

BÜNDESVERWALTUNGSGERICHT

XVe COLLOQUE

DES CONSEILS D'ETAT ET DES
JURIDICTIONS SUPREMES ADMINISTRATIVES
DE L'UNION EUROPEENNE

à Bruxelles 1996

LA TRANSPOSITION EN DROIT INTERNE
DE DIRECTIVES DE L'UNION EUROPEENNE

Rapport pour l'Allemagne
présenté par

Michael Groepper
Günter Halama
Gerd-Heinrich Kemper

Conseillers à la Cour suprême
administrative fédérale

I. Le processus de transposition

La transposition de directives de la Communauté Européenne en droit national constitue un acte du pouvoir national dont les limites sont tracées dans la constitution.

A. - Quelles sont les autorités habilitées à transposer la directive en droit interne? Y-a-t'il eu des conflits de compétence?

1. La distribution des compétences entre Bund et Länder

En Allemagne, la transposition de directives de la Communauté Européenne en droit interne doit tenir compte du fait que la République fédérale d'Allemagne est une fédération composée d'un élément central - la Fédération proprement dite (le "Bund") et des pays membres (les "Länder", actuellement 16, fort différents entre eux par leur taille, leur population et leur pouvoir économique). La distribution des compétences entre Bund et Länder est inscrite dans la constitution, la Loi Fondamentale (Grundgesetz) de 1949 - GG -. D'un part la compétence pour les affaires étrangères y compris les affaires communautaires incombe à la Fédération, (voir art. 32, 24, 59 GG), d'autre part la compétence de législation est divisée entre Bund et Länder d'après un règlement compliqué, fixé dans les articles 70 à 75 GG. Le principe en est que tout droit de législation est attribué aux Länder sauf pour les matières énumérées de manière exhaustive dans le catalogue des dits articles réservant le droit de législation à la Fédération. Ce catalogue - constamment agrandi depuis 1949 - comprend, cependant, en grande partie les matières essentielles, laissant aux Länder un champs d'activité très limité. D'une manière générale on peut dire que les Länder ont gardé la compétence pour la sécurité intérieure (police), la culture et la formation (radio, télévision, écoles, universités, recherche scientifique), l'encouragement de l'économie régionale et la structure agricole. Quant aux autres matières, la compétence du Bund lui permet de

les régler soit lui seul (compétence législative exclusive) soit en concurrence avec les Länder, soit en édictant des lois-cadres.

2. La compétence Bund/Länder avant la transposition des directives

La structure fédérale de la République fédérale d'Allemagne peut conduire aux difficultés dans le processus de transposition. Il importe de trouver un modus capable d'écarter d'avance les problèmes principaux. En même temps les Länder se voient depuis longtemps confrontés à une diminution de leur compétences qui les menace de perdre leur statut d'état. Le Traité de Maastricht, dont l'entrée en vigueur dépendait de l'approbation des Länder, a donné lieu à un nouvel effort pour résoudre les deux questions évoquées, ou aux moins pour en atténuer les difficultés.

a) Sur le plan national, le Traité a eu pour conséquence d'incorporer un nouvel article 23 à la Loi Fondamentale. Les dispositions de cet article, dont le texte intégral se trouve comme annexe à ce rapport, augmentent les droits de participation des Länder au processus de législation communautaire, tout en réduisant les frictions qui lui étaient inhérentes. Il oblige le gouvernement fédéral à laisser prendre part les Länder au rôle que le gouvernement fédéral lui même joue dans le processus de la formulation de la directive. Ceci assure autant que possible la sauvegarde des intérêts des Länder et garantit que ceux-ci ne se trouvent pas posés devant le fait accompli. Malgré ce règlement il n'est pas toujours possible d'obtenir au cours des négociations avec les autres États membres que les désirs des Länder soient satisfaits par la directive. En accord avec cet article, le parlement fédéral (Bundestag) a adopté en 1993 deux lois réglant en détail la coopération entre le gouvernement et le parlement fédéral et la coopération entre le Bund et les Länder dans les affaires de l'Union Européenne (BGB1. 1993 S. 311 et 313). Les réglementations de ces lois sont complétées par un accord entre le Bund et les Länder (BAnz 1993, 10425) qui concrétise les détails de la participation des Länder et en règle la procédure

technique. Toutes les autorités fédérales concernées sont appelées à respecter ces réglementations.

b) Sur le plan communautaire, il est certain que la distribution du pouvoir en Allemagne qui est due à sa structure fédérale a rendu les organes concernés spécialement sensibles à l'idée de la subsidiarité, mentionné désormais dans l'article 3b al. 2 du Traité. En 1994 le Comité des Secrétaires d'État responsables des questions européennes a adopté une sorte de "Guide pour la transposition des directives en vue d'un examen de la subsidiarité". Ce guide - purement interne - oblige les ressorts à vérifier si pendant l'élaboration de la directive européenne les restrictions découlant de l'idée de la subsidiarité ont été suffisamment respectées. Le résultat de cette étude doit être soumis au cabinet des ministres fédéraux. Au cas où la réponse serait négative, le cabinet est chargé de décider s'il est nécessaire de communiquer les objections à la Commission et s'il faut lui proposer de modifier le passage en question. Malgré les objections qui peuvent exister, les travaux de transposition sont à poursuivre afin d'assurer la transposition de la directive avant le délai fixé. Au cas où le gouvernement fédéral n'a pas consenti à la directive et des doutes portants sur la subsidiarité surgissent, il est du ressort compétent d'examiner la question de savoir si le gouvernement doit s'adresser à la Cour de Justice pour y intenter une action en annulation.

Il est à noter que l'argument de la subsidiarité souvent avancé par le gouvernement fédéral dans les négociations des directives est de plus en plus accepté par la Commission et le Conseil des Ministres. Le gouvernement tend à soulever la question le plus tôt possible pour trouver une solution avant que la Commission ne prenne des décisions difficiles à remettre en cause. Ceci correspond à la juridiction de la Cour constitutionnelle fédérale qui exige que le gouvernement prenne les mesures possibles pour assurer que la Communauté Européenne n'agisse pas en excès de ses com-

pétences (cf. arrêt du 12 octobre 1993 - BVerfGE 89, 155, 188, 210 - concernant le Traité de Maastricht).

3. Le gouvernement fédéral comme partenaire des organes de l'UE

a) Les directives du Conseil sont considérées d'être adressées seul au gouvernement fédéral sans égard de la distribution de compétence entre Bund et Länder. Ceci était clair tant que les directives n'étaient pas publiées dans le Bulletin de la Communauté, les directives étant formellement communiquées au Ministère des Affaires Étrangères. Pourtant, la publication des directives maintenant obligatoire n'a pas changé la situation juridique. Le gouvernement fédéral ne partage pas une certaine opinion exprimée dans la littérature juridique, à savoir selon laquelle les directives ne s'adressent pas seulement à l'État fédéral mais aussi directement aux autorités intérieures de l'État. Cependant, le gouvernement de la République fédérale d'Allemagne accepte sans réserve la juridiction de la Cour de Justice qui souligne que l'obligation de transposition d'une directive s'impose à toute puissance publique concernée dans les États membres (p.e. arrêt du 20 septembre 1988 - 31/87 - Rec. 1988, 4635, 4662), donc pas seulement au Bund mais aussi, le cas échéant, aux Länder. L'obligation du gouvernement fédéral de transposer la directive en droit national ne peut pas limiter son obligation envers les Länder de respecter les compétences législatives nationales.

La question n'est pourtant pas entièrement académique puisqu'il en découle de savoir à qui incombe la responsabilité envers la Communauté d'assurer la transposition en bonne et due forme, et qui doit en assumer les conséquences si la transposition n'est pas effectuée de telle manière. Jusqu'à présent la Commission n'a pas hésité de reprocher à la République fédérale d'Allemagne - et non pas aux Länder - d'avoir manqué à ses obligations de transposition, même si la transposition en incombait aux Länder.

Puisque les directives adoptées par le Conseil des Ministres de la Communauté sont adressées au gouvernement fédéral, c'est donc en priorité la tâche des ministères fédéraux concernés d'en vérifier le contenu et la portée afin de décider la question de compétence pour la transposition.

b) Le gouvernement fédéral s'acquitte de son devoir de notifier à la Commission la transposition d'une directive après l'écoulement du délai accordé en lui remettant le texte intégral de la loi (ou des lois) adoptée(s) à cet effet, accompagné d'une synopse montrant paragraphe par paragraphe le texte de la directive et le texte du règlement national respectif. Lorsqu'il s'agit d'une directive dont la transposition incombe aux Länder il est inévitable que le gouvernement répète 16 fois cette procédure.

4. La transposition des directives par la Fédération

Lorsque la transposition exige l'adoption d'une loi fédérale, celle ci, rédigée par le ministère concerné, doit passer par les mêmes stades qu'une loi non inspirée par l'existence d'une directive européenne. Le projet de loi est alors soumis à tout ceux qui doivent y consentir ou qui ont le droit de donner leur avis, c'est à dire, le projet passe, selon le cas, à d'autres ministères également concernés, aux parties intéressées (par exemple aux associations nationales du commerce, de l'industrie, des syndicats), aux partis politiques et aussi à certains représentants des Länder, dans le cas - fréquent - que le consentement du Bundesrat est nécessaire pour faire passer la loi. La rédaction du projet de loi une fois terminée, le projet, approuvé par le gouvernement fédéral, est soumis à l'avis du Bundesrat et passe en suite au Parlement (Bundestag) qui doit l'adopter, dans beaucoup de cas avec le consentement du Bundesrat. Finalement, la loi doit être signée par le Président de la République et publiée dans le Bulletin Fédéral.

L'autorisation du pouvoir exécutif de rendre une ordonnance est sérieusement limité par l'art. 80 GG qui prévoit que toute ordonnance doit être basée sur une loi statuant de manière explicite le contenu, le but et les limites de l'ordonnance à laquelle elle donne droit. La loi peut habiliter soit le gouvernement fédéral soit, le cas échéant, les gouvernements des Länder à rendre une ordonnance destinée à la transposition d'une directive. Il est à souligner que même dans le cas où une directive peut être transposée par la promulgation d'une ordonnance le consentement du Bundesrat (2ème chambre réunissant les gouvernements des Länder) reste souvent nécessaire. Pour obtenir ce consentement, le gouvernement doit mettre en oeuvre le même appareil administratif; il en résulte, que le rendement d'une ordonnance ne se révèle pas toujours comme étant une voie plus simple que celle de la législation.

5. La transposition des directives par les "Länder"

S'il s'agit d'une matière pour laquelle les Länder sont compétents, le processus se déroule de manière analogue selon les règles assez uniformes de législation prévues dans les constitutions des Länder. Si tous les Länder sont concernés de la même manière, les ministères compétents ont l'habitude de se mettre d'accord et d'élaborer un projet de loi commun. Les Länder se sont même mis d'accord pour que chacun d'entre eux soit spécialisé dans le traitement d'une matière. Ceci, pourtant, se fait d'une manière volontaire et non pas obligatoire.

Reste à noter que dans certains cas il ne suffit pas de constater que la transposition d'une directive doit être effectuée par les Länder. Bien que la Loi Fondamentale ne fait pas de différenciations sur le plan des Länder il faut prendre en considération que parfois ce ne sont pas les Länder eux mêmes (représentés par leur gouvernements) mais les communes, les régions ou d'autres personnes administratives de compétence locale qui sont appelées à pro-

céder à la transposition. Dans ces cas là les difficultés se multiplient.

6. La transposition en cas d'une compétence mixte

Les directives ne suivent évidemment pas le système de répartition des compétences établi par la Loi Fondamentale sur le plan national. En Allemagne, cette répartition est plutôt régie par le choix des matières, tandis que sur le plan européen le principe de la finalité des mesures et de l'effet utile semble être dominant. Il se peut alors que la transposition d'une directive incombe, en partie, au Bund et, en partie, aux Länder. Il est inutile de remarquer que dans ce cas il peut y avoir de graves difficultés à surmonter pour obtenir des résultats législatifs cohérents à la fois avec la directive et avec le droit national des différents niveaux.

7. Conflit de compétences Bund/Länder

Le gouvernement fédéral ne dispose pas d'instruments efficaces pour parvenir à une transposition qui incombe à un Land ou aux Länder, dans le cas où ceux-ci ne prennent pas les mesures nécessaires pour s'acquitter de leur responsabilité. La possibilité de faire appel à la Cour constitutionnelle fédérale en lui demandant de constater l'infraction du Land, ainsi que la possibilité d'exécuter le pouvoir coercitif du Bund sur le Land (Art. 37 GG) sont purement théoriques et n'ont jamais été mis en pratique dans l'histoire de la République Fédérale d'Allemagne. Les possibilités réelles du gouvernement sont limitées à des appels, à des réunions de travail avec les représentants des Länder et à des entretiens informels.

L'avenir nous dira si la jurisprudence de la Cour de Justice aboutira à un dédommagement pour défaut de transposition, attribuable à un particulier et payable non pas par le Bund comme destinataire de la directive mais par l'unité à laquelle incombe

l'obligation de sa transposition. Ceci pourrait constituer un levier efficace pour encourager le sens de la discipline d'un Land qui manque à ses obligations (voir Chapitre II C 3).

8. La voie de transposition (loi ou ordonnance)

La voie de transposition pose moins des problèmes en Allemagne. D'une manière générale la transposition est effectuée par voie de loi. Lorsque une matière est déjà réglée par une loi le principe de l'hierarchie des normes exige que tout changement qui lui est apporté à la suite d'une directive doit également être réglé par une loi. De plus, la Loi Fondamentale exige l'adoption d'une loi dès que le règlement porte atteinte aux droits fondamentaux. Enfin la Cour constitutionnelle fédérale a statué la doctrine que la responsabilité pour tout règlement d'une certaine importance doit être assumée par le parlement, qui ne se peut s'acquitter de cette responsabilité que par le moyen de l'adoption d'une loi.

La nécessité d'une initiative du législateur n'exclut pas que celui-ci autorise le pouvoir exécutif des transposer les détails d'une directive par voie de l'ordonnance. Le plus souvent, les lois déjà existantes ne représentent pas une base suffisante pour rendre une ordonnance transposant une directive. Par contre, si une nouvelle directive demande une transposition par l'adoption d'une nouvelle loi, cette loi a tendance à être formulée de telle façon que les détails de la directive ainsi que des directives futures portant sur le même thème puissent être réglés par ordonnance.

Les lois (ou ordonnances) destinées à la transposition d'une directive citent la directive en question soit dans le titre de la loi ("Loi destinée à la transposition de la directive X") soit à l'aide d'une note ajoutée au texte de la loi. Dans les mêmes limites imposées à la législation nationale il est admissible que les ordonnances - comme les lois - prévoient un renvoi dynamique à la directive, mais un tel renvoi est plutôt rare.

B. La juridiction suprême administrative a-t-elle un rôle à jouer dans le processus de transposition? Dans l'affirmative, comment: s'en acquitte-t-elle?

Aucune cour de la République fédérale d'Allemagne n'est appelée à jouer un rôle dans le processus de la transposition, c'est à dire, ni la Cour constitutionnelle fédérale (Bundesverfassungsgericht) ni les autres cours suprêmes fédérales (Cour suprême administrative fédérale - Bundesverwaltungsgericht - Cours suprêmes fédérales des affaires fiscales ou sociales, du droit civil et pénal, de prud'hommes) ni les cours de compétence correspondante des Länder sont impliquées dans la transposition, celle-ci étant alors entièrement confiée aux pouvoirs exécutifs et législatifs de la république, c'est à dire aux ministères compétents du Bund et des Länder d'une part et des Parlements de ces unités d'autre part.

Ceci correspond à la notion traditionnelle de la juridiction selon laquelle le principe de la répartition du pouvoir est réalisé de manière assez stricte. La loi fixant le cadre juridique de la Cour constitutionnelle fédérale prévoyait, dans sa première version de 1951 (BGBl. I 243), le droit du gouvernement fédéral et des deux chambres du Parlement de demander à la Cour un avis juridique sur une question de droit constitutionnel (§ 97). Ce faible élément de participation à l'élaboration du droit antérieure à sa promulgation fut déjà supprimé en 1956 (BGBl. I 662), laissant à la Cour la compétence contentieuse habituelle.

C. La transposition a-t-elle lieu par une reprise littérale des dispositions de la directive dans un texte national, ou y a-t-il plutôt tendance à adapter la formulation de la directive aux règles existantes en droit interne?

1. La juridiction de la Cour de Justice

La Cour de Justice répond à cette question en rappelant que l'art. 189 al. 3 du Traité n'exige pas que dans chaque État membre le législateur entre en action. D'après cette juridiction, les principes généraux du droit constitutionnel ou administratif déjà existants peuvent écarter la nécessité d'une transposition, à condition que ces principes assurent l'entière effectivité de la directive, pour autant que celle-ci soit destinée à conférer des droits individuels aux particuliers, et à condition que ces principes soient suffisamment précis et clairs, permettant aux particuliers d'avoir connaissance de tous leurs droits et de s'en prévaloir devant un tribunal national. La Cour de Justice en conclut qu'une simple pratique administrative existante n'est pas conforme à ces exigences puisqu'elle peut être changée et qu'elle n'est pas suffisamment connue. Même une pratique conforme à une directive ne peut donc écarter la nécessité d'une transposition. Spécialement dans le domaine de la protection de l'environnement cette juridiction a causé des difficultés en Allemagne, parce que la Cour n'a pas accepté l'argument avancé par le gouvernement fédéral à savoir qu'il existe des règles qui, malgré leur nature purement administrative, sont considérées et appliquées comme des lois (v. Arrêt du 30 Mai 1991 - Rec. I 2607).

2. Reprise littérale

a) Comme le gouvernement fédéral a participé à toutes les étapes de l'élaboration de la directive, il est au courant des lois nationales existantes, portant sur la même matière; il est donc à même de juger dans quelle mesure la directive exige une transposition. Ceci reflète le fait que, dans beaucoup de cas, la législation existante correspond déjà en partie ou entièrement à la réglementation exigée par la directive. Pourtant, il n'est pas toujours facile d'intégrer dans le cadre du système juridique allemand les instruments juridiques prévus dans une directive. Il se révèle parfois difficile de transposer notamment des directives dont le caractère est purement procédural. Le système allemand connaît une loi générale relative à la procédure administra-

tive et juridictionnelle, et réserve aux lois réglant en même temps la matière même des procédures qui s'en écartent.

Les textes de certaines directives, notamment dans le domaine de la protection de l'environnement naturel, sont parfois ambigus ou même contradictoires et souvent ne sont pas suffisamment précis. Ceci peut créer des doutes dans l'interprétation et la concrétisation de certains règlements. Par exemple, dans le droit allemand, la voie des tribunaux n'est accessible qu'à celui qui peut se prévaloir de droits destinés à protéger ses intérêts. Les lois nationales concernant la protection de l'environnement n'ont en général pas ce but; elles se limitent à la protection des ressources naturelles etc. sans tenir compte des intérêts des particuliers. Cependant la Cour de Justice n'a pas considéré une telle loi comme suffisante; elle exige que la loi qui transpose la directive confère des droits subjectifs aux particuliers et leur donne la possibilité de s'en prévaloir à l'encontre de l'État de manière effective devant un tribunal national.

La reprise littérale du texte intégral d'une directive n'est pratiquement jamais considérée comme solution adéquate du problème en question. Presque chaque directive demande une formulation qui s'insère de manière exacte dans le cadre juridique existant. Ceci implique l'emploi de notions parfois différentes ainsi qu'une structure du texte différente de celle de la directive.

Le procès de transposition connaît pourtant la reprise plus ou moins littérale d'une partie du texte de la directive quand ceci est compatible avec le but de l'opération. Lorsqu'il s'agit d'une matière réglée de manière très détaillée, une reprise presque littérale du texte de la directive est parfois le seul moyen pour satisfaire aux exigences strictes de la Cour quant à la précision de la transposition.

b) De temps en temps, des problèmes linguistiques peuvent s'élever. Normalement, le texte allemand de la directive est pris comme base. Cependant, dans le cas où ce texte ne correspond pas aux résultats des négociations antérieures menées dans les langues de travail, un recours aux textes des autres langues officielles utilisées peut s'imposer.

c) Reste à ajouter que malgré les problèmes créés par les difficultés de transposition, les autorités concernées préfèrent l'instrument de la directive à celui de l'ordonnance selon l'art. 189 al. 2 du Traité parce qu'il leur laisse la possibilité de trouver une solution plus cohérente au droit national.

3. Le retard de transposition

Les rapports annuels de la Commission sur le contrôle de l'application du droit communautaire montrent clairement que la République fédérale d'Allemagne est souvent considérablement en retard dans la transposition des directives. Le 31 décembre 1994 elle se rangeait, en effet, à la 8ème place (sur 12). Ce fait ne reflète pas un manque de bonne volonté des autorités responsables de la transposition mais plutôt les difficultés parfois extrêmes qui se posent. Mis à part les difficultés résultant de la structure fédérale de l'Allemagne il s'agit notamment des difficultés suivantes, soit passagères, soit de nature permanente:

a) La quantité des directives promulguées dans le contexte de la mise sur pied du marché interne a parfois dépassé les ressources administratives disponibles. Il faut rappeler que les dernières années ont également été marquées par une législation intensive concernant les problèmes posés par la réunification de l'Allemagne. Vu le nombre de directives et les détails parfois insignifiants qu'elles prennent en considération, les autorités chargées de la transposition essaient de trouver des solutions réduisant le déploiement administratif à un niveau raisonnable.

b) Pour des raisons déjà expliqués, les directives sont, en Allemagne, transposées en général par voie de loi et non pas par ordonnance. Le procès législatif est plus long et plus compliqué. Parfois le retard dans la transposition vient de ce que l'une des parties intéressées désire saisir l'occasion de la transposition pour apporter d'autres changements à la loi en question qui ne sont point exigés par la directive.

Par exemple, lors de la transposition de la directive concernant la protection des oiseaux chanteurs (en grande partie matière à régler par les Länder) le Bund a essayé de prévoir dans la loi fédérale concernée la création d'un Bureau Fédéral de protection de la nature. Ceci a suscité la résistance des Länder et causé un retard considérable dans la transposition des règles imposées par la directive.

c) Le délai accordé aux États membres pour la transposition des directives n'est souvent pas suffisant pour écarter toutes les difficultés résultant de la structure fédérale de l'Allemagne. Même si les Länder ne s'opposent pas à la coopération avec le Bund il faut accepter qu'en Allemagne, pour beaucoup de matières réglées par une directive, il existe déjà un système juridique et légal très élaboré, et qu'il faut beaucoup de délibération et de concertation pour en trouver une solution de transposition cohérente et compatible.

d) Dans le cas où la transposition ne peut être effectuée dans le délai accordé, le gouvernement fédéral tend à sauvegarder les droits des sujets concernés en communiquant des conseils écrits aux autorités responsables pour le traitement des cas concernés par la directive. Bien que ces conseils ne portent pas de caractère obligatoire et ne correspondent nullement aux exigences liées à une transposition en règle, ils se sont montrés utiles pour atténuer les conséquences d'un retard de transposition.

II. Les effets juridiques d'une directive

A. Les effets juridiques d'une directive avant sa transposition, aussi longtemps que le délai laissé aux États n'est pas écoulé

La Cour suprême administrative fédérale a écarté l'hypothèse, qu'il faut tirer des conséquences de l'existence d'une directive avant l'expiration du délai laissé aux États pour la transposition, même si la conclusion s'impose, que le législateur ne procédera pas à la transposition dans le délai qui lui est imparti

et que la directive sur la base de la définition de la Cour de Justice des Communautés européennes aura un effet direct après l'écoulement du délai (v. ordonnance du 5 juin 1992 - BVerwG 4 NB 21.92 - NVwZ 1992, 1093). Il est à présumer que cette décision s'insère dans le cadre de la jurisprudence de la Cour de Justice, qui a constaté dans l'arrêt du 5 avril 1979 - Aff. 148/78 - (Rec. 1979, 1629, 1642), qu'un État membre après l'expiration du délai pour la transposition d'une directive n'est plus autorisé à appliquer des sanctions pénales faisant partie du droit interne, qu'il n'a pas encore adapté, à une personne, qui s'est conformée aux dispositions de la directive. On peut déduire de cette formulation qu'avant l'expiration du délai de transposition l'État membre est libre d'appliquer son droit national même s'il s'agit de normes pénales.

Des arguments pour une appréciation contraire ne sauraient pas être tirés de l'arrêt de la Cour de Justice du 8 octobre 1987 - Aff. 80/86 - (Rec. 1987, 3969, 3984), sur lequel une partie de la doctrine s'appuie pour justifier la thèse, qu'une interprétation en conformité avec une directive peut, le cas échéant, s'imposer déjà avant l'expiration du délai. La Cour de Justice a en effet constaté, que l'obligation ou la possibilité pour la juridiction nationale d'interpréter les normes internes dans la lumière de la directive pertinente ne dépendait pas du fait que le délai de transposition était écoulé ou non.

Cette observation ne devrait pourtant pas donner lieu à une généralisation irréfléchie. Il faut se rendre compte que la décision de la Cour visait à une directive, qui attribuait des charges aux particuliers. Suivant la jurisprudence de la Cour de Justice une telle directive n'est pas un moyen approprié pour entraîner sans intermédiaire d'un acte de transposition des obligations à l'encontre des ressortissants communautaires. Si cette qualification lui fait défaut, il ne convient pas non plus de s'en servir comme règle d'interprétation dans le cadre de l'application du droit interne. Lorsque pour le particulier la réglementation nationale

est plus favorable qu'une directive communautaire, qui n'a pas encore été transposée, la juridiction nationale n'est pas tenue d'interpréter les normes du droit interne dans le sens des dispositions de la directive, sans qu'il importe si le terme de transposition est écoulé ou non (dans ce sens voir l'avis de la Commission européenne, préc. p. 3975, ainsi que les conclusions de l'avocat général Mischo, préc. p. 3980).

La Cour suprême administrative fédérale, dans l'ordonnance précitée, a exprimé l'avis, que l'insignifiance juridique d'une directive pendant l'époque, où le délai imparti n'est pas encore écoulé, est justifiable par le principe général de sécurité juridique. L'État membre ne doit s'acquitter de l'obligation communautaire de transposer une directive qu'à l'expiration même du terme prévu. Rien ne l'empêche de profiter du délai jusqu'au dernier moment possible. Avant la date d'échéance son champ d'action n'est pas encore limité définitivement. A cet égard la situation est comparable à la modification du droit dans le domaine interne hors de la portée du droit communautaire. Le droit nouveau n'obtient la qualité de droit que quand il entre en vigueur. Jusqu'à ce moment l'autorité du droit ancien n'est pas atteinte. Le juge n'est pas obligé d'interpréter ce droit ancien déjà dans la lumière du droit futur.

Quant aux directives, qui ne sont pas dotées d'un effet direct, il convient au surplus de prendre en considération, qu'il ne faut pas empiéter sur les droits du législateur national, qui jouit d'une certaine liberté de détermination, puisque l'art. 189 al. 3 du Traité lui concède le choix quant à la forme et aux moyens de la transposition.

B. Les effets juridiques d'une directive après sa transposition complète et correcte

L'interprétation des normes est une tâche essentielle de la juridiction en Allemagne. La juridiction allemande est donc aussi ha-

bilité d'interpréter en premier lieu le contenu des directives, de vérifier la compatibilité d'un acte avec la directive ou avec la norme nationale assurant la transposition de celle-ci et de saisir suivant l'art. 177 de Traité la Cour de Justice lorsqu'une question d'interprétation du droit communautaire est soulevée .

1. congruence et divergence du droit national

Si la directive a été transposée dans le délai imparti dans une manière complète et correcte, il est, en général, inutile d'en faire usage comme norme d'interprétation, car dans ce cas modèle il y a congruence entre le droit communautaire et le droit national, par lequel celui-là a été transposé. Le juge national, en principe, se peut borner à interpréter le droit interne pertinent. Pourtant il faut faire attention. Même si le droit communautaire et le droit national semblent être concordants, il peut se révéler qu'il y a des divergences. La même expression en droit communautaire ou en droit national peut avoir une signification différente selon le cadre dans lequel elle est utilisée. Il ne suffit pas que le législateur national s'adapte verbalement aux exigences d'une directive; il doit prendre les précautions nécessaires, pour que l'essence d'une réglementation communautaire ne soit pas faussée par l'emploi de notions, qui dans l'ordre juridique interne suscitent des idées différentes.

A titre d'exemple d'un tel genre de divergence voilée on pourrait mentionner la notion de "déchets", qui est bien connue en droit allemand aussi bien qu'en droit communautaire, mais dont la portée est différente dans les deux ordres juridiques. La notion du droit interne, même si l'expression traditionnelle ne subit pas de changement, doit désormais être prise à un sens modifié, voire le sens qui est à la base des dispositions communautaires. Une telle modification peut avoir pour conséquence, que le contenu d'une notion même diffère en dépendance de ce que celle-ci est attachée à des matières qui sont réglementées par le droit communautaire ou non.

2. interprétation du droit national en conformité avec le droit communautaire

a) L'obligation d'interpréter toutes les catégories du droit national en conformité avec les directives pertinentes ne constitue qu'un cas spécial de l'obligation générale d'interpréter les normes nationales qui ont trait à des matières réglementées par le droit communautaire en conformité avec les exigences de ce droit-ci. Si une norme interne, destinée ou non à transposer du droit communautaire, dans la lumière d'une directive donne lieu à des doutes, elle doit être interprétée de la façon qui au mieux possible tient compte du texte de la directive.

La Cour suprême administrative fédérale devait, par exemple, statuer sur la question, s'il y a fraudes et tromperies en matière de denrées alimentaires, quand un produit est mis sur le marché sous la dénomination "saucisson", quoique sa composition ne corresponde pas aux prescriptions pertinentes de la loi allemande sur les additifs alimentaires. La Cour a interprété l'interdiction nationale de fraudes et tromperies dans l'esprit de la directive communautaire 79/112/CEE sur l'étiquetage et a résumé, que la protection des consommateurs n'exige pas une interdiction de commercialisation, si elle peut être assurée d'une manière suffisante par l'aide d'indications sur la composition obligatoires, selon les normes communautaires.

b) Cependant une telle interprétation en conformité avec une directive n'est possible que sous la condition que la norme nationale est susceptible d'une interprétation en ce sens, c'est-à-dire, en tant que son texte le permet. Il n'est pas admissible de l'emporter sur un sens inverse au moyen d'une interprétation. Celle-ci ne peut jouer que dans les limites tracées par le texte, la genèse, le contexte systématique et la finalité de la norme pertinente. Les conséquences pour l'efficacité du droit communautaire sont différentes.

c) Les limites de l'interprétation en conformité avec une directive ne portent pas atteinte à la mise en oeuvre du droit communautaire dans les cas, où les conditions sont réunies dans les-

quelles selon la jurisprudence de la Cour de Justice une directive est dotée d'un effet direct. Si les dispositions d'une directive qui entraînent des obligations pour l'État et qui favorisent le particulier, sont formulées d'une façon inconditionnelle et suffisamment précise, elles s'imposent après l'expiration du délai de transposition dans le domaine interne aux normes nationales, sans qu'il importe si celles-ci sont susceptibles ou non d'une adaptation par l'intermédiaire d'une interprétation. Par rapport au droit national elles jouissent d'une primauté. Elles sont applicables sans que les normes internes s'y puissent opposer.

d) Par contre les mécanismes de l'interprétation peuvent s'avérer d'une importance considérable pour la mise en fonction du droit communautaire dans les cas de manque d'un effet direct, qui comprennent notamment les directives dont le but se borne à régler les relations entre particuliers. Si l'application directe d'une directive n'entre pas en ligne de compte, l'interprétation se révèle le seul moyen d'harmonisation entre le droit communautaire et le droit national. Elle peut aboutir à des résultats favorables, mais aussi à des résultats défavorables pour le ressortissant intéressé. Ceci ne revient pas au même que prêter main-forte à l'extension de l'effet direct aux relations horizontales que la Cour de Justice a toujours écartée (v. arrêt du 8 octobre 1987 - Aff. 80/86 - Rec. 1987, 3969, 3987). Dans cette hypothèse la directive ne sert pas de base juridique, mais simplement de critère d'interprétation. Les effets négatifs ont leur origine dans la norme interne même, dont le texte rend possible une telle interprétation. Une norme nationale, qui est contraire à une directive sans effet direct, à moins que la conformité puisse être assurée par le moyen de l'interprétation, reste applicable malgré la violation du droit communautaire, jusqu'à ce que le législateur national l'adapte au droit européen.

C. Les effets juridiques d'une directive en cas d'une absence de transposition ou d'une transposition incomplète

1. L'effet direct en droit interne

a) L'effet vertical contre l'autorité publique

La question vise à un aspect particulier de la thématique générale de primauté, si en vue des mêmes faits matériels les conséquences juridiques varient selon que le droit communautaire ou le droit national est appliqué.

aa) Pour les cas où il y a une divergence de normes, la Cour de Justice a développé dès le début de ses activités une règle de conflit, d'après laquelle l'application du droit communautaire prévaut sur l'application des normes internes. Cette règle s'étend à toute norme nationale sans égard pour son rang dans l'hierarchie juridique nationale et la date de son entrée en vigueur. Elle veut dire, que le droit national - qui reste applicable aux affaires de caractère purement interne sans ayant trait à la réglementation communautaire - est écarté dans la mesure qu'il est contraire au droit communautaire.

Un conflit de normes dans lequel le principe de la primauté du droit communautaire doit être respecté, ne peut pas apparaître exclusivement dans le domaine des dispositions du droit communautaire primaire et des règlements, qui en vertu de l'art. 189 al. 2 du Traité sont directement applicables, mais également sur le champ des directives. Quoique celles-ci visent à être transposées, puisqu'elles lient l'État membre, destinataire seulement quant au résultat à atteindre tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, il se peut qu'elles s'avèrent après l'expiration du délai de transposition avoir un effet direct même sans aucun acte de transposition. Lorsqu'une directive de caractère inconditionnel confère d'une manière suffisamment précise des droits aux ressortissants comm-

unautaires, l'exécution de ces droits ne saurait pas être empêchée par l'objection, que la transposition exigée est défectueuse ou manque totalement (v. Cour de Justice, arrêts du 4 décembre 1974 - Aff. 41/74 - Rec. 1974, 1337, 1348, du 19 janvier 1982 - Aff. 8/81 - Rec. 1982, 53, 71, et du 10 avril 1984 - Aff. 14/83 - Rec. 1984, 1891, 1909).

Cette jurisprudence repose surtout sur l'idée que l'affectivité du droit communautaire serait mise en cause, si les particuliers n'avaient pas la possibilité de se prévaloir des droits qui leur sont attribués. La Cour de Justice tire un argument supplémentaire de la "doctrine of estoppel". Un État membre qui a manqué aux obligations qui lui incombent envers la Communauté n'est pas en mesure de profiter du non-respect du droit communautaire.

bb) Cette juridiction est restée sans écho dans la jurisprudence des Cours suprêmes allemandes jusqu'aux années 80. La Cour suprême administrative fédérale suivait tout de même un chemin qui s'approchait de la solution de la Cour de Justice européenne. Elle retenait la thèse que les directives n'ont pas la qualité de droit directement applicable dans les relations entre l'État membre concerné et les individus, mais elle statuait que les instances allemandes n'agiraient pas en bonne foi, si elles insistaient à l'application de dispositions internes, à l'adaptation desquelles elles étaient tenues en raison d'une directive communautaire (v. arrêt du 5 juin 1986 - BVerwG 3 C 12.87 - BVerwGE 74, 241).

A la différence de la Cour suprême administrative fédérale la Cour suprême des finances prenait bientôt connaissance de la jurisprudence sur l'effet direct potentiel. Pourtant elle refusait ouvertement de s'allier à la Cour de Justice au motif qu'il s'agirait d'une dissimulation intolérable des champs d'application respectifs du règlement et de la directive, qui ne serait plus couverte de la compétence conférée à la Communauté par le législateur allemand (v. arrêt du 25 avril 1985 - V 123/84 - BFHE 143, 383). Cette décision était l'objectif d'un recours constitu-

tionnel. A cette occasion la Cour constitutionnelle fédérale s'est rangée à l'avis de la Cour de Justice que la jurisprudence sur l'effet direct de directives n'excède en rien les limites du pouvoir législatif de la Communauté, mais s'insère dans la structure de l'état du droit de la Communauté en contribuant à l'évolution du droit communautaire (v. ordonnance du 8 avril 1987 - 2 BvR 687/85 - BVerfGE 75, 223). Depuis cette décision il n'est plus mis en doute dans la jurisprudence des Cours suprêmes, que devant les juridictions nationales le particulier est autorisé à se prévaloir de ce que des directives qui d'une manière inconditionnelle et suffisamment claire entraînent des obligations pour l'État, soient appliquées par toutes les instances auxquelles incombe l'exécution sans égard pour des normes internes qui s'opposeraient (v. Cour suprême administrative fédérale, arrêt du 29 novembre 1990 - BVerwG 3 C 77.87 - BVerwGE 87, 154). Dans ce contexte il est sans aucune importance si l'obligation de l'État consiste en s'abstenant d'interventions ou en assurant des prestations.

b) l'effet vertical inverse et l'effet horizontal contre les particuliers

L'effet direct ne joue pas, lorsqu'une directive crée pour le particulier des obligations envers l'État ("effet vertical inverse"). Pour imposer les charges, qui découlent d'une telle directive à un particulier, il faut que l'État membre adapte son ordre juridique interne. En outre, il n'y a pas d'effet direct dans les cas où une directive comporte des droits et des obligations sur le seul champ des relations entre les particuliers ("effet horizontal"). Moins évidente est la solution quand on envisage des rapports triangulaires dont le trait caractéristique repose sur le fait qu'une directive impose à l'État membre de prendre des mesures qui du côté des particuliers intéressés sont favorables pour les uns et défavorables pour les autres. De telles constellations seront de plus en plus fréquentes dans le domaine de la protection de l'environnement, qui depuis la révision du Traité

en 1987 relève expressément de la compétence de la législation communautaire.

La situation typique est caractérisée par le fait, que l'autorité compétente permet l'établissement ou l'entreprise d'une installation polluante sans tenir compte des standards de protection contenus dans une directive communautaire. Si un voisin agit en annulation de ce permis deux alternatives entrent en ligne de compte. Le permis accordé correspond à la réglementation communautaire, qui n'a pas encore été transformée en bonne et due forme, mais il est contraire au droit national plus sévère. Le principe de l'effet direct vise à sauvegarder que les personnes favorisées par une directive insuffisamment transposée ne courent pas le risque d'être privées des droits dont elles pourraient jouir si l'Etat membre avait satisfait aux exigences du droit communautaire.

Cette considération pourrait aboutir à la reconnaissance du droit de se prévaloir de l'effet direct, moyen unique de protection des intérêts du bénéficiaire des dispositions communautaires. Il faut admettre qu'une telle solution a des conséquences désavantageuses pour le voisin, qui est la victime des nuisances produites par les émissions de l'installation. Quand même il n'est pas en contradiction avec la jurisprudence de la Cour de Justice, puisque les effets qui du point de vue du voisin ont la qualité de désavantages ne sont pas de conséquences directes de la réglementation communautaire, mais résultent de la comparaison avec les dispositions plus exigeantes du droit national.

Le cas inverse se distingue en ceci qu'une directive insuffisamment transposée prévoit des mesures préventives de protection qui portent plus loin que celles du droit interne. Dans cette alternative il y a également lieu de supposer que l'effet direct s'applique. Lorsque le voisin agit en annulation en se prévalant d'une disposition favorable d'une directive, il ne met pas en valeur l'effet direct à l'encontre du bénéficiaire du permis, ce qui revenait à une inobservation de la règle selon laquelle l'effet direct ne joue pas sur le niveau horizontal entre les sujets de droit privé. Il réclame que la directive soit respectée par l'administration publique. Les inconvénients qui peuvent résulter d'une telle action pour l'adversaire en sont une conséquence indirecte.

2. Interprétation du droit interne d'une telle manière que leur compatibilité avec une directive est assurée au maximum

Des questions de l'interprétation du droit interne vis-à-vis du droit communautaire a été déjà traité dans le chapitre II B. Il reste à ajouter les remarques suivantes:

Il se peut que des questions d'interprétation en pratique joueront un rôle moins important au futur qu'aux années passées. Ce développement est dû à la jurisprudence de la Cour de Justice, qui récemment à plusieurs reprises a souligné qu'un État membre, en règle générale, ne se peut pas acquitter de son obligation de transposition en invoquant tout simplement l'existence de normes nationales, qui ont été édictées avant la mise en place de la directive, mais qui à son avis sont susceptibles d'une interprétation en conformité avec la directive. La Cour de Justice applique des critères très strictes à l'acte de transposition. Dans l'intérêt de la clarté et de la sécurité du droit elle exige que les dispositions d'une directive soient transformées d'une façon aussi précise que possible en droit interne. Le raisonnement est fondé sur l'idée que quant à la transposition la seule application de normes existantes en conformité avec une directive, en règle générale, ne garantit pas le même niveau d'exactitude qu'une norme spéciale qui est destinée expressément à satisfaire aux exigences communautaires.

La Cour de Justice a statué dans l'arrêt du 28 février 1991 - C 131/88 - (Réc. 1991, I 825, 882), que la République fédérale d'Allemagne n'a pas transposé en bonne et due forme la directive 80/68/CEE sur la protection des eaux souterraines contre la pollution par certaines substances dangereuses. La directive prévoit que le déversement de certaines substances dans les eaux souterraines est interdit ou lié à un examen préalable. Pour transposer cette directive en droit allemand on n'a pas mis en vigueur une norme spéciale, puisqu'on était convaincu qu'il existait une législation interne dont l'aptitude à être interprétée et appliquée d'une manière appropriée pour satisfaire aux finalités de la directive était hors doute. La loi allemande sur le régime des eaux, qui date de 1960, lie le déversement de toute substance dans les eaux souterraines à une permission, l'octroi de laquelle est exclu lorsqu'il est à prévoir que le déversement portera at-

teinte à l'intérêt général. Les représentants allemands faisaient valoir, qu'en raison de cette disposition il va de soi que la permission devrait être refusée dans tous les cas où le déversement serait contraire à l'interdiction de la directive. La Cour de Justice n'a pas accepté cette argumentation. Elle n'a pas approuvé l'opinion, que sous le point de vue de la clarté et de la connaissabilité de la situation juridique il ne fait pas une différence, si une demande est rejetée, parce que le comportement qui est soumis à approbation est légalement interdit ou bien parce qu'une atteinte au sens où la loi sur le régime des eaux l'entend est imminente. D'après l'avis de la Cour de Justice il est indispensable pour la sauvegarde d'une protection complète et efficace des eaux souterraines que les interdictions contenues dans la directive soient insérées expressément dans le droit national.

La Cour s'est inspirée de considérations analogues quant à la transposition de la directive 35/203/CEE concernant l'azote bioxyde, pour la mise en oeuvre de laquelle le droit national également disposait de moyens, qui semblaient être propres à ces fins. Cette jurisprudence limite considérablement la possibilité des États membres de s'acquitter de leur obligation de transposition en interprétant les normes internes existantes en conformité avec les dispositions d'une directive.

3. La réparation des dommages causés par la non-transposition des directives

Sur la base de l'arrêt de la Cour de Justice du 19 novembre 1991 - C 6 et 9/90 - (Rec. 1991, I 5357, 5416) l'éventualité d'une responsabilité de l'État en cas d'une transposition insuffisante d'une directive en principe n'est plus mise en doute.

a) le droit communautaire

Le recours pour violation du Traité selon l'art. 169 n'est qu'un remède imparfait vis-à-vis des États membres rénitents. L'amende qui depuis récemment peut être infligée sur la base de l'art. 171 al. 2 a une portée restreinte. Le droit communautaire en l'art. 215 du Traité ne contient qu'une disposition pour le cas où un organe de la Communauté contrevient à ses obligations, mais s'abstient d'une réglementation concernant la responsabilité des États membres, auxquels l'exécution du droit communautaire incombe. D'après la jurisprudence de la Cour de Justice il y a lieu de recourir au droit national pour combler cette lacune, tout en te-

nant compte des exigences communautaires, qui découlent notamment de l'interdiction de toute discrimination et du principe de l'effectivité.

b) le droit national

Si - comme d'habitude - le manque de transposition consiste en ce qu'une directive sans effet direct n'a pas été insérée dans l'ordre juridique interne, parce que le législateur national a omis la promulgation des dispositions nécessaires, la réalisation du droit à dédommagement dans le cadre du système national de la responsabilité de l'État se heurte à une multitude de difficultés. Si ce droit suivait les règles établies dans la réglementation pertinente allemande, il devrait être écarté, puisque il n'y a pas de fondement approprié. Les éléments constitutifs des seules bases légales de la responsabilité qui entrent en considération, à savoir la responsabilité de la puissance publique en vertu de l'art. 34 GG et l'art. 839 du Code civil ou la responsabilité en raison d'une intervention de caractère expropriant, ne sont pas réunis.

aa) En droit allemand une responsabilité de la puissance publique pour violation des obligations de droit public n'est retenue que sous la condition de la violation d'une obligation qui incombe à un agent public en raison de ses fonctions envers la personne affectée. Une obligation pareille, en règle générale, n'existe pas au processus de la législation, qui ne se borne pas à l'élaboration des lois au sens formel, mais qui dans les cas où il y a une habilitation correspondante comprend également la mise au point des règlements. Exception faite de certaines normes particulières les lois ainsi que les règlements se portent sur des réglementations générales et abstraites. Le législateur accomplit des tâches envers le public et non envers des particuliers ou des groupes d'individus. Parmi les autres éléments constitutifs compte d'ailleurs la culpabilité de l'agent public.

bb) La responsabilité en raison d'une intervention de caractère expropriant, en principe, se limite à des dommages causés par un comportement actif de la puissance publique. Une omission ne saurait tomber dans le champ d'application que si elle résulte d'une violation suffisamment caractérisée d'une règle de droit. Il ne peut en être question lorsque le législateur n'est pas fixé à une seule solution législative, mais jouit, comme d'habitude, d'un large pouvoir d'appréciation. Au surplus la responsabilité en raison d'une intervention de caractère expropriant est liée à la condition, qu'il y a lésion d'une position juridique qui tombe sous la protection de la propriété. Cet élément souvent fera défaut, lorsqu'une directive n'est pas transposée en bonne et due forme, parce que le particulier, même s'il est mis dans l'impossibilité de profiter des chances qui résulteraient de la réglementation communautaire n'est en aucune manière privé de la jouissance des biens dont il dispose déjà.

cc) L'exclusion de la responsabilité dans les cas où le législateur reste inactif vraisemblablement n'est pas contraire au droit communautaire sous le point de vue de l'interdiction de toute discrimination, puisque les conditions de dédommagement ne sont pas moins favorables que celles qui concernent des réclamations semblables de nature interne dans le sens de la jurisprudence de la Cour de Justice. Par contre il est évident que le principe de l'effectivité est violé, qui interdit aux États membres d'appliquer leur droit national de manière à rendre excessivement difficile ou même pratiquement impossible l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire.

dd) Par conséquence la question se pose quelles modifications du droit traditionnel de la responsabilité de la puissance publique sont nécessitées par le droit communautaire. Elle est actuellement l'objet d'un examen de la Cour de Justice à la suite de plusieurs demandes préjudicielles posées par la Cour fédérale de justice, compétente de statuer sur les litiges dans cette matière (arrêt de 28 Janvier 1993 - III ZR 127/91 - NVwZ 1993, 601). En-

tre outre les juridictions soulèvent la question si la République fédérale d'Allemagne en cas de violation du droit communautaire doit répondre pour les omissions du législateur, si, pour entraîner une responsabilité, il suffit de constater qu'il y a un manque quelconque ou il faut plutôt établir qu'il y a un manquement manifeste et grave, si la responsabilité est liée à la constatation préalable de la Cour de Justice que la République fédérale a manqué à ses obligations découlant du Traité en maintenant dans sa législation interne une disposition incompatible avec une directive et si le droit à indemnisation dépend de la culpabilité de l'organe auquel aurait incombé l'adaptation du droit national. La Cour de Justice n'a pas encore pris une décision, mais dans la lumière de l'arrêt du 19 novembre 1991 il n'est pas difficile à pronostiquer que le droit allemand de la responsabilité de la puissance publique va connaître un changement profond sous l'influence du droit communautaire.

S'il est vrai que la responsabilité découlant du droit communautaire tend à compenser une violation du droit de la Communauté, la question à savoir quel organe interne a manqué aux obligations communautaires, en principe, ne peut pas jouer un rôle décisif. Puisque la transposition des directives par l'intermédiaire de l'adaptation des normes internes est la règle, qui ne connaît des exceptions que dans des cas rares, l'effectivité du droit communautaire serait sérieusement mise en cause, si l'Allemagne ne devait pas répondre de la violation du droit communautaire dans tous les cas où la cause de la non-transposition d'une directive doit être cherchée dans une omission du législateur.

Il se peut que la question à savoir s'il y a une violation suffisamment caractérisée d'une règle communautaire ou s'il y a une faute de la part de l'agent agissant pour l'autorité publique doit être examinée dans l'hypothèse où une directive a été transposée et la question à examiner se borne à ce que les normes qui ont été édictées à ces fins satisfont dans leur ensemble aux exigences du droit communautaire. Dans de tels cas douteux une

certain importance peut également être attribuée à une éventuelle prise de position de la Cour de Justice. Mais si le fait de manquement est clair, des considérations de ce genre sont inutiles. Il en est ainsi lorsque le législateur, même après l'expiration du délai de transposition, persiste dans sa passivité.

ee) A la différence des directives susmentionnées la question de la responsabilité pour l'inactivité du législateur est d'une importance secondaire dans les cas où une directive est dotée d'un effet direct et attribue aux particuliers des droits individuels subjectifs. En droit allemand le droit à indemnisation est exclu, si la personne lésée se voit exposée au reproche de ne pas avoir fait usage des voies de recours pour éviter le préjudice. Cette règle pourrait également exclure le droit à indemnisation que résulte d'une omission du législateur.

Lorsque le particulier, même sans aucune transposition, est autorisé à se prévaloir des droits qui lui sont conférés par une directive l'exécution du droit communautaire est mise entre ses mains. Sans égard pour des normes internes qui sont en contradiction avec la directive il est en mesure de tirer profit de la primauté du droit communautaire. Car ce ne sont non seulement les juridictions nationales mais encore les autorités administratives auxquelles incombe l'obligation de recourir aux directives directement applicables et à écarter toute norme interne qui y est contraire. Lorsqu'elles refusent de se conformer aux exigences du droit communautaire, le particulier par voie de protection judiciaire peut obtenir la sauvegarde du droit individuel subjectif, qui découle du droit communautaire sur le niveau primaire. Si la personne intéressée subit un dommage par l'exécution tardive, elle a droit à une indemnisation sans que les restrictions entrent en considération, qui en droit allemand s'appliquent à la responsabilité dans les cas où le législateur a manqué à ses obligations. Lorsque la personne lésée n'a pas recours à la protection judiciaire primaire, elle ne saurait profiter sur le niveau

secondaire du droit de dédommagement en invoquant le non-accomplissement des obligations communautaires.

ff) La protection judiciaire primaire, la sauvegarde de laquelle incombe aux juridictions allemandes, supprime la violation du droit communautaire, pour ainsi dire, "à la source". Elle correspond de la meilleure façon au but proclamé par la Cour de Justice d'assurer le plein effet des normes communautaires. Dans la charge d'avoir recours à la protection judiciaire primaire s'exprime l'idée de corresponsabilité, que beaucoup de régimes juridiques ont en commun. L'interdiction de discrimination qui découle du droit communautaire n'en va pas à l'encontre. Le principe de l'effectivité est également respecté. L'exécution du droit communautaire est ni rendue impossible ni rendue excessivement difficile.

Des questions peuvent être soulevées tout au plus en ce qui concerne la portée de la charge susmentionnée. Lorsque la Cour de Justice a déjà constaté qu'une directive est dotée d'un effet direct le particulier ne doit pas s'abstenir de la sauvegarde offerte par la protection primaire. Sans cela il pourrait dépendre de ce que les conditions d'un effet direct en faveur du particulier sont évidemment et clairement réunies. Si à cet égard il y a des doutes sérieuses, en règle générale, il ne serait pas équitable d'exiger que le particulier court le risque du rejet de sa demande en justice.

III. La transposition des certaines directives

A) Les directives concernant la reconnaissance des diplômes

1. Toutes les directives adoptées dans les années 1975 à 1985 concernant la reconnaissance mutuelle des diplômes, certificats et autres titres ainsi que la libre circulation ont été transposées en droit interne sans rencontrer des difficultés. Les diplô-

nes etc. reconnus sont annexés aux lois en question. La libre circulation ne pose pas de problèmes.

2. Quant aux directives adoptées après les dates susmentionnées, le gouvernement fédéral se trouve devant les problèmes traités dans les réponses au questionnaire. La réglementation des professions médicales est de la compétence du Bund, tandis que la réglementation professionnelle des architectes incombe aux Länder.

B. La directive 95/46/CE concernant le traitement et la libre circulation des données à caractère personnel

1 . Compétences

La protection des personnes physiques à l'égard du traitement des données à caractère personnel est assurée en Allemagne par une loi fédérale (Bundesdatenschutzgesetz) dont la première version a déjà été adoptée en 1977, et par des lois correspondantes des Länder (dont celle de 1970 était la toute première en Europe). Actuellement, la loi fédérale porte sur la protection des personnes physiques face aux autorités fédérales et face au secteur privé; les lois des Länder sont destinées à la protection face aux autorités des Länder. En plus il existe de nombreuses lois concernant des matières spéciales, qui contiennent des dispositions destinées à la protection à cet égard. On peut donc dire qu'il s'agit d'une matière réglée de manière assez complète. La transposition consistera donc en une modification de la législation existante.

Comme dans les autres cas la Cour suprême administrative n'a aucun rôle à jouer dans le processus de transposition. Mais la Cour est habilitée à appliquer les normes nationales aussi bien que le droit communautaire et de sauvegarder la conformité du droit national aux exigences du droit communautaire.

2. Adaptation du droit national au droit communautaire

Quant aux dispositions de la directive mentionnées dans le questionnaire, il n'est pas encore possible de donner des réponses bien fondées. Les juristes experts qui ont publié de nombreux essais sur le sujet avant et après la publication de la directive semblent être d'accord qu'un examen consciencieux soit nécessaire pour évaluer la dimension des changements à effectuer pour transposer la directive.

a) Le droit national fait une différence entre "collecter" des données, d'une part, et les "traiter", d'autre part. Il réserve à ces deux démarches des règles différentes, tandis que la directive comprend par "traitement" ces deux fonctions (art. 2 al. b)). Le droit national diffère entre les "parties concernées" par le traitement des données et les "tiers" non concernés. La directive prévoit, en outre, des règles à observer par le "receveur" des données (art. 2 al. g)); le "receveur" peut se classer parmi les parties concernées et les tiers.

Quant à la qualité des données (art. 6) et les conditions permettant leur traitement (art. 7), le règlement du droit national correspond - de manière générale - aux exigences de la directive. Il est à noter que la directive règle de manière différente le traitement des données personnelles générales (art. 7) et celui des données personnelles à caractère sensible (art. 8). Cette différenciation se trouve également dans la loi allemande. Cela n'exclut pas la nécessité d'apporter des changements à la loi existante.

b) Le droit national prévoit des exemptions en faveur des journalistes et de la recherche scientifique (art. 9), mais pas en faveur des artistes. Pour pouvoir jouir des exemptions prévues, notamment celles de l'art. 13, il sera probablement nécessaire de changer certaines dispositions nationales. Le droit national défend à l'État d'attribuer aux personnes physiques un numéro na-

tional d'identification. Une réglementation spéciale, conforme à l'art. 8 al. 7 de la directive, se trouve dans la loi réglant l'émission des cartes d'identité et des passeports. Les conditions imposées par le droit national en matière d'information à fournir sont, de manière générale, conformes aux dispositions de la directive (art. 10 a 13, 21 b) et ne demanderont probablement que des changements de moindre importance. Il reste à étudier les conséquences découlant du droit d'opposition (art. 14) qui dépasse les dispositions de la loi interne existante.

c) Le droit allemand ne prévoit ni des contrôles préalables comme ceux décrits dans l'art. 20, ni l'existence d'un code de conduite (art. 27). Il n'est, pourtant, pas possible d'en conclure que les buts que ces dispositions visent, ne soient pas atteints par d'autres règles existantes. Il y a dans l'ordre juridique allemand des autorités de contrôle indépendantes dont le pouvoir et les fonctions correspondent, de manière générale, à la directive.

Article 23 [L'Union européenne]

- (1) ¹Pour l'édification d'une Europe unie, la République fédérale d'Allemagne concourt au développement de l'Union européenne qui est attachée aux principes fédératifs, sociaux, d'Etat de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité et qui garantit une protection des droits fondamentaux substantiellement comparable à celle de la présente Loi fondamentale. ²A cet effet, la Fédération peut transférer des droits de souveraineté par une loi approuvée par le Bundesrat. ³L'article 79, al. 2 et 3 est applicable à l'institution de l'Union européenne ainsi qu'aux modifications de ses bases conventionnelles et aux autres textes comparables qui modifient ou complètent la présente Loi fondamentale dans son contenu ou rendent possibles de tels compléments ou modifications.
- (2) ¹Le Bundestag et les Länder par l'intermédiaire du Bundesrat concourent aux affaires de l'Union européenne. ²Le gouvernement fédéral doit informer le Bundestag et le Bundesrat de manière complète et aussi tôt que possible.
- (3) ¹Avant de concourir aux actes normatifs de l'Union européenne, le gouvernement fédéral donne au Bundestag l'occasion de prendre position. ²Dans les négociations, le gouvernement fédéral prend en considération les prises de position du Bundestag. ³Les modalités sont réglées par la loi.
- (4) Le Bundesrat doit être associé à la formation de la volonté de la Fédération dans la mesure où son concours serait requis au plan interne pour une mesure analogue ou que les Länder seraient compétents au plan interne.
- (5) ¹Dans la mesure où des intérêts des Länder sont touchés dans un domaine de compétence exclusive de la Fédération ou lorsque la Fédération a à un autre titre le droit de légiférer, le gouvernement fédéral prend en considération la prise de position du Bundesrat. ²Lorsque des pouvoirs de législation des Länder, l'organisation de leurs administrations ou leur procédure administrative sont concernés de manière prépondérante, l'opinion du Bundesrat doit être prise en considération de manière déterminante lors de la formation de la volonté de la Fédération ; la responsabilité de la Fédération pour l'ensemble de l'Etat doit être préservée. ³Dans les affaires susceptibles d'entraîner une augmentation des dépenses ou une diminution des recettes de la Fédération, l'approbation du gouvernement fédéral est nécessaire.
- (6) ¹Lorsque des pouvoirs exclusifs de législation des Länder sont concernés de manière prépondérante, l'exercice des droits dont jouit la République fédérale d'Allemagne en tant qu'Etat membre de l'Union européenne doit normalement être transféré par la Fédération à un représentant des Länder désigné par le Bundesrat. ²L'exercice de ces droits a lieu avec la participation du gouvernement fédéral et de concert avec lui ; la responsabilité de la Fédération pour l'ensemble de l'Etat doit être préservée.
- (7) Les modalités relatives aux alinéas 4 à 6 sont réglées par une loi requérant l'approbation du Bundesrat.