



**HAL**  
open science

## Droit comparé et droit administratif européen

Thomas Perroud

► **To cite this version:**

Thomas Perroud. Droit comparé et droit administratif européen. Le droit comparé : de la périphérie au centre ?, Sep 2016, La Rochelle, France. hal-01699006

**HAL Id: hal-01699006**

**<https://hal.science/hal-01699006>**

Submitted on 1 Feb 2018

**HAL** is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

## Droit comparé et droit administratif européen

**Thomas Perroud, professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)**

\*

Le sujet invite à une réflexion sur les sources, c'est ainsi que l'on pose traditionnellement la question en France, pays qui se plaît à se représenter son ordre juridique comme une pyramide, comme un système ordonné. Dans ce cadre, évidemment, le droit comparé n'a pas sa place comme source du droit que le juge pourrait appliquer à la résolution d'un litige (sauf dans le cadre d'un conflit de lois). Dans le monde de *common law*, à l'inverse, les juges peuvent tout à fait s'inspirer d'une solution étrangère, car il n'est pas question de source, mais de résoudre un litige concret, de partir des faits. Les solutions circulent donc, mais, il est vrai, plutôt en droit privé. Dans ces systèmes juridiques, rien ne s'oppose par conséquent à des emprunts. Telle est donc la position du droit privé.

Le droit administratif n'obéit pas exactement au même raisonnement, en tout cas les enjeux ne sont bien sûr pas les mêmes. Cette discipline est profondément d'ancrage national, comme le notent Ulrich Scheuner<sup>1</sup> et Jean Rivero<sup>2</sup>. Pour le premier, le droit administratif fait partie des domaines où « les particularités nationales d'un peuple et d'un État s'expriment avec plus de force »<sup>3</sup> et constitue « dans une large mesure l'expression de la spécificité nationale »<sup>4</sup>. Ne serait-il pas profondément choquant que l'Administration et son juge appliquent une règle étrangère à la résolution d'un litige ? L'apport du droit comparé ne peut donc être que limité. Le droit administratif est ainsi, plus encore que le droit privé, étranger à l'utilisation du droit comparé, même si les grands ouvrages de droit administratif, comme le Traité de Laferrière bien sûr, comprennent des développements substantiels dans ce domaine. La règle intangible est que l'administration française doit appliquer le droit français et le juge administratif a pour rôle principal de faire respecter la loi française.

Le recours au droit comparé par le juge fait l'objet aujourd'hui d'intenses débats, mais en dehors de France. Le juge administratif français en fait désormais un usage courant, mais sans

---

<sup>1</sup> U. Scheuner, « Der Einfluss des französischen Verwaltungsrecht auf die deutsche Rechtsentwicklung », DÖV 1963, pp. 714 et suiv., cité par J. Schwarze, Droit administratif européen, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, pp. 102-103.

<sup>2</sup> J. Rivero, Cours de droit administratif comparé, Paris, Les cours de droit, 1957-1958, pp. 18 et suiv..

<sup>3</sup> U. Scheuner, « Der Einfluss des französischen Verwaltungsrecht auf die deutsche Rechtsentwicklung », préc. p. 714.

<sup>4</sup> Ibidem.

que cette utilisation ne fasse l'objet d'une quelconque discussion. La circulation des solutions et des techniques juridictionnelles n'est pas nouvelle. Jean Rivero rapporte ainsi ceci : « le Conseil d'État s'ouvre à certaines jurisprudences étrangères. L'erreur manifeste, s'il faut en croire le président Letourneur, doit beaucoup à l'exemple du Tribunal Fédéral Suisse, et la jurisprudence du Tribunal international de l'O.I.T., selon le président Braibant, est à l'origine du principe de proportionnalité »<sup>5</sup>. Il y a donc des circulations mais, face à l'essor du recours contemporain au droit comparé il n'y a pas, en France, de débat. Le silence français contraste ainsi fortement avec l'intensité des débats outre-Atlantique. La position extrême — le refus — est bien représentée par l'opinion dissidente du juge Scalia dans l'arrêt *Roper v Simmons* de 2005 : « Cette cour... prétend être guidée par l'opinion des parlements et des cours étrangers. Parce que je ne crois pas que le sens du 8<sup>e</sup> Amendement et des autres dispositions de la Constitution doive être déterminé par les opinions de cinq membres de cette Cour et d'étrangers qui partagent cette vision, je diverge »<sup>6</sup>. Plus loin, Scalia ajoute : « ce que ces sources étrangères "affirment", plutôt que répudient, est simplement le reflet de la conception du monde des juges de cette Cour et qu'ils souhaitent imposer comme un diktat aux États-Unis. La tentative de cette Cour d'euphémiser la signification de cette discussion étendue du droit étranger n'est pas convaincante ». À la suite de cette décision, les républicains ont tenté, vainement, de voter une loi empêchant la Cour suprême d'interpréter la Constitution américaine à l'aide d'instruments étrangers.

Quel est l'enjeu en réalité ? La position du grand juge originaliste est une solution inspirée d'une sorte de nationalisme juridique dont la racine n'est pas évidemment à rechercher dans la protection de la souveraineté du Congrès. Ici, il s'oppose donc en réalité à toute évolution concernant la peine de mort. Mais, une fois dit cela, il ne faut pas écarter d'emblée ce que l'utilisation du droit comparé peut avoir de profondément choquant a priori dans une décision de justice. Ce n'est d'ailleurs peut-être pas un hasard si l'on se pose cette question à l'heure où l'on parle de haine de la démocratie<sup>7</sup> et d'éclipse de la légalité<sup>8</sup>, l'un étant bien sûr lié à l'autre. L'utilisation du droit comparé par les juges — le Conseil d'État en fait ainsi une

---

<sup>5</sup> Jean Rivero, « Le droit administratif en droit comparé : Rapport final » *Revue internationale de droit comparé*, Année 1989, Volume 41, Numéro 4 p. 919 – 926.

<sup>6</sup> *Roper v Simmons*, 543 U.S. 551, 668 (2005).

<sup>7</sup> J. Rancière, *La haine de la démocratie*, Paris, la Fabrique éditions, 2005.

<sup>8</sup> *The Eclipse of the Legality Principle in the European Union*, F. Pennings, F. M. Leonard Besselink, S. Prechal, Kluwer Law International, 2010.

utilisation importante depuis plusieurs années<sup>9</sup> — est la manifestation d'un nouveau rapport aux sources du droit qui révèle l'essor important des pouvoirs des juges et l'intrication grandissante des systèmes juridiques, phénomène qui appelle une utilisation grandissante du droit comparé en Europe aujourd'hui, ce qu'Armin von Bogdandy a bien étudié<sup>10</sup>. Pourtant, une fois dit cela, on ne peut que constater qu'en droit de l'Union européenne, il en a toujours été ainsi.

En effet, la Cour de justice utilise le droit comparé au moins depuis l'arrêt *Algera* de 1957, et justement dans un domaine appartenant au champ du droit administratif. Mais la position de la Cour est ici différente puisqu'elle s'inspire de systèmes juridiques qui participent à son action, elle ne s'inspire donc pas de systèmes juridiques étrangers, comme a voulu le faire la Cour suprême dans l'affaire *Roper v Simmons* – en ce sens, le juge Scalia ne s'oppose pas à l'hypothèse de l'utilisation du droit comparé des États des États-Unis. La Cour de justice s'inspire des droits des États membres pour dégager certains principes, ce que le traité l'invite parfois expressément à faire en imposant à la Cour, en matière de responsabilité extracontractuelle, à « réparer, conformément aux principes généraux communs aux droits des États membres, les dommages causés par ses institutions ou par ses agents dans l'exercice de leurs fonctions »<sup>11</sup>. Dans le domaine des droits fondamentaux, elle a ainsi posé dans les arrêts *Nold* de 1974 et *Hauer* de 1979 que la Cour a l'obligation de s'inspirer des traditions

---

<sup>9</sup> J.-M. Sauvé, *Le Conseil d'État et la comparaison des droits*, *La comparaison en droit public*, Hommage à Roland Drago, Colloque organisé par l'Institut français des sciences administratives et la Société de législation comparée, Conseil d'État, 14 févr. 2014 (disponible à cette adresse : <http://www.conseil-etat.fr/Actualites/Discours-Interventions/Le-Conseil-d-Etat-et-la-comparaison-des-droits>) ; B. Stirn, « Le droit administratif français, européen et global : bilan et perspectives », *ELN Interviews* ; Vers un droit public européen, Montchrétien, Coll. Clefs, 2015 ; O. Dutheil de Lamothe, « Comparative law as an essential feature of French public law : the influence of the European Union and of the European Convention of Human Rights » in M. Ademas and D. Fairgrieve (eds), *Courts and Comparative Law*, Oxford University Press ; F. Lichère, « The Use of Comparative Law before the French Administrative Law Courts : or the triumph of castles over pyramids », *Courts and Comparative Law*, préc., p. 253 s. ; A. Bretonneau, S. Dahan, D. Fairgrieve, « L'influence grandissante du droit comparé au Conseil d'État : vers une procédure juridictionnelle innovante ? », *RFDA* 2015. 855.

<sup>10</sup> A. von Bogdandy, « European Law Beyond 'Ever Closer Union' – Repositioning the Concept, its Thrust and the ECJ's Comparative Methodology », *European Law Journal*, Vol. 22, n° 4, July 2016, pp. 519-538.

<sup>11</sup> Article 340, al. 2 du TFUE. Pour un aperçu assez complet des sources de la comparaison : C. N. Kakouris, « Use of Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities », 6 *Pace Int'l L. Rev.* 267 (1994).

constitutionnelles communes aux États membres »<sup>12</sup>. La Cour se l'impose donc comme une obligation. Elle fait donc du droit comparé interne, pourrait-on dire, ce qui ne l'empêche pas de s'inspirer de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ou d'autres instruments internationaux pertinents. Nous montrerons donc qu'il s'agit d'une technique traditionnelle du juge européen. En comprenant le droit administratif européen dans un sens restrictif, à savoir le droit de l'administration de l'Union européenne, en excluant une analyse complète des principes généraux du droit que Jürgen Schwarze<sup>13</sup> a déjà bien étudié en établissant bien, pour chacun, l'apport du droit comparé, on tentera de montrer comment le juge européen s'est servi depuis l'origine du droit comparé pour améliorer ses techniques, pour dégager de nouveaux principes, mais que cette utilisation est en fait bien une instrumentalisation, qui doit faire l'objet d'une critique.

On commencera donc par établir la présence du droit comparé en droit administratif européen (I). On analysera ensuite sa mise en œuvre (II), pour enfin élaborer une critique du rôle du droit comparé en droit administratif européen (III).

#### I. Présence du droit comparé en droit administratif européen

Le juge de l'Union a toujours eu recours au droit comparé et le droit administratif a constitué un terrain privilégié, puisque le premier grand arrêt de droit administratif européen est un arrêt utilisant le droit comparé. Cette présence a une histoire, liée à l'origine même de la construction communautaire (A). Elle s'illustre en jurisprudence, comme en doctrine (B).

##### A. Le droit comparé et les origines de la construction communautaire

Comme l'a bien montré Julie Bailleux, le droit comparé entretient dès l'origine une relation étroite avec le droit communautaire naissant<sup>14</sup>. À la Libération, si le droit est disqualifié comme moyen de rapprocher les peuples et favoriser la paix au profit de l'économie et de la science politique, le droit comparé est cependant rapidement convoqué. Le droit comparé est compris alors comme une science sociale et son objet entre en résonance avec l'impératif de l'époque : développer la compréhension mutuelle des peuples. Julie Bailleux montre bien que

---

<sup>12</sup> Affaires 4/73 et 44/79.

<sup>13</sup> J. Schwarze, *Droit administratif européen*, Bruylant, Coll. *Droit administratif/Administrative Law*, 2009.

<sup>14</sup> J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, Dalloz, Nouvelle Bibliothèque des thèses, 2014, chapitre 1.

le droit comparé se redéfinit justement à l'époque pour approfondir cette compréhension des peuples — l'objectif initial, cher au XIXe siècle, d'unification des droits, est donc délaissé. Il devient indispensable « à la construction d'un ordre international pacifique »<sup>15</sup>. René David affirme ainsi que le droit comparé est « la forme moderne de l'humanisme juridique »<sup>16</sup>. Le droit comparé a donc le vent en poupe après la guerre et sera largement mobilisé pour la construction communautaire. En 1957, la création de la Faculté internationale de droit comparé à Luxembourg « est à l'origine d'une collaboration étroite et durable entre les membres du Service juridique [des institutions communautaires] et quelques-uns des plus éminents représentants d'une communauté de juristes transnationale qui tend alors à s'institutionnaliser : les spécialistes de droit comparé »<sup>17</sup>. La rencontre du droit comparé et du droit communautaire semble tout à fait naturelle, le premier ayant comme objectif le rapprochement des législations, le second constitue l'outil indispensable d'une telle entreprise. Marc Ancel avance ainsi que « le Traité de Rome sur les Communautés européennes, qui suppose ou qui doit provoquer une harmonisation des institutions juridiques, sociales et judiciaires des États membres (...) exigera de plus en plus l'étude comparative systématique de ces différentes institutions »<sup>18</sup>. L'exécutif communautaire s'investira donc fortement dans des institutions comme la Faculté internationale de droit comparé, dont la première session annuelle est consacrée au droit communautaire<sup>19</sup>. Julie Bailleux décrit ainsi l'apport des comparatistes : « Ces derniers ont très vite constitué les études de droit comparé comme une ressource indispensable à la construction d'un droit communautaire dans un produit pratique symbolique. En premier lieu ils ont mobilisé des études de droit comparé pour nourrir la substance des règles communautaires issues de l'activité (quotidienne) des institutions de la CECA, puis de la CEE et de l'Euratom. La législation CECA en matière sociale, par exemple, sera en grande partie élaborée sur la base d'études qui relèvent, aux

---

<sup>15</sup> J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 86.

<sup>16</sup> R. David, 29 janvier 1947, « Raisons pour lesquelles il est souhaitable de voir créer dans le cadre de l'Unesco une organisation pour l'étude du droit comparé », Archives de l'UNESCO, disponible sur le site internet de l'institution, cité par Julie Bailleux, in *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 86.

<sup>17</sup> *Ibidem*, p. 258.

<sup>18</sup> M. Ancel, « Cent ans de droit comparé en France », in *Livre centenaire de la Société de législation comparée : un siècle de droit comparé en France, 1869-1969*, cité par Julie Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 262.

<sup>19</sup> J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 265.

yeux de Michel Gaudet, de la “législation sociale comparée” et que mène, dès 1955, un groupe de professeurs originaires des différents pays de la Communauté réunie par les services de la Haute autorité »<sup>20</sup>. Il existe donc, au niveau institutionnel, une Direction spécifique dédiée au rapprochement des législations et qui fait donc du droit comparé.

Cet intérêt n'est pas spécifique aux organes exécutifs de l'Europe puisque Julie Bailleux cite une lettre d'un juge de la Cour de justice des Communautés européennes, Nicolas Catalano, qui insiste sur la nécessité de réfléchir au rapprochement des législations des six pays membres<sup>21</sup>. Maurice Lagrange est allé assez loin dans la théorisation de cette méthode. Pour ce juriste, l'alternative est la suivante « soit l'ordre juridique de la CECA appartient à l'ordre juridique international dont il n'est qu'une manifestation ; soit, il constitue un ordre juridique autonome, équilibré, dont les règles sont empruntées au droit public interne des états membres de la CECA »<sup>22</sup>. Il ajoute ensuite, et c'est capital pour nous, que la Cour de justice doit juger en prenant en compte « les règles qui ont été tout naturellement empruntées au fond commun des six pays »<sup>23</sup>. Il refuse ainsi le droit international comme source pour privilégier le droit interne des États membres, seule source du droit de la Communauté<sup>24</sup>. La Cour de justice, dit-il, « fait du droit comparé »<sup>25</sup>. Voici comment Maurice Lagrange décrit cette méthode : « Si la cour est souveraine et doit dire elle-même ce qu'est le droit du Traité, il est aisé de concevoir que la source de ce droit ne peut être puisée que dans le fond commun juridique des six États »<sup>26</sup>. Il faut donc en découvrir le « dénominateur commun », au terme d'une analyse de droit comparé, afin de découvrir « ces principes généraux du droit, qui, en réalité, et bien que par

---

<sup>20</sup> J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., pp. 265-266.

<sup>21</sup> Lettre de Nicolas Catalano à Pierre Wigny du 9 novembre 1959, Archives de la Fondation Jean Monnet, fonds Gaudet, Correspondances, cités par Julie Bailleux, p. 266.

<sup>22</sup> J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 266. Elle cite ici une phrase de Maurice Lagrange tiré de l'article suivant : « L'ordre juridique de la CECA », RDP 1958, p. 843.

<sup>23</sup> M. Lagrange, « La Cour de justice de la Communauté européenne du charbon et de l'acier », RDP 1954, p. 434, cité par J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 266.

<sup>24</sup> M. Lagrange, « L'ordre juridique de la CECA », RDP 1958, p. 843, cité par J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 266.

<sup>25</sup> Ibidem, p. 856.

<sup>26</sup> M. Lagrange, « Une réalité européenne. La cour de justice de la CECA », *Cahiers chrétiens de la fonction publique*, avril 1955, p. 20, cité par J. Bailleux, *Penser l'Europe par le droit, L'invention du droit communautaire en France*, préc., p. 267, note 165.

des cheminements de pensées différents, aboutissent à donner la même solution à des problèmes identiques »<sup>27</sup>.

Nous allons voir cette pensée à l'œuvre dans la jurisprudence et la doctrine.

## B. La comparaison au cœur de la jurisprudence et de la doctrine en droit administratif européen

On étudiera ici quelques cas, pour analyser la façon dont la jurisprudence et éventuellement les conclusions des avocats généraux utilisent le droit comparé (1). Ensuite, nous illustrerons aussi l'utilisation de la comparaison dans une proposition doctrinale originale, celle du groupe ReNUAL, qui a élaboré un projet de code européen de procédure administrative (2).

### 1. *La comparaison dans la jurisprudence de la Cour de justice*

De nombreux domaines du droit administratif européen ont été influencés par le droit comparé, comme l'a amplement démontré Jürgen Schwarze dans son manuel<sup>28</sup>. La jurisprudence a abondamment emprunté aux droits administratifs nationaux, à l'Allemagne pour le contrôle de proportionnalité ou la confiance légitime, par exemple.

On illustrera ce point à partir de l'arrêt *Algera*, qui offre l'avantage de montrer l'influence de la pensée de Maurice Lagrange. Cet arrêt est rendu le 12 juillet 1957<sup>29</sup>, d'après ses conclusions. Il s'agissait de la légalité du retrait d'un acte administratif créateur de droit (en l'occurrence la titularisation d'un fonctionnaire à un emploi public). La Cour admet que même si cette question est on ne peut plus traditionnelle dans les droits administratifs des États membres, le traité est silencieux sur ce point. La Cour procède donc ensuite à une étude de droit administratif comparé pour dégager les règles communes aux États membres dans ce domaine : « Quant à la possibilité d'un retrait de tels actes, il s'agit là d'un problème de droit administratif, bien connu dans la jurisprudence et la doctrine de tous les pays de la Communauté, mais pour la solution duquel le traité ne contient pas de règles. La Cour, sous peine de commettre un déni de justice, est donc obligée de la résoudre en s'inspirant des règles reconnues par les législations, la doctrine et la jurisprudence des pays membres ». L'analyse de la Cour aboutit à la conclusion que, dans les six pays membres de la Communauté, la révocabilité d'un acte administratif illégal est toujours possible, dans un

---

<sup>27</sup> Ibidem.

<sup>28</sup> J. Schwarze, *Droit administratif européen*, 2<sup>e</sup> éd., Bruylant, 2009.

<sup>29</sup> Affaire 7/56 et 7/57, Rec. p. 81.



délai raisonnable. Cette conclusion est conforme aux vœux de l'avocat général Lagrange, qui commence par énoncer qu'il « est, en effet, de principe que les décisions individuelles, lorsqu'elles sont conformes à la loi, ne peuvent pas être l'objet d'un retrait : ceux qui en sont l'objet tiennent donc de ses décisions un droit subjectif dont ils sont fondés à exiger le respect ». D'où l'avocat général tient-il ce principe ? Il se borne à expliquer ceci : « Cette solution, qui répond à la nécessité d'assurer la stabilité des rapports juridiques et correspond, dans l'ordre des relations unilatérales de droit public, aux effets du contrat dans les relations plurilatérales, est commune aux principes du droit de nos six pays ». On imagine donc que l'analyse comparée a précédé l'élaboration des conclusions, mais l'avocat général ne rentre pas dans plus de détails. En revanche, la question du retrait des décisions individuelles illégales fait l'objet de véritables développements. Il analyse d'abord la jurisprudence administrative française pour montrer que le retrait de telles décisions est, à l'époque, possible lorsque ces décisions sont illégales, mais dans le délai de recours contentieux. Le recours à l'exemple français est délicat en l'espèce puisque, en l'absence de délai en contentieux européen à l'époque (celui-ci n'ayant été institué que par le règlement de la Cour du 21 février 1957), les requérants concluent que les actes en question ne pouvaient pas être rapportés. L'avocat général est donc face à un dilemme qui l'amène à poursuivre son analyse vers d'autres systèmes juridiques : il note ainsi que la France est le seul pays dans lequel le retrait de l'acte illégal est limité aux délais de recours contentieux. En Allemagne, l'inviolabilité des droits acquis des fonctionnaires est un principe fondamental du droit constitutionnel de la fonction publique dans ce pays, sauf dans un certain nombre de cas, lesquels couvrent les cas d'illégalité. Faut-il donc s'inspirer de la solution française ? L'avocat général dit ainsi : « la Cour aura à juger si, le jour où le délai général institué pour l'application de l'article 58 sera applicable (il l'est devenu au moment où il parle), elle entend construire une jurisprudence protectrice des droits acquis des fonctionnaires et inspirée de la jurisprudence française. Pour le moment, tout ce que nous serions tentés personnellement d'admettre et l'idée d'un "délai raisonnable" ». Il note d'ailleurs que cette idée de délai raisonnable est conforme au droit allemand, telle qu'elle est énoncée dans un manuel que cite l'avocat général.

Dans le silence des traités, c'est donc les droits administratifs français et allemand qui permettent à l'avocat général et au juge de dégager la règle applicable. Pourquoi ne développe-t-il pas davantage la situation dans les autres systèmes juridiques de l'Europe des six ? Le recours au droit comparé sert donc ici à dégager une règle, même si l'analyse n'est pas très fouillée.

On peut continuer cette analyse, à partir de deux autres arrêts qui nous semblent particulièrement emblématiques de la démarche de la Cour dans son utilisation du droit comparé. Il s'agit des arrêts Nold de 1974<sup>30</sup> et Hauer de 1979<sup>31</sup>. Dans l'arrêt Nold, une société contestait une décision de la Commission au motif qu'elle portait atteinte à ses droits fondamentaux, en l'occurrence son droit de propriété, en diminuant la rentabilité de son entreprise. À l'époque le Traité était muet sur la question. La Cour commence par affirmer que les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont elle assure le respect. Mais elle ajoute alors que pour assurer la sauvegarde de ces droits elle est « tenue de s'inspirer des traditions constitutionnelles communes aux États membres et ne saurait, dès lors, admettre des mesures incompatibles avec les droits fondamentaux reconnus et garantis par les constitutions de ces États ». Elle ajoute d'ailleurs qu'elle peut aussi trouver son inspiration dans les instruments internationaux de protection des droits de l'homme auxquels les États membres adhèrent. C'est donc à la lumière de ces principes que l'atteinte portée par un acte administratif au droit de propriété doit être appréciée. Elle développe donc son contrôle d'une façon qui n'est effectivement pas étrangère au contrôle classique de la violation d'un droit fondamental. On retrouve le même raisonnement dans l'arrêt Hauer de 1979.

Le droit de l'Union entretient donc une affinité particulière avec le droit comparé. On constate aujourd'hui une utilisation de plus en plus appuyée de cette méthode, qui s'explique par la culture de la Cour, laquelle dispose des ressources idéales pour faire ce travail. La composition de la Cour en fait un lieu parfait pour mener des analyses comparatives, chaque juge arrivant à Luxembourg chargé de sa tradition juridique. C'est la raison pour laquelle les conclusions des avocats généraux contiennent très souvent des développements de droit comparé. Pierre Pescatore cite à cet égard le modèle que constituent les conclusions de M. Lagrange dans l'arrêt Assider du 11 février 1955 sur la notion de détournement de pouvoir.

Jürgen Schwarze note ainsi plusieurs influences des droits administratifs nationaux sur le droit administratif européen. Le droit administratif français a joué, dès l'origine un rôle fondamental dans l'élaboration du droit administratif européen et notamment des recours : le caractère objectif du recours en annulation ainsi que les cas d'ouverture du recours sont directement inspirés de ce pays. Le droit administratif allemand a joué ensuite un rôle de premier plan à travers l'élaboration du contrôle de proportionnalité ou la protection de la

---

<sup>30</sup> Aff. 4-73 du 14 mai 1974.

<sup>31</sup> Aff. 44/79 du 13 décembre 1979.

confiance légitime. On ne peut pas ne pas relever que l'inspiration allemande du contrôle de proportionnalité est un topos du droit comparé et mériterait d'être nuancé : le contrôle de proportionnalité existe en effet en France depuis longtemps en droit administratif, notamment dans le cadre du contrôle des mesures de police (Benjamin), mais il est vrai que la technique allemande, avec les trois tests, est beaucoup plus élaborée. Il est aussi très frappant de constater que les droits procéduraux, notamment le droit d'être entendu, sont reconnus par la Cour un an après l'entrée du Royaume-Uni dans la Communauté. Jürgen Schwarze cite ainsi les conclusions de l'avocat général Warner dans l'affaire *Transocean Marine Paint Association*<sup>32</sup>. L'avocat général a mené à cette occasion une analyse serrée du droit anglais, dans lequel ce principe de justice naturelle existe depuis longtemps. Il cite même l'arrêt de principe *Ridge v Baldwin* de la Chambre des Lords de 1964.

L'importance du droit comparé n'est pas uniquement visible dans la jurisprudence. Elle est aussi visible en doctrine.

## *2. Le droit comparé et l'élaboration du Code européen de procédure administrative*

Le droit comparé a en effet une importance de tout premier plan dans l'activité législative de la Commission, ainsi que dans certains travaux académiques importants. Par exemple, le projet de Code européen de procédure administrative, porté par des universitaires européens, est fortement inspiré par la comparaison des droits.

Herwig C.H. Hofmann et Jens-Peter Schneider expliquent ainsi qu'ils ont utilisé le droit comparé pour élaborer le code de deux façons : d'une part, ils ont comparé les règles de procédures existantes en droit de l'Union européenne dans les domaines majeurs des politiques européennes ; d'autre part, ils ont procédé à une analyse comparée des principes de procédures administratives de chaque État membre<sup>33</sup>. La comparaison n'a pas porté uniquement sur le droit de la procédure des États membres, puisque l'exemple américain a fortement inspiré les rédacteurs dans un domaine au moins, celui de l'élaboration des actes de portée générale. Herwig Hofmann et Jens-Peter Schneider expliquent ainsi que les expériences nationales ne pouvaient être utilisées par l'équipe de rédaction, car, en général,

---

<sup>32</sup> CJCE, 23 octobre 1974, *Transocean Marine Paint Association contre Commission des Communautés européennes*, n° 17-74.

<sup>33</sup> H. C.H. Hofmann, J.-P. Schneider, « Administrative law reform in the European Union: The ReNEUAL Project and its basis in comparative legal studies », S. Rose-Ackerman, P. Lindseth, *Comparative Administrative Law*, Edward Elgar, à paraître.

les codes ou les lois de procédure des pays de l'Union européenne n'ont pas prévu un régime juridique spécifique pour ces actes. L'équipe ReNUAL s'est donc inspirée de l'expérience américaine. On remarque en effet que les rédacteurs ont prévu un haut degré de transparence, de participation et d'évaluation des projets d'acte réglementaire, sur le modèle américain<sup>34</sup>. Les rédacteurs ont ainsi procédé à une véritable analyse du droit américain en la matière pour tenter de cerner les difficultés d'application de la procédure participative aux États-Unis : « En ce qui concerne les règles américaines d'élaboration des actes de portée générale, celles-ci prévoient une procédure d'information et de participation. Après une analyse approfondie de la recherche américaine sur le sujet, les rédacteurs du groupe de travail sur le Livre II ont conclu que le risque "d'ossification" — c'est-à-dire la difficulté qu'éprouvent les agences aux États-Unis à mettre en œuvre de nouvelles règles en raison du haut degré d'exigences procédurales et de motivation qu'impose la procédure d'élaboration des actes de portée générale —, que ce risque était moins dû à cette procédure en tant que telle qu'aux règles d'intérêt à agir devant les tribunaux américains. Ainsi, en raison des différences considérables entre les règles contentieuses aux États-Unis et en Europe, les inconvénients de la procédure participative apparaissent, pour l'Europe, moins pertinents »<sup>35</sup>. On est donc face à une véritable analyse de droit comparé pour importer le modèle américain. Le modèle américain de participation est en effet très critiqué en raison de sa lourdeur, il empêcherait ainsi les agences de mettre à jour la réglementation. Les rédacteurs ont estimé que ce risque n'était pas présent en Europe en raison d'une spécificité du recours, alors que les bénéfices de cette procédure ont semblé majeurs. Il est notable qu'aucune règle générale imposant la participation des personnes intéressées à l'élaboration des actes administratifs de portée générale n'existe en France — malgré un relatif progrès dans le Code des relations entre le public et l'administration qui prévoit une telle procédure mais à la discrétion des administrations<sup>36</sup> — en Allemagne<sup>37</sup>, en Italie<sup>38</sup> ou en Espagne<sup>39</sup>. L'œuvre de codification a

---

<sup>34</sup> Ibidem. V. ReNEUAL Model Rules on EU Administrative Procedure, 2014, article II-4.

<sup>35</sup> C.H. Hofmann, J.-P. Schneider, « Administrative law reform in the European Union: The ReNEUAL Project and its basis in comparative legal studies », préc.

<sup>36</sup> V. le titre III sur l'association du public aux décisions prises par l'administration : « Lorsque l'administration décide, en dehors des cas régis par des dispositions législatives ou réglementaires, d'associer le public à la conception d'une réforme ou à l'élaboration d'un projet ou d'un acte, elle rend publiques les modalités de cette procédure, met à disposition des personnes concernées les informations utiles, leur assure un délai raisonnable pour y participer et veille à ce que les résultats ou les suites envisagées soient, au moment approprié, rendus publics » (article L. 131-1).

donc été voir du côté américain pour imposer, au niveau européen, un degré important de transparence dans l'élaboration des politiques administratives.

Le droit comparé constitue donc une source d'inspiration majeure dans la création du droit administratif européen, au niveau jurisprudentiel comme au niveau législatif. Le sort du futur code européen de procédure administrative n'est pas encore scellé, mais on voit bien à quel point le droit comparé peut être utile pour créer de nouvelles procédures.

Il convient à présent de réfléchir à la façon dont le juge utilise la comparaison en droit administratif européen.

## II. La mise en œuvre du droit comparé en droit administratif européen

Le juge met-il en œuvre une méthode particulière ? Nous verrons que celle-ci est somme toute assez fruste. On verra que le droit comparé est utilisé par la Cour dans le cadre de sa méthode téléologique, il s'agit de trouver le principe de droit, la règle, qui permet le mieux d'accomplir les objectifs du traité. Plus fondamentalement, le droit comparé n'est-il pas qu'un discours de légitimation de la jurisprudence, dont l'esprit serait de fonder la création du droit sur le droit des États et donc de mieux faire accepter sa solution ? On verra donc d'abord les méthodes de droit comparé utilisées par la Cour (A), avant de montrer que le droit comparé est inséré dans un raisonnement téléologique (B).

### A. Analyse des méthodes utilisées

Y a-t-il une méthode qui pourrait amener à conclure que le droit comparé est utilisé de façon scientifique et neutre ? La Cour a pu mobiliser des méthodes quantitatives (1) comme qualitatives (2). Nous avons préféré cette distinction à celle utilisée par Pierre Pescatore qui distingue méthode analytique et méthode synthétique, la première consistant à rassembler

---

<sup>37</sup> A. Jacquemet-Gauché, U. Stelkens, « La participation à l'élaboration des règlements administratifs en Allemagne », in *Droit comparé de la procédure administrative*, dirigé par Jean-Bernard Auby et Thomas Perroud, p. 261.

<sup>38</sup> G. della Cananea, « Administrative Rulemaking in Italy: Theories and Practice », in *Droit comparé de la procédure administrative*, dirigé par Jean-Bernard Auby et Thomas Perroud, p. 247.

<sup>39</sup> C. Velasco, « La participation à l'élaboration des règlements administratifs : le cas espagnol », in *Droit comparé de la procédure administrative*, dirigé par Jean-Bernard Auby et Thomas Perroud, p. 289.

l'état du droit des pays membres sur une question donnée et la seconde servant à dégager un principe commun, car elle ne semble pas tout à fait refléter le raisonnement des juges<sup>40</sup>.

### 1. *La méthode quantitative*

En matière de responsabilité, la Cour de justice a pu utiliser une méthode quantitative pour écarter l'existence d'un principe général du droit en matière de responsabilité sans faute en l'absence de comportement illicite de la Communauté, dans les arrêts FIAMM et Fedon<sup>41</sup>. La divergence d'appréciation sur l'existence de ce principe entre la Commission, rejointe par la Cour, et l'avocat général Maduro porte justement sur l'importance qu'il convient d'attribuer au facteur numérique. On analysera d'abord l'argumentation de la Cour et donc le résultat, qui s'appuient sur l'analyse de droit comparé fournie par la Commission, avant de voir comment l'avocat général Maduro a tenté de justifier sa position.

Le raisonnement de la Cour pour refuser un tel principe repose sur le constat que seuls sept États membres connaissent un tel principe et dans des cas spécifiques si bien que, dans ces circonstances, le principe ne peut être considéré comme un principe commun aux ordres juridiques des États membres de l'Union, au sens de l'article 288§2 (aujourd'hui l'article 340§2 du TFUE)<sup>42</sup>. L'analyse de droit comparé est ici fournie par la Commission : « l'examen des 25 ordres juridiques des États membres indiquerait que, à la différence de cas tels que l'expropriation pour cause d'utilité publique ou l'indemnisation par l'État de dommages engendrés par l'activité dangereuse de celui-ci ou en raison d'une relation particulière le liant à la victime, qui sont, en l'occurrence, dépourvus de pertinence, toute obligation d'indemnisation du fait d'un acte étatique licite traduisant un large pouvoir d'appréciation, en raison par exemple de considérations de solidarité ou d'équité, serait notamment inconnue

---

<sup>40</sup> P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison du droit des États membres », 32 *Revue internationale de droit comparé* 337, p. 352 et suiv.. On retrouve cette distinction dans l'ouvrage suivant : J. F. Delile, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruylant, 2016, p. 574.

<sup>41</sup> Affaire n° C-120/06, aux conclusions de l'avocat général Maduro. V. J. F. Delile, *L'invocabilité des accords internationaux devant la CJUE et le Conseil d'État français*, Bruylant, Collection droit de l'Union européenne, 2016, p. 574 ; A. Arcuri, S. Poli, « What Price for the Community Enforcement of WTO Law? », *EUI Working Papers Law* 2010/01. .V. aussi A. Barav, « « Injustice normative » et fondement de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté économique européenne », in *L'application judiciaire du droit de l'Union européenne : Recueil d'études*, Bruylant, 2015.

<sup>42</sup> A. Arcuri, S. Poli, « What Price for the Community Enforcement of WTO Law? », préc., pp. 19-20.

dans les droits d'un grand nombre d'États membres. Si un tel type de responsabilité se rencontre, dans des circonstances exceptionnelles, dans les ordres juridiques de certains autres États membres, il serait, en règle générale, limité aux seuls actes administratifs, à l'exception notable du droit français qui admettrait seul clairement ce type de responsabilité en présence d'une activité législative, pour autant que le dommage est anormal, spécial, grave et direct, que le législateur ne poursuive pas des intérêts généraux et qu'il n'ait pas exclu le principe d'une réparation. En outre, le principe propre au droit français ne saurait être transposé dans l'ordre juridique communautaire. En effet, alors que le fondement de ce principe résiderait dans la circonstance que, en France, un contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois par le Conseil d'État est exclu, l'ordre juridique communautaire prévoirait, pour sa part, un contrôle de la légalité des actes du législateur par rapport au traité et aux principes fondamentaux ainsi qu'une possibilité de mise en cause de la responsabilité de la Communauté en cas de violation de ces normes supérieures »<sup>43</sup>.

L'avocat général Maduro n'était pas du même avis. Il tente de récuser l'argument numérique, puisqu'en effet seuls deux États ont dégagé, en Europe, l'existence d'un principe de responsabilité sans faute en l'absence d'acte illicite quand l'acte générateur du préjudice est un acte législatif. La question que pose Maduro est donc légitime : « doit-on lire l'article 288, deuxième alinéa, CE comme n'autorisant la réception en droit communautaire d'une solution en matière de responsabilité extracontractuelle de la puissance publique que si elle est partagée par tous les États membres ? »<sup>44</sup>. Le risque d'une telle approche est de ne retenir que « le plus petit dénominateur commun », selon Maduro. L'avocat général Roemer dans l'arrêt *Zuckerfabrik* du 2 décembre 1971 « rejetait ainsi l'application du “principe de la limite inférieure” qui résulterait du choix de ne retenir que des règles existant dans tous les États membres »<sup>45</sup>. Il soulignait en effet qu'il ne fallait pas rechercher « la concordance des ordres juridiques de tous les États membres » ou même « d'une majorité »<sup>46</sup>.

Il faut donc, pour Maduro, rejeter la méthode quantitative en utilisant le droit comparé afin de trouver la « solution juridique (...) qui apparaîtra comme étant la plus appropriée au contexte et aux besoins de l'ordre juridique communautaire ».

---

<sup>43</sup> Affaire n° C-120/06, §151-152.

<sup>44</sup> Point 55.

<sup>45</sup> Conclusions Maduro dans l'affaire C-120/06, note 59 qui cite les conclusions Roemer dans l'affaire *Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conseil*, 2 décembre 1971, n° 5/71, Rec. p. 975, spécialement p. 991.

<sup>46</sup> Conclusions dans l'affaire *Werhahn Hansamühle e.a. c. Conseil et Commission*, n° 63/72 à 69/72, 13 novembre 1973, Rec. p. 1253, spécialement p. 1258, cité par Madura à la note 59.

La démarche de la Cour est critiquable car, comme a pu le dire Pierre Pescatore, « l'approche comparative sert parfois à introduire des conceptions juridiques d'un seul État membre dans le droit communautaire »<sup>47</sup>. Koen Lenaerts a aussi bien montré la fluctuation de la méthode quantitative<sup>48</sup>. Parfois, la convergence des droits des États permettra de dégager une solution, mais la Cour ne s'interdit évidemment pas de transposer purement et simplement une technique inspirée d'un seul système juridique, comme l'importation d'Allemagne du contrôle de proportionnalité ou de la confiance légitime. Le critère quantitatif ne peut donc être un critère d'autorité puisqu'il n'a jamais fait l'objet d'une utilisation cohérente tout au long de l'histoire du droit de l'Union européenne.

L'utilisation de la méthode quantitative n'est donc pas rare en droit administratif européen. Elle est contestable, de surcroît. Une autre méthode peut être aussi utilisée, que l'on qualifiera de qualitative, et qu'a bien explicitée l'avocat général Roemer.

## *2. La méthode qualitative.*

L'avocat général Roemer, dans une affaire de 1973 concernant la définition des principes de la responsabilité extracontractuelle de la Communauté, a fait explicitement référence à un concept développé par le grand comparatiste Zweigert<sup>49</sup>, l'étude pondérée de droit comparé. Il explique ainsi sa démarche : « Il convient en réalité (comme c'est le cas chaque fois qu'il s'agit de dire le droit en se référant aux principes généraux), de procéder d'une manière critique et de tenir compte des objectifs spécifiques du traité ainsi que des particularités des structures communautaires ; peut-être aussi convient-il de prendre pour point de repère la réglementation nationale la plus judicieusement élaborée »<sup>50</sup>. Il ajoute dans une autre affaire que « ce qui est important en effet pour la méthode d'analyse juridique de l'article 215, alinéa 2 [sur la responsabilité extracontractuelle de la Communauté], c'est non pas la concordance des

---

<sup>47</sup> P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison du droit des États membres », 32 *Revue internationale de droit comparé* 337, p. 353-354.

<sup>48</sup> K. Lenaerts, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », in *L'utilisation de la méthode comparative en droit européen*, F. van der Mensbrugge (dir.), Presses universitaires de Namur, 2003, p. 111 suiv..

<sup>49</sup> Auteur notamment de la célèbre introduction au droit comparé : K. Zweigert, H. Kötz, *An introduction to comparative law*, Oxford, Clarendon Press, 3<sup>e</sup> éd., 1998.

<sup>50</sup> Conclusions dans aff. 5/71, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt c. Conseil des Communautés européennes*, Rec., XVII, p. 991.



ordres juridiques de tous les États membres, non plus qu'un genre de scrutin suivi de la constatation d'une majorité, mais ce que des auteurs de renom (comme Zweigert) ont appelé l'étude pondérée de droit comparé. Dans cette perspective, il est peut-être important d'établir quel ordre juridique se présente comme étant le meilleur »<sup>51</sup>.

De quoi s'agit-il ? Quelle est la méthode du juge européen ? Le grand comparatiste Zweigert serait à l'origine de cette méthode, appelée en allemand *wertende Rechtsvergleichung* (en anglais *valuative comparative law*). Il s'agit d'une méthode de connaissance et d'évaluation dans le but, précisément, de créer du droit, de sélectionner la règle juridique la plus appropriée au contexte : « Méthodiquement, il ne s'agit pas d'une comparaison fonctionnelle de dispositions juridiques, il ne s'agit donc pas d'analyser les objectifs d'une disposition dans un contexte donné. Il s'agit plutôt d'une méthode de sélection et d'élaboration prudente de certaines règles sur la base d'une évaluation préalable. Le standard utilisé pour sélectionner la règle comprend la détermination d'un but qui peut être de sauvegarder le niveau de protection le plus élevé, spécialement dans le domaine des droits fondamentaux, et la compatibilité de la nouvelle règle avec les objectifs et les structures du droit de l'Union. Cette méthode ne consiste donc pas en un simple transfert d'une règle nationale vers l'Union européenne, mais l'élaboration de standards européens communs »<sup>52</sup>. Comme le dit bien TP van Reenen, le droit comparé pondéré est en fait une méthode de droit comparé appliqué. Il s'agit ici d'utiliser le droit comparé afin de dégager les différentes règles qui s'appliquent, dans chaque

---

<sup>51</sup> Conclusions dans aff. jtes 63 à 69/72, Wilhelm Werhahn Hansamühle e.a. c. Conseil des Communautés européennes, Rec., 1973, p. 1258. V. J. Kokott, C. Sobotta, « The Charter of Fundamental Rights of the European Union after Lisbon », EUI Working Paper, AEL 2010/6, Academy of European Law, p. 2.

<sup>52</sup> P. Dann, « Thoughts on a Methodology of European Constitutional Law », The Unity of the European Constitution, Michal Rynkowski, Philipp Dann, eds., Berlin, 2006, p. 52. La méthode est aussi explicitée ainsi par « 'Evaluative comparison' differs from analytical comparison in that, although it identifies differences between the legal orders under comparison, it attempts to level these differences by receiving or re-evaluating the foreign solutions in the own, domestic system. In this regard Eörsi's view that the socialist legislator may adopt the solutions of non-socialist legal systems after they have been 'stripped of their bourgeois elements', is worth mentioning (G. Eörsi, « Comparative analysis of socialist and capitalist law », 1964 *Coexistence*, n° 141, 143-145). This kind of comparison implies the involvement of value judgment in addition to the purely cognitive process of analytical comparison. 'Applied comparative law' is therefore, as a rule, evaluative comparative law » (TP van Reenen, « Major theoretical problems of modern comparative legal methodology: the comparability of positive legal phenomena », *The Comparative and International Law Journal of Southern Africa*, Vol. 28, No. 3 (November 1995), pp. 407-421, spéc. p. 413-414.

État, à une situation juridique donnée et d'évaluer chacune de ces règles à l'aune du besoin de la Communauté pour ne retenir que la règle la plus pertinente.

On le voit, malgré l'élaboration de quelques théories, que le juge ou l'avocat général n'explique jamais, la méthode comparative est à chaque fois instrumentalisée. Franz C. Mayer, avec d'autres, a ainsi raison d'avancer que les travaux comparatifs de la Cour dans les jugements ne sont pas suffisamment transparents, clairs, et développés<sup>53</sup>. Il s'agit bien de faire du droit comparé afin d'atteindre les objectifs de la Communauté.

## B. L'instrumentalisation de la méthode comparative

La méthode comparative est instrumentalisée par les avocats généraux et la Cour. Comme l'avait bien vu Pierre Pescatore aucun critère objectif ne permet de prédire le résultat de la comparaison<sup>54</sup>. Le droit comparé doit permettre de trouver la solution qui remplit le mieux les objectifs de l'Union. Il s'agit bien de trouver la solution la mieux adaptée aux buts du juge, c'est pourquoi l'étude comparée est insérée dans le cadre du raisonnement téléologique de la Cour<sup>55</sup> et c'est la raison pour laquelle le droit comparé peut même servir de « repoussoir », comme l'avait mis en évidence Pierre Pescatore, dans le cas où l'existence de divergences entre les droits des États membres peut pousser la Cour à s'écarter de ces droits pour élaborer la solution la plus satisfaisante<sup>56</sup>.

Plus fondamentalement, il s'agira de trouver la solution qui heurtera le moins frontalement les intérêts des États. Elle remplit à cet égard une fonction diplomatique. L'utilisation du droit comparé doit permettre l'articulation optimale des ordres juridiques européen et nationaux. Le

---

<sup>53</sup> F. C. Mayer, « Constitutional Comparativism in action. The example of general principles of EU law and how they are made-a German perspective », I-CON (2013), vol. 11, n° 4, 1003-1020, p. 1008 ; L. Wildhaber, The Role of Comparative Law in the Case-Law of the European Court of Human Rights, in Festschrift Ress, Internationale Gemeinschaft und Menschenrechte: Festschrift für Georg Ress zum 70. Geburtstag am 21. Januar 2005, p. 1101.

<sup>54</sup> P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison du droit des Etats membres », 32 Revue internationale de droit comparé 337, p. 353 et suiv.. V. aussi F. C. Mayer, « Constitutional Comparativism in action. The example of general principles of EU law and how they are made-a German perspective », I-CON (2013), vol. 11, n° 4, 1003-1020, p. 1007.

<sup>55</sup> C. N. Kakouris, « Use of Comparative Method by the Court of Justice of the European Communities », 6 Pace Int'l L. Rev. 267 (1994), spéc. p. 273.

<sup>56</sup> P. Pescatore, « Le recours, dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés Européennes, à des normes déduites de la comparaison du droit des Etats membres », préc., p. 354.

droit comparé contribue donc à « assurer la primauté, l'effectivité et l'uniformité d'application » du droit de l'Union<sup>57</sup>. Si l'on se rappelle le scepticisme de la Cour constitutionnelle fédérale (dans la décision Solange) à l'égard du degré de protection des droits fondamentaux accordé par la Cour de justice, on comprend mieux le besoin de justifier ses décisions en référence à la tradition constitutionnelle des États européens. Le droit comparé est donc au centre du discours de légitimation de l'activité créatrice de la Cour.

III. Critique de l'utilisation par la Cour du droit comparé en droit administratif européen : le droit européen est-il l'arbitre de la compétition des traditions de droit administratif ?

La jurisprudence de la Cour, et singulièrement les conclusions des avocats généraux, ne sont pas totalement exemptes d'une certaine mauvaise foi dans l'utilisation du droit comparé, et parfois d'une certaine condescendance à l'égard de certains systèmes juridiques, car l'utilisation du droit comparé est parfois imprégnée par l'idée de progrès. Un couple d'arrêts sur la responsabilité extracontractuelle de la Communauté est à cet égard très intéressant. Il s'agit des arrêts Zuckerfabrik de 1971<sup>58</sup> et Werhahn de 1973<sup>59</sup>, tous deux rendus d'après les conclusions de l'avocat général Roemer. On a vu que dans ce domaine, en vertu du Traité, la Cour est tenue de régler cette question en recourant au droit comparé.

Roemer remarque ainsi qu'en France, en Belgique, en Italie et en RFA l'engagement de la responsabilité de l'État pour l'illégalité d'un acte normatif est possible, même si des divergences existent entre ces États dans le champ des préjudices qui peuvent être indemnisés. L'avocat général se fixe alors comme directive, on l'a vu, qu'il ne faut pas retenir, pour l'interprétation de cet article du Traité, les règles qui existeraient dans l'ensemble des États de la Communauté, ce qui aurait pour effet de ne transposer au droit de l'Union que les règles qui constitueraient le « plus petit dénominateur commun ». Il rejette ainsi le principe de la limite inférieure. On voit donc déjà là que l'avocat général est guidé dans son choix de droit comparé par une politique juridique inspirée par l'idée de progrès, de hiérarchie. C'est ce qu'il appelle « procéder d'une manière critique » en tenant compte des objectifs du Traité. Il

---

<sup>57</sup> K. Lenaerts, « The European Court of Justice and the Comparative Law Method », *European Review of Private Law*, Vol. 25, Issue 2 (2017), pp. 297-312, spéc. p. 49.

<sup>58</sup> CJCE, 2 décembre 1971, *Aktien-Zuckerfabrik Schöppenstedt contre Conseil des Communautés européennes*, n° C-5/71.

<sup>59</sup> CJCE, 13 novembre 1973, *Werhahn Hansamuehle e.a. c. Conseil*, n° 63 à 69-72.

rejette donc la règle du plus petit dénominateur commun pour adopter une démarche critique qu'il dit inspirée par un point de repère : adopter « la réglementation nationale la plus judicieusement élaborée ». On voit que tous ces standards sont éminemment subjectifs. Mais comment fait-il au cas particulier ? Il commence par noter la spécificité de la Communauté et, en l'occurrence, son déficit démocratique dû à l'insuffisance du contrôle parlementaire. Il détaille ensuite l'économie générale du Traité et du droit de l'Union qui plaide en faveur de la responsabilité de la Communauté pour l'illégalité d'un acte normatif, principe loin d'être partagé par l'ensemble des États.

Or, dans le second arrêt Werhahn de 1973, le même avocat général doit justement répondre à une critique formulée par les parties concernant la pertinence de son analyse de droit comparé. Les demandeurs lui reprochent en effet d'avoir dit dans ses conclusions que le principe de la responsabilité de l'État du fait des lois était « largement répandu ». L'avocat général précise alors qu'il souhaitait seulement dire qu'il était reconnu « dans un certain nombre d'États ». Il joue sur les mots en ajoutant que « l'idée de "large application" devait donc seulement être entendue au sens géographique. Ni les conclusions ni l'arrêt n'ont perdu de vue le fait que la responsabilité au titre d'injustice législative est une situation peu courante qui ne joue dans la pratique qu'un rôle très réduit ». Autrement dit, l'avocat général Roemer a tout simplement considérablement édulcoré son analyse de droit comparé dans l'arrêt Zuckerfabrik pour arriver à la solution qu'il souhaitait et ses dénégations dans les conclusions Werhahn ne convainquent que lui probablement. Mais ce qui est encore plus intéressant dans ce deuxième arrêt tient à la question que l'avocat général pose ensuite : l'inclusion de trois nouveaux États membres dans la Communauté doit-elle changer quelque chose à la règle posée dans l'arrêt Zuckerfabrik ? Il pose la question ainsi : « On peut cependant déjà se demander avec raison s'il faut réellement tenir compte des ordres juridiques des nouveaux États membres pour l'interprétation de l'article 215, alinéa 2 » du Traité sur la responsabilité extracontractuelle de la Communauté. Son analyse est alors plus serrée, mais pas dénuée de mauvaise foi non plus. Après avoir encore montré que le principe n'est pas reçu dans les nouveaux États membres, il confirme qu'il n'a pas « découvert, pour autant, de raisons décisives contre le maintien de la jurisprudence actuelle ». Il ne faut ainsi pas rechercher une concordance, mais mener cette « étude pondérée de droit comparé », que nous avons décrite précédemment, qui doit permettre de juger quel système juridique présente la « meilleure » règle. Il note dans cette optique que les droits des nouveaux États membres manifestent un « progrès dans le domaine de la responsabilité de l'État ». Roemer se fait alors prophète : « Ainsi peut-on dire avec raison que les trois ordres juridiques qui manifestent une attitude

largement négative sur le point qui nous intéresse en ce moment continueront à se rapprocher, dans ce domaine important de la protection juridique, des ordres juridiques plus progressistes, si l'on veut, des autres États membres ». Il y a donc un classement implicite des États, des États réactionnaires et des États progressistes et la Cour de justice est ici chargée de montrer la voie de la lumière.

Ces conclusions mettent en évidence une compétition assez nette des traditions de droit administratif pour la suprématie, compétition dont la Cour de justice est l'arbitre. Le droit comparé n'est donc pas simplement un argument, pour reprendre l'expression de Fabrice Melleray<sup>60</sup>, il est instrumentalisé par les différentes institutions et les États membres dans la compétition que se livrent les traditions des droits administratifs européens pour faire triompher une certaine vision de l'action publique.

---

<sup>60</sup> F. Melleray (dir.), *L'argument de droit comparé en droit administratif français*, Bruylant, 2008.