

Questionnaire pour le 19^e Colloque de l'Association des Conseils d'État et des Juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne : « La qualité juridique du droit communautaire, sa transposition et son application dans l'ordre juridique national », La Haye, les 14 et 15 juin 2004

Rapport national du Conseil d'État néerlandais
présenté par M. Ernst Hirsch Ballin.

1. Prévenir les problèmes d'interprétation

1.1 Les instruments communautaires : hiérarchie, simplification, travaux préparatoires et transparence

1.1.1 Le manque de clarté qui existe à propos de la hiérarchie des normes européennes pose-t-il des problèmes spécifiques au législateur et aux juridictions nationales ? Si oui, lesquels ?

La Division du Contentieux du Conseil d'État ne se heurte que très rarement à des problèmes dus à la hiérarchie des normes¹. Cela a par exemple été le cas à propos de la relation entre le règlement CEE n° 259/93 concernant la surveillance et le contrôle des transferts de déchets à l'entrée et à la sortie de la Communauté européenne et les différentes directives, générales et particulières, sur les déchets². La question se pose également à propos de la réglementation générale en matière de rejets de déchets (directive 76/464/CEE) par rapport à des directives spécifiques concernant les rejets de certaines substances.

L'harmonisation des normes au niveau du contenu pose davantage de problèmes dans la pratique. Il s'agit, par exemple, de questions liées à la compatibilité de règles européennes avec le traité CE et de questions relatives à des textes européens qui se contredisent ou semblent se contredire. Sur ce point, la législation européenne ne se distingue d'ailleurs pas des législations nationales. C'est tout particulièrement au niveau de la fonction consultative en matière de législation que la prolifération d'instruments dont le statut juridique est mal défini pose problème. On pense aux recommandations, aux instructions, aux autres formes de coordination des politiques ou aux communications de diverses natures (communications sur l'interprétation de textes, codes de conduite ou autres, etc.), émanant de diverses instances. Certains de ces instruments trouvent leur fondement dans le traité, d'autres non. Du fait du manque de clarté à propos du statut juridique de ces instruments, il est extrêmement difficile d'en déterminer les effets au niveau de la politique et de la législation nationales.

1.1.2 Dans quelle mesure les propositions faites par la Convention ou toute autre forme de simplification et de classification hiérarchique des instruments législatifs de l'Union européenne peuvent-elles contribuer à améliorer la transposition et l'application de ces instruments dans l'ordre juridique national ?

¹ Il convient de relever à cet égard que le Conseil est relativement peu souvent confronté à des complexes législatifs ou réglementaires très hiérarchisés, comme c'est le cas dans le domaine de la pêche ou de la politique agricole.

² Voir à ce sujet l'ordonnance de la Cour de Justice des Communautés européennes du 27 février 2003 dans les affaires jointes C-307/00 à C-311/00 (Oliehandel Koeweit BV et autres) concernant des demandes de décision préjudicielle du Conseil d'État des Pays-Bas.

L'adoption de ces propositions entraînera une simplification du cadre juridique, ce qui suffira déjà à clarifier le statut des instruments législatifs européens. Mais cela ne résoudra qu'en partie — comment pourrait-il en être autrement, du reste ? — les questions relatives à l'harmonisation des instruments sur le fond. Si le statut des instruments non contraignants y gagnera assurément en clarté au niveau de la fonction de juridiction, des questions continueront à se poser — et, là aussi, comment pourrait-il en être autrement ! — au niveau de la fonction consultative.

1.1.3 Dans quelle mesure la différenciation des instruments législatifs de l'Union européenne, qui a également été proposée (coordination ouverte, autoréglementation et coréglementation), créerait-elle de nouveaux problèmes pour la transposition et l'application du droit communautaire dans l'ordre juridique national ?

Comme nous l'avons signalé plus haut, ces instruments interviennent surtout dans l'évaluation de la politique et de la réglementation au niveau de la fonction consultative en matière législative. Certes, ces instruments n'ont pas un impact juridique direct dans l'ordre juridique national, mais cela ne signifie pas pour autant qu'ils n'aient absolument aucun effet sur le processus décisionnel et la législation au niveau national. Il faudra donc examiner au cas par cas la valeur qui doit leur être attribuée au sens juridique ou politique.

Dans la pratique, ces instruments servent surtout à évaluer l'opportunité et l'efficacité de mesures politiques envisagées au niveau national.

1.1.4 Pensez-vous que la transparence de l'ensemble du processus d'élaboration de la législation européenne améliorera la transposition, l'interprétation et l'application de la législation européenne ?

La transparence de l'ensemble du processus législatif permettra, davantage que ce n'est le cas aujourd'hui, de se faire une idée plus précise des intentions du législateur européen. Des progrès considérables ont du reste déjà été accomplis sur ce point depuis quelques années.

Il y a lieu, par ailleurs, de relativiser l'importance des documents relatifs à l'élaboration de la législation européenne au regard de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'interprétation de la législation européenne. En effet, la Cour ne se réfère pas souvent à de tels documents. Mais c'est surtout pour la transposition de la législation européenne dans l'ordre juridique national que des documents sur l'élaboration de cette législation peuvent se révéler utiles, puisqu'il n'existe pas encore de jurisprudence à ce moment-là. Il s'agit alors d'opter, dans la phase de la transposition, pour une approche qui soit « défendable », le processus d'élaboration du texte législatif en question offrant des points de référence.

1.1.5 Dans quelle mesure la mise à disposition systématique des travaux préparatoires complets contribuerait-elle à éviter les problèmes d'interprétation (voir également le point 2.1 ci-dessous)³ ?

Comme indiqué en réponse à la question 1.1.4, les travaux préparatoires peuvent aider à la formulation d'un point de vue « défendable » au moment de la transposition. Évidemment, cela ne permet toutefois pas d'éliminer entièrement les problèmes résultant du fait que les autorités nationales, législateur et juge compris, n'ont pas le dernier mot en matière d'interprétation du droit communautaire.

³ En particulier la proposition de la Commission et les documents et comptes rendus des débats au sein du Parlement européen et du Conseil.

1.2 Transposition : quelle est la méthode adoptée ?

1.2.1 Que pensez-vous de l'adoption de la terminologie et de la systématique de la législation européenne pour la transposition ? Quels problèmes cela est-il susceptible d'entraîner dans la pratique ?

Dans ses avis en matière législative, le Conseil d'État des Pays-Bas part toujours du principe que, dans la transposition, il faut suivre autant que possible la systématique et la terminologie du texte législatif qui doit être transposé. C'est le meilleur moyen d'éviter, dans toute la mesure possible, les problèmes d'interprétation lors de l'application du texte en question. Si les problèmes d'interprétation résultant de la teneur même de la législation européenne ne peuvent certes pas être évités, il est souvent possible d'éviter ceux qui résultent de différences de terminologie et de systématique entre la législation européenne et la législation nationale. Toutefois, il n'est pas toujours aisé de s'en tenir à l'approche qui consiste à suivre au plus près la directive. Lorsque, par exemple, la législation européenne ne couvre qu'une petite partie d'une législation nationale, la systématique et la terminologie utilisées dans le texte européen peuvent entrer en conflit avec celles du système national. L'État concerné ne sera pas enclin, dans ces conditions, à aligner intégralement le système national sur le système européen, alors que les règles européennes doivent, elles, être appliquées dans le cadre du système national. Ce serait en effet une trop grande opération, qui risquerait de conduire à l'impossibilité de respecter le délai fixé pour la transposition dans le droit national⁴. Dans de tels cas, d'autres approches peuvent s'imposer, comme l'adoption d'une systématique différente (celle de la directive) pour une petite partie du complexe législatif, ou encore une transposition maximale des dispositions de la directive dans le système du complexe législatif national.

On peut citer l'exemple de la directive sur les fusions, qui n'harmonise qu'un aspect bien précis de l'impôt sur les sociétés, lequel n'est, pour le reste, absolument pas harmonisé. Cette directive comporte une disposition qui permet de refuser les facilités fiscales de fusion dans les cas où – en bref – l'objectif principal de la fusion ou de la scission est la fraude fiscale ou l'évasion fiscale (clause anti-abus). Le droit fiscal néerlandais connaît à cet égard un certain nombre de dispositions et de dogmes de caractère général, mais qui sont aménagés d'une autre manière. Dans le cas présent, des dispositions spécifiques ont été intégrées dans les textes de transposition. Toutefois, il y a lieu d'être prudent dans le recours à de telles méthodes de transposition lorsqu'une réglementation européenne vient compléter une réglementation existante. Si on s'en tient, en pareil cas, à la terminologie et à la systématique nationales pour la transposition, on court le risque de voir les écarts se creuser entre le système européen et le système national ou de voir les écarts existants conduire à des problèmes de plus en plus nombreux. Parmi les exemples d'une telle situation aux Pays-Bas, on peut citer la législation en matière d'environnement, la législation en matière de médicaments, la législation sur l'égalité de traitement et la législation relative à l'impôt sur le chiffre d'affaires.

⁴ On peut aussi renvoyer à la règle n° 337 des instructions du ministre néerlandais de la Justice pour l'établissement de textes législatifs, qui stipule que de nouvelles règles ne doivent être prises que si elles sont indispensables à la transposition.

1.2.2 Préférez-vous limiter la transposition à une adaptation ponctuelle en maintenant en l'état le système législatif concerné le plus longtemps possible ou préférez-vous aligner l'ensemble du système de législation nationale dans le domaine concerné sur la législation européenne (voir le point 5 du document de travail où sont évoqués un certain nombre d'exemples relatifs à la protection de l'environnement et à la TVA). Est-ce que la préférence pour l'une ou l'autre option donne lieu à des problèmes dans la pratique ?

Le Conseil d'État néerlandais estime que, lorsque la réglementation européenne recouvre les caractéristiques de base d'un système législatif ou d'une de ses parties, il y a lieu de suivre sans plus la systématique et la terminologie de la législation européenne dans la transposition des textes concernés. C'est le cas, par exemple, dans des domaines comme la TVA, la législation en matière d'environnement et la propriété intellectuelle. Si ce n'est le cas que pour une petite partie, des méthodes restreintes peuvent s'imposer (voir la question 1.2.1).

1.2.3 Votre pays recourt-il à des méthodes de transposition accélérée telles que le renvoi et la délégation ? Si tel est le cas, avec quelle fréquence ? Et quels sont, dans la pratique, les avantages et les inconvénients de l'utilisation de telles méthodes ?

Les Pays-Bas recourent fréquemment – surtout depuis quelques années – à des méthodes de transposition accélérée telles que le renvoi et la délégation.

Dans les cas de renvoi, les règles concernées ne sont pas réellement transposées, le législateur se contentant de faire référence à ces règles dans la législation nationale. Le renvoi peut être statique (le législateur renvoie exclusivement aux règles européennes concernées)⁵ ou dynamique (le législateur renvoie aux règles européennes, modifications ultérieures comprises)⁶. L'avantage des renvois, surtout des renvois dynamiques, c'est qu'ils permettent de gagner du temps au moment de la transposition et que l'opération nécessite moins de travail. De plus, cette méthode conduit *de facto* à une transposition à 100 %. Mais les renvois présentent aussi des inconvénients. Ainsi il n'y a pour ainsi dire pas de contrôle parlementaire sur la transposition. La cohérence avec le système national est rompue, ce qui peut être à l'origine d'incompatibilités ou de contradictions. La méthode des renvois peut diminuer la transparence du système. Par ailleurs, les renvois dynamiques peuvent susciter des problèmes lorsque des règles européennes laissent aux États membres la latitude de faire des choix ou

⁵ Exemple : l'article premier, paragraphe 1, du décret d'application de la loi néerlandaise sur les normes pour les produits alimentaires et autres produits, relatif à l'étiquetage des chaussures s'énonce comme suit : (...) directive : la directive 94/11/CE du Parlement européen et du Conseil de l'Union européenne, du 23 mars 1994, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'étiquetage des matériaux utilisés dans les principaux éléments des articles chaussants proposés à la vente au consommateur (Journal officiel n° L 100), telle qu'elle a été modifiée en dernier lieu par la Décision du Comité mixte de l'EEE n° 16/94, du 28 octobre 1994, portant modification de l'annexe II (réglementations techniques, normes, essais et certification) de l'accord EEE (Journal officiel n° L 325). Et l'article 3 de ce décret stipule que le ministre des Affaires économiques rend publiques les informations visées à l'annexe I de la directive en les publiant au Journal officiel.

⁶ Exemple : l'article 4, paragraphe 1, du Décret sur les charges physiques s'énonce comme suit : En ce qui concerne les charges physiques, à savoir le fait pour un travailleur de soulever, de pousser, de tirer, de porter ou de déplacer ou soutenir d'une autre manière une ou plusieurs charges, l'employeur doit, pour satisfaire à ses obligations résultant des articles 2 et 3, respecter les dispositions des annexes I et II de la directive 90/269/CEE du Conseil, du 29 mai 1990, concernant les prescriptions minimales de sécurité et de santé relatives à la manutention manuelle de charges comportant des risques, notamment dorso-lombaires, pour les travailleurs (Journal officiel n° L 156).

leur laissent une certaine marge de manœuvre. Il peut aussi y avoir confusion à propos de l'entrée en vigueur et de la promulgation de ces textes⁷.

Tout cela a amené le Conseil d'État des Pays-Bas à ne pas rejeter par principe le renvoi comme méthode de transposition, mais à le subordonner à un certain nombre de conditions bien précises. Il faut notamment :

- que des mesures soient prises en matière d'entrée en vigueur ;
- qu'il s'agisse de matières qui ne laissent pas de latitude pour faire des choix ni de marge de manœuvre au moment de la transposition, comme des annexes techniques, par exemple ;
- que les dispositions de renvoi soient formulées de façon spécifique ;
- que le Journal officiel annonce l'applicabilité d'un règlement européen donné par voie de renvoi.

Dans les cas de délégation, le législateur de niveau inférieur, un ministre par exemple, est habilité à prendre les mesures de transposition au moyen de règles d'un niveau inférieur. Cette forme de transposition est également utilisée assez régulièrement aux Pays-Bas. Aussi longtemps qu'il s'agit de questions techniques (au niveau de l'exécution), le Conseil d'État n'y voit aucun inconvénient, pas plus que ce n'est le cas pour des réglementations strictement nationales. Dans d'autres cas, en revanche, cela compromettrait le primat du législateur formel et ébranlerait en particulier la position de la représentation populaire.

Le Conseil d'État n'est pas favorable à la création de la possibilité de s'écarter de la loi, fût-ce temporairement, par des règlements de niveau inférieur (ministériel, en l'occurrence).

Ces principes de base ne font pas l'unanimité aux Pays-Bas. Le gouvernement est davantage favorable au recours à des méthodes de transposition accélérée, ce qui est à l'origine de discussions, lors de l'examen des propositions et projets de loi concernés, non seulement avec le Conseil d'État, mais aussi avec la Chambre des Représentants⁸ et le Sénat⁹.

1.2.4 Pouvez-vous indiquer des domaines où des problèmes spécifiques d'interprétation se sont manifestés ou se manifestent au niveau de la transposition ? Si tel est le cas, de quel type de problèmes s'agit-il et quelle en est la cause (voir aussi la question 2.1.1) ?

Il y a évidemment toujours des problèmes d'interprétation lors de l'application de réglementations, qu'il s'agisse de réglementation nationale ou de réglementation européenne. Ce qu'on peut néanmoins dire de façon générale, c'est que les problèmes d'interprétation de réglementations européennes sont d'autant moins grands que la réglementation est plus

⁷ Ainsi, il peut être nécessaire de prendre des dispositions relativement à l'entrée en vigueur de modifications apportées à la directive à laquelle renvoie le législateur. Exemple: l'article 4, paragraphe 2, du Décret sur les charges physiques stipule que le ministre annonce au Journal officiel toute modification d'une des annexes de la directive auxquelles renvoie l'article 4 et qu'il indique à cette occasion la date à laquelle la modification entre en vigueur.

⁸ Voir, par exemple, la proposition de loi portant modification de la loi générale sur l'égalité de traitement et de quelques autres lois visant à la mise en œuvre de la directive 2000/43/CE et de la directive 2000/78/CE (Documents parlementaires II 2002/03, 28 770).

⁹ Motion du sénateur Jurgens (Documents parlementaires I 2000/01, 26 200 VI, n° 37, remplacé ultérieurement par le n° 37b) ; voir : Besselink, e.a., *De Nederlandse Grondwet et de Europese Unie* (La Constitution néerlandaise et l'Union européenne), Europa Law Publishing, Groningue, 2002, publié à la suite de cette motion ; voir aussi la note publiée à la suite du compte rendu sur la modification de la loi sur les médias en vue d'apporter les améliorations indispensables à la loi et à sa mise en œuvre (documents parlementaires I 2002/03, 28 476, n° 189b).

spécifique et qu'elle s'inscrit dans un système de règles européennes avec lesquelles elle constitue un ensemble systématique. On peut citer comme exemple le droit des douanes et la réglementation en matière de médicaments. Mais, dès que les réglementations deviennent plus générales et moins précises, les problèmes se multiplient sur la portée de la réglementation, sur la signification de notions générales et sur la marge qui subsiste pour une politique complémentaire au niveau national. On en trouve des exemples dans le domaine du droit de l'environnement et du droit de l'énergie. Les problèmes se posent donc surtout à partir du moment où des éléments européens et des éléments nationaux se retrouvent profondément mêlés dans un complexe législatif.

1.2.5 Pouvez-vous indiquer comment a été abordé le problème de la transposition de la législation communautaire en matière fiscale et en matière de droit de l'environnement, en particulier de la directive 77/388/CEE (Sixième Directive sur la TVA) et les directives 79/409/CEE et 92/43/CEE (directives Oiseaux sauvages et Habitat) ?

Pour la transposition de la Sixième directive, les Pays-Bas ont laissé le plus possible en l'état la systématique de la loi telle qu'elle avait été mise en place en 1968. Il en résulte, par exemple, que la notion d'assujetti (pour la directive : celui qui accomplit une activité économique, pour la loi néerlandaise : l'entrepreneur) et le système des déductions (pour la directive : dans la mesure où les biens et les services sont utilisés pour les besoins d'opérations taxées, pour la loi néerlandaise : lié à la qualité d'entrepreneur) ne correspondent pas à la systématique de la Sixième Directive. Cet état de fait n'a pas manqué d'être à l'origine, dans la pratique, de questions et de jurisprudence et de poser des problèmes pour la transposition de nouvelles directives en la matière. La jurisprudence en est ainsi arrivée à conférer à la notion d'entrepreneur une signification toute différente en matière d'impôt sur le chiffre d'affaires que dans le reste du droit néerlandais.

Pour ce qui concerne les directives Oiseaux sauvages et Habitat, la protection des sites visés par la directive n'a guère fait l'objet de mesures de transposition. Dans la pratique, cela pose des problèmes dans les cas où sont invoquées ces directives. Indépendamment de quelques questions sur l'interprétation de certaines dispositions de ces directives, cette situation conduit aussi à des questions sur la possibilité d'interpréter des règles de droit national conformément aux dispositions des directives et sur les effets directs de dispositions de ces directives.

1.2.6 La transposition de ces directives a-t-elle rencontré des obstacles ? Quelles en ont été les raisons, à votre avis (voir aussi la question 2.1.1) ?

Comme indiqué en réponse à la question 1.2.5, les problèmes qui se posent aux Pays-Bas en matière de TVA sont la conséquence directe des mauvais choix qui ont été faits lors de la transposition de la Sixième Directive. Comme il s'agit ici des principes de base de la réglementation néerlandaise en matière de TVA, que la législation fiscale est toujours une question très sensible sur le plan politique et qu'il devient de plus en plus difficile de changer encore de terminologie et de systématique à mesure que le temps passe, l'adaptation de la législation en la matière est une opération particulièrement laborieuse.

Pour ce qui est de la Directive Oiseaux sauvages et de la Directive Habitat, il est évident que les problèmes proviennent de l'absence de transposition.

1.2.7 Si les problèmes ont été résolus, comment cela a-t-il été réalisé (voir également la question 3.1.2) ?

En ce qui concerne la TVA, aucune mesure législative n'a été annoncée au niveau national. Des décisions prises au niveau européen sur l'adoption du régime définitif de la TVA ou sur des simplifications du régime existant pourraient peut-être amener les Pays-Bas à chambouler le régime national. En ce qui concerne les directives sur les oiseaux sauvages et l'habitat, un projet de loi a été déposé au Parlement, qui transpose de façon quasiment littérale les dispositions européennes concernées¹⁰. L'initiative de ce projet de loi a été déclenchée notamment par une procédure d'infraction engagée par la Commission contre les Pays-Bas. Des critiques ont été formulées contre l'« empilement » de prescriptions qui en résulte. C'est notamment pour cette raison que l'examen du projet de loi par le Parlement n'avance pas¹¹.

1.2.8 Pensez-vous que des informations relatives à la transposition nationale dans d'autres États membres et qui sont disponibles dans le système CELEX pourraient être utilisées dans le processus d'élaboration de textes législatifs de transposition ?

De telles informations ne peuvent être utiles que pour ce qui concerne les aspects de la transposition commun à tous les États membres. De façon générale, cela signifie que des informations sur la manière dont une directive est intégrée dans le système national ne seront pas très utiles¹². En revanche, toute information sur la manière dont les États membres abordent les imprécisions ou les questions suscitées par les directives au moment de leur transposition dans le droit national peut certainement être utile. Le problème est évidemment que, souvent, des informations sur la transposition par les autres États membres ne sont pas encore disponibles, puisque tous les États membres sont tenus aux mêmes délais pour la transposition et que les processus législatifs nationaux sont donc généralement concomitants.

1.3 Évaluation ex ante de la législation européenne

1.3.1 Quelles mécanismes estimez-vous souhaitables, utiles ou nécessaires pour une évaluation *ex ante* de la compatibilité de textes communautaires avec le droit national des États membres ? (Voir notamment l'expérience, évoquée au point 4.2 du document de travail, qui a été menée aux Pays-Bas, où le Conseil d'État a été invité par le gouvernement à rendre un avis sur des propositions de législation faites par la Commission.)

Se trouvant confronté à des problèmes liés à l'application de la législation, européenne et nationale, le juge national pourrait peut-être contribuer utilement à l'élaboration de la législation. Il en est de même pour les conseillers d'État exerçant une fonction consultative en

¹⁰ Projet de loi portant modification de la loi de 1998 sur la protection de la nature eu égard à des obligations de droit européen, Documents parlementaires II 2001/02, 28 171, n^{os} 1 à 3.

¹¹ Voir Documents parlementaires II 2003/04, 28 171, n^{os} 23 et 25.

¹² Cette règle souffre néanmoins des exceptions, par exemple en ce qui concerne la manière dont ont été transposées les directives sur les adjudications. Certains États membres ont mis en place un régime relevant intégralement du droit administratif, d'autres ont intégré les règles découlant des directives dans le système national de droit privé, d'autres encore ont adopté une solution médiane. Dans de tels cas, des données sur l'intégration des directives dans le système national d'autres États peuvent être utiles.

matière de législation. Des avis rendus, sous certaines formes, par ces derniers au gouvernement pourraient déjà constituer une méthode adéquate de participation au processus législatif. Il n'est pas impensable en soi que des conseillers nationaux en matière de législation provenant de différents États membres puissent apporter une contribution commune au processus législatif au niveau européen, que ces avis soient ou non rendus directement à la Commission ou au Conseil. Mais ce qui complique les choses, c'est qu'un petit nombre seulement des Conseils d'État des États membres ont une fonction consultative en matière législative et que, de surcroît, leurs tâches diffèrent à plusieurs égards. Il semble donc qu'il soit préférable de limiter, pour l'instant, de telles initiatives au niveau national et de n'examiner que plus tard, lorsqu'on aura un peu d'expérience de la chose, s'il est possible ou souhaitable d'entreprendre des démarches en ce sens au niveau européen.

Quant aux juridictions, elles sont toutes confrontées de la même manière aux réglementations européennes. Une coopération au niveau européen en vue de parvenir à une contribution commune à l'élaboration de la législation européenne pourrait fort bien apporter une valeur ajoutée au processus législatif. Toutefois, la situation est moins simple qu'il n'y paraît, du fait que l'exercice d'une fonction consultative en matière législative par des juridictions nationales se heurte à des objections ou est inhabituel dans la tradition constitutionnelle de plusieurs États membres. Compte tenu également du fait que l'on n'a pas ou guère d'expérience de cette forme de la fonction consultative, il semble donc souhaitable d'expérimenter la chose à petite échelle (au niveau national) et de n'examiner que plus tard, après un certain temps, lorsqu'on aura davantage d'expérience, si d'autres structures sont envisageables et souhaitables.

1.3.2 A quelle phase du processus législatif européen estimez-vous que devrait intervenir la fonction consultative ?

Lorsque la fonction consultative est exercée au niveau national, il est évident qu'elle doit l'être au plus tard dans la phase du processus décisionnel, c'est-à-dire celle où les gouvernements nationaux ont un rôle à jouer.

1.3.3 Avez-vous des suggestions à faire pour la mise en place d'une procédure consultative informelle ?

Voir plus haut.

2. Aborder et résoudre les problèmes d'interprétation

2.1. Méthodes d'interprétation et aides à l'interprétation

2.1.1 Des problèmes tels que ceux évoqués aux questions 1.2.2 et 1.2.4 se sont-ils présentés dans l'administration de la justice et, dans l'affirmative, de quelle manière ? Comment ont-ils été résolus ?

Dans la pratique, l'interprétation de textes législatifs nationaux dans le sens des directives européennes constitue — explicitement ou implicitement — une méthode très importante pour

résoudre les problèmes de terminologie et de systématique dans le cadre de la législation de transposition. Les effets directs de dispositions européennes jouent un rôle moins important à cet égard.

2.1.2 Dans quelle mesure l'interprétation dans le sens des directives européennes ou du droit communautaire est-elle appliquée pour l'interprétation de textes législatifs nationaux visant à la transposition de textes législatifs européens ?

Pour l'interprétation de textes législatifs nationaux visant à la transposition de textes législatifs européens, le Conseil d'État néerlandais part du principe que la réglementation nationale doit toujours être interprétée et appliquée dans le sens de la réglementation européenne et de la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes, et ce dans les limites fixées par la Cour de justice pour l'interprétation dans le sens des directives européennes. Comme indiqué précédemment, cette méthode est utilisée très fréquemment, même si ce ne l'est pas toujours de façon explicite.

2.1.3 Est-il fait usage de travaux préparatoires (dans la mesure où il y en a) pour l'interprétation de textes législatifs européens ?

Il n'est fait usage de travaux préparatoires que dans une mesure assez limitée. C'est généralement le cas lorsqu'une disposition suscite des questions dans la systématique de la directive et que cette disposition a par exemple été ajoutée ou modifiée dans le courant du processus législatif.

2.1.4 Est-il fait usage, pour l'interprétation de textes législatifs européens, de documents établis par la suite par la Commission ?

Il arrive que soient consultés des documents établis par la suite par la Commission, tels que des communications sur l'interprétation d'une directive ; c'est principalement le cas lorsque la Commission dispose en la matière d'une compétence discrétionnaire propre, par exemple pour l'appréciation dans le cadre de la désignation des sites sur la base de la directive 92/43/CEE (les instructions). Mais, lorsqu'il s'agit d'interprétation au sens strict, c'est-à-dire de cas sur lesquels seule la Cour de justice est en définitive habilitée à se prononcer, de tels documents de la Commission ne sont pas utilisés pour le règlement de litiges.

2.1.5 Dans quelle mesure les considérants sont-ils pris en compte pour l'interprétation de textes législatifs européens ?

Les considérants constituent un instrument extrêmement utile pour l'interprétation de textes législatifs européens. Le Conseil d'État néerlandais en fait par conséquent régulièrement usage. Cela a notamment été le cas dans une affaire où l'interprétation et la signification de la modification de l'article 2 de la directive 89/552/CEE (Télévision sans frontières) jouaient un

rôle dans l'application de la directive 97/36/CE, cette disposition réglant le partage des compétences de contrôle entre les États membres¹³.

2.1.6 Est-il fait référence, pour l'interprétation de textes législatifs européens, à des déclarations consignées dans le procès-verbal du Conseil des ministres ?

Aucun cas de ce genre ne s'est encore présenté dans la pratique du Conseil d'État néerlandais. Dans le cas où le procès-verbal du Conseil des ministres serait invoqué, il faudrait prendre en compte l'arrêt rendu dans l'affaire Antonissen (affaire C-292/89, Antonissen, Jurispr. 1991, p. I-745), dans lequel la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que le procès-verbal du Conseil des ministres n'a pas, en soi, de portée juridique.

2.1.7 Est-il fait référence, pour l'interprétation de textes législatifs nationaux visant à la transposition de textes législatifs européens, à des travaux préparatoires de ces textes législatifs nationaux (exposés des motifs, etc.) ?

Il n'est absolument pas fait usage de travaux préparatoires à l'élaboration de textes législatifs nationaux visant à la transposition de textes législatifs européens dans la mesure où il s'agit de questions sur l'interprétation de la norme européenne elle-même. En revanche, il est fait usage de tels travaux préparatoires lorsqu'il est question de la transposition en tant que telle. Il s'agit alors, par exemple, de la question de savoir si une disposition de renvoi est de caractère statique ou dynamique¹⁴.

2.1.8 Différentes versions linguistiques sont-elles utilisées pour l'interprétation de textes législatifs ? Dans l'affirmative, les différentes versions linguistiques concernées sont-elles considérées comme une menace pour l'interprétation correcte et uniforme du droit communautaire ou sont-elles simplement destinées à y contribuer ?

Dans la pratique, le Conseil d'État compare le texte néerlandais avec d'autres versions linguistiques – en l'occurrence, les versions française, anglaise ou allemande – lorsqu'il y a des problèmes d'interprétation. Dans certains cas, les différentes versions linguistiques apportent une aide pour l'interprétation du texte, dans la mesure où l'intention de telle ou telle disposition est exprimée plus clairement dans une autre langue. Cela a, par exemple, été le cas pour l'interprétation des mots « *met name* » (« notamment », en français) à l'article 5, sous d, de la directive 79/409/CEE (acception limitative ou non). Il arrive aussi, très rarement, que la comparaison avec d'autres langues ne fasse qu'accentuer les doutes ; ce fut le cas, par exemple, pour l'article premier de la directive 89/552/CEE à propos de la notion de radiodiffusion télévisuelle (« *televisie-omroep* », en néerlandais).

Dans l'affaire Kraaijeveld¹⁵, les différentes versions linguistiques n'ont pas vraiment pu apporter d'éclaircissements : la question se posait notamment de savoir ce qu'il fallait

¹³ Arrêt de la Division du Contentieux administratif du Conseil d'État en date du 10 avril 2001, n° 200005000/1 (RTL), AB2002, 5, m. nt. CG.

¹⁴ Voir notamment l'arrêt en date du 10 avril 2001 dans l'affaire 200005000/1 (RTL) concernant le renvoi à la directive 89/552/CEE.

¹⁵ Affaire C-72/95, Kraaijeveld, Jurispr. 1996, p. I-5403.

entendre par « ouvrages de canalisation et de régularisation de cours d'eau » dans la directive 85/337/CEE (études d'impact sur l'environnement).

2.1.9 Avez-vous été confronté, dans la pratique, à d'autres aspects importants qui n'ont pas été évoqués jusqu'ici ?

Il est apparu, dans la pratique, que les rapports annuels de la Commission et les réponses de la Commission à des questions posées par des députés européens peuvent parfois comporter des informations utiles sur des développements qui se font jour dans certains domaines. Si de telles sources ne sont pas directement utilisables pour le règlement de litiges, elles donnent néanmoins des informations générales utiles sur la question.

2.2 Coopération en matière d'interprétation

2.2.1 Pouvez-vous indiquer dans quelle mesure des considérations politiques plutôt que juridiques président à la décision d'entamer une procédure préjudicielle ? Nous pensons à des facteurs tels que des retards (voulus ou non) dans le règlement des affaires ou les souhaits des parties. Cela a-t-il un impact significatif sur la décision d'introduire une demande ou de quelque autre manière ? Quelle est la réponse du tribunal ?

A côté des aspects strictement juridiques, la Division du Contentieux administratif du Conseil d'État fonde effectivement aussi ses décisions de poser des questions préjudicielles sur un certain nombre d'autres aspects, dans la mesure évidemment où le permettent les dispositions de l'article 234 du traité CE. Ce qui joue certainement un rôle, c'est l'importance de la question pour la pratique juridique aux Pays-Bas (effet de précédent) : si l'intérêt de l'affaire est considérable et si l'affaire s'y prête, on aura davantage tendance à poser des questions préjudicielles que si ce n'est pas le cas. On cherchera ensuite les moyens de régler l'affaire sur le fond. On examine aussi à cette occasion quels sont les effets d'une décision sur les relations intra-européennes. Autre aspect pris en compte : pour les questions dont on peut s'attendre qu'elles se posent et se poseront dans de nombreuses affaires, on différera le plus longtemps possible la question préjudicielle, de manière à avoir une idée aussi complète que possible de l'ampleur du problème.

2.2.2 Est-ce que vous voyez l'utilité de la procédure préjudicielle notamment pour assurer l'intérêt général d'une application uniforme du droit communautaire ou l'intérêt particulier de la protection juridique des citoyens ?

Dans la procédure préjudicielle, il s'agit autant de l'application uniforme du droit communautaire que de la protection juridique (l'application uniforme dans le cas particulier).

2.2.3 Une juridiction nationale peut consulter, de façon informelle, des personnes de contact, tant au niveau national qu'au niveau européen, avant de poser une question préjudicielle à la Cour de justice des Communautés européennes. Pouvez-vous indiquer dans quelle mesure cela s'est déjà fait dans votre pays ?

Cette pratique n'est pas en usage au Conseil d'État des Pays-Bas.

2.2.4 Existe-t-il un réseau, informel ou institutionnalisé, de contacts entre les juridictions nationales et la Cour de justice des Communautés européennes ?

Non.

2.2.5 En ce qui concerne l'arrêt CILFIT, une certaine flexibilité pourrait être de mise, par exemple par une sorte de règle *de minimis*. Peut-être est-ce là quelque chose de risqué eu égard au caractère fondamental de la procédure préjudicielle, aussi bien pour les effets et l'efficacité du droit communautaire que pour la protection juridique des individus.

Comme indiqué en réponse à la question 2.2.1, il existe dans la pratique des méthodes qui semblent en fait rendre inutile toute règle *de minimis*. Une règle *de minimis* formelle ne peut fonctionner que si son application est elle-même tout à fait explicite. Comme il s'agirait en fait ici de critères d'appréciation qualitatifs et normatifs, une formalisation ne semble pas vraiment devoir s'imposer.

2.2.6 Les juridictions nationales peuvent réduire à un minimum le nombre de questions préjudicielles en n'en posant que lorsque c'est vraiment indispensable pour pouvoir prendre une décision dans un cas précis (voir aussi le point 7.2 du document de travail).

Le Conseil d'État des Pays-Bas recourt à cette méthode. Prière de se reporter aux exemples donnés au paragraphe 7.2 du document de travail qui concernent la situation aux Pays-Bas.

2.2.7 Les juridictions nationales suprêmes pourraient filtrer l'accès à la procédure préjudicielle en appréciant les cas avant qu'ils ne soient soumis à la Cour de justice des Communautés européennes. Elles pourraient alors examiner elles-mêmes les autres cas. Une modification du traité pourrait être nécessaire à cet effet.

Sur un plan strictement théorique, cette méthode n'a aucune valeur ajoutée : le juge ne proposera de poser des questions préjudicielles que lorsque la réponse à des questions relatives au droit communautaire est indispensable pour le règlement du litige. Cette méthode pourrait tout au plus s'imposer pour éviter que ne soient soumises à la Cour de justice des questions qui ne sont pas encore « arrivées à maturité ». Mais il semble que ce ne soit pas là la cause principale du problème de la surcharge de travail de la Cour de justice.

Il en irait tout autrement si la juridiction nationale suprême se voyait conférer une compétence propre au niveau de l'interprétation du droit communautaire, c'est-à-dire si disparaissait pour la juridiction nationale suprême l'obligation de poser des questions préjudicielles ou, de façon un peu plus limitée, si cette obligation ne s'appliquait qu'à l'égard du droit communautaire secondaire. La juridiction suprême serait alors en quelque sorte un prolongement de la Cour de justice, et les questions préjudicielles ne s'imposeraient plus que dans les affaires d'importance très fondamentale. Cela entraînerait évidemment une forte réduction de la charge de travail de la Cour de justice. Une telle structure comporte certes un double risque — réduction de l'uniformité et « nationalisation » du droit communautaire —, qui pourrait néanmoins être réduit si l'on créait une structure au sein de laquelle les juridictions nationales

suprêmes et la Cour de justice opèrent conjointement, cette dernière ayant la possibilité de corriger les juridictions nationales ou de les inviter à poser des questions préjudicielles. On pourrait également s'inspirer des procédures prévues à l'article 225 du traité CE en matière de relation entre le Tribunal de Première Instance et la Cour de justice des Communautés européennes visant à garantir l'unité du droit et la cohérence du droit communautaire. Une combinaison avec la méthode visée à la question 2.2.9 pourrait aussi être une solution à creuser.

2.2.8 La juridiction nationale qui saisit la Cour pourrait être obligée d'assortir la question préjudicielle d'une analyse du cas litigieux et de donner déjà sa réponse à la question. Cela nécessiterait une modification du traité.

Cette méthode, qui est du reste déjà appliquée par certains juges¹⁶, pourrait contribuer à accélérer l'examen des affaires, qui seraient en quelque sorte « préparées » par le juge national. Mais elle comporte aussi un risque : celui de voir l'accent mis sur certains aspects, au détriment des aspects plaidant pour une autre approche et qui risquent d'être relégués au second plan. Il faut aussi s'attendre à ce que, si le juge national se prononce déjà sur une affaire, les parties succombantes mettent tout en œuvre dans la procédure devant la Cour de justice pour affaiblir le point de vue du juge national. La Cour de justice courrait ainsi le risque de devenir une espèce d'instance de recours.

2.2.9 Que pensez-vous d'un système où, après que les décisions ont été prises par les juridictions nationales, la Cour de justice aurait l'occasion de se prononcer sur le jugement dans un délai donné ? Un système d'autorisation d'aller en appel pourrait également être pris en considération.

Voir 2.2.7.

2.2.10 Quel rôle l'Association pourrait-elle jouer pour améliorer la coopération entre les institutions nationales et entre ces institutions et la Cour de justice des Communautés européennes, par exemple en mettant en place une banque de données, en établissant des réseaux de spécialistes ou en organisant des réunions ?

Une décentralisation des activités de maintien de l'uniformité de l'application du droit communautaire semble indispensable si l'on veut éviter une aggravation de l'engorgement de la Cour de justice et préserver l'efficacité du système. Les instruments évoqués aux questions 2.2.7 et 2.2.9 semblent se prêter à une telle décentralisation. Pour qu'un tel système puisse fonctionner convenablement et avec toute la flexibilité nécessaire dans la pratique, il pourrait être utile de mettre en place, tant entre les différentes juridictions nationales qu'entre ces juridictions et la Cour de justice, un réseau permettant l'échange d'informations sur les jurisprudences respectives et sur les développements qui se font jour dans les différents États membres. Les activités de l'Association pourraient être extrêmement utiles à cet égard, même si toutes les juridictions nationales suprêmes ne sont pas directement impliquées.

¹⁶ D'après le Rapport général du Colloque d'Helsinki, le cas se présente surtout au Royaume-Uni et aux Pays-Bas. Aux Pays-Bas, ce n'est toutefois pas un usage général. Citons comme exemples l'affaire C-418-419/97, ARCO, Jurispr. 2000, p. I-4475, et l'affaire C-72/95, Kraaijeveld, Jurispr. 1996, p. I-5403.

2.2.11 Avez-vous d'autres suggestions à faire ?

Non.

3. Tirer les enseignements des erreurs d'interprétation

Examen ex post de la législation

3.1.1 Comment pouvons-nous veiller à améliorer la manière dont les États membres corrigent les insuffisances dans la transposition de la législation européenne (voir aussi la question 1.2) ? Lorsque le Conseil d'État ou une juridiction nationale a constaté des insuffisances dans la transposition, est-ce que le législateur national en tient compte, en tire-t-il des enseignements et, dans l'affirmative, lesquels ?

Les décisions des juges sur la légalité de la législation nationale ou sur l'absence illicite de législation amènent généralement le législateur à réagir. Il n'en va pas autrement dans le contexte européen. On constate néanmoins que les discussions sur une transposition incomplète ou insuffisante de la législation européenne ou sur d'autres types d'incompatibilité entre une réglementation nationale et les règles européennes sont menées suivant différentes pistes : par une ou plusieurs procédures devant les juridictions nationales et par une procédure d'infraction. Il n'est pas rare que cela conduise à une situation où la procédure entamée devant la juridiction nationale soit « rattrapée » par une procédure législative de modification du texte concerné.

3.1.2 Dans quelle mesure et de quelle manière sont prises en compte dans l'administration de la justice les insuffisances de la législation nationale de transposition constatées par la Commission européenne ou de quelque autre manière ? Voyez-vous des possibilités d'améliorer la situation ? Est-ce qu'une autorité ou une agence pourrait être désignée pour en faire régulièrement rapport, de manière à pouvoir remédier à ces insuffisances ?

Le juge se prononce sur des choses concrètes. Certes, il est évident qu'une série d'affaires sur une question donnée permet de se faire une idée de la situation dans tel ou tel domaine, mais le juge n'est pas compétent pour en faire rapport, de façon générale, au législateur. Les Pays-Bas ne disposent en tout cas pas de cadre institutionnalisé à cette fin. Cette fonction est en fait assumée par le ministère concerné et par les chercheurs.

3.1.3 A votre avis, dans quelle mesure un examen *ex post* de la législation européenne et de la législation nationale de transposition peut-il contribuer à améliorer la transposition et la mise en œuvre de la législation européenne ? Estimez-vous, dans ce contexte, que l'évaluation actuelle, qui a lieu aussi bien au niveau communautaire qu'au niveau national, est satisfaisante ?

Comme indiqué plus haut, les Pays-Bas n'ont pas de cadre institutionnalisé pour l'évaluation *ex post* de la réglementation. Et, comme indiqué également à la question 1.3.1, le juge

national pourrait peut-être jouer un rôle utile sur ce point, puisqu'il est confronté à des problèmes soulevés par l'application de la réglementation, nationale et européenne. Il pourrait donc peut-être aussi être utile de structurer et d'organiser ce rôle au niveau national et au niveau européen.

3.2 Mécanismes de réparation communautaires et nationaux

3.2.1 Est-ce que la Commission européenne devrait, dans les cas d'erreurs d'interprétation par les juridictions nationales, recourir à la possibilité d'ouvrir une procédure d'infraction contre un État membre pour violation du droit communautaire en vertu de l'article 226 du traité CE ?

La Commission est habilitée à ouvrir une procédure d'infraction devant la Cour de justice des Communautés européennes lorsqu'un État membre ne respecte pas le droit communautaire. Les juridictions nationales faisant partie intégrante des États membres, il ne faut pas exclure la possibilité que la Commission engage une procédure contre un juge national qui rend un jugement en violation du droit communautaire. Il tombe sous le sens que la Commission ne fasse une telle démarche que lorsqu'il est question d'une violation qui revêt un caractère structurel ou fondamental et non pas lorsqu'il ne s'agit que d'un incident.

Dans le cadre notamment des procédures parallèles évoquées à la question 3.1.1, il peut arriver par ailleurs qu'une procédure d'infraction soit poursuivie, ou au contraire retirée, à la suite d'une décision du juge national sur la même question. En cas de poursuite de la procédure, la décision du juge national fait alors, en fait, partie intégrante de la procédure.

3.2.2 Quelles sont les possibilités d'obtenir une compensation en cas d'interprétation erronée du droit communautaire, que ce soit par une juridiction ou par le législateur¹⁷ ?

Le principe de base est consigné dans l'arrêt Francovich (affaires C-6/90 et 9/90, Francovich et Bonifaci, Jurispr. 1991, p. I-5357). Il faut qu'il soit satisfait aux conditions suivantes procédant de la jurisprudence de la Cour de justice (voir les pages 205 et 206 et les pages 519 et suivantes de Schermers / Waelbroeck, *Judicial Protection in the European Union*, 2001). Pour ce qui est de la responsabilité des États membres en cas de violation du droit communautaire, le récent arrêt Köbler a apporté tous les éclaircissements nécessaires.

Aux Pays-Bas, la jurisprudence de l'arrêt Francovich n'a pas eu beaucoup d'effet, puisqu'il existait déjà un régime de responsabilité des pouvoirs publics plus sévère, à savoir un régime de responsabilité de risques pour les décisions illégales des pouvoirs publics. Lorsqu'une décision de l'administration est annulée par le juge, le juge civil conclut automatiquement à l'illégalité et à la responsabilité. Il en est en fait de même pour la législation néerlandaise dont le caractère illégal est établi. Les conditions sont plus strictes pour la responsabilité du fait de décisions de justice illégales. Dans la pratique, cela se limite à des situations de violation de droits fondamentaux dans l'examen de l'affaire par le juge, en particulier des articles 5 et 6 de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁸. Il s'agit donc des agissements du juge et non pas de la teneur du jugement. Contrairement à l'arrêt Francovich, l'arrêt Köbler peut dès lors avoir des conséquences profondes pour la pratique du droit aux Pays-Bas.

¹⁷ Voir aussi l'affaire C-224/01, Köbler, jugement du 30 septembre 2003.

¹⁸ Voir le point 79 des conclusions de l'avocat-général Léger dans l'affaire C-224/01, Köbler.

3.2.3 Est-ce qu'il devrait exister, en plus de l'applicabilité de l'article 234 du traité, une possibilité de mesure spécifique ou d'un niveau plus élevé, la Cour de justice des Communautés européennes pouvant être appelée à se prononcer sur de tels cas ?

Il est évident qu'il faut éviter que, dans les cas de décisions de justice illégales ou prétendument illégales, ce soit le même juge qui doive se prononcer sur la question. Aux Pays-Bas, une telle situation est exclue du fait que c'est le juge civil qui est compétent en pareil cas : le caractère illicite d'une décision du juge administratif doit obligatoirement être soumis à l'appréciation du juge civil. Le seul cas où il pourrait y avoir problème est donc celui où ce serait le juge civil qui serait en cause, et *a fortiori* s'il s'agit de la juridiction suprême.

On pourrait aussi se poser la question de savoir si l'arrêt Köbler (arrêt du 30 septembre 2003 dans l'affaire C-224/01) implique automatiquement la mise en place d'une procédure spécifique et la désignation d'une instance spécifique à cette fin. Une telle conclusion se justifierait par les dispositions du considérant 50 de cet arrêt, aux termes duquel « *il appartient à l'ordre juridique de chaque État membre de désigner la juridiction compétente pour trancher les litiges relatifs à cette réparation* ». Il semble donc qu'il ne faille pas désigner une juridiction spécifiquement compétente à cette fin, mais plutôt qu'il faille pourvoir, dans toutes les situations imaginables, à une juridiction compétente qui satisfasse à des conditions qui peuvent être posées à une juridiction. Par conséquent, il ne semble pas directement indispensable de prévoir une procédure distincte auprès de la Cour de justice pour de tels cas. Pareille procédure ne tarderait du reste pas à conduire à une voie de recours supplémentaire et, partant, à affaiblir le système de la procédure préjudicielle. Les ordres juridiques nationaux comprennent déjà les dispositions nécessaires à cet effet ou doivent en adopter à la suite de l'arrêt Köbler.