C.J.C.E., 12 novembre 1969, *Stauder*, C-29/69, *Rec.*, 1969, p. 419.

⁵⁶ C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *Rec.*, 1970, p. 1135. Voy. également C.J.C.E., 17 décembre 1970, *Köster*, C-25-70, *Rec.*, p. 1161.

⁵⁷ CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz, Paris, 2001, p. 22. R.E. Papadopoulou relève ainsi, de 1954 à 1995, 1.200 arrêts mentionnant les principes généraux du droit communautaire (PAPADOPOULOU (R.E.), *Principes généraux de droit et du droit communautaire : origines et concrétisation*, op. cit., p. 14). Sur l'influence de l'élargissement de l'Union européenne sur l'évolution des principes généraux dans la jurisprudence de la Cour, voy. GROUSSOT (X.), *General Principles of Community Law*, Europa Law Publishing, Groningen, 2006,

10. Consécration d'un principe. Il n'est guère aisé de rendre compte du processus « parfois hésitant, souvent ambigu, toujours progressif »⁵⁸ qui mène à la consécration d'un principe général du droit de l'Union européenne. Il est utile à cet égard de distinguer les principes généraux propres au droit de l'Union de ceux qui sont « empruntés » au droit national ou au droit international⁵⁹. Dans le premier cas, la méthode de sélection de la Cour s'identifie à celle suivie par les juges nationaux⁶⁰. S'il peut se présenter sous la forme d'un procédé déductif⁶¹, le processus d'identification d'un principe apparaît le plus souvent sous la forme inductive, selon un raisonnement qualifié par de nombreux auteurs d'« induction amplifiante »⁶², généralement précédée d'un raisonnement par analogie⁶³. La Cour a notamment procédé à ce type de raisonnement lorsqu'elle a considéré qu'il ressortait de plusieurs dispositions d'un règlement que celui-ci faisait « application de la règle générale selon laquelle les destinataires de décisions des autorités publiques qui affectent de manière sensible leurs intérêts, doivent être mis en mesure de faire connaître utilement leur point de vue »⁶⁴. Dans un arrêt plus récent, la Cour a cependant refusé l'induction, considérant « que la simple circonstance que le droit communautaire dérivé prévoit certaines dispositions afférentes à la protection des actionnaires minoritaires ne suffit pas, en soi, à établir l'existence d'un principe général du droit communautaire »⁶⁵.

11. La méthode d'emprunt de principes aux autres ordres juridiques est plus originale. Si la Cour semble avoir fait preuve d'une grande liberté lorsqu'elle s'est tournée vers l'ordre juridique international, la situation s'est avérée plus complexe lorsqu'il s'est agi d'emprunter au « fonds des principes

p. 422. Sur leur développement depuis la fin des années 1990, voy. TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 557.

⁵⁸ SIMON (D.) et RIGAUX (A.), « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire : l'exemple de l'abus de droit », in *Mélanges en hommage à Guy Isaac. 50 ans de droit communautaire*, t. 2, Presses de l'Université des Sciences Sociales, Toulouse, 2004, p. 561.

⁵⁹ Concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, point 94.

⁶⁰ SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 79.

⁶¹ Tel est le cas lorsque le juge part d'objectifs généraux pour en déduire un principe (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 2). Voy. les arrêts *Van Gend en Loos*, *Costa c. E.N.E.L.* ou *Les Verts* : la Cour part de la notion de « Communauté de droit » pour en déduire les principes d'effet direct, de primauté ou de protection juridictionnelle effective.

⁶² DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, éd. du Seuil, 1994, p. 85 ; MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *R.F.D.A.*, 1999, p. 731 et les réf. citées.

⁶³ GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 1981, p. 195-197.

⁶⁴ C.J.C.E., 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association*, C-17-74, *Rec.*, p. 1063, point 15.

⁶⁵ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux*, C-101/08, points 32 et 42. Il est au moins nécessaire que ces dispositions soient « rédigées de manière contraignante [...], faisant ressortir le contenu bien déterminé du principe recherché » (point 34).

communs aux droits des États membres»⁶⁶. Plusieurs options s'offraient à la Cour. Elle avait le choix d'exiger que le principe soit reconnu par tous les États membres ou par certains d'entre eux seulement. Elle pouvait également sélectionner le principe dans sa version minimaliste (plus petit dénominateur commun) ou maximaliste (version la plus protectrice envers les individus ou la plus progressive)⁶⁷.

Si la Cour a préféré, dans un premier temps, utiliser des principes communs à tous les États membres⁶⁸, cette démarche est parue difficilement tenable avec les élargissements successifs, et notamment l'arrivée en 1973 du Royaume-Uni, du Danemark et de l'Irlande⁶⁹. Il n'est dès lors pas surprenant que, dans un arrêt du 23 octobre 1974⁷⁰, la Cour ait fait application du principe *audi alteram partem* malgré le fait que la règle n'existait pas en droit hollandais et italien⁷¹, approche qu'elle a confirmée par la suite, tout en laissant ouverte la question du type de majorité requise⁷². À la suite de ses avocats généraux⁷³, il apparaît globalement que la Cour refuse d'appliquer la méthode du plus petit dénominateur commun⁷⁴ et qu'elle s'assure de l'aptitude de l'ordre juridique européen à recevoir le principe⁷⁵. Afin notamment d'assurer cette compatibilité, la Cour se réserve, le cas échéant, le droit d'apporter aux formules nationales les aménagements nécessaires⁷⁶. Si

⁶⁶ GALMOT (Y.), « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 262.

⁶⁷ Sur la question, voy. GROUSSOT (X.), *General Principles of Community Law*, « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 43.

⁶⁸ C.J.C.E., 16 mars 1971, *Simet*, C-67/69, *Rec.*, 1971, p. 197, point 15; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 35.

⁶⁹ Ainsi que l'observait l'Avocat général Lagrange : « It obviously would have been much more difficult to work along these lines had Great Britain elected to join the Community in 1950! » (LAGRANGE (M.), « The Court of Justice as a factor in European Integration », *Am. J. Comp. L.*, 1966-1967, p. 719).

⁷⁰ C.J.C.E., 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association*, C-17/74, *Rec.*, p. 1063, point 15.

⁷¹ Comme l'avait précisé l'Avocat général Warner dans ses conclusions (*Rec.*, 1974, p. 1088).

⁷² LORENZ (W.), « General Principles of Law: Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *Am. J. Comp. L.*, 1964, p. 8; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 26; RAITIO (J.), « The principle of legal certainty as a general principle of E.U. law », in *General Principles of E.C. Law in a Process of Development*, BERNITZ (U.), NERGELIUS (J.) et CARDNER (C.) dir., Kluwer Law International, 2008, p. 52.

⁷³ Selon l'Avocat général Slynn, il appartient à la Cour de dire comment le principe sélectionné se concrétise de la manière « la meilleure et la plus appropriée » (concl. Av. gén. SLYNN dans l'affaire A.M. & S., C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1649-1650). Voy. également AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 33 et les réf. citées.

⁷⁴ GALMOT (Y.), « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 258.

⁷⁵ SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 81.

⁷⁶ GALMOT (Y.), « Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de justice des Communautés européennes », *op. cit.*, p. 258-259. D. Simon résume bien le traitement juridictionnel par les juridictions de l'Union européenne, en décrivant leur approche comme étant « à la fois éclectique, sélective et filtrante » (SIMON (D.), « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 293-294).

la « greffe prend », le nouveau principe du droit européen s'intègre dans son nouvel environnement, au point d'en devenir parfois méconnaissable pour son « donneur »⁷⁷.

12. L'importante marge d'appréciation des juridictions de l'Union européenne dans la consécration des principes ne permet pas de valider le modèle du juge se contentant de constater leur existence, en formulant la volonté tacite du législateur⁷⁸. Lorsqu'elles empruntent aux systèmes nationaux, elles peuvent choisir de donner plus de poids à des systèmes juridiques qu'à d'autres et doivent parfois sélectionner entre des principes contradictoires ceux qu'elles jugent meilleurs ou plus progressifs⁷⁹. S'ils recourent à l'analogie et à l'induction, modes « traditionnels » d'identification d'un principe général, les juges européens sont soumis au même risque d'arbitraire que leurs homologues nationaux. En effet, ces modes de raisonnement ne sont pas contraignants et laissent donc une large place aux jugements de valeur du juge⁸⁰. De ces considérations résulte une tentation de voir dans le « procédé de découverte » d'un principe général, au mieux, un exercice créatif⁸¹ et, au pire, un instrument d'arbitraire, en passant par les termes peu flatteurs de « bricolage » casuistique⁸² ou de processus de législation jurisprudentielle guidée principalement par le bon sens⁸³.

⁷⁷ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 6; ARNULL (A.), *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 191. Ce principe « communautairement modifié » peut ensuite être amené à influencer le droit des États membres en retour (SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 86).

⁷⁸ GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 567; dans le même sens, RENAULD (J.), « Principes généraux du droit et équité », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. I., Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 1972, p. 420. F. Moderne relève que « La part d'initiative et d'imagination du juge saisi sera plus ou moins grande selon le cas, en fonction du contexte global de son intervention, des attentes du citoyen, des réactions éventuelles des autres opérateurs juridiques, de l'état du droit international ou plus simplement, des stratégies jurisprudentielles » (MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 734).

⁷⁹ AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 39. En outre, comme le relève cet auteur, lorsqu'elles décident d'utiliser une forme très générale pour un principe, afin de transcender les différences entre États membres, leur marge d'appréciation est d'autant plus grande dans son application.

⁸⁰ GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie : contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 185-197; MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 460-470.

⁸¹ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 2; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 39.

⁸² SIMON (D.), « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 75.

⁸³ HERDEGEN (M.), « The origins and development of the general principles of Community law », in *General Principles of European Community Law*, BERNITZ (U.) et NERGELIUS (J.) dir., Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 17.

13. Quelques observations permettent cependant de relativiser à tout le moins l'accusation d'arbitraire. Ainsi que le relève H. Buch, « tout principe général est une généralisation de faits expérimentaux » qui « trouve son origine dans l'affrontement de la réalité et de la systématisation de celle-ci »⁸⁴. Traduites dans l'ordre juridique européen, ces considérations permettent de souligner l'importance de l'apport – par définition casuistique – des juges nationaux⁸⁵ et des parties aux litiges portés devant les juridictions de l'Union européenne⁸⁶, celles-ci refusant ou adoptant les principes suggérés⁸⁷.

Ensuite, il faut encore souligner le caractère « sédimentaire » des principes⁸⁸ qui, à quelques exceptions près, inscrivent leur apparition, mais également leur développement, dans une logique temporelle longue. Or, comme le relève P. Morvan, arbitraire et sédimentation juridique sont « objectivement antinomiques »⁸⁹. En ce qui concerne la proportionnalité, son mécanisme apparaît déjà dans des arrêts très anciens de la Cour⁹⁰. Elle ne sera cependant consacrée comme principe général que dans un arrêt du 14 juillet 1983⁹¹. Il en va de même du principe de bonne administration⁹² et du principe d'égalité, explicitement consacré comme principe général par la Cour en 1977⁹³, mais déjà évoqué dès ses premiers arrêts⁹⁴. On peut considérer, avec N. MacCormick, que s'il existe une réelle différence entre les principes de droit et des principes moraux ou politiques, ceux-ci sont séparés par une

⁸⁴ BUCH (H.), « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », in *Miscellanea W.J. Ganshof van der Meersch*, t. 3, Bruylant – L.G.D.J., Bruxelles – Paris, 1972, p. 419-420.

⁸⁵ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 137.

⁸⁶ M. Akehurst constate qu'entre le 1^{er} janvier 1958 et le 31 décembre 1978, 45 % des 616 questions préjudicielles posées provenaient de juridictions allemandes, ce qui a sans doute influencé les concepts et la terminologie adoptés par la Cour (AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 39; dans le même sens, GROUSSOT (X.), *General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 19-20).

⁸⁷ WIKLUND (O.) et BENGÖETXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 136.

⁸⁸ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 452 et s.

⁸⁹ *Ibid.*, p. 470.

⁹⁰ Voy. déjà C.J.C.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jointes C-7/56 et C-3/57 à C-7/57, *Rec.*, p. 81 et 114; C.J.C.E., 17 décembre 1959, *Macchiorlatti*, C-1/59, *Rec.*, 1959, p. 413.

⁹¹ C.J.C.E., 14 juillet 1983, *Sandoz*, C-174/82, *Rec.*, 1983, p. 2445, point 18.

⁹² Voy. la terminologie aléatoire de la Cour dans ses arrêts du 10 décembre 1957 (*Usines à tubes de la Sarre*, aff. jointes C-1/57 et C-14/57, *Rec.*, 1957, p. 220), du 30 mai 1973 (*De Greef*, C-46/72, *Rec.*, 1973, p. 543, point 21), du 28 mai 1980, *Kühner*, C-33/79 et C-75/79, *Rec.*, p. 1677, point 25), du 8 novembre 1983 (*I.A.Z.*, aff. jointes C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82, *Rec.*, 1983, p. 3369, point 15) ou du 23 octobre 1986, *Schwiering*, C-321/85, *Rec.*, p. 3199, point 18).

⁹³ C.J.C.E., 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. jointes C-117/76 et C-16/77, *Rec.*, p. 1753, point 7.

⁹⁴ C.J.C.E., 21 juin 1958, *Groupement des hauts fourneaux et aciéries belges*, C-8/57, *Rec.*, 1958, p. 225.

terra incognita intermédiaire des principes qui se battent pour leur reconnaissance juridique⁹⁵, comme les principes de subsidiarité⁹⁶, d'équité⁹⁷, de force majeure⁹⁸ ou de transparence⁹⁹.

Enfin, la consécration par les juridictions de l'Union européenne de certains principes, tels que la sécurité juridique ou l'égalité, ne surprend guère dès lors qu'ils sont généralement associés, encore que selon des modalités parfois très différentes, au concept d'État de droit tel qu'il est compris dans la plupart des États membres. S'il est exagéré de dire qu'ils se sont naturellement imposés à ces juridictions, force est de constater que leur consécration n'a pas soulevé de vagues de protestations. La Cour estime du reste que le droit de l'Union « doit tenir compte des principes et conceptions communs aux droits de ces États »¹⁰⁰.

14. Entre la découverte ingénue et la création arbitraire se profile ainsi une troisième voie, qui renoue avec le sens ambigu d'« invention ». Alors que le terme signifiait, à l'origine, « découverte d'une chose cachée », il est actuellement compris comme la « production d'une synthèse nouvelle d'idées, et spécialement, [la] combinaison nouvelle de moyens en vue d'une fin »¹⁰¹. Ce vocable désigne alors parfaitement le mode d'élaboration des principes,

⁹⁵ MACCORMICK (N.), *Legal Reasoning and Legal Theory*, op. cit., p. 238.

⁹⁶ Si sa réception lente par les juridictions de l'Union européenne a pu susciter des doutes sur son statut de principe général du droit (DE BURCA (G.), « Proportionality and Subsidiarity as General Principles of Law », in *General Principles of European Community Law*, BERNITZ (U.) et NERGELIUS (J.) dir., Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 103 et s., et les réf. citées), il apparaît cependant qu'elles acceptent enfin d'examiner la validité du droit dérivé à l'aune de ce principe, certes sans résultat à l'heure actuelle (C.J.C.E., 10 décembre 2002, B.A.T., C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, points 179-185; C.J.U.E., 8 juin 2010, *Vodafone e.a.*, C-58/08, points 72-79).

⁹⁷ Si la Cour a toujours refusé de consacrer l'existence d'un principe général d'équité (C.J.C.E., 28 juin 1977, *Balkan Import-Export*, C-118/76, *Rec.*, p. 1177, points 8-10; C.J.C.E., 28 juin 1990, *Hoche*, C-174/89, point 31; voy. cependant C.J.C.E., 29 septembre 1998, *First City Trading*, C-263/97, *Rec.*, p. I-5537, point 48), celle-ci est intervenue de façon décisive dans plusieurs des décisions (C.J.C.E., 13 février 1969, *Wilhelm*, C-14-68, *Rec.*, p. 1; C.J.C.E., 4 décembre 1975, *Costacurta*, C-31/75, *Rec.*, 1975, p. 1563, point 5; C.J.C.E., 5 février 1976, *Süddeutsche Zucker*, C-94/75, *Rec.*, 1976, p. 153, point 5).

⁹⁸ D'abord niée comme principe général (C.J.C.E., 11 juillet 1968, *Schwarzwalddmilch*, C-4/68, *Rec.*, 1968, p. 562), elle semblait ensuite avoir été consacrée par la Cour dans un arrêt *I.F.G.* du 14 février 1978 (C.J.C.E., 14 février 1978, *I.F.G.*, C-68/77, *Rec.*, p. 353, points 10-11). Voy. cependant T.P.I.C.E., 6 mars 2003, *APOL*, aff. jointes T-61/00 et T-62/00, point 72.

⁹⁹ Sur l'historique de ce que l'Avocat général Maduro appelle la « lente mais inexorable montée en puissance en droit communautaire de l'exigence de transparence en général et du droit d'accès aux documents des institutions en particulier », voy. ses conclusions dans l'affaire *Suède c. Commission*, C-64/05 P, points 37-44.

¹⁰⁰ C.J.C.E., 18 mai 1982, *A.M. & S. Europe Limited c. Commission*, C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575, point 18. Pour des exemples de déférence de la Cour envers les systèmes nationaux, voy. C.J.C.E., 31 mai 2001, *D et Suède c. Conseil*, C-122/99 P et C-125/99 P, *Rec.*, 2001 p. I-4319, points 48-52; C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Masdar*, C-47/07 P, *Rec.*, p. I-9761, point 47.

¹⁰¹ LALANDE (A.), *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF – Quadrige, 2002.

mais à condition de conserver son ambiguïté, « tout à la fois création d'un droit nouveau et découverte d'un droit préexistant »¹⁰². Dans l'élaboration des principes, la liberté des juges n'est donc pas entière, mais se trouve entravée par le corpus normatif qui leur préexiste¹⁰³. Au niveau européen, ce corpus était essentiellement constitué, dans les premières années d'une Cour de justice en quête de légitimité, par les traités et par les droits nationaux. Il est aujourd'hui enrichi – et encadré – par une abondante jurisprudence, qui s'est orientée à l'aide du sextant de l'intérêt de l'Union européenne¹⁰⁴. Lorsqu'ils puisent dans les systèmes nationaux, les juges de Luxembourg sélectionnent les principes les « plus en phase avec le système communautaire »¹⁰⁵ et lorsqu'ils reconnaissent des principes propres au droit de l'Union, ils tendent à privilégier ceux qui dérivent d'objectifs du traité plutôt que de dispositions dérogeant aux règles fondamentales¹⁰⁶.

15. En conclusion, si le législateur européen est compétent pour édicter le droit de l'Union européenne et, par conséquent, peut adopter un principe général, il apparaît que ce rôle revient essentiellement à la Cour de justice¹⁰⁷. La consécration d'un tel principe par une tierce instance serait dépourvue de valeur normative, les juridictions nationales pouvant tout au plus émettre des suggestions à cet égard par le biais préjudiciel.

3. Des critères matériels : généralité et importance

16. **Généralité.** Si les principes généraux peuvent être caractérisés par une certaine généralité¹⁰⁸, encore faut-il s'entendre sur la notion. Les

¹⁰² MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 494.

¹⁰³ *Ibid.*, p. 497; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, op. cit., p. 85.

¹⁰⁴ En outre, s'il n'y a pas toujours « création jurisprudentielle au vrai sens du terme », le juge maîtrise cependant le choix du moment de l'apparition des principes et leur destin européen (HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, op. cit., p. 16).

¹⁰⁵ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », op. cit., p. 117.

¹⁰⁶ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 27.

¹⁰⁷ En ce sens, FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », op. cit., p. 110. Il convient cependant de relever la formalisation graduelle dont les principes généraux ont fait l'objet (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 12; HERDEGEN (M.), « The origins and development of the general principles of Community law », op. cit., p. 22-23). Les principes dégagés par la jurisprudence de la Cour en matière de droits de l'homme ont été affirmés par le préambule de l'Acte unique européen, puis par l'article F, § 2, du traité sur l'Union européenne, l'article 6, § 2, U.E. et, bien entendu, la Charte des droits fondamentaux. Le traité de Maastricht a consacré les principes de subsidiarité et de proportionnalité, et le traité d'Amsterdam, les principes de liberté, de démocratie et de l'État de droit, « principes qui sont communs aux États membres ».

¹⁰⁸ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 1; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, op. cit., p. 83 et 130; GÉRARD (Ph.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *Déviance et société*, 1988, p. 77; WIKLUND (O.) et BENGIOETXA (J.), « General consti-

dictionnaires distinguent notamment trois significations du mot « général ». Selon le premier sens, ce terme vise ce qui s'applique à un ensemble d'êtres, de choses, de cas ou d'individus. En cela, le principe ne se différencie pas d'une règle, dès lors que tous deux ont vocation, à certaines conditions, à s'appliquer à de telles catégories, dans un nombre infini de situations et sans épuiser leur normativité¹⁰⁹.

Selon un deuxième sens, « général » s'oppose à ce qui est précis ou détaillé. Les principes seraient des normes de généralité relativement haute et les règles, des normes de généralité relativement faible¹¹⁰. Dans cette acception, plusieurs auteurs relèvent que la différence entre les deux est de degré, la séparation étant pour le moins difficile, sinon impossible, à tracer¹¹¹. R. Alexy relève ainsi que certaines normes d'un haut degré de généralité ne sont pas des principes¹¹², ce qui est le cas de la plupart des dispositions des traités de l'Union. Au contraire, les juridictions européennes ont reconnu l'existence de principes assez précis, tels le principe général selon lequel « la personne lésée, au risque de devoir supporter elle-même le dommage, doit faire preuve d'une diligence raisonnable pour limiter la portée du préjudice »¹¹³ ou celui selon lequel « un retard de paiement entraîne un préjudice pour lequel le créancier doit être indemnisé »¹¹⁴. Les principes généraux peuvent en outre présenter des degrés de généralité différents¹¹⁵, certains étant dérivés d'autres. La Cour a ainsi considéré que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge constituait une « application spécifique » du principe général de l'égalité de traitement¹¹⁶, mais a refusé de consacrer

tutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 124; GANSHOF VAN DER MEERSCH (W.J.), « Propos sur le texte de la loi et les principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 567-568. *Contra*: voy. P. Morvan, selon lequel le critère de généralité est stérile, en ce qu'il ne permet pas de différencier le principe d'autres normes, et inutile, car il ne permet pas de justifier la primauté du principe sur les autres règles (MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 282-297).

¹⁰⁹ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56; GÉRARD (Ph.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78. Alexy parle d'« universalité » pour désigner cette qualité commune des principes et des règles (ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, trad. par J. Rivers, O.U.P., Oxford, 2002, p. 46).

¹¹⁰ ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 45.

¹¹¹ RAZ (J.), « Legal principles and the limits of law », *op. cit.*, p. 823-854, p. 838; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 83; SUNSTEIN (C.R.), *Legal Reasoning and Political Conflict*, *op. cit.*, p. 23-31.

¹¹² ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 61.

¹¹³ C.J.C.E., 24 mars 2009, *Danske Slagterier c. Allemagne*, C-445/06, point 61 et les réf. citées.

¹¹⁴ T.P.I.C.E., 10 février 2004, *Calberson*, aff. jointes, T-215/01, T-220/01 et T-221/01, point 90 et les réf. citées.

¹¹⁵ Comp. les principes précités avec un principe aussi large que le « principe démocratique fondamental, selon lequel les peuples participent à l'exercice du pouvoir par l'intermédiaire d'une assemblée représentative » (C.J.C.E., 29 octobre 1980, *Roquette c. Conseil*, C-138/79, *Rec.*, 1980 p. 3333, point 33; C.J.C.E., 11 juin 1991, *Commission c. Conseil*, C-300/89, *Rec.*, 1991, p. I-2867, point 20; T.P.I.C.E., 17 juin 1998, *U.E.A.P.M.E. c. Conseil*, T-135/96, *Rec.*, p. II-2335, point 89).

¹¹⁶ C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, point 21.

le principe général d'égalité de traitement des actionnaires minoritaires, dès lors qu'il était « caractérisé par un degré de détail nécessitant une élaboration législative »¹¹⁷.

Dans une troisième signification, le terme général renvoie à ce qui est « abstrait » ou « indéterminé ». En ce sens, le principe se distinguerait plus clairement de la règle. Alors que celle-ci serait « édictée en vue d'une situation juridique déterminée », le principe serait « général en ce qu'il comporte une série indéfinie d'applications »¹¹⁸. Il s'agit de leur caractère non décisif ou non déterminant. Alexy estime, dans la lignée de Dworkin, que les règles sont des normes dont les conditions sont soit réunies, soit absentes. Par contraste, les principes sont des « exigences d'optimisation » (*optimization requirement*), en ce qu'ils peuvent être satisfaits dans des mesures variées et que leur degré approprié de satisfaction dépend de ce qui est possible non seulement factuellement, mais aussi juridiquement. Il s'agit cependant d'impératifs *prima facie*, car les principes n'ont pas les ressources pour déterminer par eux-mêmes leur propre portée¹¹⁹.

17. Importance. Les principes revêtent une certaine importance dans l'ordre juridique¹²⁰, voire une importance certaine¹²¹. Dans la hiérarchie des normes de l'ordre juridique européen¹²², la Cour de justice a affirmé sans ambages que « les principes généraux du droit communautaire se situent au rang constitutionnel »¹²³. La doctrine se montre parfois plus nuancée¹²⁴,

¹¹⁷ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux*, C-101/08, point 63.

¹¹⁸ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56; GÉRARD (Ph.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 78. Tel est également le sens de la distinction faite par Dworkin. Voy. également SUNSTEIN (C.R.), *Legal Reasoning and Political Conflict*, *op. cit.*, p. 21.

¹¹⁹ ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 47-57.

¹²⁰ DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, *op. cit.*, p. 26.

¹²¹ GÉRARD (Ph.), « Aspects de la problématique actuelle des principes généraux du droit », *op. cit.*, p. 77; DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 87; RODRIGUEZ IGLESIAS (G.C.), « Reflections on the general principles of Community law », *op. cit.*, p. 2; BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 56-57.

¹²² Selon T. Tridimas, cet ordre juridique est basé sur un système de hiérarchie des règles selon lequel les règles d'un niveau inférieur tirent leur validité des règles d'un niveau supérieur et doivent les respecter (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 51).

¹²³ C.J.C.E., 15 octobre 2009, *Audiolux*, C-101/08, point 63.

¹²⁴ Voy. SCHERMERS (H.G.), *Judicial Protection in the European Communities*, 2^e éd., Kluwer, Deventer, 1979, p. 24-26; HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, *op. cit.*, p. 41. Selon C. Flaesch-Mougins, « les principes dotés d'une valeur normative figurant dans un acte de droit dérivé se situent au rang de leur acte-support » (FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 112). Cette affirmation n'est, cependant, pas confirmée par la jurisprudence.

mais rejoint globalement cette position¹²⁵. La conséquence logique de ce statut est que les principes généraux peuvent être utilisés pour interpréter le droit dérivé et, le cas échéant, pour l'annuler ou l'invalidier¹²⁶, mais qu'ils ne peuvent servir que d'instruments d'interprétation du droit primaire¹²⁷. En ce qui concerne la conclusion d'accords par l'Union européenne, les principes généraux permettent soit de freiner leur conclusion¹²⁸, soit d'invalidier ou d'annuler les actes de droit dérivé mettant en œuvre les accords déjà conclus¹²⁹. En outre, la violation d'un principe général, en tant que règle supérieure de droit, est susceptible d'entraîner la responsabilité de l'Union européenne¹³⁰. Enfin, le droit national doit également tenir compte de ces principes¹³¹. La Cour estime, par exemple, que « les principes de sécurité juridique et de protection des particuliers exigent que, dans les domaines couverts par le droit communautaire, les règles du droit des États membres soient formulées de manière non équivoque qui permette aux personnes concernées de connaître leurs droits et obligations d'une manière claire et précise et aux juridictions nationales d'en assurer le respect »¹³². En vertu du principe de primauté, les juridictions nationales doivent écarter le droit national qui est incompatible avec un principe européen et la violation de celui-ci par un État membre peut entraîner sa mise en cause dans le cadre d'un recours en manquement ou en responsabilité extracontractuelle.

¹²⁵ SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », in *L'Union européenne. Union de droit, union des droits. Mélanges en l'honneur du Professeur Philippe Manin*, MASCLÉ (J.-C.), RUIZ-FABRI (H.), BOUTAYEB (C.) et RODRIGUES (S.) dir., Pedone, Paris, 2010, p. 745; FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 113; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 51.

¹²⁶ Voy. concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, point 95; concl. Av. gén. BOT dans l'affaire *Küçükdeveci*, C-555/07, point 80.

¹²⁷ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 51; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 47.

¹²⁸ Voy. l'avis n° 1/91 de la Cour du 14 décembre 1991 sur le projet d'accord entre la Communauté et les pays de l'AELE portant sur la création de l'Espace économique européen, dans lequel la Cour a considéré que le système de contrôle juridictionnel que l'accord envisageait de mettre en place était incompatible avec le traité C.E.E., en ce qu'il portait « atteinte à la sécurité juridique » (*Rec.*, p. I-06079, point 64).

¹²⁹ Voy. notamment C.J.C.E., 10 mars 1998, *Allemagne c. Conseil*, C-122/95, *Rec.*, p. I-973; C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P.

¹³⁰ Il faut, évidemment, que les autres conditions soient réunies. Sur la question, voy. FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 112; ARNULL (A.), *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 192; CALMES (S.), *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, *op. cit.*, p. 23.

¹³¹ Sur la question, voy. PRECHAL (S.), « Competence Creep and General Principles of Law », *Rev. of Eur. Admin. Law*, 2010, p. 8.

¹³² C.J.C.E., 27 septembre 2007, *Twoh International*, C-184/05, point 25.

S'il peut dès lors être affirmé que les principes généraux ont une vocation normative forte¹³³, la simplicité apparente de cette présentation ne peut faire oublier que leur particularité est de fonctionner selon un registre différent des règles « classiques », introduisant dans l'ordre juridique des incertitudes normatives¹³⁴.

II. Une normativité incertaine

A. La valeur normative des principes¹³⁵

18. Principes généraux et traités. Le rapport entre les traités et les principes généraux n'est pas dépourvu de toute ambiguïté. Tout d'abord, en tant que principes d'interprétation, les principes généraux ont permis à la Cour de justice d'intervenir de façon majeure dans la portée des dispositions des traités. Dans son célèbre arrêt *Les Verts*¹³⁶, la Cour s'est estimée compétente pour connaître d'un recours en annulation dirigé contre les actes du Parlement européen, malgré l'absence de mention de ces actes dans l'article 173 du traité C.E.E.¹³⁷ Si la Cour ne les invoque pas explicitement, elle semble recourir aux principes de légalité¹³⁸, d'équilibre institutionnel¹³⁹ et de protection juridictionnelle effective¹⁴⁰. Dans le domaine de la limitation dans le temps des effets de ses arrêts, la Cour s'est également montrée très créative à l'aide des principes généraux du droit. Alors que la possibilité offerte par l'article 231, 2^e alinéa, du traité C.E. de limiter les effets d'un arrêt d'annulation ne visait que les règlements, la Cour a

¹³³ WIKLUND (O.) et BENGOTXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 124; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 2.

¹³⁴ Ainsi que l'observe P. Morvan, « principes et hiérarchie des normes font mauvais ménage » (MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 598 et s).

¹³⁵ Sur le sens de la notion de « valeur normative », voy. THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, L.G.D.J. – Bruylant, Paris – Bruxelles, 2009, spéc. p. 822.

¹³⁶ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, C-294/83, *Rec.*, p. 1339, points 22-25.

¹³⁷ Art. 230 T.C.E., art. 263 T.F.U.E.

¹³⁸ En ce sens, voy. TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 52.

¹³⁹ Voy. également C.J.C.E., 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, C-70/88, *Rec.*, p. 2041, points 23-27.

¹⁴⁰ Tel est du reste le principe retenu par le tribunal pour considérer que les actes adoptés par le Comité économique et social destinés à produire des effets juridiques à l'égard de particuliers constituent des actes attaquables, malgré le fait que ce Comité ne fasse pas partie des institutions mentionnées à l'article 230 T.C.E. (T.U.E., 31 mars 2011, *Italie c. CESE*, T-117/08, points 30-33). Voy. également sa tentative avortée d'ouvrir les conditions de recevabilité des recours en annulation introduits par des particuliers contre des actes dont ils ne sont pas les destinataires (T.P.I.C.E., 3 mai 2002, *Jégo Quéré*, T-177/01, *Rec.*, p. II-2365, point 47), revirement rejeté par la Cour (C.J.C.E., 25 juillet 2002, *UPA*, C-50/00 P, *Rec.*, p. 6677, points 38-44).

jugé que « d'importants motifs de sécurité juridique, comparables à ceux qui interviennent en cas d'annulation de certains règlements », justifiaient qu'elle exerce ce pouvoir à l'égard d'une décision du Conseil ou de la Commission¹⁴¹.

19. La rencontre des principes généraux du droit et des traités ne s'est pas faite uniquement sur le terrain de l'interprétation, soulevant également la question de la hiérarchie normative au sein du droit primaire¹⁴². Dans l'arrêt *Schmidberger*, la Cour a estimé que, les libertés d'expression et de réunion (principes généraux du droit de l'Union) et la libre circulation des marchandises (consacrée par le traité C.E.) étant des prérogatives relatives, leur conflit requiert « de mettre en balance les intérêts en présence et de déterminer, eu égard à l'ensemble des circonstances de chaque cas d'espèce, si un juste équilibre a été respecté entre ces intérêts »¹⁴³. La Cour reconnaît également, dans cet arrêt, l'existence de droits fondamentaux, comme le droit à la vie, « qui ne tolèrent aucune restriction »¹⁴⁴, suggérant *a contrario* que ces droits devraient avoir priorité sur les dispositions des traités permettant des restrictions. Dans son arrêt *Khadi*, la Cour a jugé « que les obligations qu'impose un accord international ne sauraient avoir pour effet de porter atteinte aux principes constitutionnels du traité C.E., au nombre desquels figure le principe selon lequel tous les actes communautaires doivent respecter les droits fondamentaux »¹⁴⁵. La Cour a ensuite précisé que les dispositions du traité relatives aux accords internationaux « ne sauraient être comprises comme autorisant une dérogation aux principes de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales »¹⁴⁶. En d'autres termes, en cas de conflit, ces principes devraient être amenés à prévaloir sur d'autres dispositions du traité.

¹⁴¹ C.J.C.E., 7 mars 1996, *Parlement c. Conseil*, C-360/93, *Rec.*, 1996, p. I-01195, point 35. L'article 267, § 2, T.F.U.E. dispose désormais que « la Cour indique, si elle l'estime nécessaire, ceux des effets de l'acte annulé qui doivent être considérés comme définitifs ». Les mêmes « considérations impérieuses de sécurité juridique » amenèrent la Cour à limiter les effets de ses arrêts préjudiciels en interprétation (C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, *Rec.*, p. 455, points 72-74) et en validité (C.J.C.E., 15 octobre 1980, *Providence agricole de la Champagne*, C-4/79, *Rec.*, p. 2823, points 44-46).

¹⁴² T. Tridimas n'exclut pas la possibilité que certaines dispositions du droit primaire aient priorité sur d'autres (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 56).

¹⁴³ C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, points 71-82.

¹⁴⁴ C.J.C.E., 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, points 80.

¹⁴⁵ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P, point 285.

¹⁴⁶ C.J.C.E., 3 septembre 2008, *Kadi c. Conseil et Commission*, C-402/05 P, points 301-303. Voy. également les points 35-38.

20. Principes généraux et droit dérivé. En théorie, les principes généraux ont un rang supérieur au droit dérivé et celui-ci doit donc, comme le rappelle la Cour explicitement, respecter ceux-là¹⁴⁷. Le contrôle de légalité opéré par les principes sur le droit dérivé se réalise principalement par la voie du contrôle de la validité et de l'interprétation¹⁴⁸. Si plusieurs auteurs distinguent dès lors les principes généraux « normatifs » et les « principes d'interprétation »¹⁴⁹, trois raisons suggèrent de relativiser cette distinction traditionnelle en droit de l'Union européenne.

Tout d'abord, tous les principes dits « normatifs » peuvent être utilisés comme instruments d'interprétation, par le biais notamment des principes d'effet utile et d'interprétation conforme¹⁵⁰. Un texte du droit dérivé doit être interprété, « dans la mesure du possible, dans le sens de sa conformité avec les dispositions du traité et les principes généraux du droit communautaire »¹⁵¹. Le principe d'interprétation conforme impose « aux États membres [...] d'interpréter leur droit national d'une manière conforme au droit communautaire, mais également de veiller à ne pas se fonder sur une interprétation d'un texte du droit dérivé qui entrerait en conflit avec les [...] principes généraux »¹⁵².

Ensuite, il résulte de la façon dont ces principes sont formulés qu'à la différence de certains ordres juridiques nationaux, les principes européens d'interprétation sont contraignants pour leurs destinataires. Tant les institutions que les États membres, en ce compris leurs juridictions, doivent tenir compte de ces principes lors de l'exécution de leurs missions respec-

¹⁴⁷ C.J.C.E., 11 juin 1998, *Société générale des grandes sources d'eaux minérales françaises*, C-361/96, *Rec.*, 1998, p. I-3495, point 30; C.J.C.E., 19 septembre 2000, *Ampafrance*, aff. jointes C-177/99 et C-181/99, point 68.

¹⁴⁸ RAITIO (J.), « The principle of legal certainty as a general principle of E.U. law », *op. cit.*, p. 49-50; ARNULL (A.), *The European Union and its Court of Justice*, *op. cit.*, p. 192; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », *op. cit.*, p. 30; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 29; concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, point 93 et les réf. citées.

¹⁴⁹ WIKLUND (O.) et BENGÖETXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 123; FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 111.

¹⁵⁰ Voy. les nombreux exemples cités par TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 29.

¹⁵¹ C.J.C.E., 21 mars 1991, *Rauh*, C-314/89, *Rec.*, p. I-1647, point 17 et la jurisprudence citée; C.J.C.E., 27 janvier 1994, *Herbrink*, C-98/91, *Rec.*, p. I-223, point 9. Selon une formulation plus classique du principe de l'effet utile, « lorsqu'une disposition du droit communautaire est susceptible de plusieurs interprétations, il faut donner la priorité à celle qui est de nature à sauvegarder son effet utile » (C.J.C.E., 25 octobre 2007, *Fortum Project Finance*, C-240/06, points 36-38). La Cour a même affirmé qu'une disposition de droit dérivé « ne saurait recevoir une interprétation aboutissant à des résultats qui seraient incompatibles avec les principes généraux du droit communautaire » (C.J.C.E., 21 septembre 1989, *Hoechst*, C-46/87 et C-227/88, *Rec.*, p. 2859, point 12).

¹⁵² C.J.C.E., 26 juin 2007, *O.B.F.G. c. Conseil des ministres*, C-305/05, point 28.

tives. Dans l'arrêt *Adenleer*, la Cour a confirmé que le principe de l'effet utile était davantage qu'une « simple » technique d'interprétation, puisqu'il s'impose aux États membres dans leur choix des mesures de mise en œuvre des directives¹⁵³.

Enfin, le principe interprétatif en droit de l'Union européenne peut avoir un impact normatif considérable. Ainsi, alors que le principe général relatif à l'abus de droit¹⁵⁴ était traditionnellement utilisé comme outil d'interprétation du droit dérivé¹⁵⁵, la Cour a jugé, dans l'arrêt *Emsland Starke*, que sa violation pouvait entraîner la déchéance d'un droit prévu par un règlement¹⁵⁶. Dans d'autres cas, la Cour, sous le couvert d'une « interprétation » par analogie et à l'aide des principes généraux, justifie l'extension de la portée d'une règle existante, entraînant en fait la création d'une nouvelle règle de droit. Dans l'affaire *Krohn*, la Cour a jugé que, « dans certains cas exceptionnels », des opérateurs économiques pouvaient « invoquer à bon droit « l'application par analogie » d'un règlement, qui ne leur est pas normalement applicable, s'ils justifient que le régime juridique dont ils relèvent d'une part, est étroitement comparable à celui dont ils demandent l'application par analogie; d'autre part, comporte une omission qui est incompatible avec un principe général du droit communautaire et que cette application par analogie permet de réparer »¹⁵⁷. En outre, les principes d'interprétation entraînent parfois la création de nouveaux principes. Le principe de l'effet utile a ainsi donné naissance au principe d'effectivité¹⁵⁸, qui impose aux ordres juridiques nationaux de veiller à ce que leurs moda-

¹⁵³ C.J.C.E., 4 juillet 2006, *Adeneler e.a.*, C-212/04, point 93.

¹⁵⁴ C.J.C.E., 5 juillet 2007, *Kofoed*, C-321/05, point 38 et les réf. citées.

¹⁵⁵ SIMON (D.) et RIGAUX (A.), « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 578 et les réf. citées.

¹⁵⁶ C.J.C.E., 14 décembre 2000, *Emsland Starke*, C-110/99, points 52-59. Ainsi que l'observent D. Simon et A. Rigaux, avec cet arrêt, « la théorie de l'abus de droit perd progressivement la nature d'une méthode d'interprétation de dispositions de droit dérivé pour acquérir le statut de véritable principe général de droit communautaire » (SIMON (D.) et RIGAUX (A.), « La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit », *op. cit.*, p. 579). L'article 54 de la Charte des droits fondamentaux consacre explicitement l'interdiction de l'abus de droit relatif aux droits et libertés qu'elle reconnaît.

¹⁵⁷ C.J.C.E., 26 février 1986, *Commission*, C-75/84, *Rec.*, 1986, p. 753, points 13, 29-32. Il est intéressant de constater que les deux précédents que la Cour cite pour justifier sa solution étaient fondés sur des notions auxquelles elle a dénié le statut de principe général (l'équité et la préférence communautaire) ou qui conservent un statut incertain (la force majeure) (voy. C.J.C.E., 20 février 1975, *Reich*, C-64/74, *Rec.*, p. 261, points 3-5; C.J.C.E., 11 juillet 1978, *Union française des céréales*, C-6/78, *Rec.*, p. 1675). Voy. aussi C.J.U.E., 11 novembre 2010, *Grootes*, C-152/09, points 41-46 (application par analogie d'un règlement pour compenser une omission violant le principe de sécurité juridique); C.J.C.E., 26 octobre 2006, *Cosun*, point 51; T.P.I.C.E., 19 juin 2009, *Espagne c. Commission*, T-369/05, *Rec.*, p. II-89, points 92-93 (conditions jugées non remplies pour l'analogie).

¹⁵⁸ En ce sens, voy. TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 419.

lités procédurales de recours « ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire »¹⁵⁹.

En tout état de cause, si l'interprétation n'est pas toujours aussi explicitement créatrice de droits, la frontière est souvent tenue entre la situation d'un acte de droit dérivé qui fait l'objet d'une interprétation conciliante extensive au regard d'un principe général permettant de sauver sa validité et celle d'un acte faisant face aux limites de l'interprétation, qui devront faire place au constat d'invalidité. Ainsi, dans la saga des producteurs du lait, la Cour a invalidé ou annulé plusieurs dispositions d'un règlement assez strict en matière de prélèvement supplémentaire sur le lait pour violation du principe de confiance légitime¹⁶⁰, elle a imposé qu'une autre disposition de ce règlement soit interprétée « de manière conforme avec le principe de la confiance légitime »¹⁶¹ et considéré que l'interprétation d'un autre article de ce même règlement n'était pas incompatible avec les principes généraux, dès lors que dans le domaine fluctuant des organisations communes des marchés, les opérateurs économiques ne peuvent « placer leur confiance légitime dans le fait qu'ils ne seront pas soumis à des restrictions » résultant de la modification des règles existantes¹⁶².

B. Les portée et garantie normatives des principes¹⁶³

21. Si le juge européen est tenu d'appliquer les principes généraux qu'il a consacrés, l'écart entre leur force normative théorique et leur impact pratique sur la remise en cause du droit dérivé invite cependant à s'interroger sur la pertinence du modèle hiérarchique pour appréhender avec finesse leur rôle dans l'ordre juridique européen. Non seulement l'invocation des principes généraux ne l'est que rarement avec succès, mais, même lorsqu'elle est constatée, la violation d'un principe général du droit n'entraîne pas toujours la remise en cause de l'acte de droit dérivé litigieux¹⁶⁴.

¹⁵⁹ C.J.C.E., 14 décembre 1995, *Peterbroeck e.a. c. État belge*, C-312/93, *Rec.*, p. I-04599, point 12.

¹⁶⁰ C.J.C.E., 28 avril 1988, *Mulder*, C-120/86, *Rec.*, p. 2321, points 23-27; C.J.C.E., 28 avril 1988, *von Deetzen*, C-170/86, *Rec.*, p. 2355, points 13-17; C.J.C.E., 11 décembre 1990, *Spagl*, C-189/89, *Rec.*, 1990, p. I-0453.

¹⁶¹ C.J.C.E., 19 mai 1993, *Twijjnstra*, C-81/91, *Rec.*, 1993, p. I-2476, points 23-24.

¹⁶² C.J.C.E., 10 janvier 1992, *Kühn*, C-177/90, *Rec.*, 1992, p. I-00035, p. 12-13.

¹⁶³ Sur le sens de ces notions, voy. THIBIERGE (C.) *et al.*, *La force normative. Naissance d'un concept*, *op. cit.*

¹⁶⁴ Voy. notamment C.J.C.E., 8 novembre 1983, *I.A.Z.*, aff. jointes C-96/82 à C-102/82, C-104/82, C-105/82, C-108/82 et C-110/82, *Rec.*, 1983 p. 3369, points 12-17 (le non-respect du principe de bonne administration n'entraîne pas l'invalidité d'une décision de la Commission); C.J.C.E., 19 octobre 1977, *Ruckdeschel*, aff. jointes C-117/76 et C-16/77, *Rec.*, p. 1753, points 11-13 (la violation du principe d'égalité par une

22. Effet direct. Sur le plan national, tant la portée que la garantie normatives des principes généraux suscitent la question de leur « invocabilité » devant les juridictions nationales. Ce type de problématique trouve généralement écho, parmi les spécialistes du droit européen, dans les notions d'« effet direct » et d'« applicabilité directe »¹⁶⁵. Si le traité C.E.E. précisait que le règlement était obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre¹⁶⁶, il n'avait rien prévu de tel quant à ses propres règles ou aux autres actes de droit dérivé. La Cour n'a pas tardé à combler ces « lacunes » en consacrant, dans son arrêt *Van Gend en Loos*, la notion d'« effet direct ». Constatant que l'article 12 du traité C.E.E. énonçait « une interdiction claire et inconditionnelle » dont l'exécution ne nécessitait pas une intervention législative des États, la Cour estima qu'il devait « être interprété en ce sens qu'il produi[sai]t des effets immédiats et engendr[ait] des droits individuels que les juridictions internes d[evai]ent sauvegarder »¹⁶⁷. Dans la lignée de cet arrêt, la Cour a décidé que, si les règlements étaient par nature susceptibles de produire des effets directs¹⁶⁸,

disposition d'un règlement n'entraîne pas son invalidité). Sur les conséquences du non-respect des principes relatifs au délai raisonnable et aux droits de la défense, voy. T.P.I.C.E., 19 mars 1997, *Oliveira c. Commission*, T-73/95, Rec., 1997, p. II-00381, point 47; C.J.C.E., 12 mai 2005, *Commission c. Belgique*, C-287/03, point 14; C.J.C.E., 8 décembre 2005, *Commission c. Luxembourg*, C-33/04, Rec., p. I-10629, point 76; C.J.C.E., 6 octobre 2009, *Commission c. Espagne*, C-562/07, point 21.

¹⁶⁵ Certains auteurs considèrent que ces notions sont équivalentes, la jurisprudence les utilisant de façon interchangeable ou, à tout le moins, sans grande cohérence (HARTLEY (T.), *The Foundations of European Community Law*, 5^e éd., Oxford University Press, Oxford, 2003, p. 203-204. Comp. notamment avec C.J.C.E., 29 novembre 1978, *Redmond*, C-83/78, Rec., 1978, p. 2347, point 66; C.J.C.E., 24 mars 2009, *Danske Slagterier*, C-445/06, point 22; C.J.U.E., 25 novembre 2010, *Fuß*, C-429/09, point 35; C.J.C.E., 11 juillet 1991, *Verholen*, aff. jointes C-87/90, C-88/90 et C-89/90, Rec., p. I-3757, point 14; C.J.C.E., 4 février 1988, *Murphy*, C-157/86, Rec., p. 673, point 11; C.J.C.E., 17 mai 1972, *Leonesio*, C-93/71, Rec., 1972, p. 287, points 21 et 22; C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, point 44; C.J.U.E., 26 mai 2011, *Akdas e.a.*, C-485/07, point 67). D'autres considèrent que l'applicabilité directe vise les normes du droit de l'Union européenne qui sont applicables comme faisant partie du système juridique interne, sans requérir une formalité particulière de réception, les dispositions ayant un effet direct étant celles qui, suffisamment précises et inconditionnelles, confèrent des droits ou imposent des obligations dont les individus peuvent directement se prévaloir devant leurs juridictions nationales, en dehors de toute mesure interne d'exécution (STEINER (J.) et WOODS (L.), *E.U. Law*, 10^e éd., Oxford University Press, 2009, p. 106; BELJIN (S.), « Rights in E.U. law », in *The Coherence of E.U. Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, PRECHAL (S.) et VAN ROERMUND (B.) dir., Oxford University Press, 2008, p. 111). Si les premiers ont raison dans leur constat jurisprudentiel, l'explication des seconds est intellectuellement la plus convaincante. Pour un résumé des différents arguments, voy. PRECHAL (S.), *Directives in E.C. Law*, 2^e éd., Oxford University Press, 2005, p. 228-229.

¹⁶⁶ Art. 249 T.C.E., art. 288 T.F.U.E.

¹⁶⁷ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, Rec., 1963, p. 23-25.

¹⁶⁸ C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, Rec., 1974, p. 1337, point 12. La Cour précise que certaines dispositions peuvent « néanmoins nécessiter, pour leur mise en œuvre, l'adoption de mesures d'application par les États membres », auquel cas « il ne saurait être considéré que des particuliers peuvent tirer des droits de ces dispositions en l'absence » desdites mesures (C.J.C.E., 11 janvier 2001, *Monte Arcosu*, C-403/98, Rec., 2001, p. I-103, points 26 et 29).

il n'en résultait pas que d'autres actes de droit dérivé ne puissent « jamais produire d'effets analogues »¹⁶⁹, ce qui lui a permis de reconnaître un effet direct à des décisions¹⁷⁰, des directives¹⁷¹ et des accords internationaux¹⁷².

Si la postérité de cet arrêt fondateur avait pu laisser penser que les juridictions nationales n'étaient tenues d'appliquer que le droit communautaire doté d'un effet direct¹⁷³, le problème posé par les directives a amené la Cour à développer une jurisprudence ébranlant l'idée d'un tel monopole¹⁷⁴. Selon une jurisprudence constante depuis l'arrêt *Marshall*, la Cour de justice refusait tout effet horizontal aux directives, celles-ci ne pouvant pas, par elles-mêmes, créer des obligations dans le chef d'un particulier et donc être invoquées en tant que telles à son encontre¹⁷⁵. Elle a cependant rendu plusieurs arrêts dans lesquels elle a permis à des particuliers de se prévaloir des dispositions d'une directive malgré leur impact sur d'autres particuliers¹⁷⁶. Plusieurs auteurs de doctrine¹⁷⁷, suivis par certains avocats généraux¹⁷⁸, ont proposé, afin d'expliquer ces décisions, de distinguer

¹⁶⁹ C.J.C.E., 6 octobre 1970, *Grad*, C-9/70, *Rec.*, 1970, p. 825, point 5.

¹⁷⁰ C.J.C.E., 6 octobre 1970 (*Grad*), C-9/70, *Rec.*, 1970, p. 825, point 5; C.J.C.E., 12 décembre 1990, *Kaefer e.a.*, aff. jointes C-100/89 et C-101/89, *Rec.*, 1990, p. I-4647, point 24.

¹⁷¹ C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, *Rec.*, 1974, p. 1337, point 12.

¹⁷² C.J.C.E., 5 février 1976, *Bresciani*, C-87/75, *Rec.*, 1976, p. 129, point 15; C.J.U.E., 8 mars 2011, *Lesoochranárske zoskupenie V.L.K.*, C-240/09, point 44; C.J.U.E., 26 mai 2011, *Akdas e.a.*, C-485/07, point 67.

¹⁷³ STEINER (J.) et WOODS (L.), *E.U. Law*, *op. cit.*, p. 93.

¹⁷⁴ Dans les lignes qui suivent, nous n'examinerons pas les autres voies qu'a empruntées la Cour pour compenser les problèmes relatifs au délai de transposition et à l'absence d'effet direct horizontal des directives, soit les « invocabilités » d'interprétation conforme (*Von Colson et Marleasing*), de réparation (*Francoovich*) et de prévention (*Inter-Environnement Wallonie*) (SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., PUF, 2001, p. 440-443).

¹⁷⁵ C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall*, C-152/84, *Rec.*, p. 723, point 48; C.J.C.E., 14 juillet 1994, *Faccini Dori*, C-91/92, *Rec.*, p. I-3325, point 20; C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, point 46. Sur la question, voy. HAGUENAU (C.), *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, Bruylant, Bruxelles, 1995, p. 195 et s.; STEINER (J.) et WOODS (L.), *E.U. Law*, *op. cit.*, p. 113 et s.; WEATHERILL (S.), *Cases and Material on E.U. Law*, 7^e éd., Oxford University Press, 2006, p. 290 et s.

¹⁷⁶ Voy. notamment C.J.C.E., 30 avril 1996, *C.I.A. Security International*, C-194/94, *Rec.*, p. I-2201, points 48-55. Voy. déjà C.J.C.E., 1^{er} février 1977, *V.N.O.*, C-51/76, *Rec.*, 1977, p. 113, points 22-24; C.J.C.E., 23 novembre 1977, *Enka*, C-38/77, *Rec.*, 1977, p. 2203, points 17-18; C.J.C.E., 29 novembre 1978, *Delkvist*, C-21/78, *Rec.*, 1978, p. 2327, points 20-22. Sur les prises de position d'avocats généraux et de la doctrine en faveur de l'effet horizontal des directives, et les affaires dans lesquelles la Cour a reconnu à un particulier la possibilité d'invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre d'un État membre malgré les répercussions négatives sur les droits de tiers, voy. concl. Av. gén. RUIZ-JARABO COLOMER dans les affaires jointes *Arcor*, C-152/07 à C-154/07, points 100-102 et les réf. citées.

¹⁷⁷ Concl. Av. gén. SAGGIO dans les affaires jointes *Océano Grupo*, C-240/98 à C-244/98, et les réf. en note 17.

¹⁷⁸ Voy. concl. Av. gén. LÉGER dans l'affaire *Linster e.a.*, C-287/98, et concl. Av. gén. BOT dans l'affaire *Kücükdeveci*, C-555/07, point 64. Tous deux admettent que la distinction entre « invocabilité » d'exclusion et « invocabilité » de substitution n'a pas été explicitement entérinée par la Cour.

l'« invocabilité » d'exclusion de celle de substitution des directives¹⁷⁹. Selon la logique de la première, le principe de primauté requiert que les directives non transposées puissent, après le délai de transposition et même si elles n'ont pas d'effet direct, être invoquées afin d'exclure l'application de toute règle nationale contraire¹⁸⁰. L'« invocabilité » de substitution désigne la faculté pour un particulier de se prévaloir devant un juge national d'un droit qu'il tire d'une directive suffisamment précise et inconditionnelle, en lieu et place d'une réglementation nationale incompatible avec celle-ci¹⁸¹.

23. Rien n'empêche d'étendre les bénéfiques de cette distinction à d'autres normes du droit de l'Union européenne que les directives. Selon K. Lenaerts et T. Corthaut, la primauté permet en effet de surmonter la confusion qui règne en ce qui concerne l'« invocabilité » du droit de l'Union européenne¹⁸², en lui donnant toute la portée qu'elle mérite, soit le fait pour toute norme de l'Union européenne de pouvoir être invoquée, mais rien que cette portée, dès lors qu'il ne s'agit que d'une *conflict rule* qui exige l'écartement de la règle nationale lorsqu'un conflit peut être identifié avec

¹⁷⁹ Pour un exposé détaillé, voy. SIMON (D.), *Le système juridique communautaire*, op. cit., p. 438-447; LOUIS (J.-V.) et RONSE (Th.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, L.G.D.J., Paris, 2005, p. 303-309.

¹⁸⁰ Selon l'Avocat général Mengozzi, l'« invocabilité » d'exclusion d'une disposition par rapport à une autre norme est « l'aptitude de cette disposition, en tant que paramètre de légalité, à empêcher l'effet de cette norme, sans toutefois s'y substituer » (concl. Av. gén. MENGOZZI dans l'affaire *Řizení*, C-335/05, note de bas de page n° 22). Pour des exemples d'effet d'exclusion, voy. C.J.C.E., 7 septembre 2004, *Landelijke Vereniging tot Behoud van de Waddenzee*, C-127/02, point 66; C.J.C.E., 18 décembre 2007, *Frigerio Luigi*, C-357/06, *Rec.*, p. I-12311, points 28-29; PRECHAL (S.), *Directives in E.C. Law*, op. cit., p. 233 et la jurisprudence citée.

¹⁸¹ Selon l'Avocat général Mengozzi, il s'agit de l'aptitude d'une disposition « en tant que source de droits et d'obligations, à être appliquée au cas d'espèce concret à la place de la norme contraire [...] autrement applicable » (concl. Av. gén. MENGOZZI dans l'affaire *Řizení*, C-335/05, note de bas de page n° 22). Pour des exemples de cas de « substitution », voy. PRECHAL (S.), *Directives in E.C. Law*, op. cit., p. 232. Voy. également la façon dont la Cour justifie son arrêt *C.I.A. Security International*, soulignant que la directive litigieuse ne définit « nullement le contenu matériel de la règle de droit sur le fondement de laquelle le juge national doit trancher le litige pendant devant lui » et ne crée « ni des droits ni des obligations pour les particuliers » (C.J.C.E., 26 septembre 2000, *Unilever*, C-443/98, *Rec.*, p. I-7535, points 50-51).

¹⁸² Confusion à laquelle, il est vrai, la Cour a contribué, en recourant à des formules ambiguës sur la distinction entre la vocation d'une disposition à être invoquée par les justiciables et son aptitude à créer des droits pour ceux-ci, notamment lorsqu'elle évoque une obligation qui « étant précise et n'étant assortie d'aucune réserve implicite ou explicite de la part de la Communauté » était « apte à engendrer, pour les justiciables, le droit de s'en prévaloir en justice » (C.J.C.E., 5 février 1976, *Bresciani*, C-87/75, *Rec.*, p. 129, point 25) ou lorsqu'elle met ces situations sur un pied d'égalité, insinuant que seules les dispositions d'une directive « inconditionnelles et suffisamment précises [...] peuvent être invoquées [...], à l'encontre de toute disposition nationale non conforme à la directive, ou encore en tant qu'elles sont de nature à définir des droits que les particuliers sont en mesure de faire valoir à l'égard de l'État » (C.J.C.E., 19 janvier 1982, *Becker*, C-8/81, *Rec.*, p. 53, point 25; nous soulignons).

une telle norme¹⁸³. La question des droits individuels que la norme européenne pourrait conférer n'est que subsidiaire et vise à imposer activement une charge à un débiteur identifiable pour le bénéfice d'un créancier identifiable, d'où l'intervention de l'effet direct *stricto sensu*¹⁸⁴. Cette approche se justifie par une étude attentive des premiers arrêts relatifs à l'effet direct, qui, tous, concernaient des dispositions engendrant « directement des droits dans le chef des justiciables »¹⁸⁵ ou créant « des droits dans le chef des justiciables dont ceux-ci p[ouvai]nt se prévaloir devant le juge national »¹⁸⁶.

24. Le silence des principes généraux. Malgré la place fondamentale occupée par les principes généraux dans la hiérarchie des normes du droit de l'Union européenne, les juridictions européennes ne vérifient pas leur effet direct¹⁸⁷ et, *a fortiori*, ne contrôlent jamais la réunion des exigences de clarté ou de précision et d'inconditionnalité¹⁸⁸. Ni la doctrine majeure ni les avocats généraux ne semblent davantage se préoccuper de ce problème. Alors que les auteurs se contentent généralement d'examiner la question de l'effet direct des traités, du droit dérivé et des accords interna-

¹⁸³ LENAERTS (K.) et CORTHAUT (T.), « Towards an Internally Consistent Doctrine on Invoking Norms of E.U. Law », in *The Coherence of E.U. Law. The Search for Unity in Divergent Concepts*, PRECHAL (S.) et VAN ROERMUND (B.) dir., Oxford University Press, 2008, p. 507-510. Il faut cependant un conflit entre deux normes qui ont vocation à s'appliquer, ce qui implique que la norme ait un contenu identifiable (« some behavioural standard ») et qu'elle soit contraignante en ce sens qu'elle investit « a legally enforceable claim in another actor to ensure compliance with that standard » (*ibid.*, p. 510).

¹⁸⁴ *Ibid.*, p. 508-509. Les auteurs renvoient à la distinction entre « invocabilité » d'exclusion et « invocabilité » de substitution.

¹⁸⁵ C.J.C.E., 1^{er} juillet 1969, *Sociaal fonds voor de diamantarbeiders c. Brachfeld e.a.*, C-2/69 et C-3/69, *Rec.*, p. 211. Voy. également la jurisprudence précitée relative aux dispositions des règlements qui n'ont pas d'effet direct.

¹⁸⁶ C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Grimaldi*, C-322/88, *Rec.*, 1989, p. 4407, point 10. Plus récemment, la Cour a jugé qu'un article du traité « était reconnu comme étant d'effet direct et, *partant*, comme conférant aux particuliers des droits que les juridictions nationales sont tenues de préserver » (C.J.U.E., 3 mars 2011, *Kakavetsos-Fragkopoulos*, C-161/09, point 22 et la jurisprudence citée; nous soulignons).

¹⁸⁷ Voy. cependant C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Hurd*, C-44/84, *Rec.*, 1986, p. 29, points 46-49. Dans cet arrêt, une juridiction fiscale britannique voulait savoir si le principe de coopération loyale, tel qu'il était consacré par l'article 5 du traité C.E.E. et en tant qu'il interdisait aux États membres de soumettre à leurs impôts nationaux les traitements versés par les écoles européennes à leurs enseignants dans le cas où la charge résultant d'une telle perception aurait grevé le budget de la Communauté, était « susceptible de produire des effets directs dans les relations juridiques entre les États membres et leurs justiciables ». La Cour répond par la négative, dès lors que « les différences qui existent sur ce point entre la pratique des États membres concernant les modalités et procédures de l'exonération des enseignants de la taxation montrent en effet que le contenu de cette obligation n'est pas suffisamment précis ». La Cour conclut que l'obligation litigieuse, qui résulte du « devoir de coopération et d'assistance loyales [...] qui trouve son expression dans [...] l'article 5 du traité C.E.E. [...] ne produit pas d'effets directs susceptibles d'être invoqués dans les relations entre les États membres et leurs justiciables ». Il n'est pas aisé, cependant, de savoir si son raisonnement est fondé davantage sur le principe ou sur le traité.

¹⁸⁸ Sur les critères de l'effet direct, voy. PRECHAL (S.), *Directives in E.C. Law*, *op. cit.*, p. 242-243.

tionaux, ils omettent tout simplement les principes généraux du débat¹⁸⁹. En ce qui concerne les avocats généraux, les références sont pour le moins laconiques. L'Avocat général Sharpston estime qu'il « est sans doute superflu de rappeler que les principes généraux du droit communautaire peuvent être invoqués verticalement à l'encontre de l'État », mais il évite soigneusement l'utilisation des termes « effet direct », voire « directement applicable »¹⁹⁰. L'Avocat général Mazak affirme ne pas défendre « l'idée selon laquelle les principes généraux de droit seraient privés, en toutes circonstances, des conditions de fond leur permettant de produire un effet direct (être inconditionnels et suffisamment précis) », mais il considère que « la notion de principe général est liée à une forme de règle particulière plutôt qu'à un contenu déterminé »¹⁹¹. De façon encore plus intéressante, l'Avocat général Trstenjak, après s'être contentée de rappeler que la « jurisprudence de la Cour reconnaît que les particuliers peuvent se prévaloir des principes généraux du droit dans leurs rapports avec l'État », a conclu que l'éventuel principe général du droit au congé annuel n'avait pas d'effet direct horizontal dès lors qu'il n'était pas suffisamment précis et inconditionnel¹⁹². Comment expliquer l'absence de débat sur la question ?

25. Une première explication, de type jusnaturaliste ou essentialiste, serait de dire qu'il est de la nature même des principes généraux du droit de pouvoir être inconditionnellement invoqués par les justiciables étant donné qu'ils sont radicalement indissociables de l'État de droit et qu'ils ont voca-

¹⁸⁹ Voy. notamment LOUIS (J.-V.) et RONSE (Th.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 270-289; STEINER (J.) et WOODS (L.), *E.U. Law*, op. cit., p. 106-124; WEATHERILL (S.), *Cases and Material on E.U. Law*, op. cit., p. 268-294. Voy. également HAGUENAU (C.), *L'application effective du droit communautaire en droit interne. Analyse comparative des problèmes rencontrés en droit français, anglais et allemand*, op. cit., p. 189-194. Cet auteur relève cependant, sans autre précision, que, « en dépit de son extension progressive, l'effet direct du droit communautaire n'a pas pour autant été généralisé », ses conditions posant « une limite à l'application jurisprudentielle du droit communautaire » (*ibid.*, p. 194). Deux exceptions, toutefois. A. Masson et M. Nihoul écrivent que « les principes généraux du droit européen ont un effet direct vertical ou horizontal selon leur nature et leurs destinataires » sans autre précision ou justification (*Droit de l'Union européenne: droit institutionnel et droit Matériel: théorie, exercices et éléments*, Larcier, Bruxelles, 2011, p. 267). P. Craig et G. de Búrca, qui observent que la question de l'effet direct des principes généraux est rarement soulevée, proposent de considérer que ces principes ont un effet direct par nature (*The Evolution of EU Law*, Oxford University Press, 1999, p. 186).

¹⁹⁰ Concl. Av. gén. SHARPSTON dans l'affaire *Bartsch*, C-427/06, *Rec.*, p. I-7245, point 79. La jurisprudence qu'elle cite n'évoque ni ces termes ni le fait que les particuliers pourraient se prévaloir des principes généraux.

¹⁹¹ Concl. Av. gén. MAZAK dans l'affaire *Palacios de la Villa*, C-411/05, point 134.

¹⁹² Concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, points 116-136. Selon elle, une telle reconnaissance impliquerait que la Cour donne à ce principe « un contenu normatif suffisamment précis par la voie d'une interprétation, ce qui l'amènerait toutefois à exercer, en définitive, des compétences qui sont traditionnellement réservées au législateur de l'Union [...] » (*ibid.*, points 137-140).

tion à protéger les personnes¹⁹³. Si une telle explication, pour peu qu'on ne s'étende pas sur son caractère controversé, permettrait sans doute de réunir un certain consensus en ce qui concerne plusieurs principes tels que la sécurité juridique ou les droits fondamentaux, elle paraît moins opératoire pour les principes propres à l'Union européenne, pourtant invoqués sans problème par les particuliers¹⁹⁴. En outre, cette explication ne justifie pas la différence entre des principes généraux protégeant les personnes et des dispositions de droit primaire ou dérivé ayant la même vocation, mais néanmoins soumises au test de l'effet direct.

Selon une deuxième explication, la convergence des principes généraux consacrés en droit national et en droit européen tendrait à diminuer le besoin de se prévaloir de ces derniers devant les juridictions nationales¹⁹⁵. Il convient cependant de relever que certains principes du droit de l'Union européenne ne sont pas ou sont peu connus de certains systèmes nationaux, ou bien sont dotés d'une portée différente en droit interne, laissant entier ou partiel le besoin de se prévaloir des principes européens. En outre, le recours à ces principes peut encore s'avérer nécessaire lorsqu'il s'agit d'écarter des dispositions de droit national dont le rang hiérarchique interne est supérieur aux principes généraux nationaux.

À l'autre extrême de la théorie du droit, une explication que ne dédaignerait pas le réalisme américain consiste à considérer que les principes généraux ne sont pas soumis au test de l'effet direct parce qu'ils ne le réussiraient probablement pas, dans la mesure où la Cour refuse de reconnaître cet effet aux « dispositions dont la portée lui paraît trop générale et indéterminée en elle-même pour que des normes claires puissent en être déduites »¹⁹⁶. Il suffit d'imaginer que les principes de sécurité juridique, d'égalité, voire de démocratie, sont passés sous les fourches caudines luxembourgeoises de la même façon que les dispositions de certaines directives¹⁹⁷. Dans son

¹⁹³ V. Holderbach-Martin estime qu'« en droit communautaire [...], la sécurité juridique, le principe de justice – exprimé par les principes de proportionnalité et d'égalité –, sont inhérents au droit » et que « c'est parce que ce type de principes renvoie directement à des valeurs très fortes, essentielles, reliées au droit naturel, qu'ils s'imposent au juge, qui les dégage plus qu'il ne les crée » (HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, op. cit., p. 16).

¹⁹⁴ Sur le caractère ambigu de l'« invocabilité » du principe de l'équilibre institutionnel, voy. cependant C.J.C.E., 13 mars 1992, *Vreugdenhil*, C-282/90, *Rec.*, p. I-1937, points 20-21; T.P.I.C.E., 3 février 2005, *Chiquita*, T-19/01, point 181; DE WITTE (B.), « Institutional Principles: A Special Category of General Principles of E.C. Law », in *General Principles of European Community Law*, BERNITZ (U.) et NERGELIUS (J.) dir., Kluwer Law International, The Hague, 2000, p. 156 et s.

¹⁹⁵ Nous devons cette explication à un échange avec le Professeur D. Simon.

¹⁹⁶ LOUIS (J.-V.) et RONSE (Th.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, op. cit., p. 277.

¹⁹⁷ Voy. notamment les démonstrations de la Cour dans son arrêt *Hurd* et celles de l'Avocat général Trstenjak dans l'affaire *Dominguez*, relatives à des normes relativement précises en comparaison

célèbre arrêt *Defrenne*, la Cour n'a reconnu un effet direct à l'article 119 du traité C.E.E., qui imposait aux États membres d'assurer l'égalité des rémunérations entre travailleurs masculins et travailleurs féminins, qu'en tant que celui-ci prohibait des discriminations directes et ouvertes, l'élimination des discriminations « indirectes et déguisées » réclamant « l'intervention de mesures communautaires et nationales adéquates »¹⁹⁸. Une telle formulation est parfaitement transposable à certains principes généraux, à commencer par le principe général d'égalité.

26. En étendant la distinction entre « invocabilité » d'exclusion et « invocabilité » de substitution aux principes généraux, il est toutefois possible d'éliminer une partie des problèmes. Conformément au principe de primauté, les exigences de précision et d'inconditionnalité ne seraient donc pas requises pour exclure une disposition du droit national qui, faisant partie du champ d'application du droit de l'Union européenne, serait incompatible avec un principe général du droit.

27. Un effet de substitution? Si les cas sont plus rares, il ne peut être exclu que les principes généraux du droit puissent permettre un effet de substitution. Tel pourrait être le cas des principes de protection juridictionnelle effective et d'effectivité. En effet, la combinaison de l'obligation des États membres « de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect » du droit de l'Union et de celle des juridictions nationales « d'interpréter les modalités procédurales [...] dans toute la mesure du possible d'une manière telle que ces modalités puissent [...] garantir une protection juridictionnelle effective des droits que tirent les justiciables du droit communautaire » pourrait entraîner l'obligation pour ces juridictions de juger recevable une action introduite afin de faire valoir de tels droits, dans l'hypothèse où il n'existerait « aucune voie de recours permettant, même de manière incidente d'assurer le respect »¹⁹⁹ de ces droits.

(respectivement l'interdiction faite aux États membres de soumettre à leurs impôts nationaux les traitements versés par les écoles européennes à leurs enseignants dans le cas où la charge résultant d'une telle perception grèverait le budget de la Communauté, d'une part, et le droit à un congé annuel payé, d'autre part).

¹⁹⁸ C.J.C.E., 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, *Rec.*, 1976, p. 455, points 18-24. Voy. cependant le glissement subtil opéré par la Cour pour étendre l'effet direct de l'article 119 du traité C.E.E. aux discriminations indirectes (C.J.C.E., 13 décembre 1989, *Ruzius*, C-102/88, *Rec.*, p. 1, point 21; C.J.C.E., 27 juin 1990, *Kowalska*, C-33/89, *Rec.*, 1990, p. I-2591, points 18-20; C.J.C.E., 15 janvier 1998, *Schöning*, C-15/96, *Rec.*, 1998, p. I-47, point 33).

¹⁹⁹ C.J.C.E., 13 mars 2007, *Unibet*, C-432/05, *Rec.*, p. I-2271, points 40-44.

L'introduction d'une action par un particulier sur la base du principe de responsabilité extracontractuelle des États membres semble également relever davantage de l'effet de substitution que de celui d'exclusion, même s'il n'y a pas nécessairement, en l'espèce, de disposition nationale à « substituer »²⁰⁰. Dans le même sens, le principe de l'enrichissement sans cause, dans son acception européenne²⁰¹, pourrait être le fondement d'une demande devant les juridictions nationales afin d'obtenir le remboursement d'une taxe nationale ou européenne prélevée en violation du droit de l'Union européenne²⁰².

Un autre effet « positif » d'un principe général du droit résulte de la jurisprudence précitée²⁰³ selon laquelle un particulier peut demander que lui soit appliqué par analogie un règlement, s'il justifie que le régime juridique dont il relève lui est étroitement comparable et que de ce régime l'omission est incompatible avec un principe général du droit de l'Union européenne. Dans ce cas, la combinaison de la lacune du droit dérivé et du principe général entraîne, pour un particulier, le droit à un avantage qu'il peut faire valoir devant une juridiction nationale²⁰⁴. Certes, dans ce cas, l'effet du principe paraît indissociable de l'acte de droit dérivé dont il permet de réparer l'omission. Ce lien entre principe général et droit dérivé se retrouve encore dans les controversés arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*, dans lesquels la Cour a pallié les carences en matière d'effet direct d'une directive en s'appuyant sur un principe général autonome « de non-discrimination en fonction de l'âge », afin de permettre l'écartement de législations nationales incompatibles avec cette directive²⁰⁵. Si le raisonnement de ces deux arrêts,

²⁰⁰ En ce sens, voy. C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Francovich e.a.*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, p. I-5357, point 42 : « Ces conditions sont suffisantes pour engendrer au profit des particuliers un droit à obtenir réparation, qui trouve directement son fondement dans le droit communautaire. »

²⁰¹ Selon la Cour, ce principe constituant « une source d'obligation non contractuelle commune aux ordres juridiques des États membres, la Communauté ne saurait échapper à l'application des mêmes principes à son égard lorsqu'une personne physique ou morale lui reproche de s'être injustement enrichie à son détriment » (C.J.C.E., 16 décembre 2008, *Masdar*, C-47/07 P, *Rec.*, p. I-9761, points 44 et 47).

²⁰² Un tel fondement serait sans doute plus convaincant que celui que la Cour utilise actuellement, à savoir que « le droit d'obtenir le remboursement de taxes perçues dans un État membre en violation des règles du droit communautaire est la conséquence et le complément des droits conférés aux justiciables par les dispositions communautaires [...] » (C.J.C.E., 17 juillet 2008, *Flughafen*, C-226/07, *Rec.*, 2008, p. I-5999, point 34 et la jurisprudence citée). En outre, ce motif de la Cour semble limiter la possibilité d'un remboursement à l'existence préalable d'un droit dans le chef du particulier.

²⁰³ Voy. ci-avant, § 20, note de bas de page n° 157.

²⁰⁴ Voy. également C.J.U.E., 10 novembre 2011, *The Rank Group*, aff. jointes C-259/10 et C-260/10, points 61, 68 et 69. Dans cet arrêt, la société Rank Group a dérivé son droit au remboursement de la T.V.A. de la sixième directive et du principe de neutralité fiscale.

²⁰⁵ C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, points 75-77 ; C.J.U.E., 19 janvier 2010, *Kücükdeveci*, C-555/07, points 23-27.

qui ont fait l'objet de vives critiques²⁰⁶, se présente sous la forme d'une « invocabilité » d'exclusion des réglementations nationales, il n'en demeure pas moins qu'un effet de substitution en découle, dès lors que la conclusion logique en l'espèce est l'application positive du principe général consacrant l'égalité de non-discrimination en fonction de l'âge, tel qu'il est interprété par la Cour²⁰⁷.

28. Une intervention subordonnée et subséquente. Dans ces différents cas de figure, rien ne semble justifier que les principes généraux puissent être dispensés du test de l'effet direct. Comment réconcilier le fait que les principes, *in abstracto*, ne rencontrent pas les exigences de l'effet direct et le constat qu'ils se voient reconnaître, *de facto*, un effet direct? Leur caractère indéterminé permet de faire émerger une autre de leurs caractéristiques, à savoir que leur intervention est toujours subordonnée à un événement indépendant d'eux et même, lorsque des particuliers sont concernés, subséquente. Il convient de distinguer selon que les principes généraux encadrent l'action des institutions de l'Union et des États membres ou concernent des particuliers.

Dans le premier cas, ces autorités doivent en effet tenir compte des principes dans l'édiction et l'application des normes et des actes entrant dans le champ d'application du droit de l'Union. L'intervention des principes est donc subordonnée, dès lors qu'elle dépend d'un fait des autorités²⁰⁸. Dans le second cas, l'« invocabilité » des principes par les particuliers est non seulement subordonnée, mais également subséquente à l'action des autorités²⁰⁹. Soit le particulier cherche à obtenir un effet d'exclusion de l'acte litigieux et il peut invoquer tout principe général pertinent, soit il souhaite se préva-

²⁰⁶ Pour un résumé de ces critiques, voy. PRECHAL (S.), « Competence creep and general principles of law », *op. cit.*, p. 16-17. Voy. également OLGA (Th.), « *Mangold v Helm* (case C-144/04) Grand Chamber, European Court of Justice 22 november 2006: yet another way round horizontal direct effect... », *The Denning Law Journal*, 2006, p. 239 et 242; DE MOL (M.), « *Kücükdeveci*: *Mangold* revisited – Horizontal effect of a general principle of E.U. law », *European Constitutional Law Review*, 2010, n° 6, p. 304; concl. (critiques) Av. gén. MAZAK dans l'affaire *Palacios de la Villa*, C-411/05, points 86-97 et concl. Av. gén. COLOMER dans les affaires jointes *Michaeler*, C-55/07 et C-56/07, point 21.

²⁰⁷ Cette conséquence résulte notamment du fait que la réglementation nationale n'est pas seulement incompatible avec le droit de l'Union européenne, mais constitue une limitation illégale d'un droit reconnu par ce dernier. Certes, il pourrait en aller autrement si un principe équivalent existait en droit national, mais cette considération ne semble pas avoir influencé la Cour dans sa décision. Dans le même sens, la Cour a estimé que les particuliers pouvaient invoquer à l'encontre d'un État membre l'application du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes consacré par une directive, afin d'écarter une dérogation à ce principe qui est prévue par la législation nationale mais dépasse les limites des exceptions permises par cette directive (C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, *Rec.*, p. 1651, point 57).

²⁰⁸ Le terme « subordonné » signifie « dépendant de » et n'a aucune connotation hiérarchique.

²⁰⁹ Subséquent se comprend ici comme « qui vient à la suite dans l'ordre du temps » (*Larousse*).

loir, positivement, d'un droit individuel devant les juridictions nationales à partir d'un principe général, auquel cas il devra établir que le principe présente, dans les circonstances factuelles et légales de l'espèce, suffisamment de précision et d'inconditionnalité pour permettre sa justiciabilité. Dans cette hypothèse, le caractère subséquent des principes permet de mettre en évidence ce qui les différencie des règles qui ont effet direct²¹⁰.

Au moment de l'édiction d'une règle dotée d'effet direct, le particulier est en mesure de déterminer s'il rentre dans les conditions prévues par cette règle pour pouvoir s'en prévaloir. Un règlement qui prévoit l'octroi d'une aide financière à certaines conditions permet à celui qui les remplit de réclamer cette aide. Au moment, certes difficilement déterminable, de l'apparition d'un principe général du droit, celui-ci ne permet pas, considéré de façon isolée, l'identification d'un droit invocable par un particulier²¹¹. Celui-ci ne peut invoquer le principe d'égalité ou le principe de confiance légitime uniquement parce que ces principes ont été consacrés. Contrairement à une conception largement partagée²¹², les principes généraux du droit ne confèrent pas, en eux-mêmes, de droits subjectifs aux particuliers²¹³. À tout le moins, ils ne peuvent que contenir des droits subjectifs « en puissance »²¹⁴, dans le sens aristotélicien. Ce n'est que subséquentement à l'adoption d'une autre norme ou d'un acte entrant dans le champ d'application européen que le principe permettra au particulier de faire valoir ce qu'il estime être ses

²¹⁰ Ce caractère doit être distingué d'un caractère de subsidiarité qui est parfois attribué aux principes, mais qui a été invalidé dans les arrêts *Mangold* et *Kücükdevici*. En ce sens, le principe n'interviendrait qu'à défaut d'application d'une norme plus adéquate. L'Avocat général Dutheillet de Lamothe estimait ainsi qu'« il est de bonne technique juridictionnelle de ne faire intervenir le droit non écrit qu'en cas d'obscurité, d'insuffisance ou de lacune du droit écrit » (concl. Av. gén. DUTHEILLET DE LAMOTHE dans l'affaire *Internationale Handelsgesellschaft*, C-11/70, *Rec.*, p. 1125).

²¹¹ Le principe général se distingue, en cela, des directives. Comme l'a rappelé à plusieurs reprises la Cour, la « faculté, accordée aux États membres, de choisir parmi une multiplicité de moyens possibles en vue d'atteindre le résultat prescrit par une directive n'exclut pas la possibilité, pour les particuliers, de faire valoir devant les juridictions nationales les droits dont le contenu peut être déterminé avec une précision suffisante sur la base des seules dispositions de la directive » (C.J.C.E., 12 février 2009, *Cobelfret*, C-138/07, *Rec.*, p. I-731, point 61).

²¹² Voy. notamment FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 112.

²¹³ En ce sens, H. Buch affirme que les principes ne sont « qu'une formule et sont par conséquent vides de contenu » (BUCH (H.), « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », *op. cit.*, p. 420-421). Dans le même sens, voy. MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 289-291.

²¹⁴ Alexy considère que les principes ne peuvent créer que des droits *prima facie* (ALEXY (R.), *A Theory of Constitutional Rights*, *op. cit.*, p. 60). La catégorie des droits fondamentaux, que la Cour a qualifiés de principes généraux, ne se prête que partiellement à notre théorie. Toute personne jouit en effet de certains de ces droits (droit à la vie, respect de la vie privée) sans qu'un événement extérieur ne soit requis pour les « activer ».

droits. Il pourra alors s'estimer discriminé par le règlement ou la directive qui ne le vise pas bien qu'il soit dans une situation comparable²¹⁵, faire valoir le principe de protection juridictionnelle effective pour avoir accès à une juridiction afin d'obtenir l'avantage prévu par ce règlement²¹⁶ ou poursuivre un État membre en responsabilité extracontractuelle. Les actes d'une autorité pourront également, à certaines conditions, susciter dans son chef une confiance légitime de nature à lui permettre d'invoquer ce principe devant une juridiction nationale.

Cette dépendance de l'application des principes à l'égard de situations qui lui sont extérieures permet d'expliquer l'intervention des principes généraux dans les arrêts *Mangold* et *Kücükdeveci*. En effet, si la Cour a estimé, dans *Mangold*, que le respect du principe d'égalité en fonction de l'âge « ne saurait, comme tel, dépendre de l'expiration du délai accordé aux États membres pour transposer une directive destinée à mettre en place un cadre général pour lutter contre les discriminations fondées sur l'âge »²¹⁷, tant l'intervention du principe que la définition de sa portée dans le cas d'espèce n'ont été possibles qu'à l'aide des directives en jeu²¹⁸.

En conclusion, ce n'est que dans le cadre d'une situation précise, concrète²¹⁹, que le principe général, combiné à un autre événement, pourra conférer des droits subjectifs à un particulier. Dans l'état actuel de la jurisprudence, cette possibilité semble subordonnée à l'exigence que cet autre événement implique un acte d'une autorité, européenne ou nationale. Les développements relatifs à l'effet direct horizontal des principes généraux, clairement consacré dans *Mangold*²²⁰, pourraient néanmoins modifier cette conclusion provisoire, en l'élargissant aux actions d'un autre particulier²²¹.

²¹⁵ C.J.U.E., 10 novembre 2011, *The Rank Group*, aff. jointes C-259/10 et C-260/10, points 32-69.

²¹⁶ En ce sens, voy. C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston*, C-222/84, *Rec.*, p. 1651, points 58-59.

²¹⁷ C.J.C.E., 22 novembre 2005, *Mangold*, C-144/04, point 76.

²¹⁸ Et d'éclairer l'étonnement de M. De Mol: « The recourse to the general principle gets even more obscure by the fact that the principle is practically identified with Directive 2000/78. The court-made ground for review turns out to be a specific and concrete rule instead of an abstract and general principle of law » (DE MOL (M.), « *Kücükdeveci: Mangold revisited – Horizontal effect of a general principle of E.U. law* », *op. cit.*, p. 305).

²¹⁹ *Le Petit Robert* renvoie également le terme « général » à l'absence de « référence à une réalité précise ».

²²⁰ DE MOL (M.), « *Kücükdeveci: Mangold revisited – Horizontal effect of a general principle of E.U. law* », *op. cit.*, p. 301. Pour certains, un tel effet avait déjà été attribué, le cas échéant de façon implicite, à certains principes généraux: voy. TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 47; Concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Dominguez*, C-282/10, points 84-85 et 117-119.

²²¹ Sur la question, voy. DE MOL (M.), « *Kücükdeveci: Mangold revisited – Horizontal effect of a general principle of E.U. law* », *op. cit.*, p. 303. En tout état de cause, un lien de rattachement avec l'ordre juridique de l'Union européenne restera toujours indispensable.

III. Une validité complexe

29. À l'aune de la théorie tridimensionnelle de la validité, il apparaît que les principes généraux entretiennent un rapport ambigu avec la validité formelle (A), tout en étant fortement sous-tendus par des enjeux d'effectivité (B) et de légitimité (C)²²².

A. La validité formelle des principes

30. Malgré la difficulté de déterminer des critères de validité des principes généraux européens, dans le sens d'une règle «hartienne» de reconnaissance, il a été possible de repérer certains critères permettant leur identification²²³. En outre, non seulement la légalité des principes n'a, à peu près, jamais été remise en cause, mais elle a même été érigée en principe général du droit²²⁴.

L'ambiguïté du rapport des principes à la légalité se marque, plus fondamentalement, par le fait que, instruments du contrôle du respect de la légalité, ils jouent un rôle perturbateur, voire conflictuel, au sein même de l'ordre juridique auquel ils appartiennent. Selon L. Israël, l'invocation de «principes supérieurs en droit» est un des moyens de contester du droit «valide et paré d'une légitimité démocratique»²²⁵. P. Morvan considère que le principe «a pour vocation existentielle d'entrer en conflit avec une autre norme juridique», sa nature le portant «à instituer une antinomie qui se résout par le refoulement de la norme concurrente, quelle qu'en soit la valeur»²²⁶. L'examen de la jurisprudence confirme que les principes bousculent le droit positif et les institutions, que cela soit par le biais plus ou moins bénin de l'interprétation ou par la conséquence plus radicale de l'annulation, de l'invalidité ou de l'écartement de la norme incompatible.

²²² Fr. Ost et M. van de Kerchove estiment que les principes généraux « appellent une appréciation de leur validité essentiellement en termes de légitimité et d'effectivité » (OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Publications des F.U.S.L., Bruxelles, 2002, p. 358-359). Sur cette théorie, voy. p. 307-383.

²²³ Voy. *supra*, I, B.

²²⁴ C.J.C.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, aff. jointes C-42/59 et C-49/59, *Rec.*, 1961, p. 103 ; C.J.C.E., 22 juin 2006, *Forum* 187, aff. jointes C-182/03 et C-217/03, *Rec.*, p. I-5479, points 69-76. La Cour a également consacré le principe de légalité des délits et des peines (C.J.C.E., 22 mai 2008, *Degussa*, C-266/06 P, points 38-39).

²²⁵ ISRAËL (L.), *L'arme du droit*, Presses de Sciences Po, Paris, 2009, p. 95.

²²⁶ MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 551 et 644.

B. La validité empirique des principes

31. L'enjeu de l'effectivité, comprise comme la capacité de la norme à orienter le comportement de ses destinataires ou à être utilisée par ceux-ci pour guider leur pratique²²⁷, occupe une place absolument fondamentale dans la jurisprudence européenne²²⁸. Les arrêts fondateurs de la Cour peuvent être lus précisément à l'aune de cet objectif. La consécration du principe de l'effet direct, qui est un des premiers vecteurs d'effectivité du droit de l'Union, a notamment été justifiée par le fait que «la vigilance des particuliers intéressés à la sauvegarde de leurs droits entraîne un contrôle efficace»²²⁹.

La justification du principe de primauté a été largement puisée dans le même registre. S'il a été consacré dans l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*²³⁰, l'officialisation de son statut de principe résulte de l'arrêt *Simmenthal*, dans lequel la Cour a estimé que «reconnaître une *efficacité* juridique quelconque à des actes législatifs nationaux [...] incompatibles avec les dispositions du droit communautaire, reviendrait à nier [...] le caractère *effectif* d'engagements inconditionnellement et irrévocablement assumés par les États membres, [...], et mettrait ainsi en question les bases mêmes de la Communauté»²³¹. Serait dès lors «incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'*efficacité* du droit communautaire [...]»²³².

Cette importance de l'effectivité s'explique notamment par la dépendance de l'ordre juridique de l'Union européenne à l'égard des juridictions nationales. La Cour a dès lors, afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des justiciables²³³, consacré le principe de l'autonomie procédu-

²²⁷ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 329-330. Les auteurs distinguent cette notion de l'efficacité (qui évalue la pertinence du moyen choisi par l'auteur de la norme pour atteindre l'objectif visé) et de l'efficience (qui mesure le coût engagé pour atteindre, par la règle choisie, le but visé) (*ibid.*, p. 331). Cette distinction ne se retrouvant pas dans la jurisprudence des juridictions de l'Union européenne, nous nous permettrons de nous en tenir à un registre sémantique plus large.

²²⁸ STEINER (J.) et WOODS (L.), *E.U. Law*, *op. cit.*, p. 88-90; LOUIS (J.-V.) et RONSE (Th.), *L'ordre juridique de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 271.

²²⁹ C.J.C.E., 5 février 1963, *Van Gend en Loos*, C-26/62, *Rec.*, 1963, p. 25. Dans d'autres arrêts, la Cour considère que refuser l'effet direct, respectivement des décisions et des directives, serait « incompatible » avec leur « effet contraignant » (C.J.C.E., 6 octobre 1970, *Grad*, C-9/70, *Rec.*, 1970, p. 825, point 5; C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Van Duyn*, C-41/74, *Rec.*, 1974, p. 1337, point 12).

²³⁰ C.J.C.E., 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, C-6/64, *Rec.*, 1964, p. 1159-1160.

²³¹ C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, C-106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, point 18 (nous soulignons).

²³² C.J.C.E., 9 mars 1978 (*Simmenthal*), C-106/77, *Rec.*, 1978, p. 629, point 22 (nous soulignons).

²³³ C.J.C.E., 14 décembre 1995, *Peterbroeck e.a. c. État belge*, C-312/93, *Rec.*, p. I-04599, point 12.

rale, selon lequel « en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire »²³⁴. Cette marge laissée aux États est cependant restreinte dès lors qu'ils se doivent de respecter les principes d'équivalence et... d'effectivité²³⁵.

En fait, la plupart des principes propres au droit de l'Union poursuivent ce même objectif. Il en va ainsi des principes de coopération loyale, de l'effet utile ou d'interprétation conforme. Cette recherche de l'effectivité, qui n'est pas critiquable en soi, devient problématique lorsqu'elle est occultée par un vernis de légitimité.

C. La validité axiologique des principes

32. Si la légitimité correspond à « la validité des actes et normes juridiques à l'aune de valeurs métapositives » et s'inscrit dans le registre plus global de l'« acceptabilité »²³⁶, son rapport aux principes s'éclaire à la lumière des analyses « wébériennes » sur la rationalité. Au prix d'une simplification sans aucun doute excessive²³⁷, il est permis de distinguer, dans les États de droit occidentaux, une rationalité formelle, qui conçoit le droit comme un système cohérent et complet, et une rationalité matérielle, qui inclut des valeurs comme la justice ou l'équité²³⁸. Cette distinction est de nature à expliquer la légitimité qui est souvent associée aux principes généraux²³⁹.

²³⁴ C.J.C.E., 14 décembre 1995, *van Schijndel*, aff. jointes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705, point 17. Ainsi que le relève T. Tridimas, la limitation de l'autonomie procédurale par le respect des droits fondamentaux ne constitue pas une troisième restriction, outre les principes d'équivalence et d'effectivité, dès lors qu'elle peut être visée implicitement dans ce second principe (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 423).

²³⁵ Sur ce principe, voy. § 20.

²³⁶ OST (Fr.) et VAN DE KERCHOVE (M.), *De la pyramide au réseau? Pour une théorie dialectique du droit*, *op. cit.*, p. 325 et 337.

²³⁷ BUSS (A.), « Les rationalités du droit et l'économie dans la sociologie du droit de Max Weber », *Rev. Jur. Thémis*, 2005, p. 131-139.

²³⁸ Voy. notamment WEBER (M.), *Sociologie du droit*, trad. par J. Grosclaude, coll. « Quadrige », PUF, Paris, 2007, p. 42-43. Sur les rationalités formelle et matérielle, voy. GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, *op. cit.*, p. 254 et s.

²³⁹ Sur la question, voy. BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 71; MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 729-730; WIKLUND (O.) et BENGÖETXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 136. P. Morvan condamne avec force cette « thèse romantique » (MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 636).

D'une part, en tant qu'ils ont vocation à assurer les fonctions de complétude et de cohérence du système juridique, ils s'inscrivent parfaitement dans la logique de la rationalité formelle (§1)²⁴⁰. D'autre part, en ce qu'ils permettent d'ouvrir le système juridique à des valeurs partagées (§2)²⁴¹, les principes généraux répondent aux exigences d'une rationalité matérielle²⁴². L'affirmation des principes par la Cour de justice, en ce qu'elle apparaît précisément comme un effort pour affirmer la légitimité de son système juridique²⁴³, tend à s'inscrire dans cette double rationalité.

1. En quête de rationalité formelle

33. Complétude. La fonction qui est traditionnellement assignée aux principes généraux est une fonction de « complétude », consistant à combler les lacunes d'un système de droit²⁴⁴. La complétude d'un système juridique peut en effet se définir comme « le fait qu'un système ne contienne pas de « lacune » et puisse déterminer à l'aide de l'ensemble de ses éléments le statut juridique de tout fait quelconque »²⁴⁵, la lacune étant « la forme spécifique de l'absence d'une proposition normative au sein d'un système normatif »²⁴⁶. Cette fonction est rapidement apparue déterminante dans le nouvel ordre juridique communautaire²⁴⁷, d'autant que les traités fonda-

²⁴⁰ E. Bernard décrit cette fonction comme tendant vers un « idéal qui constitue un thème récurrent de l'analyse weberienne: l'absence de faille au sein du système juridique » (BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 70).

²⁴¹ WIKLUND (O.) et BENGÖETXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », op. cit., p. 140.

²⁴² Ils répondent, pour Dworkin, à des exigences de justice, d'équité ou d'une autre dimension de la moralité (DWORKIN (R.), *Taking Rights Seriously*, op. cit., p. 22).

²⁴³ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 549 et 556.

²⁴⁴ PESCATORE (P.), « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *R.I.D.C.*, 1980, p. 355; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 18; WIKLUND (O.) et BENGÖETXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », op. cit., p. 137; SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », op. cit., p. 734; HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, op. cit., p. 17; AKEHURST (M.), « The Application of General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities », op. cit., p. 29-30. Voy. également concl. Av. gén. BOT dans l'affaire *Kücükdeveci*, C-555/07, point 80 et concl. Av. gén. TRSTENJAK dans l'affaire *Audiolux*, C-101/08, point 110.

²⁴⁵ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (Fr.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, PUF, Paris, 1988, p. 87.

²⁴⁶ GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, op. cit., p. 177.

²⁴⁷ Cette nouveauté visant tant le fait qu'il venait d'être créé que le fait qu'il n'avait pas d'antécédent (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, op. cit., p. 19; SCHERMERS (H.G.), *Judicial Protection in the European Communities*, op. cit., p. 23; SIMON (D.), « Les principes en droit communautaire », op. cit., p. 287).

teurs constituaient des traités-cadres comportant de nombreuses dispositions rédigées en termes généraux, laissant à la Cour un large pouvoir pour faire évoluer le droit²⁴⁸. S'il avait vocation à aller plus loin que les autres traités internationaux, l'ordre juridique naissant manquait, ainsi que le relève P. Pescatore, « d'une partie « générale » suffisamment développée, telle qu'on la trouve dans les systèmes juridiques nationaux »²⁴⁹.

Dès son arrêt *Algera*, la Cour s'octroya la compétence de combler les lacunes. Face à un problème de droit administratif « pour la solution duquel le traité ne [contenait] pas de règles »²⁵⁰, elle estima que, « sous peine de commettre un déni de justice », elle était « obligée » de s'inspirer « des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres »²⁵¹. Cette « complétude » recherchée de l'ordre juridique de l'Union européenne s'étend également au droit procédural, la Cour ayant affirmé, dans son arrêt *Les Verts*, que, dans le contexte d'une « Communauté de droit », la « charte constitutionnelle de base qu'est le traité [...] a établi un système complet de voies de recours et de procédures »²⁵².

34. La cohérence. Les principes généraux tendent également à assurer que le système juridique soit cohérent²⁵³. Le rôle « unificateur »²⁵⁴ ou « harmonisateur »²⁵⁵ des principes est souvent souligné, leur existence étant même jugée « déterminante pour l'unité et l'homogénéité du système »²⁵⁶. L'attente placée dans les principes généraux était d'autant plus grande que la Cour s'est trouvée au cœur d'affrontements constants entre droit et politique, dans une Union composée d'États souverains dotés de vues différentes et parfois conflictuelles sur les fins et moyens de l'intégration européenne²⁵⁷.

²⁴⁸ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 19.

²⁴⁹ PESCATORE (P.), « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, à des normes déduites de la comparaison des droits des États membres », *op. cit.*, p. 355 et 357.

²⁵⁰ C.J.C.E., 12 juillet 1957, *Algera e.a.*, aff. jointes C-7/56 et C-3/57 à C-7/57, *Rec.*, p. 81, point 116.

²⁵¹ C.J.C.E., 12 juillet 1957 (*Algera e.a.*), aff. jointes C-7/56 et C-3/57 à C-7/57, *Rec.*, p. 81, point 116. Voy. également T.P.I.C.E., 14 décembre 2000, C.C.R.E. c. *Commission*, T-105/99, point 59.

²⁵² C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, C-294/83, *Rec.*, p. 1339, points 22-25.

²⁵³ BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 71.

²⁵⁴ SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », *op. cit.*, p. 734.

²⁵⁵ DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 84.

²⁵⁶ BUCH (H.), « À propos des principes généraux dans l'élaboration jurisprudentielle des actes administratifs », *op. cit.*, p. 419.

²⁵⁷ WIKLUND (O.) et BENGÖTJEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 119-120. À cet égard, l'utilité du recours aux principes généraux s'éclaire à la lumière de la théorie de Cass Sunstein relative à notion d'*incompletely theorized agreement*. Selon lui, il est fréquent, en droit, d'avoir un accord incomplètement théorisé sur un principe général, ce qui signifie que des personnes

35. Un postulat. La prudence dans la manipulation des notions de complétude et de cohérence doit être à la mesure de l'attrait qu'elles exercent sur l'esprit des juristes. Ainsi que l'observe Ph. Gérard, si ce double postulat du système juridique fonctionne comme une véritable « idée régulatrice » de la fonction juridictionnelle et des démarches doctrinales, il désigne cependant un état idéal du droit positif²⁵⁸. Cet idéal, particulièrement important dans les mouvements de codification du 19^e siècle²⁵⁹, continue à imprégner les systèmes juridiques de nombreux États membres²⁶⁰ et a logiquement influencé une construction communautaire en quête de légitimité auprès de ceux-ci. Si un système est complet, cela signifie qu'il n'a pas de lacune. Par conséquent, si le juge ne peut trouver dans le droit écrit de solution au cas qui lui est soumis, il doit se tourner vers le droit non écrit, ouvrant largement la voie aux principes généraux²⁶¹. La lacune désigne alors l'absence d'une proposition normative « dont la présence était attendue », ce qui implique un jugement de valeur sur l'incomplétude du système normatif²⁶². Si elle peut parfois être établie en partant d'un objectif explicitement posé par le Constituant ou le législateur, la ligne de démarcation entre une lacune véritable et une « fausse » lacune, identifiée en présence d'une norme jugée insatisfaisante, n'en demeure pas moins difficile à tracer²⁶³.

Il est donc important de garder à l'esprit que la fonction de complétude que la Cour de justice s'est attribuée n'avait rien d'évident en l'absence d'une disposition dans les traités lui permettant, à l'instar de nombreux

qui acceptent le principe n'ont pas besoin de s'entendre sur la théorie générale dont il dérive ou sur ce qu'il implique dans les cas particuliers (SUNSTEIN (C.R.), *Legal Reasoning and Political Conflict*, op. cit., p. 36-37).

²⁵⁸ GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, op. cit., p. 261.

²⁵⁹ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (Fr.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 87.

²⁶⁰ Si les pays de *Common law* ont échappé à cette codification, ils ne sont pas nécessairement insensibles à son idéal. Voy. notamment R. Dworkin et sa théorie du droit comme intégrité.

²⁶¹ Ph. Gérard relève à cet égard qu'« une exigence de rationalité formelle tend à faire concevoir les principes comme les règles premières d'un ensemble hiérarchisé de dispositions non contradictoires, issues de sources distinctes » (GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, op. cit., p. 279). Ainsi que l'observe F. Moderne, les principes généraux du droit ont « pour fonction de laisser croire que l'ordre juridique détient en lui-même toutes les ressources nécessaires pour résoudre les litiges » (MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », op. cit., p. 736). Pour P. Morvan, non seulement le principe général ne peut « être asservi au rôle de comblement des lacunes », mais « c'est lui au contraire qui creuse des failles dans le droit positif » (MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, op. cit., p. 637).

²⁶² GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, op. cit., p. 178.

²⁶³ VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (Fr.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, op. cit., p. 87; GÉRARD (Ph.), *Droit, égalité et idéologie: contribution à l'étude critique des principes généraux du droit*, op. cit., p. 178.

systèmes nationaux, de statuer même en cas d'obscurité ou de silence du droit écrit. Tant sur un plan logique que sur un plan juridique et politique, la position selon laquelle, à défaut de règle prévue dans le traité, la Cour n'était pas compétente pour examiner ce problème n'était pourtant pas indéfendable²⁶⁴. Il n'en reste pas moins que la volonté d'éviter tout déni de justice requérait un « véhicule » normatif pour importer les solutions manquantes, incarné par les principes généraux du droit²⁶⁵. Si les failles des traités expliquent le rôle actif de la Cour, leur reconnaissance découvre son projet d'atteindre un certain idéal de la construction européenne²⁶⁶. Dans ses arrêts *Tchernobyl*²⁶⁷ et *Defrenne*²⁶⁸, la Cour a ainsi justifié l'extension des dispositions du traité par l'existence de telles lacunes, extension qui ne répondait à aucun besoin logique, mais bien à la conception qu'elle se faisait de sa mission.

Enfin, l'hétérogénéité matérielle et formelle et la pluralité fonctionnelle des principes²⁶⁹, mais également leur force normative incertaine et, surtout, leur action perturbatrice²⁷⁰ sont de nature à relativiser leur capacité à assurer la cohérence du système juridique européen²⁷¹.

2. En quête de rationalité matérielle

36. L'éclosion des principes généraux du droit après la Seconde Guerre mondiale, notamment en France et en Allemagne, attestait d'une volonté de répondre à des exigences de rationalité matérielle. En France, le souci

²⁶⁴ Telle est du reste la solution adoptée par la Cour dans plusieurs de ses arrêts, relatifs, il est vrai, à des règles de nature procédurale. Voy. notamment C.J.C.E., 17 février 1977, *C.F.D.T. c. Conseil*, C-66/76, *Rec.*, p. 305; C.J.C.E., 22 mars 2007, *Regione Siciliana*, C-15/06 P, point 39; C.J.C.E., 2 octobre 2003, *Krupp*, C-195/99 P.

²⁶⁵ Sur l'action de déplacement opérée par les principes généraux en tant que « véhicules normatifs », voy. MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 551 et s.

²⁶⁶ FLAESCH-MOUGIN (C.), « Typologie des principes de l'Union européenne », *op. cit.*, p. 115.

²⁶⁷ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 19. Il observe que la Cour, pour éviter une interprétation ouvertement *contra legem* de l'article 173 du traité C.E.E., établit, dans cet arrêt, l'existence d'une lacune procédurale, qu'elle peut par la suite combler en recourant aux principes de l'équilibre institutionnel et de la protection juridictionnelle effective.

²⁶⁸ Voy. *supra*, § 25.

²⁶⁹ SIMON (D.), « Les principes en droit communautaire », *op. cit.*, p. 290; SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », *op. cit.*, p. 740.

²⁷⁰ Voy. *supra*, § 30.

²⁷¹ Voy. WIKLUND (O.) et BENGOTXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 140. Sur les limites inhérentes à la cohérence d'un système juridique, voy. VAN DE KERCHOVE (M.) et OST (Fr.), *Le système juridique entre ordre et désordre*, *op. cit.*, p. 83-86. M. Delmas-Marty expose ainsi le paradoxe de principes qui « ne jouent leur rôle harmonisateur qu'au prix d'une surprenante cacophonie » (DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 84).

de renouer avec les idéaux de 1789 (principes de sécurité, de légalité et de protection des droits individuels) transparait dans les commentaires des premières décisions du Conseil d'État, ayant notamment pour objectif de cadrer l'exercice par le pouvoir exécutif de ses prérogatives réglementaires²⁷². L'Allemagne d'après-guerre assista, pour sa part, à une résurgence d'une pensée d'inspiration jusnaturaliste causée par une méfiance évidente envers le pouvoir exécutif et le besoin de principes constitutionnels limitant le pouvoir discrétionnaire de l'administration²⁷³.

37. La Cour a eu rapidement à cœur d'établir que l'ordre juridique dont elle faisait partie était « issu d'une interpénétration non seulement économique, mais aussi juridique des États membres »²⁷⁴ et constituait une « Communauté de droit » dans laquelle tous les actes de ses institutions étaient soumis à un contrôle juridictionnel²⁷⁵. Il n'est guère étonnant, dans ce contexte, que le recours à des principes généraux issus des États membres fondateurs se soit présenté comme un moyen de légitimer l'ordre juridique nouveau auprès des juridictions nationales, des particuliers et de la doctrine²⁷⁶, conditions de sa survie²⁷⁷. Si la consécration des droits fondamentaux comme principes généraux constitue assurément l'illustration la plus frappante de ce phénomène²⁷⁸, tel a également été le rôle joué par la reconnaissance de principes traditionnellement attachés à l'État de droit, comme les principes de sécurité juridique, de légalité, d'égalité ou de bonne administration²⁷⁹. Quinze ans après l'arrêt *Les Verts*, la Cour a précisé que le contrôle de la conformité des actes des institutions de cette « Communauté

²⁷² Morvan (P.), *Le principe de droit privé*, *op.cit.*, p. 211 et les réf. citées; SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun ? », *op. cit.*, p. 734.

²⁷³ TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 24. Sur les bases idéologiques et constitutionnelles des principes généraux, voy. BURDEAU (G.), *Traité de science politique*, t. IV, L.G.D.G., Paris, 1984, p. 107 et s.

²⁷⁴ C.J.C.E., 18 mai 1982, *A.M. & S. Europe Limited c. Commission*, C-155/79, *Rec.*, 1982, p. 1575, point 18.

²⁷⁵ C.J.C.E., 23 avril 1986, *Les Verts c. Parlement*, C-294/83, *Rec.*, p. 1339, points 22-25.

²⁷⁶ Plusieurs auteurs estiment qu'une des premières fonctions des principes généraux est la protection des particuliers contre les pouvoirs publics (ΡΑΙΤΙΟ (J.), « The principle of legal certainty as a general principle of E.U. law », *op. cit.*, p. 49-50; ΤΟΤΗ (P.), *Legal Protection of Individuals in the European Communities*, vol. I, 1978, p. 86; TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 549). Selon A. Bouveresse, les principes généraux « participent toujours du même esprit, à savoir : contraindre les institutions normatives à respecter les droits des administrés » (BOUVERESSE (A.), *Le pouvoir discrétionnaire dans l'ordre juridique communautaire*, Bruylant, Bruxelles, 2010, p. 268).

²⁷⁷ D. Simon relève que, pour les juges européens, souvent attaqués, « le recours à des syllogismes rigoureux dont la majeure était constituée par des « principes » apparemment bien établis avait l'incontestable avantage de donner une façade majestueuse à un raisonnement dont les prémisses étaient ainsi parées de la dignité de normes échappant au soupçon » (SIMON (D.), *op. cit.*, p. 301).

²⁷⁸ Voy. notamment AKEHURST (M.), *op. cit.*, p. 41.

²⁷⁹ Sur ces principes, voy. notamment *supra*, § 13, 18, 30.

de droit» se faisait à l'aune non seulement du traité, mais également des «principes généraux du droit dont font partie les droits fondamentaux»²⁸⁰. Par la suite, les principes généraux ont également été utilisés pour légitimer une extension des pouvoirs des juridictions européennes, soit à l'égard des autres institutions, soit dans la foulée d'une véritable expansion du champ d'application de l'ordre juridique européen²⁸¹.

38. Cette démarche des juridictions européennes de vouloir légitimer leurs décisions par le recours aux principes généraux n'a pas nécessairement pour effet d'entraîner cette légitimation. Au contraire, étant donné l'influence considérable susceptible d'être exercée par les principes généraux sur l'action législative de l'Union et des États membres²⁸², cette «intrusion du juge dans l'édiction des normes»²⁸³ doit faire l'objet d'une réflexion constante sur sa «légitimité organique»²⁸⁴, particulièrement lorsque le recours aux principes permet l'introduction de valeurs au sein d'une structure juridictionnelle opérant aux carrefours de traditions juridiques et culturelles très différentes, dans un contexte axiologique aussi pluraliste. S'il est vrai qu'en adoptant l'article 6 du traité C.E.²⁸⁵, les États ont, d'une

²⁸⁰ C.J.C.E., 25 juillet 2002, U.P.A, C-50/00 P, point 38.

²⁸¹ WIKLUND (O.) et BENGOTXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 140. Voy. également les exemples cités par PRECHAL (S.), « Competence creep and general principles of law », *op. cit.*, p. 17. Voy. notamment la jurisprudence de la Cour relative au principe de responsabilité extracontractuelle des États membres en cas de violation du droit de l'Union européenne. La Cour avait d'abord fondé ce principe sur la nécessité d'assurer « la pleine efficacité des normes communautaires » et sur l'obligation de coopération loyale prévue par l'ancien article 5 du traité C.E.E. (C.J.C.E., 19 novembre 1991, *Franovich*, C-6/90 et C-9/90, *Rec.*, 1991, p. I-5357, points 33-36). Quelques années plus tard, le gouvernement allemand ayant contesté la légitimité de cette consécration jurisprudentielle, la Cour ajusta son argumentation et affirma que, vu les lacunes du traité en la matière, elle devait recourir « aux principes fondamentaux du système juridique communautaire et, le cas échéant, à des principes généraux communs aux systèmes juridiques des États membres ». Se fondant cette fois sur la disposition du traité en matière de responsabilité extracontractuelle de la Communauté, la Cour considéra qu'elle n'était « qu'une expression du principe général connu dans les ordres juridiques des États membres, selon lequel une action ou omission illégale entraîne l'obligation de réparer le préjudice causé », y compris « pour les pouvoirs publics » (C.J.C.E., 5 mars 1996, *Brasserie du pêcheur*, aff. jointes C-46/93 et C-48/93, *Rec.*, 1996, p. I-1029, points 24-29).

²⁸² En ce qui concerne les problèmes que pose l'application par la Cour de certains principes pour la répartition des compétences entre les institutions de l'Union européenne, voy. PRECHAL (S.), « Competence creep and general principles of law », *op. cit.*, p. 16; DE MOL (M.), « *Kücükdeveci*: Mangold revisited – Horizontal effect of a general principle of E.U. law », *op. cit.*, p. 305-306.

²⁸³ SAUVE (J.-M.) et POLGE (N.), « Les principes généraux du droit en droit interne et en droit communautaire. Leçons croisées pour un avenir commun? », *op. cit.*, p. 728; BERNARD (E.), *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 66. Selon M. Delmas-Marty, « c'est la communauté des juristes qui par son approbation reconnaît, ou par ses critiques refuse, la légitimité du principe dégagé par le juge » (DELMAS-MARTY (M.), *Pour un droit commun*, *op. cit.*, p. 85).

²⁸⁴ MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 728.

²⁸⁵ Selon cet article, l'Union est « fondée sur les principes de la liberté, de la démocratie, du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales, ainsi que de l'État de droit » et « respecte les

certaine façon, entériné la légitimité de certains principes²⁸⁶, plusieurs auteurs ont néanmoins relevé le risque que l'étiquette « noble » de ceux-ci permette d'en faire un support idéologique de l'action juridique, « leur rationalité matérielle » révélant leur « profonde ambiguïté »²⁸⁷.

Cette crainte est partiellement fondée vu la place que prennent les préoccupations d'effectivité dans la jurisprudence européenne. Ainsi que le relève X. Groussot, la Cour de justice a, à l'instar de Janus, deux faces lorsqu'elle fait application des principes généraux, à savoir la protection des droits individuels, mais également l'effectivité et l'uniformité de l'ordre juridique de l'Union européenne²⁸⁸. Or, lorsque ces objectifs ne convergent pas, l'arbitrage opéré par la Cour entre les intérêts protégés exigerait une transparence qui fait parfois défaut, obligeant l'interprète de ces décisions à lire entre les lignes²⁸⁹. Loin des exigences de justice et d'équité de Dworkin, les principes généraux permettent alors de faire entrer des considérations d'effectivité dans le champ de la légalité, en se parant de la légitimité des principes.

droits fondamentaux [...] en tant que principes généraux du droit communautaire ». Il est intéressant d'observer que ces « principes » sont devenus, depuis l'entrée en vigueur du traité de Lisbonne, des « valeurs » (article 2 T.U.E.), mais également de constater la réponse du « berger législateur » à la « bergère juridictionnelle », berger qui, dans l'objectif d'un renforcement de la légitimité du droit européen (TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 557), réagit à l'invasion de la Cour dans son action par une formalisation croissante des principes généraux, véritables « archétypes des édifices prétoriens » (MORVAN (P.), *Le principe de droit privé*, *op. cit.*, p. 459). Sur ce processus, voy. *supra*, § 15.

²⁸⁶ BASILIEN-GAINCHE (M.-L.) Un arrêt récent donne cependant à penser que le Conseil d'État pourrait bientôt se montrer moins réticent à appliquer expressément une coutume constitutionnelle. Ainsi, dans son arrêt n° 208.462 du 26 octobre 2010, c'est en invoquant une coutume qu'il qualifie de « constante » et « remontant aux premières années de l'État belge » qu'il justifie dorénavant la faculté traditionnellement reconnue au Roi de déléguer, dans certaines conditions, des pouvoirs réglementaires à ses ministres., p. 38.

²⁸⁷ MODERNE (F.), « Légitimité des principes généraux et théorie du droit », *op. cit.*, p. 736 et les réf. citées. Voy. également TRIDIMAS (T.), *The General Principles of E.U. Law*, *op. cit.*, p. 549; WIKLUND (O.) et BENGOTXEA (J.), « General constitutional principles of Community law », *op. cit.*, p. 140.

²⁸⁸ GROUSSOT (X.), *General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 9.

²⁸⁹ Sur la thèse selon laquelle les droits de l'Union européenne sont conférés dans l'intérêt de l'Union européenne plutôt que dans celui des individus, voy. BELJIN (S.), « Rights in E.U. law », *op. cit.*, p. 116 et les réf. cités; dans le même sens, voy. GROUSSOT (X.), *General Principles of Community Law*, *op. cit.*, p. 137 et les réf. citées. Certains auteurs constatent, par ailleurs, que les juges du Kirchberg sont plus exigeants lorsqu'ils contrôlent la proportionnalité des mesures nationales que lorsqu'ils examinent celle des mesures de l'Union (DE BURCA (G.), « Proportionality and subsidiarity as general principles of law », *op. cit.*, p. 98; PAPADOPOULOU (R.E.), *Principes généraux de droit et du droit communautaire: origines et concrétisation*, *op. cit.*, p. 258 et les réf. citées). Voy., enfin, la distinction opérée par la Cour au regard des principes de confiance légitime et de sécurité juridique, selon que la récupération par les États membres d'aides publiques indûment versées concerne des aides européennes ou nationales (C.J.C.E., 20 septembre 1990, *Commission c. Allemagne*, C-5/89, *Rec.*, 1990, p. I-3437, points 13-14).

Conclusion

39. La sélection d'un principe général du droit par le juge européen n'est pas neutre et s'il est possible de décrire le processus *a posteriori*²⁹⁰, le «*principium shopping*» ne répond pas à des règles déterminables à l'avance. Cette indétermination est, du reste, propre aux principes et explique l'ambiguïté relative à leur existence autonome et abstraite, et à leur application subordonnée et concrète. En ce sens, la distinction établie par Lord McNair entre *soft law* (propositions ou principes abstraits) et *hard law* (droit concret, vécu, opératoire)²⁹¹ permet de considérer que les principes généraux relèvent de la première catégorie jusqu'à ce qu'une intervention institutionnelle les fasse entrer dans la seconde. Dans une compréhension plus moderne de la distinction, la vocation normative forte des principes les renvoie sans aucun doute au *hard law*, même si leur mode opératoire les rapproche parfois davantage des « formes souples de régulation sociale » propres au *soft law*²⁹².

40. S'il convient d'appréhender avec circonspection la façon dont les principes sont investis de la mission de permettre une restauration mythique d'une complétude et d'une cohérence perdues, force est néanmoins de constater que leur consécration et leur mise en œuvre par les juridictions de l'Union européenne ont eu pour effet de compléter l'ordre juridique et de lui conférer une certaine cohérence. En ce sens, Fr. Ewald observe que l'invention des principes a pu correspondre « à la nécessité de réintroduire la « longue durée » dans la vie du droit », afin d'équilibrer « la temporalité de plus en plus courte des sources traditionnelles du droit, par une temporalité normative beaucoup plus lente, sans laquelle le système juridique ne jouirait plus de cet élément de durée nécessaire à sa propre existence »²⁹³. Le langage de la Cour, tantôt descriptif lorsqu'elle reconnaît l'existence d'un principe, tantôt prescriptif lorsqu'elle impose son respect, se révèle finalement performatif dans la transformation de l'ordre juridique européen qu'il a opérée²⁹⁴. Il est vrai que le droit peut toujours justifier sa peur du vide par la légitime mission d'éviter le déni de justice.

²⁹⁰ V. Holderbach-Martin écrit ainsi que « l'étude des principes généraux révèle l'éthique que le juge s'impose » (HOLDERBACH-MARTIN (V.), *Les principes généraux non écrits du droit communautaire*, op. cit., p. 17).

²⁹¹ Voy. HACHEZ (I.), « Balises conceptuelles autour des notions de "source du droit", "force normative" et "soft law" », *R.I.E.J.*, 2010, vol. 65, p. 39.

²⁹² *Ibid.*

²⁹³ EWALD (Fr.), *L'État providence*, Grasset, 1986, p. 509-510.

²⁹⁴ Dans le même sens, D. Simon constate que « la répétition incantatoire des formules rituelles proclamant les principes d'autonomie de l'ordre juridique communautaire, [...] a contribué à forger le mythe créateur qui a donné au système juridique communautaire sa cohérence » (SIMON (D.), « Les principes

41. Si la protection des particuliers dans l'ordre juridique européen a, par ailleurs, démontré que les principes étaient « un indispensable élément de fécondation de l'ordre juridique positif »²⁹⁵, tant leurs caractéristiques que les enjeux propres à la légitimité de la fonction de juger nous rappellent que, dans un ordre juridique en quête d'effectivité, la prudence dans l'usage de ces principes est, plus que jamais, mère de... sécurité juridique.

en droit communautaire », *op. cit.*, p. 301) et que le développement des principes généraux, certes éclectique, « s'intègre dans une véritable stratégie jurisprudentielle », structurant sa « recherche progressive d'une architecture cohérente » sur le modèle d'une Communauté de droit gravitant autour de deux axes : le droit au juge et le droit au droit (*idem*, « Y a-t-il des principes généraux du droit communautaire ? », *op. cit.*, p. 75-82).

²⁹⁵ BOULANGER (J.), « Principes généraux du droit et droit positif », *op. cit.*, p. 63.