Le pourvoi devant la Cour de justice des Communautés européennes

par Manuel Gros
Professeur à l'université d'Artois,
Centre «Ethique et procédures» de la faculté de droit de Douai

La décision du Conseil en date du 24 octobre 1988[1] créant un Tribunal de première instance a pu paraître initialement la simple adjonction, pour cause de saturation de la Cour de justice des Communautés européennes, d'une juridiction de première instance.
Elle n'a de fait aucunement modifié les recours en droit communautaire, tant dans le cadre du contrôle des organes communautaires[2], pour lequel le Tribunal de première instance est amené à intervenir, que par définition dans celui du contrôle des Etats membres[3] ou des renvois préjudiciels par les juridictions nationales[4] où la Cour de justice des Communautés européennes reste juge de premier et dernier ressort.
La création de ce tribunal a en revanche modifié naturellement le déport des compétences entre la Cour et cette nouvelle juridiction: si les requêtes des «requérants privilégiés» que sont les Etats membres et les institutions de l'Union européenne restent du ressort exclusif de la Cour de justice des Communautés européennes, l'ensemble des actions des «requérants non privilégiés», personnes morales ou physiques, en matière de contrôle des institutions de l'Union relève désormais en première instance du Tribunal[5].
Il en résulte l'émergence d'une nouvelle relation de procédure inexistante antérieurement, celle d'un contrôle exercé par la Cour à l'encontre des décisions juridictionnelles du tribunal créé, puisque l'article 168 A du traité dispose qu'« il est adjoint à la Cour de justice un tribunal chargé de connaître en première instance, sous réserve d'un pourvoi porté devant la Cour de justice». Cela modifie l'architecture de la juridiction communautaire précédemment unique, puisque sont ainsi créés des rapports cette fois entre deux juridictions de niveau différent.
Le problème issu de ces nouvelles architectures judiciaires est en fait celui de la structure du système juridictionnel lui-même. Puisque l'on crée une juridiction de première instance, la juridiction supérieure est-elle un juge d'appel, un juge de cassation, ou les deux à la fois?
Pour un dépassement de la facilité consistant à qualifier péremptoirement le contrôle opéré de contrôle de cassation, l'analyse réelle des rapports entre les juges communautaires suppose un examen tout à la fois de la terminologie employée et du contenu des textes communautaires, mais aussi de la pratique jurisprudentielle de la Cour depuis quatre années.

UNE IMPRÉCISION TERMINOLOGIQUE ATTÉNUÉE PAR LES TEXTES

Par une sorte de dilution au fil du temps, les qualifications, même juridiques, n'ont plus guère de sens précis. Fort heureusement, le contexte des dispositions les accompagnant limite l'incertitude sémantique initiale.

La nébulosité conceptuelle

La terminologie employée est celle de «pourvoi», qu'il s'agisse du texte du traité[6] ou de celui du statut de la Cour[7]. Or ce terme de «pourvoi», associé à celui d'«arrêt» conféré aux décisions juridictionnelles au fond de la juridiction de première instance, pourrait *a priori* faire pencher l'analyste pour une stricte logique de contrôle de cassation.
On atténuera l'a *priori* terminologique péremptoire par le fait que si l'on a conféré aux

décisions juridictionnelles du «tribunal» — un tribunal rendant en principe des jugements et non des arrêts — de «première instance» — *a fortiori* susceptible d'appel et non de cassation - la qualification d'«arrêt», c'est plus pour des raisons de prestige et d'image de marque que par souci réel d'exactitude.

De même, il convient de noter que le terme de «cassation» ne figure pas dans les textes communautaires et que, si ces derniers évoquent un «pourvoi», les termes de «pourvoi en cassation» ne sont pas employés. En fait, l'utilisation du terme seul de pourvoi n'a aucune portée juridique.

Il n'a par exemple aucun sens précis en contentieux administratif français. Historiquement, notamment dans l'ordonnance du 22 juillet 1806, les actions devant le Conseil d'Etat étaient qualifiées indistinctement de « pourvoi », « requête » ou « recours », ce qui démontre en tous les cas, alors que la question terminologique avait été évoquée, qu'à cette époque le concept de pourvoi n'était pas lié à une logique de cassation.

Le texte initial de l'ordonnance du 31 juillet 1945 relative au Conseil d'Etat réserva en son article 40 le «pourvoi» aux seules actions des ministres, le terme « requête » étant dévolu aux particuliers. L'action ministérielle était ainsi qualifiée par rapport aux actions des administrés sans aucun lien avec la nature du recours et encore moins avec la dialectique de l'appel ou de la cassation.

Loin d'associer le pourvoi à une logique de cassation, l'article 32 de l'ordonnance de 1945, relatif au rôle du Conseil d'Etat comme juge de cassation à l'encontre des décisions des juridictions spécialisées ou internes, traite d'un «recours en cassation[9]», oubliant le terme de pourvoi.

Il fallut en fait attendre la loi du 31 décembre 1987, instaurant un contrôle de cassation des arrêts des cours administratives d'appel créées, pour voir apparaître le terme de pourvoi dans le sens précis. Ainsi l'article 11 de cette loi évoque le « pourvoi en cassation devant le Conseil d'État[10] ». Mais il serait vain d'en tirer une réelle signification sémantique, car l'article 10 de la même loi évoque, lui, les « recours en cassation[11] ».

La même combinaison ou le même amalgame des termes se retrouve dans les dispositions réglementaires. En effet, le décret du 30 juillet 1963[12] relatif à la commission d'admission des pourvois utilise par définition le terme de « pourvoi[13] », alors que celui du 30 septembre 1953 pour la fonction de cassation du Conseil d'Etat à l'égard des juridictions internes ne traite que des « recours » en cassation[14].

L'imprécision des termes se manifeste également dans la doctrine la plus reconnue. Ainsi le président Odent lui-même utilise l'un ou l'autre terme, parlant de « pourvoi » à propos d'un recours direct contre un arrêté ministériel[15], alors qu'il s'agissait d'une action de première instance, et évoquant par contre les «recours en cassation» lorsqu'il traite du rôle du Conseil d'Etat comme juge de cassation[16].

En contentieux administratif, le terme de « pourvoi » ne signifie rien, en tout cas par opposition à celui de « recours » ou de « requête ».

Mais le procès de l'imprécision conceptuelle pourrait être vite fait aux publicistes, notamment en matière de procédure. Ainsi, on se souvient que la distinction précise des civilistes entre exception de procédure et fin de non-recevoir n'est pas toujours respectée par les juridictions administratives, lesquelles qualifient souvent l'incompétence archétype pourtant d'exception de procédure – de fin de non-recevoir[17].

Pour autant, ce serait un faux procès, car le Nouveau Code de procédure civile lui-même pratique l'amalgame. Ainsi l'article 605 précise en effet que « le "pourvoi" en cassation n'est ouvert qu'à l'encontre des jugements rendus en dernier ressort ». Mais l'article 462 du même code, en matière de rectification des erreurs ou omissions matérielles susceptibles d'être rectifiées par le juge, édicte en son dernier alinéa que, « si la décision rectifiée est passée en force de chose jugée, la décision rectificative ne peut être attaquée que par la voie du "recours"

en cassation ». La terminologie judiciaire elle-même n'est donc guère plus précise que celle de l'ordre administratif.
Enfin, on pourrait évoquer le droit fiscal et son austérité, qui utilise pourtant le terme de «pourvoi» pour toute voie de recours, qu'elle soit gracieuse ou contentieuse, sans aucun lien avec la logique de cassation.
Ainsi, à défaut de l'adjonction du mot «cassation» après «pourvoi» dans les textes communautaires, il n'est pas possible, malgré la tentation légitime, de déterminer la nature du contrôle exercé par la Cour de justice des Communautés européennes à partir du terme de « pourvoi » utilisé. Seule une étude approfondie des textes permet d'aller plus avant.

La circonscription textuelle

La détermination de la nature du contrôle d'une juridiction supérieure sur une autre juridiction est la résultante d'un faisceau d'indices. Au-delà des limites quant au contenu de la saisine, les conditions de recevabilité, les moyens pouvant être invoqués, comme les conséquences de l'examen du « pourvoi » permettent de préciser si l'on est dans le cadre d'un examen en appel ou en cassation.
La finalité du pourvoi semble indiscutablement celle d'un contrôle de cassation. Reprenant les dispositions de l'article 168 du traité[18], l'article 51 du statut de la Cour précise que « le pourvoi devant la Cour est limité aux questions de droit ». Ce cantonnement inspire indiscutablement la perception d'un contrôle de cassation, sans effet dévolutif des éléments factuels, comme en appel. Par analogie, les textes relatifs au rôle du Conseil d'Etat juge de cassation ne comportent pas une telle limitation qui résulte de la seule jurisprudence[19].
La même remarque peut être faite en procédure civile où aucun texte explicite n'opère une telle restriction. Toutefois, implicitement, l'article 619 du Nouveau Code de procédure civile fait un sort particulier aux moyens de «pur droit», qui peuvent être examinés pour la première fois devant la Cour de cassation[20]. Certes, cela ne signifie nullement que la Cour de cassation ne peut examiner que les moyens de droit, mais les textes en font le secteur privilégié du juge de cassation. Ainsi, *a priori,* l'indication explicite de la limitation fait pencher pour un contrôle de type de cassation.
Dans le domaine des conditions de recevabilité, et en particulier en matière d'intérêt pour agir, l'article 49 du statut de la Cour ouvre le pourvoi aux parties[21], ce qui est classique, mais aussi aux parties intervenantes, sous certaines conditions d'intérêt[22] confortant, par la limitation, l'aspect de cassation[23]. La perception de l'intérêt pour agir ne révèle donc pas de grande divergence avec l'ouverture en droit interne de la cassation. En matière d'irrecevabilité manifeste, l'article 119 du règlement de procédure de la Cour – dont on verra la grande efficience – précise que, «lorsque le pourvoi est, en tout ou partie, manifestement irrecevable ou manifestement non fondé, la Cour peut, à tout moment, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, rejeter le pourvoi totalement ou partiellement par voie d'ordonnance motivée». Dans le système «Conseil d'Etat», tel qu'il résulte de la loi du 31 décembre 1987, cette faculté intervient dans le cadre d'une procédure interne d'admission. Il existe en effet une commission d'admission des pourvois qui peuvent être rejetés par le président de la commission si le pourvoi est «irrecevable» ou «n'est fondé sur aucun moyen sérieux»[24]. On relèvera en conséquence que la recevabilité est beaucoup plus organisée devant la Cour, en raison de conditions plus strictes («manifestement irrecevable», «manifestement non fondé») et de l'existence surtout d'une véritable procédure («rapport du juge rapporteur», «avocat général entendu», «ordonnance motivée» ...). Dans le système «Cour de cassation», le principe de l'irrecevabilité est celui d'un examen à l'occasion de l'arrêt, même s'il existe certaines possibilités, dans des hypothèses très limitées, de rejet par ordonnance du président. Pour autant, cette recevabilité très élaborée par une procédure d'urgence, avec une procédure

complète permettant un rejet pour irrecevabilité, mais aussi pour insuffisance manifeste de fondement, n'est pas contraire aux principes traditionnels de la cassation, mais plutôt révélatrice des leçons tirées des expériences des Etats membres, et s'explique peut-être par le fait qu'il n'existe pas dans le système communautaire de double degré de juridiction. A ce stade de l'étude textuelle, si contrôle de cassation il y a, il n'est déjà pas tout à fait identique, sans pour autant lui être contraire, à celui du droit interne.

Les moyens susceptibles d'être invoqués plaident encore davantage pour la nature cassationnelle du rôle de la Cour. L'article 51 du statut précise que le pourvoi «peut être fondé sur des moyens tirés de l'incompétence du tribunal, d'irrégularités de procédure devant le tribunal portant atteinte aux intérêts de la partie requérante, ainsi que de la violation du droit communautaire par le tribunal». On remarque ainsi que c'est bien le juge qui est jugé, les irrégularités de procédure pouvant être invoquées sont celles relevées devant le tribunal, de même que la violation du droit communautaire est celle commise éventuellement par le tribunal, dans le droit-fil d'un contrôle juridictionnel de cassation. Par ailleurs, incompétence, irrégularité de procédure et violation du droit sont cas d'ouverture classiques de la cassation. Ainsi, dans le système du Conseil d'Etat, on retrouve exactement les mêmes cas d'ouverture, même si, initialement, le Conseil d'Etat n'acceptait que l'incompétence et le vice de forme[25].

Dans le système judiciaire français, l'article 604 du Nouveau Code de procédure civile reste très général[26], et c'est la jurisprudence qui a précisé et admis la violation de la loi, «l'excès de pouvoir» (entendu cependant par les civilistes comme la violation d'un principe fondamental de procédure ou d'une règle d'ordre public), l'incompétence, l'inobservation des formes, la contrariété de jugements et la perte de fondement juridique, les deux derniers cas d'ouverture étant sans intérêt comparatif au regard de la procédure communautaire. Ainsi, sur le terrain des moyens, la procédure devant la Cour est rigoureusement conforme à l'ouverture de la cassation devant le Conseil d'Etat comme la Cour de cassation. S'agissant du problème spécifique des moyens nouveaux, l'article 113 du règlement de procédure n'interdit que «les conclusions nouvelles». *A priori,* il ne proscrit ainsi pas nécessairement les «moyens nouveaux» à l'appui de conclusions déjà présentées devant le tribunal[27]. Cette admission serait d'ailleurs conforme à l'esprit de l'admission des moyens nouveaux de pur droit en procédure civile[28]. La nature des moyens à l'appui du pourvoi marque donc incontestablement un contrôle classique de cassation.

Enfin, en cas d'admission du pourvoi, les solutions ouvertes à la Cour participent, elles aussi, de la cassation pratiquée en droit interne. Selon l'article 54 du statut de la Cour, « lorsque le pourvoi est fondé, la Cour annule la décision du tribunal. Elle peut alors soit statuer définitivement sur le litige, lorsque celui-ci est en état d'être jugé, soit renvoyer l'affaire devant le tribunal pour qu'il statue ».

L'hypothèse d'un renvoi devant le Tribunal de première instance est un mécanisme classique de la cassation, et le terme d'annuler – et non de casser – n'a guère de portée juridique, puisque la cassation est souvent définie comme l'« annulation » par une Cour suprême d'une décision passée en force de chose jugée. En outre, on sait que la Cour de cassation emploie souvent l'expression cumulée de «casse et annule »[29].

Mais le texte communautaire est visiblement inspiré de l'article 11 de la loi du 31 décembre 1987 relative au Conseil d'Etat juge de cassation des cours administratives d'appel, ou à tout le moins est d'inspiration contemporaine, le Tribunal de première instance ayant été créé en 1988. Or les deux textes sont remarquablement voisins[30]. Le fait que le texte français soit indiscutablement et récemment consacré aux rapports de cassation entre cours administratives d'appel et Conseil d'Etat français renforce assurément le sentiment que la décision de renvoi est typique d'un juge de cassation, avec la particularité qu'il n'y a qu'un seul juge de premier degré. On atténuera cette spécificité par le fait que la Cour des comptes, ou la Cour de discipline budgétaire et financière, elles aussi uniques, relèvent de façon similaire du Conseil

d'Etat par la voie de la cassation.
La faculté d'évocation pourrait paraître *a priori* comme une incursion vers un rôle de juge d'appel. Pourtant elle existe aussi en droit interne. Ainsi, le Conseil d'Etat français peut « régler l'affaire au fond si l'intérêt d'une bonne administration de la justice le justifie[31] ». La cassation sans renvoi se retrouve également dans l'ordre judiciaire et est expressément visée par l'article L. 131-5 du Code de l'organisation judiciaire, repris par l'article 627 du Nouveau Code de procédure civile[32]. En fait, il y a deux cas de figure : d'une part, lorsqu'il n'y a plus rien à juger (la Cour statuant en référé alors que le principal est jugé, incompétence de l'ordre judiciaire...), d'autre part, lorsque la solution est de pur droit[33]. Devant les trois juridictions examinées, on constate que l'évocation ne peut porter en théorie que sur des questions de droit. Il ne s'agit donc pas d'une réelle fonction de juge d'appel exercée par un juge de cassation.
En conclusion sur la circonscription textuelle, il apparaît que tous les éléments textuels du rôle de la Cour démontrent une réelle fonction de juge de cassation: une procédure de recevabilité classique mais améliorée, un rôle purement juridique et une capacité d'évocation sans renvoi.
La fonction de la Cour de justice des Communautés européennes face aux pourvois est donc textuellement celle d'un juge de cassation dans la limite du droit.

UNE FIXATION JURISPRUDENTIELLE AMBIGUË

L'intégralité de la jurisprudence de janvier 1991 à septembre 1995, sur plus de quatre années, pourrait laisser croire à une stricte observance des missions dévolues par les textes, mais suscite aussi à l'analyse récente certains doutes.

Formes des décisions juridictionnelles et nature du contrôle

L'ensemble de plus de 50 décisions de la Cour de justice des Communautés européennes, essentiellement en matière de fonction publique (42) et de concurrence au sens large (10), se décompose en trois catégories de décisions: les ordonnances du président de la Cour, les ordonnances collégiales de la Cour et les arrêts proprement dits.
Les six ordonnances rendues par le président de la Cour correspondent à l'utilisation de demandes de sursis à exécution d'un arrêt du Tribunal de première instance, en application de l'article 185 du traité[34], en toute indépendance d'un quelconque contrôle de cassation. Cette procédure reste marginale: la première demande fut acceptée en 1991[35], la deuxième en 1992[36] comme la troisième en 1994[37], et les trois jugées en 1995[38] aboutirent toutes à des rejets. Dans tous les cas, l'existence de cette voie de demande de sursis à exécution n'est pas la marque d'un juge de cassation, mais celle d'un souci de stabilité des situations juridiques et d'efficience. Ne serait-ce qu'à ce seul titre, même si le nombre d'affaires reste marginal, la Cour de justice des Communautés européennes est plus qu'un simple juge de cassation, car elle est aussi un juge d'appel des procédures d'urgence.
Les onze ordonnances de la Cour correspondent davantage au nouveau rôle de la Haute Juridiction communautaire. Elles révèlent l'application de l'article 119 du règlement de procédure de la Cour qui dispose que, « lorsque le pourvoi est, en tout ou partie, manifestement irrecevable ou manifestement non fondé, la Cour peut, à tout moment, sur rapport du juge rapporteur, l'avocat général entendu, rejeter le pourvoi totalement ou partiellement par voie d'ordonnance motivée ». Il s'agit, comme nous l'avons vu, d'une procédure de rejet rapide très élaborée, en tout cas plus complexe que la procédure devant la commission des pourvois devant le Conseil d'Etat et qui n'existe pas devant la Cour de cassation. Il s'agit d'une solution de rejet très fréquente[39].
Les irrecevabilités manifestes (quatre ordonnances) sont toujours la sanction d'une simple reprise des moyens de première instance, ce qui est cohérent car, dans une logique

«cassation», il faut démontrer que le juge (et non l'institution administrative communautaire, comme en première instance) a violé le droit. La simple reprise des moyens de première instance est donc logiquement sanctionnée.
Plus intéressantes sont les ordonnances de rejet (sept ordonnances) pour caractère manifestement non fondé au fond du pourvoi, car elles risquent de s'analyser comme une sorte de préjugement de cassation. Elles révèlent en fait un rejet rapide pour éviter un refus certain et automatique du pourvoi s'il était examiné dans le cadre de la procédure normale. Toutes démontrent en effet le caractère manifeste du défaut de fondement: un recours hors délai et dépourvu de moyens et conclusions, rejeté par le tribunal[40]; un recours fondé sur un moyen unique et inopérant refusé par le tribunal[41]; un recours contre une mesure d'ordre intérieur, ne faisant pas grief (organisation d'un référendum interne), ayant pour conséquence l'irrecevabilité du recours[42], sanctionnée par le Tribunal de première instance; deux recours contre une déclaration du Conseil européen et contre le traité sur l'Union européenne, actes dont la légalité n'est pas susceptible d'être contrôlée au titre de l'article 173[43]; un recours au titre de l'article 173, alors qu'il devait être formé au titre de l'article 179 (Communauté contre agents), rejeté lui aussi par le tribunal[44]; ou encore un recours «impossible» contre un refus d'affectation sur un poste non disponible[45].
Ainsi, à l'examen, il n'y a pas d'abus de la part de la Cour. Sort-elle d'un rôle de cassation en utilisant l'article 119 ? La réponse doit assurément être négative, puisque la pratique existe devant le Conseil d'Etat, sans les garanties d'une procédure même abrégée (commission d'admission des pourvois), que le contrôle d'un juge de cassation n'a pas l'obligation d'être lent et que l'expérience démontre que tous les pourvois jugés «rapidement» étaient effectivement soit manifestement irrecevables, soit manifestement non fondés. Sur ce point, la Cour de justice des Communautés européennes est donc un vrai juge de cassation, disposant par contre d'une procédure accélérée de rejet. Les trente-quatre arrêts de la Cour constituent l'essentiel de l'ensemble jurisprudentiel. Statistiquement, le pourvoi n'est pas favorable à ses auteurs (26 rejets pour 8 annulations). Le pourcentage de réussite est juridiquement de 23% (annulation de la décision du tribunal), mais en pratique de 17% (satisfaction de l'auteur du pourvoi)[46]. Il n'est pour autant pas sensiblement différent de la réussite en droit interne de la cassation. La personnalité de l'auteur du pourvoi semble jouer un rôle: on note en effet 3 annulations en faveur de la Commission, 5 annulations pour des pourvois de fonctionnaires (3) ou de personnes morales de droit privé (2). Cependant, la Commission n'a fait que 5 pourvois et obtenu 3 annulations (le Parlement 3 pourvois pour aucune annulation, les sociétés 9 pourvois pour 2 annulations, et les fonctionnaires 16 pourvois pour 3 annulations). Le taux exceptionnel de réussite de la Commission peut cependant s'expliquer par la compétence extrême de cette dernière et le rôle essentiel qu'elle a dans la fixation du droit communautaire. Si le taux de réussite n'est guère significatif en lui-même, les solutions rendues permettent en revanche de mieux cerner la nature du contrôle exercé par la Cour de justice sur le Tribunal de première instance.

Solutions juridictionnelles et contrôle réel

Les rejets pour cause d'irrecevabilité du pourvoi[47] ne révélant aucun problème particulier[48], la grande majorité des arrêts de rejet au fond, au nombre de dix-sept, manifeste un rejet après examen classique et négatif de l'éventuelle erreur de droit du juge de première instance. L'examen juridique (et le rejet) des moyens tirés de la violation du droit communautaire par le Tribunal de première instance conditionne la solution de la Cour de justice des Communautés européennes, dans le cadre d'un contrôle classique de cassation. Tout au plus, quelques arrêts sont-ils intéressants dans la mesure où les moyens étaient fondés sur l'irrégularité de certains motifs du Tribunal, pour lesquels la Cour pratique une « couverture » des motifs irréguliers, à

raison d'un dispositif fondé. Ainsi, l'arrêt *Lestelle*[49] parmi d'autres décide que, « même si c'est à tort que le Tribunal de première instance a fondé l'obligation de cotiser sur une disposition abrogée, cette obligation demeure légalement justifiée sur le fondement des considérations reprises ci-dessus ». En conséquence, si les motifs d'un arrêt révèlent une violation du droit communautaire, mais que son dispositif apparaît fondé pour d'autres motifs de droit, le pourvoi doit-être rejeté. Cette substitution des motifs reste cependant conforme au rôle d'un juge de cassation, et est d'ailleurs reconnue et pratiquée par la Cour de cassation française, en application du Nouveau Code de procédure civile[50]. De même, restant dans son rôle de juge du droit, la Cour refuse de « substituer, pour des motifs d'équité, son appréciation à celle du Tribunal statuant, dans l'exercice de sa pleine juridiction, sur le montant d'une amende[51] ».
Ainsi, sur la totalité de ses arrêts de rejet, la Cour de justice des Communautés européennes est vraiment une cour de cassation.
Les arrêts d'annulation en revanche sont plus complexes[52]. Tous fondés sur la violation du droit communautaire, essentiellement constituée (six arrêts) d'erreur de droit, accessoirement de défaut de motivation (un arrêt) ou de qualification juridique des faits (un arrêt), ils constituent un ensemble plus hétéroclite que les décisions de rejet du pourvoi.
En matière d'annulation suivie d'un renvoi devant le Tribunal, la Cour renvoie normalement quand l'annulation suppose un nouveau jugement complet. Il en a été ainsi en cas de méconnaissance par le Tribunal de première instance et rejet par ce dernier de la qualification de «maladie professionnelle»; ce point étant annulé, la nécessité de juger à nouveau entièrement et donc le renvoi s'imposaient (CJCE 4 octobre 1991, *Commission c/ Gill*[53]*).* Il en va de même pour un défaut de réponse à une conclusion au titre du préjudice moral supposant un réexamen complet du dossier (CJCE 17 décembre 1994, *Moritz c/ Commission*[54]*),* ou la qualification d'une lettre de classement d'une plainte comme décision ne faisant pas grief. L'annulation de ce rejet pour irrecevabilité par le Tribunal de première instance entraîne la nécessité d'un réexamen complet du litige (CJCE 15 juin 1994, *Syndicat français de l'express International c/ Commission*[55]*)*
La Cour annule parfois sans renvoi quand il n'y a rien à juger. L'annulation de l'arrêt du Tribunal de première instance qui annulait un concours remet les choses à leur situation d'origine (CJCE 6 juillet 1993, *Commission c/Albani*[56]*),* de même que l'erreur de droit du Tribunal de première instance refusant de sanctionner une décision prise sans examen des certificats médicaux produits entache l'ensemble de la décision qui est viciée et annulée par la Cour (CJCE 19 juin 1992, *Mme V. c/PE*[57]*).*
A ce stade de sa jurisprudence, aucune décision juridictionnelle de la Cour ne permettait de douter d'une stricte observance de la fonction d'un juge de cassation.
Les trois derniers arrêts d'annulation pourraient cependant susciter le doute chez les observateurs.
Dans une affaire très importante en matière de concurrence (CJCE 15 juin 1994, *Commission c/BASF*[58]*),* la Cour semble vouloir jouer un rôle plus proche d'un juge d'appel que d'un juge de cassation. A l'encontre de décisions de la Commission frappant de nombreuses entreprises de polyvinylchloride (PVC) sur le fondement de l'article 85-1 du traité, en matière d'ententes illicites, le Tribunal de première instance, relevant des vices de forme et de procédure importants (collégialité non respectée pour toutes les décisions, insuffisance de motivation...), rendit un arrêt constatant l'inexistence des décisions attaquées, qualifiées de nulles et non avenues.
La Cour de justice des Communautés européennes releva une erreur de droit dans la constatation de l'inexistence, sanction plus grave que l'annulation pour simple illicéité: «Les irrégularités de compétence et de forme relevées par le tribunal, qui concernent la procédure d'adoption de la décision de la Commission, n'apparaissent pas d'une gravité à ce point évidente que ladite décision doive être regardée comme juridiquement inexistante. » Mais

l'essentiel fut que la Cour examina ensuite la licéité de la décision, c'est-à-dire opéra un nouvel examen du fond du litige. Elle annula la décision – le tribunal constatant, lui, l'inexistence – pour défaut de motivation, non-respect des droits de la défense et autres irrégularités substantielles. Vu d'un strict point de vue de la cassation, il s'agit de la sanction du juge du fond dans une qualification excessive, celle de l'inexistence, mais, vu au fond du litige, c'est en réalité une véritable application d'un double degré de juridiction – en fait, un examen en appel –, car les conditions de licéité de la décision au titre de l'article 85-1 du traité furent réexaminées et aboutirent en fait à une deuxième annulation de décision de la Commission.

Dans une autre affaire récente (CJCE 29 juin 1994, *Klincke c/ Commission*[59]*),* après avoir constaté que le Tribunal de première instance avait commis des erreurs de droit dans la prise en compte des titres d'un fonctionnaire, que le Tribunal n'avait pas répondu à une conclusion, la Cour statua au fond – pour rejeter - mais après avoir examiné le caractère non manifestement erroné de l'exercice du pouvoir discrétionnaire de l'autorité administrative. Or le contrôle de l'erreur manifeste d'appréciation suppose un examen approfondi des faits et une nouvelle instruction de l'affaire, instruction révélée par les termes mêmes de l'arrêt: «Il n'a pas été établi en l'occurrence que tel était le cas [...] Il ressort du dossier que [l'administration communautaire] a entendu ladite décision dans son sens exact.»

Enfin, le dernier arrêt d'annulation à ce jour (CJCE 17 janvier 1995, *Publishers Association c/ Commission*[60]*),* après avoir annulé l'arrêt du Tribunal sur deux[61] des huit erreurs de droit soulevées, utilisant sa faculté d'évocation, opéra un nouvel examen de la décision contestée de la Commission pour l'annuler au titre d'une erreur de motivation. Là encore, derrière l'apparence du fondement de l'annulation (violation des formes substantielles), la Cour a procédé à un examen des conditions dans lesquelles la Commission avait exercé son pouvoir d'exemption au titre de l'article 85-3 du traité. Formellement, le défaut de motivation sanctionné cache la sanction réelle d'une insuffisance d'examen du dossier, contrôle relevant encore une fois d'une nouvelle appréciation au fond du dossier.

Sur ces trois derniers arrêts d'annulation, la Cour de justice des Communautés européennes a été juge de cassation mais aussi indiscutablement juge d'appel.

En conclusion, il apparaît que la terminologie employée, faute de précision, n'a guère de portée juridique et que les textes font en théorie (à l'exception de la procédure relative aux référés) indéniablement de la Cour un juge de cassation à l'encontre des décisions juridictionnelles du Tribunal de première instance.

Mais la jurisprudence de 1991 à 1995 laisse plus perplexe. Si la nature des ordonnances du président de la Cour (procédure d'urgence) sort du rôle d'un juge de cassation, la fonction des ordonnances de la Cour (art. 119 du statut) révèle un moyen efficace pour un juge de cassation de régler plus vite certains litiges. Les arrêts proprement dits semblent dans leur grande majorité révéler aussi un juge de cassation.

La cause pourrait être entendue sans l'intervention des trois derniers arrêts d'annulation. On pourrait à leur propos évoquer diverses interprétations. La première serait de considérer que la Cour est bien – partiellement, car elle conserve ses compétences de premier et dernier ressort, – un juge de cassation qui, sous réserve des ordonnances du président, respecte sa fonction de juge du droit et a dans trois affaires – qui resteront marginales dans sa jurisprudence – été un peu plus loin. Conventionnelle, l'explication pourrait paraître naïve. La deuxième analyse, chronologique, serait de considérer que la Cour a – à l'image du Conseil constitutionnel français avant et après 1971 – connu deux époques: de 1991 à 1994, où elle se contentait d'un rôle de cassation, et depuis 1994, où usant du privilège des juridictions suprêmes elle se permet d'être parfois juge d'appel. Plus proche certainement de la réalité, l'interprétation est peut-être excessive. Il semble à l'analyse que la réalité soit intermédiaire. Consciente de la nécessité, dans certains cas, d'un véritable double degré de juridiction, absent du système communautaire,

la Cour est peut-être tout simplement plus qu'un simple juge de cassation, à l'image du Conseil d'Etat français actuel, à la fois juge de premier et dernier ressort de certains recours, comme la Cour de justice des Communautés européennes à l'égard des requérants privilégiés, juge de cassation des cours administratives d'appel, comme la Cour pour l'essentiel des arrêts du Tribunal de première instance, et aussi juge suprême au fond par évocation, si «une bonne administration de la justice[62]» le justifie (Conseil d'Etat), ou pour assurer un double degré de juridiction[63].

Au fond, cette extension du rôle du juge suprême est-elle contestable? On a voulu en droit communautaire parler de «cassation» plus par souci d'image de marque, de prestige à l'égard des décisions du Tribunal de première instance qu'il fallut qualifier d'« arrêts» pour les mêmes raisons. Mais un système juridique n'a pas nécessairement besoin d'une mécanique de cassation. Ainsi, le système juridictionnel anglais ne connaît pas la cassation et n'est pas pour autant le modèle de l'absence de civilisation juridique, alors qu'il a inventé les droits de l'homme. En revanche, un système sans appel, et par voie de conséquence sans double examen du fond du litige, est plus suspect, tel le système juridictionnel soviétique qui ignorait l'appel et n'a peut-être pas été le meilleur exemple de démocratie juridique.

En fait, l'important est l'impression d'une bonne justice, et passe par le sentiment d'un double examen de la cause, que ce soit en appel ou en cassation élargie. Dans ces conditions, le triple rôle de la Cour de justice des Communautés européennes n'est pas choquant. Il permet d'assurer une fiction indispensable, celle du sentiment de sécurité juridique, qui doit l'emporter sur la vérité des textes, comme en droit musulman la fiction de «l'enfant endormi dans le sein de sa mère[64]» permet à la paix des familles de l'emporter sur la vérité biologique.

Ainsi, la fiction textuelle d'une «cassation» n'empêche pas que le système juridictionnel communautaire permette un double examen de la cause. Sauf à créer une troisième juridiction – la «cour d'appel de l'Union européenne» – ou à créer des juridictions régionales de première instance faisant du Tribunal de première instance – à débaptiser par définition – un juge d'appel, il n'y a pas d'autre moyen d'assurer cette sécurité des justiciables communautaires.

1. Décision 88/591, *JOCE* L 319 du 25 novembre 1998, rect.: *JOCE* L 241 du 17 août 1989.
2. Recours en annulation (art. 173 et ss. du traité), recours en carence (art. 177), contentieux de la répression (art. 172), responsabilité extra-contractuelle (art. 178) et litiges entre agents et l'Union européenne (art. 179).
3. Recours en manquement des articles 169, 170 et 171 du traité.
4. Art. 177 du traité.
5. Après les compétences initiales dévolues en matière de concurrence et de litiges entre agents et Communauté, et l'extension naturelle en 1989 aux litiges en matière de concentration d'entreprises, la décision du 8 juin 1993 (décision 93/350, *JOCE* L 144 du 16 juin 1993) a étendu la compétence du tribunal pour tous autres recours des personnes morales et physiques, à l'exception des recours en matière de défense commerciale, eux-mêmes attribués au tribunal en vertu d'une dernière décision du 7 mars 1994 *(JOCE* L *66* du 10 mars 1994).
6. Art. 168 A du traité: «Il est adjoint à la Cour de justice un tribunal chargé de connaître en première instance, sous réserve d'un pourvoi porté devant la Cour de justice».
7. Art. 49 du statut: «Un pourvoi peut être formé devant la Cour».
8. cf. art. 542 du Nouveau Code de procédure civile français: «L'appel tend à faire réformer ou annuler [...] un jugement rendu par une juridiction du premier degré».
9. «Le Conseil d'Etat connaît des "recours" en cassation contre les décisions des juridictions administratives rendues en dernier ressort.»
10. « Le "pourvoi" en cassation devant le Conseil d'Etat fait l'objet d'une procédure préalable d'admission. »
11. « Les arrêts rendus par les cours administratives d'appel peuvent être déférés au Conseil d'Etat par voie de "recours" en cassation. »
12. Modifié par le décret du 2 septembre 1988.
13. Art. 28-1: «La commission d'admission des "pourvois" en cassation comprend un président» et art. 31-1: «Le président de [...] la commission d'admission des "pourvois" en cassation».
14. Art. 2-7: «Il reste en outre compétent pour statuer sur les "recours" en cassation». Art. 2-8 résultant du

décret du 28 novembre 1953: «8° Les "recours" en cassation contre les décisions rendues en dernier ressort par
15. *Cours du droit* 1976-1981, 6 vol., p. 793: «La jurisprudence s'est fixée à l'occasion d'un "pourvoi" dirigé contre un arrêté ministériel d'expulsion».
16. «Toutes les décisions rendues en dernier ressort [...] peuvent être déférées au Conseil d'Etat et à lui seul par la voie du recours en cassation» *(Cours du droit,* préc. p. 847).
17. Cette terminologie impropre semble plus le fait des juridictions de première instance, le Conseil d'Etat employant généralement le bon terme d'exception d'incompétence (cf. par exemple CE 4 juillet 1980, *SEITA,* req. n° 02897). Pour autant, le président Odent lui mente *(in* Le destin des fins de non-recevoir, *Mélanges Waline, LGDJ,* 1974. tome II, p. 654) traite des «fins de non-recevoir tirées de l'incompétence de la juridiction saisie ».
18. « Il est adjoint à la Cour de justice des Communautés européennes un tribunal chargé de connaître en première instance, sous réserve d'un pourvoi porté devant la Cour de justice, limité aux questions de droit […]
19. On note une tendance à statuer au fond s'il ne reste que des questions de droit (CE 28 juillet 1989, *Département des Hauts-de-Seine, Leb.* p. 169, notamment concl. Thuot).
20. « Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation. Peuvent néanmoins être évoqués pour la première fois, sauf disposition contraire: 1° les moyens de pur droit. »
21. « Aux parties ayant partiellement ou totalement succombé en leurs conclusions. »
22. « Les parties intervenantes [...] ne peuvent former ce pourvoi que lorsque la décision du Tribunal les affecte directement. »
23. Cependant un autre intérêt à agir est intéressant et reconnu aux Etats membres et institutions de la Communauté, même s'ils n'ont pas été parties ou intervenants au litige: «Sauf dans les cas de litiges opposant la Communauté à ses agents, ce pourvoi peut également être formé par les Etats membres et les institutions de la Communauté qui ne sont pas intervenus au litige devant le Tribunal. Dans ce cas, les Etats membres sont dans une position identique à celle d'Etats membres ou d'institutions qui seraient intervenus en première instance». Il y a là une sorte de «recours dans l'intérêt de la loi», ouvert aux ministres devant le Conseil d'Etat. Mais, ici, les requérants privilégiés ont une faculté plus large, celle d'intervenants, alors qu'ils n'étaient ni parties ni intervenants au litige initial.
24. cf. art. 11 de la loi du 31 décembre 1987.
25. cf. Edouard Laferrière, in *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux, 2* vol., Berger-Levrault, 2` éd. 1896. Depuis l'arrêt *Téry* (CE 20 juin 1913, *S.* 1920,3, p. 13, concl. Corneille), le Conseil d'Etat admet en toute logique la violation de la loi.
26. « Le pourvoi en cassation tend à faire censurer par la Cour de cassation la non-conformité du jugement qu'il attaque aux règles de droit. »
27. Toutefois, la Cour dans sa jurisprudence encore embryonnaire les a, semble-t-il, proscrits. Une première jurisprudence de 1992 (CJCE 19 juin 1992, *Mme V. c/ Parlement européen,* aff. C-18/91 P, *Rec.* I-3997) inaugura ce refus, confirmé pour l'heure de manière expresse par un arrêt de 1994 (CJCE 1" juin 1994, *Commission c/ Brazelli Lualdi,* aff. C-136/92 P, *Rec.* I-1981), précisant par souci pédagogique que «permettre à une partie de soulever pour la première fois devant la Cour un moyen qu'elle n'a pas soulevé devant le tribunal reviendrait à lui permettre de saisir la Cour, dont la compétence en matière de pourvoi est limitée, d'un litige plus étendu que celui dont a eu à connaître le tribunal».
28. Art. 619 du Nouveau Code de procédure civile.
29. Dans une stricte acception terminologique, cependant, le terme d'annulation évoque l'appel (cf. art. 542 du Nouveau Code de procédure civile: «L'appel tend à faire réformer ou annuler par la cour d'appel un jugement rendu par une juridiction de premier degré»).
30. cf. art. 11 de la loi du 31 décembre 1987: «S'il prononce l'annulation d'une décision d'une juridiction administrative statuant en dernier ressort, le Conseil d'Etat peut soit renvoyer l'affaire devant la même juridiction statuant [...] dans une autre formation, soit renvoyer l'affaire devant une autre juridiction de même nature, soit régler l'affaire au fond».
31. Art. 11 de la loi du 31 décembre 1987. On notera que le Conseil d'Etat ne le fait que si la solution du litige ne repose plus que sur des questions de droit (CE 28 juillet 1989, *Département des Hauts-de-Seine, Leb.* p. 169, concl. Thuot), tandis qu'il refuse cette solution tant que la solution suppose des appréciations de fait que les parties au litige peuvent encore développer devant une éventuelle juridiction de renvoi.
32. «La Cour de cassation peut casser sans renvoi lorsque la cassation n'implique pas qu'il soit à nouveau statué sur le fond. Elle peut aussi, en cassant sans renvoi, mettre fin au litige lorsque les faits, tels qu'ils ont été souverainement constatés et appréciés par le juge du fond, lui permettent d'appliquer la règle de droit appropriée.»
33. Cette évocation représenterait 10% des solutions actuelles de la Cour de cassation française.
34. «Les recours formés devant la Cour de justice n'ont pas d'effet suspensif. Toutefois, la Cour de justice peut, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à exécution de l'acte attaqué.»
35. Ordonnance du 31 janvier 1991, *Parlement européen c/ Jack Nanning* (aff. C-345/90 P-R, Rec. I-231) où

le président considéra que la condition de *fumus boni juris* (présomption du caractère fondé des moyens) était remplie (erreur de raisonnement du Tribunal de première instance sur le pouvoir discrétionnaire en matière de choix de candidat) et que l'urgence était constituée parce que la vacance d'un poste entraînerait pour le Parlement un préjudice grave et irréparable. L'appréciation en l'espèce était généreuse, le poste en cause étant un simple poste de chef du bureau d'information à Londres.
36. Ordonnance du 3 avril 1992, *Parlement européen c/Frederiksen* (aff. C-35/92 P-R, *Rec.* I-2399): rejet pour défaut d'urgence.
37. Ordonnance du 5 mai 1994, *Schulz c/ Commission* (aff. C- 97/94 P-R, Rec. I-1701): rejet pour irrecevabilité résultant de l'irrecevabilité du recours principal.
38. Ordonnance du 7 mars 1995, *Transacciones Maritimas SA c/ Commission* (C-12/95 P): rejet pour licéité d'une mesure de constitution d'une caution bancaire accompagnant l'octroi d'une demande de sursis à exécution. Ordonnance du 6 juillet 1995, *Commission c/ F. Daffix* (C-166/95 P-R): rejet pour défaut d'urgence. Ordonnance du 19 juillet 1995, *Commission c/ Freight Transport Association Ltd et consorts* (C-149/95 P-R): rejet pour défaut d'urgence.
39. 11 ordonnances sur 45 arrêts, soit 24% des pourvois, mais surtout 11 ordonnances sur 35 rejets, soit 31% des rejets devant la Cour.
40. Ordonnance du 1er février 1993, *MOAT c/ Commission* (aff. C-318/92 P, *Rec.* I-481).
41. Ordonnance du 24 janvier 1994, *Boessen c/ Conseil économique et social des Communautés européennes* (aff. C-275/93 P, *Rec.* I-159).
42. Ordonnance du 3 décembre 1992, *MOAT c/ Commission* (aff. C-32/92 P, Rec. I-6379).
43. Ordonnances du 13 janvier 1995, J. *Bonnamy c/ Conseil de l'Union européenne* (aff. C-264-94 P, Rec. I-15) et O. *Roujanski c/ Conseil de l'Union européenne* (aff. C-253/94 P, Rec. I-7).
44. Ordonnance du 27 février 1991, *Viciano c/ Commission* (aff. C-126/90 P, Rec. I-781).
45. Ordonnance du 20 mars 1991, *Turner c/ Commission* (aff. C-115/90 P, Rec. I-1423).
46. 22 rejets au fond, 4 rejets pour irrecevabilité, 2 annulations mais suivies d'un rejet au fond, soit 28 insatisfactions de l'auteur du pourvoi, pour 3 annulations suivies d'une satisfaction au fond du requérant et 3 annulations suivies d'un renvoi devant le Tribunal de première instance.
47. Au nombre de quatre arrêts, à ajouter aux ordonnances de rejet pour irrecevabilité manifeste *(v. supra).*
48. Trois rejets d'appréciation des faits et un rejet d'une demande reconventionnelle (conclusion nouvelle irrecevable: demande de dommages et intérêts pour cause de pourvoi: CJCE 18 mars 1993, *Parlement européen c/Frederiksen,* aff. C-35/92 P, *Rec.* I-991).
49. CJCE 9 juin 1992, *Lestelle c/ Commission* (aff. C-30/91 P, *Rec.* I-3775).
50. cf. art. 620 du Nouveau Code de procédure civile: «La Cour de cassation peut rejeter le pourvoi en substituant un motif de pur droit à un motif erroné».
51. CJCE 17 janvier 1995, *Finanziaria Siderurgica Finsinder Spa c/ Commission* (aff. C-320/92 P, *Rec.* I-5697).
52. 8 arrêts d'annulation (mais dont 2 suivis d'un rejet au fond du pourvoi après évocation).
53. Aff. C-185/90 P, *Rec.* I-4779.
54. Aff. C-68/91 *P, Rec.* I-6849.
55. Aff. C-39/93, *Rec.* I-2681.
56. Aff. C- 242/90 P, *Rec.* I-3839.
57. Aff. C-18/91 *P, Rec.* I-3997
58. Aff. C-137/92 P, *Rec.* I-2555.
59. Aff. *C-298/93, Rec.* I-3009.
60. Aff. C-*360/92, Rec.* I-23.
61. L'erreur d'interprétation d'une disposition du traité et le défaut de motivation de l'arrêt
62. Art. 11 de la loi du 31 décembre 1987.
63. Le Conseil d'Etat reste par ailleurs aussi un juge formel d'appel, pour les questions d'appréciation de légalité des actes par voie de questions préjudicielles et pour les élections municipales et cantonales (art. 11 de la loi du 31 décembre 1987) et à l'égard de certaines juridictions internes ou particulières, comme le conseil de préfecture de Wallis-et-Futuna et la commission du contentieux de l'indemnisation des Français dépossédés (art. 64 de la loi du 15 juillet 1970), même si cette compétence d'appel est aujourd'hui marginale.
64. Pour expliquer la paternité du mari parti à la guerre durant plusieurs années.