

Décision attaquée : 30 janvier 2014 de la cour d'appel d'Aix-en-Provence

M. Grégoire Krikorian
C/
M. le Premier ministre

rapporteur : Sophie Canas

RAPPORT
avec avis de rejet partiel
non spécialement motivé

<ul style="list-style-type: none">- arrêt : 30 janvier 2014- signification à partie : 22 mai 2014- déclaration de pourvoi : 21 juillet 2014- mémoire ampliatif : déposé le 18 novembre 2014 / signifié le 28 novembre 2014- mémoire en défense du Premier ministre : 28 janvier 2015- pas de constitution en défense du préfet des Bouches-du-Rhône- demandes au titre de l'article 700 du code de procédure civile :<ul style="list-style-type: none">* demandeur au pourvoi : 30.000 euros* Premier ministre : 3.000 euros

1 - Rappel des faits et de la procédure

Afin d'assurer le rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres concernant les infractions racistes et xénophobes, le Conseil de l'Union européenne a adopté, le 28 novembre 2008, la décision-cadre¹ 2008/913/JAI sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal.

Son article 1^{er} prévoit que :

1. Chaque État membre prend les mesures nécessaires pour faire en sorte que les actes intentionnels ci-après soient punissables :

[...]

c) l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques des crimes de génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre, tels que définis aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour

¹ La décision-cadre est un instrument institué dans le cadre de la coopération policière et judiciaire en matière pénale au sein de l'Union européenne et qui permet au Conseil, statuant à l'unanimité, d'agir, selon les termes de l'article 34 du Traité sur l'Union européenne, "aux fins de rapprochement des dispositions législatives et réglementaires des Etats membres". Elle lie les Etats quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens, sans pouvoir entraîner aucun effet direct.

pénale internationale, visant un groupe de personnes ou un membre d'un tel groupe défini par référence à la race, la couleur, la religion, l'ascendance ou l'origine nationale ou ethnique lorsque le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ;

[...]

4. Tout État membre peut, lors de l'adoption de la présente décision-cadre ou ultérieurement, faire une déclaration aux termes de laquelle il ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet État membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision définitive rendue par une juridiction internationale seulement.

Conformément à la faculté ouverte au paragraphe 4 précité, la France a, lors de son adoption, déclaré qu'elle restreindrait le champ de cette incrimination aux seuls crimes établis par une décision définitive rendue par une juridiction internationale.

Déplorant l'insuffisance de la protection juridique contre la contestation du génocide arménien de 1915, pourtant reconnu publiquement par la France avec la loi n° 2001-70 du 29 janvier 2001, une proposition de loi, transposant partiellement la décision-cadre 2008/913/JAI, a été présentée afin que soient sanctionnées pénalement les personnes qui, publiquement, contestent ou minimisent de façon outrancière un ou des crimes de génocide *“reconnus comme tels par la loi française”*.

Elle a été adoptée par le Parlement le 23 janvier 2012.

Par décision n° 2012-647 DC du 28 février 2012, le Conseil constitutionnel a déclaré cette loi, qui modifiait la loi du 29 juillet 1881 sur la liberté de la presse, contraire à la Constitution, aux motifs qui suivent :

6. Considérant qu'une disposition législative ayant pour objet de « reconnaître » un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi ; que, toutefois, l'article 1^{er} de la loi déférée réprime la contestation ou la minimisation de l'existence d'un ou plusieurs crimes de génocide « reconnus comme tels par la loi française » ; qu'en réprimant ainsi la contestation de l'existence et de la qualification juridique de crimes qu'il aurait lui-même reconnus et qualifiés comme tels, le législateur a porté une atteinte inconstitutionnelle à l'exercice de la liberté d'expression et de communication ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin d'examiner les autres griefs, l'article 1^{er} de la loi déférée doit être déclaré contraire à la Constitution ; que son article 2, qui n'en est pas séparable, doit être également déclaré contraire à la Constitution ;

C'est dans ce contexte que M. Krikorian et vingt-cinq autres requérants avaient, le 30 juin 2011, saisi le Conseil d'Etat d'un recours pour excès de pouvoir contre la décision implicite de rejet résultant du silence gardé par le Premier ministre sur leur demande tendant au dépôt d'un projet de loi aux fins de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008, à l'exclusion du paragraphe 4 de son article 1^{er} qu'ils estiment contraire aux engagements internationaux de la France.

Par **arrêt du 26 novembre 2012** (n° 350492), le Conseil d'Etat a rejeté leur requête au motif que *“le fait, pour le Premier ministre, de s'abstenir de soumettre un projet de loi au Parlement, en application des dispositions de l'article 39 de la Constitution, touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même et sans que les engagements internationaux de la France puissent être utilement invoqués, à la compétence de la juridiction administrative”*.

M. Krikorian et quatorze autres requérants ont alors, selon acte du 19 février 2013 et sur le fondement de la voie de fait, saisi le juge judiciaire des référés, d'une part, afin que soient renvoyées à la Cour de justice de l'Union européenne des questions préjudicielles portant sur la validité de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre 2008/913/JAI, ainsi que sur l'interprétation de cette décision-cadre et du droit primaire de l'Union, et, d'autre part, pour voir enjoindre au Premier ministre, sous astreinte de 10.000 euros par jour de retard, de retirer la déclaration des autorités françaises au titre de l'article 1^{er}, paragraphe 4, de la décision-cadre précitée et de prendre un décret de présentation au Parlement d'un projet de loi tendant à la transposition de cette décision-cadre, à l'exclusion de son article 1^{er}, paragraphe 4.

Ils ont par ailleurs, par mémoire distinct et motivé, soulevé le moyen tiré de ce que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat porterait atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Par **ordonnance du 3 juin 2013**, le juge des référés du tribunal de grande instance de Marseille a dit n'y avoir lieu à transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée et déclaré les demandes formées par M. Krikorian et autres irrecevables, en tant que dirigées contre le Premier ministre, et mal fondées, en tant que dirigées contre le préfet des Bouches-du-Rhône.

M. Krikorian et autres ont interjeté appel de cette décision.

La cour d'appel d'Aix-en-Provence, par **arrêt du 10 octobre 2013**, a confirmé l'ordonnance entreprise en ce qu'elle a dit n'y avoir lieu de transmettre à la Cour de cassation la question prioritaire de constitutionnalité posée, puis, par **arrêt du 30 janvier 2014**, a infirmé pour le surplus cette ordonnance et, statuant à nouveau, dit que la juridiction des référés de l'ordre judiciaire est incompétente pour se prononcer sur les demandes de M. Krikorian et autres et dit n'y avoir lieu à renvoi de la question de compétence au Tribunal des conflits.

M. Grégoire Krikorian, Mme Suzanne Krikorian, M. Jean Agopian, Mme Marie Agopian, M. Jean-Marie Agopian, M. Gilbert Beguian, Mme Dzovinar Melkonian, M. Jean Juramy et M. Jacques Kurkdjian (les conjoints Krikorian) ont formé le 21 juillet 2014 un pourvoi en cassation.

Ils ont en outre déposé un mémoire distinct aux termes duquel, d'une part, ils contestaient le refus de transmission à la Cour de cassation de la question prioritaire de constitutionnalité portant sur l'article 26 de la loi du 24 mai 1872, d'autre part, ils présentaient, pour la première fois, le moyen tiré de ce que l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 et l'article 5 du code civil porteraient atteinte aux droits et libertés garantis par la Constitution.

Par **arrêt du 4 février 2015**, la première chambre civile de la Cour de cassation a dit n'y avoir lieu de renvoyer au Conseil constitutionnel les questions prioritaires de constitutionnalité posées, aux motifs qui suivent :

Mais attendu, d'abord, que l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 portant réorganisation du Conseil d'Etat ne constitue pas le fondement textuel de l'immunité juridictionnelle des actes de gouvernement, reconnue par le juge administratif sans le soutien d'une disposition législative ; que ce texte n'est pas, dès lors, applicable au litige ou à la procédure ; que la première question prioritaire de constitutionnalité posée est, par suite, irrecevable ;

Attendu, ensuite, que la deuxième question prioritaire de constitutionnalité, qui ne porte pas sur l'interprétation d'une disposition constitutionnelle dont le Conseil constitutionnel n'aurait pas encore eu l'occasion de faire application, n'est pas nouvelle ;

Que cette question ne présente pas un caractère sérieux ; que, d'abord, conformément à la conception française de la séparation des pouvoirs, figure au nombre des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République celui selon lequel, à l'exception des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire, relève en dernier ressort de la compétence de la juridiction administrative l'annulation ou la réformation des décisions prises, dans l'exercice des prérogatives de puissance publique, par les autorités exerçant le pouvoir exécutif ; qu'ensuite, le grief tiré de la méconnaissance par le législateur de sa propre compétence ne saurait être invoqué à l'encontre de dispositions législatives qui, comme en l'espèce, sont antérieures à la Constitution du 4 octobre 1958 et n'ont pas été modifiées depuis cette date ; qu'enfin, les demandeurs n'explicitent pas en quoi les dispositions critiquées porteraient atteinte aux autres droits et libertés qu'ils invoquent ;

Et attendu que la troisième question posée à titre subsidiaire ne constitue pas une question prioritaire de constitutionnalité au sens des articles 23-1 et suivants de l'ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel ;

Dans le mémoire présenté au soutien de leur pourvoi, les consorts Krikorian sollicitent la saisine par voie de questions préjudicielles de la Cour de justice de l'Union européenne et développent quatre moyens de cassation.

2 - Énoncé des questions préjudicielles et des moyens

2-1- Les questions préjudicielles

Les consorts Krikorian demandent à la Cour de cassation de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles suivantes :

1-a°) L'article 1^{er}, paragraphe 4 de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, aux termes duquel "(...) 4. Tout Etat membre peut, lors de l'adoption de la présente décision-cadre ou ultérieurement, faire une déclaration aux termes de laquelle il ne rendra punissables la négation ou la banalisation grossière des crimes visés au paragraphe 1, points c) et/ou d), que si ces crimes ont été établis par une décision définitive rendue par une juridiction nationale de cet Etat membre et/ou une juridiction internationale ou par une décision rendue par une juridiction internationale seulement.", est-il valide au regard du droit de l'Union européenne et notamment :

- du JUS COGENS;
- des articles 20 et 21 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne proclamée à Strasbourg le 12 décembre 2007 et entrée en vigueur le 1^{er} décembre 2009 (ayant, en vertu de l'article 6, paragraphe 1, premier alinéa du TUE, la même valeur juridique que les traités);
- des articles 2, 3 paragraphe 3, deuxième alinéa et 9 TUE;
- des articles 8 et 10 TFUE;
- de l'article 14 de la Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) - à laquelle l'Union européenne a adhéré par le Traité de Lisbonne signé le 13 décembre 2007 (article 6 TUE, paragraphes 2 et 3) et l'article 1er du Protocole n°12 à la CEDH signé le 04 novembre 2000 et entré en vigueur le 1^{er} avril 2005, soit antérieurement à la décision-cadre du 28 Novembre 2008;
- de l'article 26 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques du 19 décembre 1966, en tant que la disposition attaquée du Conseil de l'Union européenne contrevient l'économie générale de la décision-cadre, contrevient au principe de sécurité juridique et crée une discrimination dans la protection juridictionnelle que ladite décision-cadre a pour objet de procurer aux victimes de négationnisme, celui-ci s'entendant comme la négation ou la banalisation grossière publiques de génocides, crimes contre l'humanité ou crimes de guerre, par essence imprescriptibles, selon que les auteurs de ces crimes auront été ou non jugés par une juridiction nationale ou internationale, dès lors que les victimes de crimes contre l'humanité dont les auteurs seront disparus et donc insusceptibles de poursuites, comme c'est le cas notamment du génocide arménien et de l'esclavage, seront privées de la protection de la loi pénale ?

1-b°) La décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 3, 6 § 1, 8 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, les articles 1^{er}, 2, 3, 4, 5, 7, 20, 21 et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une législation nationale, telle que la Constitution française et plus spécialement l'article 6 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 interprété par le Conseil constitutionnel comme faisant obligation à la loi d'être normative et comme retirant cette qualité à une loi ayant pour objet de reconnaître un crime de génocide («qu'une disposition législative ayant pour objet de "reconnaître" un crime de génocide ne saurait, en elle-même, être revêtue de la portée normative qui s'attache à la loi»), pour autant que cette pratique jurisprudentielle nationale a pour conséquence d'empêcher la transposition adéquate en droit interne de la décision-cadre susvisée, en excluant le génocide arménien de son champ d'application qui n'est pourtant pas défini en extension (dénotation), mais seulement en compréhension (connotation) ? ;

1-c°) Le droit à un juge impartial qui procède du droit à un procès équitable garanti notamment par l'article 6 § 1 CEDH et l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, doit-il être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une pratique jurisprudentielle telle celle du Conseil constitutionnel français consistant à publier sur son site internet officiel, avant de rendre sa décision, une prise de position sur la normativité des lois de reconnaissance des génocides, à l'instar de la loi n°2001-70 du 29 Janvier 2001 relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915, intitulée "absence de normativité ou normativité incertaine des dispositions législatives" ? ;

1-d°) Les articles 4 § 3 et 19 § 1, alinéa 2 TUE, les articles 6 § 1 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne doivent-ils

être interprétés en ce sens qu'ils s'opposent à une pratique jurisprudentielle propre au Conseil d'Etat et au Tribunal des conflits français, telle que la théorie des actes de gouvernement, aujourd'hui cristallisée par l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 sur l'organisation du Conseil d'Etat, sur le fondement de laquelle certains actes de l'exécutif national sont exclus du contrôle juridictionnel, au motif qu'ils touchent aux relations avec le Parlement ou à la conduite des relations diplomatiques de l'Etat, alors même que de tels actes sont susceptibles de violer les droits fondamentaux, notamment le droit à une protection juridictionnelle effective, en empêchant que soit désignée la juridiction nationale compétente pour contrôler la légalité du refus de transposer en droit interne un acte de droit dérivé, telle la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal ? ;

1-e°) Le génocide arménien, crime contre l'humanité notoire commis par l'empire ottoman pendant la première guerre mondiale, au préjudice des populations civiles arméniennes, constituant la nation arménienne, reconnu par de nombreux instruments nationaux et internationaux, notamment la résolution du Parlement européen du 18 juin 1987 «sur une solution politique de la question arménienne» (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 «relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915» (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), peut-il être exclu de l'incrimination du négationnisme ou, à l'inverse, doit-il être implicitement, mais nécessairement considéré comme compris dans le champ d'application de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal dont l'article 1^{er}, § 1, sous c) procède par compréhension (connotation) et renvoie, pour la définition des crimes de génocides, crimes contre l'humanité et crimes de guerre dont l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques, dès lors qu'elles s'accompagnent d'un risque d'incitation à la violence ou à la haine, doivent être rendues punissables par chacun des Etats membres de l'Union européenne, au plus tard le 28 novembre 2010, aux articles 6, 7 et 8 du Statut de la Cour pénale internationale, convention qui oblige la Suisse (signature du 18 juillet 1998 et ratification du 12 octobre 2001 avec déclaration au titre de l'article 103 § 1 du Statut) et dont l'article 69 § 6 rappelle que "la Cour n'exige pas la preuve des faits qui sont notoires, mais en dresse le constat judiciaire" ? ;

1-f°) L'article 10 de la Convention européenne des droits de l'homme garantissant la liberté d'expression doit-il, au regard de l'objectif de la décision-cadre 2008/913/JAI du Conseil du 28 novembre 2008 sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal (rapprochement des législations pénales européennes pour lutter plus efficacement contre le racisme et la xénophobie), être interprété en ce sens qu'il s'oppose à une législation, telle celle que la France doit adopter, aux fins de respecter son obligation de transposer ladite décision-cadre, en tant que celle-ci aurait pour objet de rendre punissables l'apologie, la négation ou la banalisation grossière publiques notamment du génocide arménien, reconnu, en particulier par la résolution du Parlement européen du 18 Juin 1987 «sur une solution politique de la question arménienne» (n°C 190/119) et la loi française n°2001-70 du 29 Janvier 2001 «relative à la reconnaissance du génocide arménien de 1915» (JORF 30 Janvier 2001, p. 1590), dès lors que le comportement est exercé d'une manière qui risque d'inciter à la violence ou à la haine à l'égard d'un groupe de personnes ou d'un membre d'un tel groupe ?

2-2- Les moyens

- Premier moyen (dont l'énoncé complet figure en pp. 204 à 208 du MA) :

Les consorts Krikorian font grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à annulation de l'ordonnance déferée

ALORS QUE :

1°) il résulte de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen (DDHC) que « le principe d'impartialité est indissociable de l'exercice de fonctions juridictionnelles » ; que cette impartialité doit, au regard de l'article 6 § 1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales (CEDH), s'apprécier aussi bien subjectivement (détermination de la conviction personnelle du juge), qu'objectivement (constatation de l'existence de faits vérifiables autorisant à suspecter l'impartialité du juge) ; qu'aux termes de l'article L. 111-6 du code de l'organisation judiciaire : « Sous réserve de dispositions particulières à certaines juridictions, la récusation d'un juge peut être demandée : (...) 7° S'il existe un lien de subordination entre le juge ou son conjoint et l'une des parties ou son conjoint ; (...) » ; que l'article 4 du code civil dispose que « Le juge qui refusera de juger, sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi, pourra être poursuivi comme coupable de déni de justice » ; que selon l'article 5 du code civil, « Il est défendu aux juges de prononcer par voie de disposition générale et réglementaire sur les causes qui leur sont soumises » ; que ce texte législatif, fait défense aux juges de donner « à un arrêt de la Cour de cassation une portée générale et réglementaire (...) sans que soient réunies les conditions de l'autorité de la chose jugée » ; que la jurisprudence du Conseil d'Etat ne saurait, pas plus que celle de la Cour de cassation, être revêtue d'une portée générale et réglementaire et être invoquée par le juge judiciaire au même titre que la loi ; qu'après avoir constaté, comme le prouvaient les appelants, que M. Vincent Gorini assurait, depuis le mois de mai 2013, soit pendant le délibéré, l'intérim de la présidence du tribunal de grande instance de Marseille, la cour d'appel a refusé de voir dans ces circonstances un motif de récusation, énonçant, de surcroît, que la motivation de l'ordonnance déférée ne permettait pas davantage, à ses yeux, de suspecter légitimement l'impartialité du juge « puisque celle-ci repose sur la théorie des actes de gouvernement, quelle qu'en soit la valeur, et non sur une appréciation purement subjective ou dictée par une autorité hiérarchique » ; qu'en statuant ainsi, alors que l'exercice de l'intérim – non contesté en l'occurrence – implique nécessairement un lien de subordination hiérarchique dont l'existence était confirmée, en l'espèce, par les motifs de l'ordonnance de référé du 03 juin 2013 excluant tout contrôle juridictionnel des actes du Premier ministre, la cour d'appel, qui n'a pas tiré les conséquences du manquement manifeste par le juge des référés à son devoir absolu d'impartialité et qui a fait application aux faits de l'espèce d'une théorie jurisprudentielle empruntée au Conseil d'Etat (acte de gouvernement) aux lieu et place de la loi, a violé les textes nationaux et supranationaux précités ;

2°) il résulte de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution que la juridiction qui rejette le déclinatoire de compétence doit surseoir à statuer pendant le délai laissé au préfet pour, s'il l'estime opportun, élever le conflit ; que l'annulation, le cas échéant, par le Tribunal des conflits, en vertu de l'article 5 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, de l'arrêt de conflit qui n'aurait pas été précédé des formalités prescrites par l'article 6 de ladite ordonnance, ne dispense pas, pour autant, le juge judiciaire, qui ne peut pas préjuger de la décision du Préfet, ni de celle du Tribunal des conflits, de surseoir à statuer, en application des articles 7 et 8 de la même ordonnance ; qu'en statuant sur le référé par la même décision qui écarte implicitement, mais nécessairement, le déclinatoire de compétence du Préfet des Bouches-du-Rhône, le président du tribunal de grande instance de Marseille a méconnu les articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828, ce qui aurait dû conduire la cour d'appel d'Aix-en-Provence à annuler l'ordonnance de référé du 3 juin 2013 déférée à sa censure ; qu'en refusant d'annuler l'ordonnance entreprise au motif que le juge des référés « n'a pas été saisi d'un déclinatoire de compétence par le préfet des Bouches-du-Rhône », alors que la lettre en date du 15 avril 2013 par laquelle le Préfet des Bouches-du-Rhône conclut « comme l'a fait le Premier ministre par lettre du 18 mars 2013, à ce que le juge des référés décide qu'il n'y a pas lieu de renvoyer à la Cour de cassation la question de la constitutionnalité de l'article 26 de la loi du 24 mai 1872 et rejette la demande relative à la décision de refus qui serait née de l'absence de réponse à la demande de dépôt d'un projet de loi », constitue un déclinatoire de compétence, au sens des articles 6 à 8 de l'ordonnance du 1^{er} juin 1828 sur les conflits d'attribution, la cour d'appel a dénaturé les écrits et termes du litige et violé les dispositions précitées.

- Deuxième moyen (MA, pp.212 à 217) :

Les consorts Krikorian font grief à l'arrêt de dire que la juridiction judiciaire est incompétente pour se prononcer sur leurs demandes

ALORS QUE :

1°) il est constant que devant la cour d'appel les intimés, aux termes de leurs conclusions communiquées par RPVA le 3 septembre 2013, ont prié la cour de "confirmer l'ordonnance du 3 juin 2013 en toutes ses dispositions", laquelle avait déclaré, comme l'ont relevé les intimés eux-mêmes dans leurs conclusions, "radicalement irrecevables les demandes présentées par les requérants à l'encontre de Monsieur le Premier Ministre, autorité constitutionnelle détentrice du pouvoir d'initiative des lois de la République, pour ne constater l'absence de voie de fait reprochable qu'au seul profit de "Monsieur le Préfet des Bouches-du-Rhône" et déclarer "mal fondées les demandes des requérants à (son) encontre"; qu'ainsi, en relevant d'office son incompétence, sans constater, pour autant, que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappait à la connaissance de la juridiction française, la cour d'appel a violé l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile ;

2°) il résulte de l'article 455 du code de procédure civile que le défaut de réponse à conclusions équivaut au défaut de motifs ; qu'en s'abstenant de répondre aux moyens développés dans leurs conclusions d'appelant en réplique récapitulatives notifiées par RPVA le 29 novembre 2013, visant expressément l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile, lequel encadre le pouvoir du juge civil de relever d'office son incompétence, la cour d'appel a violé l'article 455 du code de procédure civile ;

3°) il résulte de l'article 96 du code de procédure civile qu'à l'exception des cas où il estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, le juge qui se déclare incompétent désigne la juridiction qu'il estime compétente ; qu'en déclarant que la juridiction judiciaire est incompétente pour se prononcer sur les demandes, la cour d'appel, qui n'a pas déclaré que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, ni désigné la juridiction qu'elle estimait compétente, a violé l'article 96 du code de procédure civile ;

4°) la transposition en droit interne de la décision-cadre du 28 novembre 2008 procède d'une double obligation juridique s'imposant à l'Etat français tant en vertu du droit de l'Union européenne (art. 34 TUE ancien), que de l'article 88-1 de la Constitution du 4 octobre 1958 ; que le Premier ministre, autorité constitutionnelle de l'Etat qui dispose, aux termes de l'article 39 de la Constitution, du pouvoir d'amorcer le processus législatif par le dépôt, sous forme de décret, d'un projet de loi, comme peuvent le faire les membres du Parlement au moyen d'une proposition de loi, ne saurait contradictoirement invoquer ce texte pour faire indûment obstacle à l'accomplissement d'un acte prescrit à l'Etat par le droit de l'Union européenne et la Constitution ; que dans ces conditions, le refus de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008 opposé par le Premier ministre, sans aucune motivation, ne saurait, en tout état de cause, se rattacher à l'exercice du pouvoir d'initiative des lois que lui confère l'article 39 de la Constitution ou d'un autre pouvoir qu'aucune norme nationale ou supranationale ne prévoit ; qu'après avoir admis que le refus de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008 pouvait être attentatoire à une liberté fondamentale et être considéré comme un acte administratif et non comme un acte pris par le gouvernement dans le déroulement de la procédure législative, la cour d'appel qui, au surplus, relevait que l'obligation de transposition était, en l'occurrence, non contestée par le Premier ministre, aurait dû en conclure que toutes les conditions de la voie de fait étaient réunies, circonstance lui commandant de retenir sa compétence ; qu'en déclarant que la juridiction judiciaire est incompétente pour se prononcer sur les demandes des appelants, la cour d'appel d'Aix-en-Provence a violé les textes et principes susvisés ;

5°) il résulte de l'article 455 du code de procédure civile que le juge ne peut fonder sa décision sur des motifs hypothétiques ; qu'en énonçant que le refus de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008 opposé par le Premier ministre "est d'autant moins "grossièrement irrégulier" que l'obligation, non contestée, de transposition d'une décision-cadre ne sera en toute hypothèse accomplie que par le vote

d'une loi et non par l'une des étapes possibles que constitue le dépôt d'un projet de loi, dont l'issue demeure incertaine, par le Premier Ministre ; qu'ainsi, la reconnaissance même d'une voie de fait, en l'espèce, ne permettrait pas au juge judiciaire de faire cesser le manquement aux droits interne et communautaire dénoncé par les appelants", la cour d'appel, qui a fondé sa décision sur des motifs hypothétiques (l'absence supposée de vote définitif par le Parlement de la future loi de transposition), a violé le texte susvisé ;

6°) aux termes de l'article 455 du code de procédure civile, le jugement doit être motivé : qu'il résulte de ce texte que la contradiction de motifs équivaut à un défaut de motifs ; qu'en relevant que l'obligation de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008 pesant sur l'Etat était "non contestée", circonstance caractérisant l'impossibilité manifeste de rattacher la carence du Premier ministre - qui avait le pouvoir d'y suppléer - à l'existence d'un pouvoir appartenant à l'administration, sans en tirer les conséquences juridiques quant à l'existence d'une voie de fait imputable aux intimés, la cour d'appel a violé derechef le texte susmentionné ;

7°) aux termes de l'article 1^{er} de la Constitution du 4 octobre 1958, "La France est une République indivisible" ; que de plus, dans l'ordre juridique de l'Union européenne, "toutes les instances de l'Etat, y compris le pouvoir législatif, sont tenues, dans l'accomplissement de leurs tâches, au respect des normes imposées par le droit communautaire et susceptibles de régir directement la situation des particuliers (arrêt Brasserie du pêcheur et Factortame, précité, point 34)" (CJUE, 30 Septembre 2003, KOBLEK, C-224/01, point 32) ; qu'il résulte de ce texte que l'Etat doit, dans l'appréciation des obligations qu'il contracte devant la Nation, comme devant les autres Etats membres de l'Union, ainsi que devant les sujets du droit international public, être considéré dans son unité ; qu'il est exclu, à ce titre, que le pouvoir exécutif puisse prétendre ignorer de tels engagements et s'abstenir de prendre des mesures positives lorsque celles-ci découlent nécessairement des obligations précises et inconditionnelles que le droit de l'Union met à la charge de l'Etat, en l'espèce, l'obligation de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008 ; qu'en relevant que l'obligation de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008 pesant sur l'Etat était "non contestée", circonstance caractérisant l'impossibilité manifeste de rattacher la carence du Premier ministre - qui avait le pouvoir d'y suppléer - à l'existence d'un pouvoir appartenant à l'administration, sans en tirer les conséquences juridiques quant à l'existence d'une voie de fait imputable aux intimés, la cour d'appel a violé le texte et les principes susmentionnés ;

8°) aux termes de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, "Les fonctions judiciaires sont distinctes et demeureront toujours séparées des fonctions administratives. Les juges ne pourront, à peine de forfaiture, troubler, de quelque manière que ce soit, les opérations des corps administratifs, ni citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions" ; que de plus, le décret du 16 Fructidor An III dispose, en son article unique : "Défenses itératives sont faites aux tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque espèce qu'ils soient, aux peines de droit." ; que, cependant, le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires posé par les articles précités ne se conçoit que "sous réserve des matières réservées par nature à l'autorité judiciaire et sauf dispositions législatives contraires" (TC, 17 Octobre 2011, SCEA du Cheneau et a., n° C3828) ; qu'en relevant que l'obligation de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008 pesant sur l'Etat était "non contestée", circonstance caractérisant l'impossibilité manifeste de rattacher la carence du Premier ministre - qui avait le pouvoir d'y suppléer - à l'existence d'un pouvoir appartenant à l'administration, sans en tirer les conséquences juridiques quant à l'existence d'une voie de fait imputable aux intimés, la cour d'appel a violé les textes susmentionnés ;

9°) aux termes de l'article 809 du code de procédure civile : "Le président peut toujours, même en présence d'une contestation sérieuse, prescrire en référé les mesures conservatoires ou de remise en état qui s'imposent, soit pour prévenir un dommage imminent, soit pour faire cesser un trouble manifestement illicite. Dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, il peut accorder une provision au créancier, ou ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire." ; qu'en relevant que l'obligation de transposition de la décision-cadre du 28 novembre

2008 pesant sur l'Etat était "non contestée", circonstance caractérisant l'existence d'un trouble manifestement illicite directement imputable au Premier ministre qui, bien qu'en ayant le pouvoir, s'abstient de le faire cesser, la cour d'appel qui a méconnu sa compétence et l'étendue de ses pouvoirs, a violé le texte susmentionné par refus d'application.

- Troisième moyen (MA, pp. 223 à 235) :

Les consorts Krikorian font grief à l'arrêt de dire n'y avoir lieu à renvoi de la question de compétence au Tribunal des conflits

ALORS QUE :

1°) il se déduit de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, norme constitutionnelle qui relève d'un impératif catégorique, de l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, du décret du 16 Fructidor an III et des articles 92 et 96 du code de procédure civile que tout litige porté devant une juridiction française dont il n'est pas sérieusement allégué qu'il ressortit à la compétence d'une juridiction arbitrale ou étrangère, est réputé être nécessairement de la connaissance d'une juridiction nationale étatique, judiciaire et/ou administrative ; qu'il n'appartient, en cas de contestation sur la répartition de compétences au sein des deux ordres de juridiction, aux fins d'assurer tant la garantie des droits que la séparation des pouvoirs, qu'au Tribunal des conflits de désigner, en dernier ressort et sous la responsabilité de l'Etat, la ou les juridictions aptes à connaître du litige ; qu'il résulte des articles 92 et 96 du code de procédure civile, normes de comportement à l'adresse des juridictions civiles, venues préciser en extension, dans un sens déterminé, de façon précise et inconditionnelle, la règle générale de l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, laquelle prohibe le déni de justice, que le juge judiciaire civil ne peut se dispenser de trancher le litige au fond dont il est saisi et s'en dessaisir qu'à la condition, alternativement : 1) soit, de renvoyer les parties à mieux se pourvoir, s'il "estime que l'affaire relève de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère", la liste des juridictions énumérées par l'article 96, alinéa 1^{er}, du code de procédure civile étant, comme l'indique la formule "Dans tous les autres cas" de son alinéa 2, limitative et non pas indicative ; 2) soit, de désigner, de façon impérative, "la juridiction (civile) qu'il estime compétente" ; qu'aux termes de l'article 34 du décret du 26 Octobre 1849 réglant les formes de procéder du Tribunal des conflits, dans sa rédaction issue du décret n° 60-728 du 25 juillet 1960 : "Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal." ; qu'il ressort de ce texte qu'une double déclaration d'incompétence des juges saisis du même litige ne saurait conduire à priver les justiciables du droit à un recours juridictionnel effectif garanti par l'article 16 DDH qui commande qu'une juridiction compétente pour trancher le litige au fond soit, en dernier ressort, désignée par le Tribunal des conflits ; que, cependant, l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 précité n'épuise pas, à lui tout seul, l'exigence d'assurer aux justiciables une protection juridictionnelle effective imposée à l'Etat par l'article 16 DDH ; qu'ainsi, l'obligation de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits ne s'impose pas au juge civil uniquement dans l'hypothèse de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, quand il estime que l'ordre administratif primitivement saisi est seul compétent, mais dans tous les cas où la non-saisine du juge du conflit conduirait à un déni de justice que prohibe l'article 16 DDH ; qu'en se dessaisissant du litige et en refusant de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, sans déclarer que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère, ni désigner la juridiction civile qu'elle estimait compétente, la cour d'appel, qui a créé les conditions du conflit négatif générateur de déni de justice, a violé l'article 16 DDH,

ensemble l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790 sur l'organisation judiciaire, le décret du 16 Fructidor An III, les articles 92 et 96 du code de procédure civile ;

2°) en se dessaisissant du litige et en refusant de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, sans déclarer que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive, arbitrale ou étrangère, ni désigner la juridiction civile qu'elle estimait compétente, la cour d'appel, qui avait énoncé que le refus de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008 se rattachait "directement à l'exercice par le Premier ministre des prérogatives dont il dispose en vertu de l'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 selon lequel l'initiative des lois lui appartient (concurrentement avec les membres du Parlement)" et qui ne pouvait pas, eu égard à ces énonciations, sans se contredire, estimer que l'ordre juridictionnel administratif n'était pas compétent pour statuer sur le litige, lequel tendait à l'annulation d'une décision de l'administration prise dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique, a créé les conditions du conflit négatif générateur de déni de justice et violé l'article 16 Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, ensemble l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 Fructidor An III, ainsi que les articles 92, 96, 455 du code de procédure civile et 34 du décret du 26 Octobre 1849 ;

3°) pour estimer que le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour connaître du litige et refuser de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, alors qu'elle constatait que les conditions de ce renvoi, telles que prévues par l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, étaient toutes réunies, la cour d'appel s'est référée à "la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits" ; qu'en statuant ainsi, la cour d'appel qui a fait application aux faits de l'espèce d'une théorie jurisprudentielle empruntée au Conseil d'Etat (acte de gouvernement) aux lieu et place de la loi, s'est prononcée par voie de disposition générale et réglementaire la conduisant à un déni de justice et violé l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 et les articles 4 et 5 du code civil ;

4°) en se référant à la théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement qu'elle a empruntée au Conseil d'Etat et qu'elle a appliquée au litige dont elle était saisie, pour refuser de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, après avoir émis des doutes sur la valeur de cette théorie, la cour d'appel a fondé son arrêt sur des motifs dubitatifs qu'elle a entaché, de surcroît, de contradiction ; que la cassation pour violation de l'article 455 du code de procédure civile est, ainsi, encourue ;

5°) en se référant à la théorie jurisprudentielle des actes de gouvernement qu'elle a empruntée au Conseil d'Etat et qu'elle a appliquée au litige dont elle était saisie, pour refuser de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, alors qu'elle aurait dû laisser inappliquée cette théorie manifestement contraire au droit de l'Union en ce qu'elle conduit à exclure tout contrôle juridictionnel des mesures d'application des normes de droit dérivé de l'Union, tel le dépôt d'un projet de loi de transposition d'une décision-cadre, la cour d'appel a méconnu les obligations que lui imposaient tant l'article 88-1 de la Constitution que les traités (TUE et TFUE), notamment l'ancien article 34 TUE (dans sa rédaction antérieure au Traité de Lisbonne du 13 décembre 2007, entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009) ;

6°) en estimant, au vu de la "jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits", que le Conseil d'Etat n'était pas davantage compétent pour connaître du litige dont elle était saisie, pour refuser de faire application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 qui lui commandait de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, la cour d'appel a créé les conditions du conflit négatif générateur de déni de justice et privé les appelants de la possibilité effective de faire contrôler par une juridiction la légalité du refus de transposer la décision-cadre du 28 novembre 2008, indûment opposé par le Premier ministre et, à ce jour, non sanctionné ; que dans ces conditions l'arrêt du 30 Janvier 2014 a violé l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ;

7°) le principe de séparation des autorités administratives et judiciaires fait défense aux tribunaux de l'ordre judiciaire statuant en matière civile de connaître des recours tendant à l'annulation ou la réformation des décisions prises par l'Administration dans l'exercice de ses prérogatives de puissance

publique et leur commande, dans le principe, de surseoir à statuer jusqu'à ce que la juridiction administrative se soit prononcée sur la question préjudicielle de la légalité d'un acte administratif ; que si, par dérogation au principe susmentionné, dans le respect du droit à être jugé dans un délai raisonnable, les juridictions civiles sont habilitées à accueillir la contestation portée devant elles au vu d'une jurisprudence établie, l'exercice de cette faculté ne saurait conduire à une solution inverse et à priver les justiciables du droit à une protection juridictionnelle effective que leur doit l'Etat ; que pour pouvoir estimer que le Conseil d'Etat n'était pas compétent pour contrôler la légalité du refus opposé par le Premier ministre de déposer un projet de loi de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008, question relevant manifestement de l'application du droit de l'Union européenne, la cour d'appel devait s'assurer, conformément aux règles dégagées en la matière par la Cour de justice de l'Union européenne, que cette incompétence affirmée par le Conseil d'Etat s'imposait avec une telle évidence qu'elle ne laissait place à aucun doute raisonnable ; qu'une telle certitude ne pouvait être acquise par les juges du second degré qu'après s'être assurés que la même appréciation sur l'incompétence du Conseil d'Etat et le déni de justice auquel elle conduisait, aurait été partagée par la Cour de justice de l'Union européenne et les juridictions des autres Etats membres ; qu'en s'abstenant de motiver son refus de renvoyer la question de la compétence au Tribunal des conflits, par des raisons étrangères à la jurisprudence du Conseil d'Etat et sans livrer les éléments qui auraient permis de considérer que sa position n'était pas isolée au sein de l'Union européenne, la cour d'appel a violé l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, l'article 13 de la loi des 16-24 août 1790, le décret du 16 fructidor an III, l'article 19 §1, alinéa 2, du Traité sur l'Union européenne et l'article 267 §2 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne ;

8°) en estimant, au vu de la "jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits", que le Conseil d'Etat n'était pas davantage compétent pour connaître du litige dont elle était saisie, alors que seule la loi détermine les limites de la compétence des juridictions administratives et judiciaires, loi qu'il appartenait au Tribunal des conflits d'appliquer, après que la question de compétence lui aurait été renvoyée en application de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849, la cour d'appel a violé l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958.

- Quatrième moyen (MA, pp. 246 et 247) :

Les consorts Krikorian font grief à l'arrêt de les condamner aux dépens de première instance et d'appel

ALORS QUE les appelants ne pouvaient être considérés comme la partie perdante dès lors que, sur leur appel interjeté le 4 juin 2013, la cour d'appel avait réformé l'ordonnance entreprise du 3 juin 2013, alors que les intimés avaient conclu devant elle à la confirmation de ladite ordonnance ; qu'en condamnant "les appelants aux dépens de première instance et d'appel", alors que cette charge incombait exclusivement aux intimés, la cour d'appel a violé l'article 696 du code de procédure civile.

3 - Identification du ou des points de droit faisant difficulté à juger

Les premier, deuxième et quatrième moyens ne paraissent manifestement pas être de nature à entraîner la cassation, pour les raisons ci-après exposées (§ 4).

La demande de saisine de la Cour de justice de l'Union européenne conduit à s'interroger sur le mécanisme du renvoi préjudiciel (§ 5-1), tandis que le quatrième moyen suppose de se pencher sur les conditions de saisine du Tribunal des conflits

(§ 5-2). L'une et l'autre nécessitent quelques développements sur la notion et le régime des actes de gouvernement (§ 5-3).

4- Avis de rejet non spécialement motivé sur les premier, deuxième et quatrième moyens

4-1- Premier moyen

Le premier moyen est dirigé contre le chef de dispositif ayant "dit n'y avoir lieu à annulation de l'ordonnance" de référé du 3 juin 2013.

Or, selon une jurisprudence constante fondée sur les dispositions de l'article 562, alinéa 2, du code de procédure civile, lorsque l'appel porte sur la nullité du jugement, la cour d'appel, saisie de l'entier litige par l'effet dévolutif, est tenue de statuer sur le fond quelle que soit sa décision sur la nullité (voir, notamment, en ce sens : Civ. 2^{ème}, 9 décembre 1997, pourvoi n° 96-12.472, Bull. n° 302).

Il s'ensuit que le demandeur au pourvoi est dépourvu d'intérêt à contester la décision ayant rejeté la demande d'annulation du jugement de première instance (voir, par exemple, en ce sens : Com., 24 mars 1980, pourvoi n° 78-14.180, Bull. n° 139 ; Civ. 1^{ère}, 12 novembre 1985, pourvoi n° 84-14.503, Bull. n° 292 ; Soc., 13 novembre 1991, pourvoi n° 88-43.523, Bull. n° 491 ; Civ. 2^{ème}, 5 avril 2001, pourvoi n° 99-16.503 ; Com., 15 novembre 2005, pourvoi n° 04-16.904).

Le moyen, pris en ses deux branches, est donc irrecevable.

4-2- Deuxième moyen

* Il est soutenu, dans la première branche du moyen, que la cour d'appel aurait violé l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile en relevant d'office son incompétence sans constater que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive ou administrative ou échappait à la connaissance d'une juridiction française.

Ce grief manque en fait : la cour d'appel n'a nullement relevé d'office son incompétence, puisque le Premier ministre avait soulevé, dès la première instance, l'incompétence du juge judiciaire (cf ordonnance du 13 juin 2013, p.3, §6) et que les consorts Krikorian sollicitaient eux-mêmes, dans leurs dernières conclusions, que la cour d'appel se reconnaisse compétente pour connaître du litige, sur le fondement de la voie de fait (arrêt, p.7, §4 et p.13, dernier §).

* Selon la deuxième branche du moyen, la cour d'appel aurait omis de répondre aux conclusions aux termes desquelles les consorts Krikorian invoquaient le bénéfice de l'article 92, alinéa 2, du code de procédure civile.

Mais un tel moyen est irrecevable, faute pour les demandeurs au pourvoi de produire les écritures prétendument délaissées (voir, notamment, en ce sens : Civ. 1^{ère}, 6 mai 2010, pourvoi n° 09-65.144, Bull. n° 102).

* La troisième branche du moyen fait reproche à l'arrêt d'avoir méconnu l'article 96 du code de procédure civile en déclarant la juridiction judiciaire incompétente pour connaître du litige, sans préciser que l'affaire relevait de la compétence d'une juridiction répressive, administrative, arbitrale ou étrangère ni désigner la juridiction qu'elle estimait compétente.

Ce moyen est irrecevable, dès lors qu'il propose une argumentation incompatible avec celle qui avait été développée devant les juges du fond (voir, en ce sens : Soc., 28 novembre 2007, pourvoi n° 06-40.489, Bull. n° 19 ; Civ. 1^{ère}, 1^{er} juillet 2009, pourvoi n° 08-16.851, Bull. n° 147). En effet, les consorts Krikorian, qui, à titre principal, soutenaient la compétence du juge judiciaire, sollicitaient subsidiairement que soit renvoyé au Tribunal des conflits le soin de se prononcer sur la question de compétence (arrêt, p.12, avant-dernier §). Ils tiraient ainsi la conséquence de ce que le Conseil d'Etat avait déjà, par arrêt du 26 novembre 2012, décliné la compétence de la juridiction administrative, de sorte que le juge judiciaire, s'il s'estimait lui-même incompétent, ne pouvait renvoyer les parties à mieux se pourvoir en application de l'article 96 du code de procédure civile.

* Selon les quatrième, sixième, septième et huitième branches du moyen, la cour d'appel ayant relevé que l'obligation pour l'Etat de transposer la décision-cadre 2008/913/JAI était "non-contestée", il s'en déduisait nécessairement que le refus du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi en vue de cette transposition ne pouvait pas se rattacher à un pouvoir appartenant à l'administration et que, par suite, il constituait une voie de fait.

Ces griefs reposent cependant sur un postulat erroné : quand bien même une décision de l'administration est entachée d'illégalité, elle n'est pas, de ce seul fait, manifestement insusceptible d'être rattachée à un pouvoir appartenant à l'autorité administrative ; la caractérisation de la voie de fait suppose en effet, selon une jurisprudence ancienne et constante que la nouvelle définition de cette notion issue de l'arrêt *Bergoend* (TC, 17 juin 2013, n° 3911) n'est pas venue remettre en cause, que celle-ci ait agi "*en dehors des pouvoirs dont elle est investie*" (R. Chapus, *Droit administratif général*, tome 1, 15^{ème} édition, Montchrestien, n° 1088). Or, en l'espèce, ainsi que l'a souligné la cour d'appel, le refus du Premier ministre "*se rattache directement à l'exercice [par ce dernier] des prérogatives dont il dispose en vertu de l'article 39 de la Constitution du 4 octobre 1958 selon lequel l'initiative des lois lui*

appartient (concurrentement avec les membres du Parlement)” (arrêt, p.14, antépénultième §).

Ces moyens sont, dès lors, dépourvus de tout fondement.

* La cinquième branche du moyen, tirée d'une prétendue violation de l'article 455 du code de procédure civile, est dirigée contre des motifs surabondants et, dès lors, inopérante.

* Il est enfin soutenu, dans la neuvième branche du moyen, que la cour d'appel aurait méconnu l'étendue de ses pouvoirs et violé l'article 809 du code de procédure civile en se déclarant incompétente tout en constatant que l'obligation de transposition de la décision-cadre du 28 novembre 2008 pesant sur l'Etat était "non contestée".

Mais si, conformément à l'article 809, alinéa 2, du code de procédure civile, le juge des référés peut, dans les cas où l'existence de l'obligation n'est pas sérieusement contestable, ordonner l'exécution de l'obligation même s'il s'agit d'une obligation de faire, il ne peut prescrire une telle mesure que pour autant que la demande dont il est saisi relève de la compétence de l'ordre de juridiction auquel il appartient.

Il s'ensuit qu'il ne peut, en l'espèce, être reproché à la cour d'appel de ne pas s'être prononcée sur les demandes des consorts Krikorian, dès lors qu'elle a déclaré la juridiction judiciaire incompétente pour en connaître.

Le moyen manque donc en droit.

4-3- Quatrième moyen

Aux termes de l'article 696 du code de procédure civile, "*la partie perdante est condamnée aux dépens, à moins que le juge, par décision motivée, n'en mette la totalité ou une fraction à la charge d'une autre partie*".

Il est prétendu que la cour d'appel aurait méconnu ces dispositions en condamnant les consorts Krikorian aux dépens après avoir, sur leur appel, réformé l'ordonnance entreprise et ainsi rejeté la demande des intimés tendant à la confirmation de la décision.

Mais la cour d'appel, si elle a infirmé l'ordonnance déferée, a ensuite déclaré la juridiction judiciaire incompétente pour connaître des demandes formées par les consorts Krikorian. Ces derniers ont donc succombé en leurs demandes.

Or il est de principe que la condamnation de la partie perdante aux dépens relève du pouvoir discrétionnaire des juges du fond (Civ. 1^{ère}, 12 mai 1987, pourvoi n° 85-11.387,

Bull. n° 146 ; Civ. 2^{ème}, 7 novembre 2002, pourvoi n° 01-11.672, Bull. n° 246), y compris lorsque plusieurs parties succombent partiellement (Civ. 3^{ème}, 4 février 1976, pourvoi n° 74-13.586, Bull. n° 47 ; Civ. 2^{ème}, 27 février 1980, pourvoi n° 78-15.277, Bull. n° 46 ; Soc., 26 mars 2012, pourvoi n° 10-28.902), l'intégralité des dépens pouvant en pareille hypothèse être mise à la charge de l'une seulement des parties perdantes (Civ. 2^{ème}, 31 janvier 1973, pourvoi n° 71-14.020, Bull. n° 36 ; Com., 5 janvier 1976, pourvoi n° 74-11.226, Bull. n° 2 ; Civ. 2^{ème}, 18 mai 1989, pourvoi n° 88-11.608, Bull. n° 108).

Le moyen manque donc en fait et est, en tout état de cause, dépourvu de tout fondement.

5 - Discussion citant les références de jurisprudence et de doctrine

5-1- Le renvoi préjudiciel à la CJUE

- L'article 267 du Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne (TFUE - ancien art. 234 du Traité CE) dispose que :

La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel:

a) sur l'interprétation des traités,

b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question.

Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour.

Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais.

Cette procédure de renvoi préjudiciel des juridictions internes à la Cour de justice de l'Union européenne (CJUE) est destinée à "assurer en toutes circonstances [au droit de l'Union européenne] le même effet dans tous les États membres de la Communauté" (CJCE, 16 janvier 1974, 166/73, *Rheinmülhen*).

Elle repose sur un dialogue entre juges, de sorte que le juge national n'est pas tenu de faire droit à une demande de question préjudicielle émanant d'une partie et peut,

à l'inverse, poser d'office une telle question sans que les parties ne puissent s'y opposer.

■ Les conditions dans lesquelles une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours a l'obligation de poser une question préjudicielle ont été précisées par la Cour de justice dans son arrêt *Cilfit* du 6 octobre 1982 (283/81, points 13 à 16 ; voir également, pour le rappel des principes : CJUE, 15 septembre 2005, *Intermodal Transports BV*, C-495/03, points 33 à 39) :

- la juridiction nationale n'est pas tenue de renvoyer une question d'interprétation du droit de l'Union soulevée devant elle si la question n'est pas pertinente, c'est-à-dire dans les cas où la réponse à cette question, quelle qu'elle soit, ne pourrait avoir aucune influence sur la solution du litige ;

- elle n'est pas non plus tenue de renvoyer une question lorsque celle-ci est matériellement identique à une question ayant déjà fait l'objet d'une décision à titre préjudiciel dans une espèce analogue ou lorsqu'il existe une jurisprudence établie de la Cour résolvant le point de droit en cause, quelle que soit la nature des procédures qui ont donné lieu à cette jurisprudence, même à défaut d'une stricte identité des questions en litige ;

- enfin, une juridiction nationale pourra s'abstenir de soumettre une question à la Cour et la résoudre elle-même lorsque l'application correcte du droit communautaire s'impose avec une évidence telle qu'elle ne laisse place à aucun doute raisonnable sur la manière de résoudre la question posée, la juridiction nationale devant néanmoins être convaincue que la même évidence s'imposerait également aux juridictions des autres Etats membres.

La Cour a toutefois précisé, dans un arrêt *Gaston Schul* du 6 décembre 2005 (C-461/03) que "*l'interprétation retenue dans l'arrêt Cilfit e.a., précité, visant des questions d'interprétation ne saurait être étendue à des questions relatives à la validité d'actes communautaires*", de sorte que "*l'article 234, troisième alinéa, CE impose à une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne de saisir la Cour d'une question relative à la validité de dispositions d'un règlement même lorsque la Cour a déjà déclaré invalides des dispositions correspondantes d'un règlement comparable*".

■ Conformément à l'article 267 du TFUE, précité, le mécanisme du renvoi préjudiciel ne peut être mis en oeuvre que pour interroger la Cour de justice sur l'interprétation des traités et sur l'interprétation et la validité des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union.

La Cour est donc compétente, d'abord, pour interpréter le droit originaire (traités institutifs, protocoles, traités modificatifs et actes d'adhésion). Elle peut, dès lors,

interpréter la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, dans sa version proclamée le 12 décembre 2007, qui *“a la même valeur juridique que les traités”* (art. 6 §1 du Traité sur l'Union européenne). Toutefois, l'article 51 de ladite Charte prévoit que ses dispositions *“s'adressent aux institutions, organes et organismes de l'Union dans le respect du principe de subsidiarité, ainsi qu'aux États membres uniquement lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union”* (souligné par nous). La CJUE a ainsi précisé qu'elle est *“manifestement incompétente”* pour répondre à des questions portant sur l'interprétation de dispositions de la Charte lorsque la décision de renvoi ne contient *“aucun élément concret”* permettant de considérer que la décision nationale critiquée *“constituerait une mesure de mise en œuvre du droit de l'Union ou qu'elle présenterait d'autres éléments de rattachement à ce dernier”* (CJUE, ord., 12 novembre 2010, *Asparuhov Estov*, C-339/10). Elle a encore récemment rappelé que *“lorsqu'une situation juridique ne relève pas du champ d'application du droit de l'Union, la Cour n'est pas compétente pour en connaître et les dispositions éventuellement invoquées de la Charte ne sauraient, à elles seules, fonder cette compétence”* (CJUE, gr. ch., 26 février 2013, *Akerberg Fransson*, C-617/10 ; et, dans le même sens : CJUE, ord., 16 janvier 2014, *Weigl*, C-332/13).

La Cour est compétente, ensuite, pour interpréter l'ensemble du droit dérivé et pour apprécier la validité de ces actes, sans qu'il y ait lieu de distinguer entre eux, la Cour de justice ayant admis sa compétence pour contrôler des actes dépourvus d'effet direct (CJCE, 5 octobre 1977, 5/77, *Tedeschi*) et même dépourvus d'effet obligatoire (CJCE, 13 décembre 1989, C-322/88).

■ Dans son arrêt *Köbler* du 30 septembre 2003 (C-224/01, points 33 à 36), la CJUE a admis que la responsabilité d'un Etat-membre pouvait être engagée en cas de manquement d'une juridiction à son obligation de saisir la Cour d'une question préjudicielle :

33 Eu égard au rôle essentiel joué par le pouvoir judiciaire dans la protection des droits que les particuliers tirent des règles communautaires, la pleine efficacité de celles-ci serait remise en cause et la protection des droits qu'elles reconnaissent serait affaiblie s'il était exclu que les particuliers puissent, sous certaines conditions, obtenir réparation lorsque leurs droits sont lésés par une violation du droit communautaire imputable à une décision d'une juridiction d'un État membre statuant en dernier ressort.

34 Il convient de souligner à cet égard qu'une juridiction statuant en dernier ressort constitue par définition la dernière instance devant laquelle les particuliers peuvent faire valoir les droits que le droit communautaire leur reconnaît. Une violation de ces droits par une décision d'une telle juridiction qui est devenue définitive ne pouvant normalement plus faire l'objet d'un redressement, les particuliers ne sauraient être privés de la possibilité d'engager la responsabilité de l'État afin d'obtenir par ce biais une protection juridique de leurs droits.

35 C'est d'ailleurs, notamment, afin d'éviter que des droits conférés aux particuliers par le droit communautaire soient méconnus que, en vertu de l'article 234, troisième alinéa, CE, une juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne est tenue de saisir la Cour.

36 Dès lors, il découle des exigences inhérentes à la protection des droits des particuliers qui se prévalent du droit communautaire qu'ils doivent avoir la possibilité d'obtenir devant une juridiction nationale réparation du préjudice causé par la violation de ces droits du fait d'une décision d'une juridiction statuant en dernier ressort (voir, en ce sens, arrêt *Brasserie du pêcheur et Factortame*, précité, point 35).

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il conviendra de déterminer, en l'espèce, s'il y a lieu de renvoyer à la Cour de justice de l'Union européenne les questions préjudicielles posées par les consorts Krikorian.

5-2- La saisine du Tribunal des conflits

■ Conformément à l'article 1^{er} de la loi du 24 mai 1872, dans sa rédaction issue de la loi n° 2015-177 du 16 février 2015, relative au Tribunal des conflits, "*les conflits d'attribution entre la juridiction administrative et la juridiction judiciaire sont réglés par un Tribunal des conflits composé en nombre égal de membres du Conseil d'Etat et de la Cour de cassation*".

Plusieurs modalités de saisine sont prévues par le décret n° 2015-233 du 27 février 2015 relatif au Tribunal des conflits et aux questions préjudicielles :

- le Tribunal des conflits doit être saisi en prévention de conflit négatif par la juridiction saisie en second qui s'estime incompétente après que la juridiction de l'autre ordre, initialement saisie, a elle-même décliné sa compétence pour connaître du même litige (article 32 du décret) ;

- il peut être saisi en prévention de conflit par une juridiction saisie d'un litige qui présente à juger une question de compétence soulevant une difficulté sérieuse et mettant en jeu la séparation des ordres de juridiction (article 35 du décret) ;

- il peut également être saisi par la partie intéressée en cas de conflit négatif, c'est-à-dire lorsque les juridictions de l'un et l'autre ordres se sont irrévocablement déclarées incompétentes pour connaître du litige, sans que la dernière qui a statué n'ait renvoyé le litige au Tribunal des conflits (article 37 du décret) ;

- il peut être saisi en cas de conflit positif, c'est-à-dire lorsque le représentant de l'Etat dans le département ou la collectivité estime que la connaissance d'un litige ou d'une question préjudicielle portée devant une juridiction de l'ordre judiciaire relève de la compétence de la juridiction administrative et demande à cette juridiction de décliner sa compétence (articles 13 de la loi et 18 à 31 du décret) ;

- enfin, il peut être saisi par la partie lésée en cas de conflit de décisions, c'est-à-dire lorsque des décisions définitives rendues par les juridictions administratives et judiciaires dans les instances introduites devant les deux ordres de juridiction, pour des

litiges portant sur le même objet, présentent une contrariété conduisant à un déni de justice (article 15 de la loi et 39 à 42 du décret).

En matière de prévention de conflit négatif, qui est l'hypothèse qui nous intéresse plus particulièrement ici, l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 modifié, qui a été abrogé par le décret du 27 février 2015, prévoyait, de la même manière, que :

Lorsqu'une juridiction de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, si elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridictions primitivement saisi, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal.

■ Il résulte de ces dispositions qu'en cas d'identité de litige, une juridiction de l'un des deux ordres qui envisage de décliner sa compétence a l'obligation de saisir le Tribunal des conflits si une décision définitive d'incompétence a déjà été rendue par une juridiction de l'autre ordre.

Toutefois, l'article 34 du décret du 26 octobre 1849 comme l'article 32 du décret du 27 février 2015 précisent qu'une telle obligation ne pèse sur la juridiction secondairement saisie que "*si elle estime que le litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi*".

Les commentateurs en déduisent qu' "*il n'y a pas matière à saisir le Tribunal des conflits [...] si le litige ne relève ni des juridictions administratives ni des juridictions judiciaires*" (M.-A. Latournerie et J. Arrighi de Casanova, Répertoire Dalloz de contentieux administratif, V^o Tribunal des conflits, n^o 142). En effet, "*pour qu'il y ait conflit négatif, il ne suffit pas que les juridictions administrative et judiciaire aient été déclarées successivement incompétentes. Il faut également que l'un de ces deux ordres juridictionnels soit effectivement compétent pour statuer sur le litige, ce qui signifie que le jugement d'incompétence le concernant était erroné*" (P.-H. Prélot et A. Béal, JurisClasseur Administratif, Fasc. 1065 : Tribunal des conflits - Organisation - Procédure, n^o 157). Autrement dit, le conflit négatif "*se situe exclusivement dans les rapports entre juge administratif et juge judiciaire*" (R. Chapus, *op. cit.*, n^o 1193).

C'est ainsi que le Conseil d'Etat a jugé qu'il n'y avait pas lieu de renvoyer au Tribunal des conflits une affaire relevant de la compétence du Conseil constitutionnel, en tant que juge de l'élection :

- CE, 19 février 1990, Préfet du département de la Corse du Sud c/Wallez, n^o 101495, Rec. p. 44 :

Considérant que, contrairement à ce que soutient le préfet de la Corse du Sud, la décision prise par le deuxième bureau de vote de Bonifacio d'ajouter, lors du scrutin pour le deuxième tour de l'élection du président de la République, un électeur qui n'y figurait pas sur la liste

d'émargement, ne saurait avoir eu pour effet de modifier la liste électorale arrêtée par la commission administrative compétente ; que la décision en cause n'était susceptible éventuellement que de constituer une irrégularité du scrutin qui pouvait être invoquée devant le juge de l'élection, c'est à dire devant le Conseil Constitutionnel ; que, par suite, c'est à bon droit que le tribunal administratif de Bastia s'est déclaré incompétent pour en connaître tout en estimant que le litige ne ressortissait pas non plus à la juridiction judiciaire et qu'il n'y avait par suite pas lieu à renvoyer l'affaire devant le tribunal des conflits ; que les conclusions susanalysées doivent par suite être rejetées ;

Tel serait le cas également, selon les auteurs sus-mentionnés, lorsque le litige échappe à la compétence de toute juridiction en tant qu'acte de gouvernement.

■ En l'espèce, la cour d'appel a fait application de ces principes, en énonçant que :

Attendu que si l'article 34 du décret (modifié) du 26 octobre 1849 dispose notamment que lorsqu'une juridiction de l'ordre administratif a, par une décision qui n'est plus susceptible de recours, décliné la compétence de l'ordre de juridiction auquel elle appartient au motif que le litige ne ressortit pas à cet ordre, toute juridiction de l'autre ordre, saisie du même litige, doit, par un jugement motivé qui n'est susceptible d'aucun recours même en cassation, renvoyer au Tribunal des conflits le soin de décider sur la question de compétence ainsi soulevée et surseoir à toute procédure jusqu'à la décision de ce tribunal, c'est à la condition qu' elle estime que ledit litige ressortit à l'ordre de juridiction primitivement saisi' ;

Attendu que, saisi du même litige, le Conseil d'Etat, par un arrêt du 26 novembre 2012, a rejeté la requête des intéressés, parties à la présente instance ;

Mais attendu que la mise en oeuvre de la procédure de prévention du conflit négatif suppose que cette cour considère que l'autre ordre juridictionnel est effectivement compétent pour statuer sur le litige ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, eu égard à la jurisprudence constante du Conseil d'Etat, non contraire à celle du Tribunal des conflits, qui dénie sa compétence en matière d'actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec le Parlement ; qu'il s'ensuit qu'il n'y a lieu de renvoyer la question de compétence au Tribunal des conflits ;

Il conviendra de déterminer si, comme le soutiennent les demandeurs au pourvoi, un tel raisonnement est générateur d'un déni de justice et doit, dès lors, conduire le juge à renvoyer l'affaire au Tribunal des conflits nonobstant l'absence de conflit négatif au sens de l'article 34 du décret du 26 octobre 1849.

5-3- Les actes de gouvernement

Selon le *Vocabulaire juridique* (G. Cornu, PUF), l'acte de gouvernement est la "dénomination appliquée à un certain nombre d'actes émanant des autorités exécutives et dont la caractéristique commune est de bénéficier d'une immunité juridictionnelle absolue".

La notion, apparue en 1822 avec l'arrêt *Laffite* (CE, 1^{er} mai 1822, Rec. p. 202), a d'abord été entendue assez largement et tirait sa justification de la théorie dite du mobile politique.

Mais elle a ensuite connu un net recul et, dans l'état actuel du droit, on distingue deux types d'actes de gouvernement : d'une part, les actes du pouvoir exécutif concernant les rapports avec le Parlement ; d'autre part, les actes du gouvernement français dans ses rapports avec les organisations internationales et les Etats étrangers (voir, sur ce point, R. Chapus, *op. cit.*, n° 1153).

S'agissant de la première catégorie, qui nous intéresse plus particulièrement ici, il est admis que les actes pris par le gouvernement dans ses rapports avec les pouvoirs publics constitutionnels, tels que l'abstention ou le refus de déposer un projet de loi, constituent des actes de gouvernement insusceptibles de recours pour excès de pouvoir (voir, notamment, en ce sens : CE, sect., 29 novembre 1968, *Sieur Tallagrand*, Rec. p. 607).

Le Conseil d'Etat a réaffirmé cette solution dans la présente affaire :

- CE, 26 novembre 2012, n° 350492, M. Krikorian et autres :

Considérant que M. Krikorian et autres demandent au Conseil d'Etat d'annuler le refus implicite du Premier ministre de soumettre au Parlement un projet de loi transposant la décision-cadre 2008/913/JAI, arrêtée le 28 novembre 2008 par le Conseil de l'Union européenne, sur la lutte contre certaines formes et manifestations de racisme et de xénophobie au moyen du droit pénal, à l'exclusion de son article 1er, paragraphe 4 ; que, cependant, le fait, pour le Premier ministre, de s'abstenir de soumettre un projet de loi au Parlement, en application des dispositions de l'article 39 de la Constitution, touche aux rapports entre les pouvoirs publics constitutionnels et échappe, par là-même et sans que les engagements internationaux de la France puissent être utilement invoqués, à la compétence de la juridiction administrative ;

Le rapporteur public, Mme B. Bourgeois-Machureau, rappelait, dans ses conclusions, la jurisprudence constante en la matière et sa justification théorique :

De jurisprudence parfaitement constante, vous estimez en effet, depuis fort longtemps, que constitue des actes de gouvernement l'abstention ou le refus de déposer un projet de loi. Voyez 12 mars 1853, Le prince de Wagram c/l'Etat, p. 329 ; 17 février 1888, Prévost et autres, p. 148 ; 13 novembre 1896, Jacquot, p. 709 ; Section, 18 juillet 1930, Rouché, p. 771 ; 30 juillet 1949, Laengy, T. p. 621 ; 29 novembre 1968, Sieur Tallagrand, p. 607 ou encore 14 janvier 1987, Association des ingénieurs des télécommunications et Vautrey, T. p. 522. Vous estimez également, de manière parfaitement cohérente, que relève de cette catégorie le dépôt d'un projet de loi (voyez Assemblée, 19 janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet, p. 98 ; 9 mai 1951, Mutuelle nationale des étudiants de France, p. 253) ou le retrait d'un projet de loi (Assemblée, 19 janvier 1934, Compagnie marseillaise de navigation à vapeur Fraissinet, précitée, ou encore le retard mis à l'adoption d'un projet de loi (voyez Section, 25 juillet 1947, Société l'Alfa, p. 344).

Ces différentes décisions, qui relèvent des rapports entre le pouvoir exécutif et le Parlement, échappent à votre contrôle, dans la mesure où, bien qu'émanant d'autorités qui, elles, relèvent de votre contrôle, ces actes sont pris dans l'exercice par ces autorités de leurs prérogatives constitutionnelles en matière législative et ne constituent pas, en tant que tels, des actes administratifs. Comme le relevait René Capitant dans l'article qu'il a consacré à la nature des actes de gouvernement, ces actes sont ceux « par lesquels le Gouvernement participe à l'exercice de la fonction législative », ils « ne sont ni des actes de

législation, ni des actes d'administration. Ce sont des actes de participation gouvernementale à l'activité législative des chambres, comme à celle du peuple ».

Or, votre compétence, qui est une compétence d'attribution, ne s'étend pas à ce type d'actes.

La théorie des actes de gouvernement fait cependant l'objet de critiques, notamment en tant qu'elle porterait atteinte au droit à un recours juridictionnel effectif garanti, en droit interne, par l'article 16 de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen² et, sur le plan européen, par les articles 6 §1 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales³ et 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne⁴.

En effet, ainsi que le souligne le professeur Chapus (*op. et loc. cit.*), *“on est en droit, bien entendu, de regretter cette immunité, qui paraît mal s'accorder avec l'idée de l'Etat de droit ; ainsi qu'avec la disposition de la Convention européenne des droits de l'homme, selon laquelle (art. 13) toute personne doit disposer d'un “recours effectif”, en cas de violation des droits et libertés que la convention garantit. [...] On peut, d'autre part, concevoir que cette immunité soit abolie ou limitée par une intervention législative adéquate. On peut enfin estimer que le Conseil d'Etat, s'inspirant de sa jurisprudence en matière de responsabilité du fait des lois et des conventions internationales, pourrait reconnaître compétence au juge administratif relativement au contentieux des dommages causés par les actes de gouvernement. Mais il faut aussi bien être conscient qu'il arrive (précisément dans les “matières de gouvernement”) que les pouvoirs publics aient légitimement besoin d'avoir les mains libres. Et, tout autant qu'il ne faut pas céder à la folie des contrôles, il faut bien voir qu'il n'y pas d'incompatibilité entre acte de gouvernement et “Etat de droit”.*”

La Cour européenne des droits de l'homme a été saisie de cette question en 2006, à propos d'une décision de la Cour de cassation italienne déclarant les juridictions internes incompétentes pour examiner une demande en réparation formée par des ressortissants de la Serbie-Monténégro à la suite d'une frappe aérienne des forces de l'OTAN. Elle a admis que l'application par le juge national de la théorie des actes de gouvernement ne violait pas l'article 6 §1 de la Convention, en retenant que *“l'impossibilité pour les requérants de poursuivre l'Etat découlait non pas d'une*

² Voir, par exemple, CC, 23 novembre 2012, n° 2012-283 QPC, cons. 11 : *“qu'il résulte de cette disposition qu'il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction”.*

³ CEDH, 21 février 1975, *Golder c/ Royaume-Uni*, n° 4451/70 : *“l'article 6 par. 1 garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits et obligations de caractère civil. Il consacre de la sorte le “droit à un tribunal”, dont le droit d'accès, à savoir le droit de saisir le tribunal en matière civile, ne constitue qu'un aspect”.*

⁴ *“Toute personne dont les droits et libertés garantis par le droit de l'Union ont été violés a droit à un recours effectif devant un tribunal dans le respect des conditions prévues au présent article.”*

immunité mais des principes régissant le droit d'action matériel en droit interne" (CEDH, Grande chambre, 14 décembre 2006, *Markovic c/ Italie*, n° 1398/03).

La CJUE n'a pas eu, quant à elle, l'occasion de se prononcer expressément sur cette question. Elle juge toutefois "*qu'en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent du droit communautaire*" (voir, notamment : CJCE, 14 décembre 1976, *Rewe*, 33/76, point 5 ; CJCE, 14 décembre 1995, *Peterborck*, C-312/93, point 12 ; CJCE, 30 novembre 2006, *Unibet*, C-432/05, point 39). Elle estime en effet que "*si le traité CE a institué un certain nombre d'actions directes qui peuvent être exercées, le cas échéant, par des personnes privées devant le juge communautaire, il n'a pas entendu créer devant les juridictions nationales, en vue du maintien du droit communautaire, des voies de droit autres que celles établies par le droit national*" (CJCE, 7 juillet 1981, *Rewe*, 158/80, point 44 ; CJCE, *Unibet*, précité, point 40) et ajoute qu' "*il n'en irait autrement que s'il ressortait de l'économie de l'ordre juridique national en cause qu'il n'existe aucune voie de recours permettant, même de manière incidente, d'assurer le respect des droits que les justiciables tirent du droit communautaire*" (CJCE, *Unibet*, précité, point 41).

C'est au vu de l'ensemble de ces éléments qu'il conviendra d'apprécier les mérites des questions préjudicielles soulevées et du troisième moyen.

6 - Orientation proposée : FR

Nombre de projet(s) préparé(s) : 1