

Acte administratif transnational et droit communautaire*
**"Droit Administratif Européen", sous la direction de Jean-Bernard Auby et Jacqueline
Dutheil de la Rochère, à paraître aux éditions Bruylant en 2007**

Si l'extraterritorialité des actes de droit privé relève de l'évidence¹, la conception d'un tel effet s'agissant des actes de la puissance publique est plus difficile à imaginer. En effet, en ce qu'il est une expression de la puissance souveraine de l'Etat, l'acte administratif ne semble pouvoir déployer ses effets que dans les limites tracées par les frontières de l'Etat qui l'a émis. Il est ainsi usuel de présenter le droit public en général et le droit administratif en particulier, comme reposant sur un principe de territorialité absolu. Consubstantiellement, le territoire fut d'abord conçu comme une limite, et défini par suite comme « la partie du globe sur laquelle tel gouvernement peut exercer sa puissance de contrainte, organiser et faire fonctionner les différents services publics »². Il est aujourd'hui, dans une perspective plus complémentaire qu'opposée, communément présenté comme « la sphère de compétence spatiale de l'Etat, le cadre de validité de l'ordre étatique »³. Et cette sphère de compétence est alors logiquement réputée exclusive⁴.

Toutefois, et comme H. RUIZ FABRI l'a très clairement rappelé⁵, cette présentation a toujours été partiellement inexacte. En effet, deux principes sont de longue date venus, quoique dans des proportions fort variables suivant les époques, tempérer la rigueur du principe de territorialité du droit public. D'une part, le transfert de compétences souveraines au profit d'organisations supra-étatiques conduit inéluctablement au partage sur un même territoire de certains attributs de la puissance publique entre l'Etat et l'organisation supra-étatique en cause⁶. Dès lors, le principe de territorialité s'accompagne, même en droit

* A paraître dans AUBY (J-B.) et DUTHEIL DE LA ROCHERE (J.) (dir.), *Droit administratif européen*, Bruylant.

¹ Y compris lorsqu'il s'agit d'actes de droit privé émanant d'organes publics. Il s'agit alors de la très classique question en droit international privé de l'effet des actes publics étrangers, question sur laquelle nous reviendrons dans les développements qui suivent. Pour une première approche, voir MAYER (P.) et HEUZE (V.), *Droit international privé*, Paris, Montchrestien, 8^{ème} éd., 2004, p.333 et ss.

² DUGUIT (L.), *Traité de droit constitutionnel*, tome II, 3^{ème} éd., 1928, Paris, De Boccard, p.51.

³ ROUSSEAU (Ch.), *Droit international public*, tome II, Paris, Sirey, 1974, p.51. Bien que reposant sur une vision qui n'est plus exclusivement négative, cette théorie du territoire-compétence ne nous paraît pas radicalement invalider la théorie du territoire-limite évoquée plus haut, mais plutôt la compléter. Tel n'est en revanche pas le cas des théories du territoire comme élément constitutif de l'Etat ou du territoire objet qui sont beaucoup plus éloignées de la théorie ici envisagée (sur ces différentes approches, voir par exemple DAILLIER P. et PELLET A., *Droit international public*, Paris, LGDJ, 7^{ème} éd., 2002, p.413).

⁴ C'est ainsi que L. MICHOUUD estimait que le territoire « est le périmètre sur lequel s'exerce ce droit [de commander] (...) d'une manière exclusive s'il s'agit d'un Etat souverain » (*La théorie de la personnalité morale et son application au droit français*, tome II, 3^{ème} éd., 1925, Paris, LGDJ, p.61).

⁵ RUIZ-FABRI (H.), *Immatériel, territorialité et Etat*, Arch. phil. droit, n°43, 1999, p. 197 et ss.

⁶ Voir déjà sur ce point, la démonstration de SCELLE (G.), *Précis du droit des gens*, LGDJ, tome 1, 1932, p.77.

administratif, d'un principe d'internationalité dont l'importance n'a évidemment cessé de croître⁷. Par ailleurs, l'extraterritorialité, c'est-à-dire le fait qu'un Etat projette unilatéralement sa compétence dans un autre Etat, a toujours existé et est même nécessaire, pourvu néanmoins que l'Etat à l'origine de la mesure dispose d'un lien suffisant avec la personne ou la situation visée.

Mais à ces hypothèses, que l'on pourrait qualifier de « classiques », la construction communautaire en ajoute de nouvelles, qui vont, au moins pour certaines d'entre elles, beaucoup plus loin que ce qu'impliquent les principes d'internationalité et d'extraterritorialité.

Il est vrai qu'en postulant à la disparition des frontières pour les marchandises, les personnes, les services et les capitaux⁸, la construction communautaire ne pouvait que contribuer à renforcer la porosité du territoire et donc à marginaliser le principe de territorialité, jusque et y compris au sein du droit public. A cet égard, il convient de souligner que si le droit communautaire est un « droit de l'intégration » suivant la belle expression notamment développée par P. PESCATORE⁹, ce n'est pas seulement en raison de ses caractéristiques institutionnelles, même si elles sont en elles-mêmes tout à fait remarquables¹⁰. C'est aussi, et peut-être en premier lieu, parce qu'il est fondé sur une fonction d'intégration, suivant la taxinomie développée par M. VIRALLY¹¹, et même sur une fonction d'intégration au sens physique du terme : la disparition des frontières intérieures entre Etats membres met nécessairement à mal la territorialité du droit public.

⁷ Précisons d'ailleurs que le caractère absolu du principe de territorialité tel qu'il est présenté dans les écrits de DUGUIT ou MICHOUUD visait avant tout les autres Etats et non les organisations internationales, il est vrai beaucoup moins nombreuses dans les années 20. Une telle analyse est par exemple attestée par la conclusion à laquelle DUGUIT parvient au terme de son analyse du territoire : « Aucun gouvernement étranger ne peut s'opposer au libre exercice de l'activité gouvernante sur [son] territoire, et s'il le faisait, il violerait les règles du droit international » (op. cit., p.51, souligné par nous).

⁸ Tel est bien l'objet du traité établissant la Communauté européenne dès l'origine, que cet objectif soit subsumé par le concept de marché commun (comme dans la version de 1957) ou par celui de marché intérieur (qui s'impose à partir de l'Acte unique). Sur cette continuité, voir par exemple ART (J-Y.), *Marché intérieur*, in BARAV (A.) et PHILIP (Ch.) dir., *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, Paris, PUF, 1993, p.644.

⁹ Voir notamment PESCATORE (P.), *Le droit de l'intégration (Emergence d'un phénomène nouveau dans les relations internationales selon l'expérience des Communautés européennes)*, Genève, Sijthoff-Leiden, IHEI, 1972, 97 p., réimpression Bruxelles, Bruylant, 2005, 100p.

¹⁰ C'est bien sur ses caractéristiques (rôle des organes intégrés, propriétés des normes...) que se fonde pour l'essentiel la démonstration si convaincante de P. PESCATORE.

¹¹ VIRALLY propose en effet de classer les organisations internationales sur la base de leurs fonctions, c'est-à-dire des missions qui leur sont confiées par les Etats, dans la mesure où existe une différence très nette entre les fonctions de coopération et celles d'intégration. Sur cette taxinomie, voir VIRALLY (M.), *La notion de fonction dans la théorie de l'organisation internationale*, in *Mélanges Charles Rousseau*, Pedone, 1974, p. 288-290 et, du même auteur, *Définition et classification des organisations internationales : approche juridique*, in ABI-SAAD (G.) dir., *Le concept d'organisation internationale*, Unesco, 1980, p.55-57.

Plus précisément, la construction du marché intérieur donne naissance à ce qu'il nous paraît opportun d'appeler des actes administratifs transnationaux, c'est-à-dire des actes émanant de la puissance publique et soumis au droit administratif, qui déploient leurs effets juridiques dans les autres Etats membres de l'Union européenne par détermination du droit communautaire.

Certes, l'idée de transnationalité pourrait paraître discutable dans la mesure où, en toute rigueur, elle devrait renvoyer à une élaboration en commun par les autorités d'au moins deux Etats d'un acte et donc essentiellement à l'hypothèse des actes contractuels qui n'est pas l'objet de la présente étude¹². Toutefois, son usage nous paraît en l'espèce opportun pour deux raisons. La première est qu'il permet de nettement distinguer l'hypothèse ici envisagée du principe d'extraterritorialité tel que nous l'avons rappelé en commençant cette étude. En effet, à la différence de la situation d'extraterritorialité qui relève exclusivement de la volonté unilatérale de l'Etat, l'hypothèse envisagée dans les développements qui suivent est imposée aux Etats par la Communauté. La logique, mais aussi l'impérativité qui en découle, sont donc tout à fait différentes même si les actes transnationaux ici évoqués entretiennent des liens étroits avec l'idée d'extraterritorialité. D'autre part, le terme de transnationalité permet de souligner l'aspect horizontal des effets juridiques examinés dans la mesure où, bien que les actes ici visés soient adoptés par les autorités d'un seul Etat membre, nous verrons qu'ils déploient leurs effets en se combinant avec le droit des autres Etats membres.

Ces précisions apportées, il est possible d'affirmer que la construction du marché intérieur porte atteinte au principe de territorialité du droit administratif non seulement par le biais du principe d'internationalité, comme toutes organisations internationales, mais aussi par le biais du principe de transnationalité, ce qui est nettement plus original. C'est ainsi que non seulement la Communauté se substitue à l'Etat dans l'édiction de normes qui ont vocation à s'appliquer sur son territoire (internationalité), mais elle lui impose également d'appliquer certains actes administratifs émis par les autres Etats membres (transnationalité). Or, bien que ce dernier phénomène ne soit pas sans lien avec d'autres, comme l'extraterritorialité ou la question de l'efficacité des actes publics étrangers abordée en droit international privé, elle présente néanmoins des particularités. Autrement dit, l'effet sur le territoire des autres Etats membres de l'Union européenne des actes administratifs transnationaux constitue une

¹² Sur cette hypothèse voir notamment AUDIT (M.), *Les conventions transnationales entre personnes publiques*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé, t.358, 2002, 428p. et LEMAIRE (S.), *Les contrats internationaux de l'administration*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t.433, 2005, 408p.

hypothèse par bien des aspects originale (I). De surcroît, et s'agissant d'une catégorie particulière parmi ces actes administratifs transnationaux, il convient d'ajouter un nouvel élément de particularisme tenant à leur contrôle. En effet, certains de ces actes sont désormais susceptibles d'être contrôlés par des juridictions d'autres Etats membres et, même si ce n'est que dans des hypothèses encore limitées, ils constituent alors des actes transnationaux non seulement par leurs effets mais aussi par leur contrôle (II).

I- Les effets de l'acte administratif transnational

La capacité du droit communautaire à faire produire à des actes administratifs nationaux des effets juridiques sur l'ensemble du territoire de l'Union européenne (et donc évidemment sur le territoire d'autres Etats membres que celui de l'Etat « émetteur ») est presque aussi ancienne que la construction communautaire elle-même. Il n'en demeure pas moins que, dictée par la logique de constitution du marché intérieur et absolument nécessaire à celle-ci (A), la transformation par le droit communautaire d'actes administratifs nationaux en actes administratifs transnationaux comporte des éléments d'une indéniable originalité (B).

A- Une logique inhérente au marché intérieur

L'objet premier, et toujours fondamental, de la construction communautaire est de parvenir à créer, entre les Etats qui en sont membres, un espace continu, sans frontières intérieures, au sein duquel les déplacements d'un Etat à l'autre sont aussi proches que possibles des déplacements à l'intérieur d'un seul et même Etat. Et parmi les différents moyens envisageables pour atteindre cet objectif, les institutions communautaires ont fait le choix de l'utilisation la plus large possible du principe sans doute le plus efficace, celui de reconnaissance mutuelle. Or ce principe conduit nécessairement à la création d'actes administratifs transnationaux, au sens conféré ci-dessus à ce terme.

C'est logiquement en matière de libre circulation des marchandises que la généralisation du principe de reconnaissance mutuelle est tout d'abord intervenue¹³. Absent des traités et ne bénéficiant pas d'une véritable consécration « constitutionnelle »¹⁴, le principe de

¹³ La libre circulation des marchandises a en effet été la première abordée et constitue encore aujourd'hui le chapitre le plus achevé du marché intérieur. Il n'est pour s'en convaincre qu'à regarder le projet de directive relative aux services dans le marché intérieur, dite « directive Bolkenstein » pour mesurer ce qu'il reste à accomplir par exemple dans le domaine des services. Voir en dernier lieu, la proposition modifiée de la Commission après la première lecture au Parlement européen, COM 2006 (160) final du 4 avril 2006.

¹⁴ Au sens matériel de ce terme, c'est-à-dire figurant dans le traité instituant la Communauté dont il n'est pas douteux qu'il constitue bien une « constitution » au sens matériel. Au demeurant, ce silence du traité sur un

reconnaissance mutuelle s'est donc initialement imposé en vertu de la seule jurisprudence de la Cour de justice des Communautés. Sur la base des seules dispositions du traité de Rome, il existait deux voies permettant de réaliser le marché intérieur en général et la libre circulation des marchandises en particulier : la première, si progressive qu'elle en devenait presque illusoire, consistait à n'accorder le bénéfice des dispositions relatives à la libre circulation des marchandises qu'aux produits pour lesquels avaient été adoptées des prescriptions harmonisées s'agissant de leur fabrication et de leur commercialisation ; la seconde, dont l'effet était radical, conduisait à l'application immédiate de ces dispositions à toutes les marchandises sur le fondement du principe de reconnaissance mutuelle. C'est évidemment à la seconde branche de cette alternative que la Cour de justice des Communautés européennes s'est ralliée dans son célèbre arrêt *Rewe zentral*, dit « Cassis de Dijon » du 20 février 1979¹⁵. Estimant qu'*in fine* le niveau de protection était globalement équivalent dans tous les Etats membres de la Communauté, la Cour en déduit que tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans l'un des Etats doit, par principe et sauf à porter atteinte à une exigence impérative d'intérêt général, être librement distribué dans les autres Etats membres¹⁶. Ainsi consacré, le principe de reconnaissance mutuelle permet une réalisation immédiate de la libre circulation des marchandises dont il constitue alors la pierre angulaire.

Par ailleurs, et de façon complémentaire, le principe de reconnaissance mutuelle s'est aussi imposé dans le droit dérivé. S'insérant dans les interstices laissés par la jurisprudence en vertu de la politique législative dite « nouvelle approche », nombre de directives d'harmonisation reposent précisément sur ce principe de reconnaissance mutuelle¹⁷.

En tout état de cause, et quelle que soit l'origine jurisprudentielle ou textuelle du principe de reconnaissance mutuelle, son application conduit obligatoirement à la transformation de certains actes administratifs nationaux en actes administratifs transnationaux.

C'est ainsi, par application de la jurisprudence « Cassis de Dijon », que les actes de la puissance publique autorisant la production et la commercialisation de certaines marchandises

principe pourtant existentiel, au sens premier du terme, pour la construction communautaire n'est pas le propre de la reconnaissance mutuelle. Voir ainsi par exemple LECOURT (R.), *Quel eut été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et 1964 ?*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en l'honneur de Jean Boulois*, Paris, Dalloz, 1992, p.349.

¹⁵ Aff. 120/78, Rec. p.649 ; notes MATTERA (A.), RMC, 1980, p.504-514 et MASCLET (J-C.), RTDE, 1980, p.611-634.

¹⁶ *Idem*, point 14.

¹⁷ L'on peut par exemple renvoyer aux multiples directives générales et sectorielles en matière de reconnaissance mutuelle des diplômes, directives indispensables à la libre circulation des travailleurs. Pour une présentation générale, voir BLUMANN (C.) et DUBOIS (L.), *Droit matériel de l'Union européenne*, Paris, Montchrestien, 3^{ème} éd., 2004, p.93 et ss.

valent par principe dans tous les autres Etats membres. Autrement dit, et grâce au droit communautaire, une autorisation de mise sur le marché adoptée par les autorités françaises déploie en principe¹⁸ ses effets sur le territoire de l'ensemble des Etats membres. De même, mais cette fois-ci en vertu du droit dérivé¹⁹, une décision d'expulsion d'un ressortissant d'Etat tiers adoptée par les autorités françaises doit, sous certaines conditions, être mise en œuvre par n'importe lequel des Etats membres de l'Union européenne.

Ces exemples démontrent ainsi que l'application du principe de reconnaissance mutuelle confère nécessairement à certains actes administratifs des effets en dehors du territoire de l'Etat qui les a adoptés. Or, cette transnationalité constitue par bien des aspects une construction originale.

B- Une efficacité originale

Que des actes juridiques, fussent-ils émis par des organes publics, produisent des effets sur le territoire d'autres Etats ne constitue manifestement pas une spécificité propre à la construction communautaire. Bien au contraire, cette hypothèse constitue une question classique en droit international privé où elle est abordée sous la dénomination d'efficacité des actes publics étrangers²⁰. Mais pour aussi éclairant que soit ce précédent dans la mesure où son objet est évidemment proche de celui ici examiné, l'acte administratif transnational n'en présente pas moins des traits spécifiques.

Cette spécificité tient d'abord, c'est là une évidence, au domaine concerné. Comme le soulignent usuellement les auteurs s'intéressant à cette question, « les actes administratifs ne

¹⁸ C'est-à-dire là où le principe de reconnaissance mutuelle s'applique en vertu de la jurisprudence de la Cour. Dans le cas contraire, le droit communautaire « centralise » le plus souvent la prise de décision et substitue aux actes nationaux un acte communautaire. Il s'agit alors d'une application du principe d'internationalité et non du principe de transnationalité, suivant la taxinomie développée en introduction. Tel est par exemple le cas en matière de mise sur le marché des OGM conformément aux procédures définies par la directive n°2001/18 du 12 mars 2001 relative à la dissémination volontaire d'OGM dans l'environnement (JOCE L 106 du 17 avril 2001).

¹⁹ Directive 2001/40/CE du Conseil du 28 mai 2001 relative à la reconnaissance mutuelle des décisions d'éloignement des ressortissants de pays tiers, JOCE L149 du 2 juin 2001, p.34.

²⁰ Il s'agit bien évidemment des actes adoptés par les organes publics qui relèvent du droit privé. Voir notamment la thèse que lui a consacré PAMBOUKIS (Ch.), *L'acte public étranger en droit international privé*, Paris, LGDJ, Bibliothèque de droit privé t.219, 1993, 360p. ; ou, pour une référence plus ancienne, BISCOTTINI (G.), *L'efficacité des actes administratifs étrangers*, RCADI, vol. 104, 1961, p.638-696. Précisons que si ce dernier utilise le terme de « administratif » et non de « public », c'est pour englober « tous les actes publics concourant d'une façon concrète à la réalisation d'une vie sociale ordonnée » (p.639), tout en excluant ceux « ne conten[ant] que des règles se rapportant aux finalités de l'Etat qui les édict[ent] » (p.642).

produisent qu'exceptionnellement des effets extraterritoriaux »²¹, cette assertion étant alors suivie d'exemples très ponctuels. Bien qu'il soit sans doute difficile de lui trouver un fondement logique incontestable, un tel constat n'est toutefois pas entièrement surprenant. Certes, l'important au regard de la souveraineté territoriale de l'Etat et de son caractère subséquent exclusif réside au moins autant dans l'objet de l'acte que dans son auteur. Mais, même si la dichotomie droit public/droit privé ne recoupe pas la nature régaliennne ou non des compétences exercées par les autorités publiques, force est toutefois de constater que les actes publics de droit privé produisent couramment un effet extraterritorial tandis que les actes administratifs n'en produisent presque jamais.

Or l'application du principe de reconnaissance mutuelle vient renverser cet état de fait. D'exceptionnelle, l'hypothèse devient courante puisque le droit communautaire confère de façon systématique un effet sur le territoire des autres Etats membres à certaines catégories d'actes administratifs, les autorisations de mise sur le marché ou les décisions d'éloignement d'étrangers pour reprendre les exemples ci-dessus évoqués.

Mais la spécificité de la question des actes administratifs transnationaux au regard de celle des actes publics étrangers tient également à son caractère impératif pour l'Etat. En effet, à la question de savoir si l'Etat a une obligation juridique de reconnaître les actes émanant des autorités publiques d'autres Etats, la réponse de la doctrine privatiste est, lorsque ces actes relèvent du droit privé, généralement négative²². Par suite, l'Etat conserve une marge de manœuvre au regard de l'efficacité des actes publics de droit privé étrangers, n'acceptant finalement que ceux qui servent ses propres intérêts²³.

Tel n'est alors pas le cas s'agissant des actes dont l'effet hors du territoire est lié à l'application du principe communautaire de reconnaissance mutuelle. Dans ce cas de figure, l'effet transnational des actes est le produit de la volonté unilatérale de la Communauté qui

²¹ PAMBOUKIS (Ch.), *L'acte public étranger en droit international privé*, op.cit., p.22. De même, si G. BISCOTTINI est amené à retirer certains actes, comme nous l'avons dit dans la note précédente, c'est parce que « si l'acte étranger n'était rien d'autre qu'une manifestation du pouvoir souverain c'est-à-dire ne contenait que des règles se rapportant aux finalités de l'Etat qui l'édicte, nous devrions en conclure qu'ils ne sont pas susceptibles, en règle générale du moins, d'exécution extraterritoriale » (*L'efficacité des actes administratifs étrangers*, op. cit., p.642).

²² Voir sur ce point la synthèse opérée par Ch. PAMBOUKIS des différentes sources envisageables pour une telle obligation et leur mise à l'écart, thèse précitée, p.140 et suivantes.

²³ Voir notamment en ce sens les conclusions de BISCOTTINI (G.), *L'efficacité des actes administratifs étrangers*, op. cit., p.646. Notons d'ailleurs que cet auteur relève un élément qui pourrait expliquer le particularisme relevé au paragraphe précédent. Il indique en effet que « alors qu'il est relativement rare que les fins propres d'un appareil [étatique] coïncident avec celles d'un autre appareil, de telle sorte que le second puisse avoir intérêt à se substituer au premier, il est relativement plus fréquent que ceci arrive en ce qui concerne les besoins propres de la Communauté » (idem, p.647).

s'impose aux Etats qui la compose. C'est le droit communautaire qui confère alors à l'acte administratif un caractère immédiatement et automatiquement exécutoire dans les autres Etats membres, sans que l'Etat récepteur puisse s'y soustraire, sauf à violer le droit communautaire. L'intérêt de ce dernier Etat n'est ainsi nullement pris en compte, bien au contraire. Un exemple ayant eu, une fois n'est pas coutume, les honneurs de la presse généraliste²⁴ permet au-delà de son caractère anecdotique d'illustrer le propos. En homologuant pour un usage urbain les quads (sorte de moto assise sur quatre roues), les autorités luxembourgeoises ont contraint la France, pourtant fermement opposé à un tel usage, à les accepter sur ses routes. Ce caractère impératif et automatique n'est alors pas propre aux actes administratifs mais bien au principe de reconnaissance mutuelle et il vient alors profondément renouveler la question de l'efficacité des actes publics de droit privé étrangers²⁵. Mais, combiné à la première des spécificités ci-dessus relevée, cette caractéristique vient donner à la question des actes administratifs transnationaux sa particularité. Par ailleurs, il faut désormais en ajouter une autre pour certains de ces actes transnationaux, tenant cette fois-ci à leur contrôle.

II- Le contrôle de l'acte administratif transnational

Le caractère transnational des actes administratifs envisagés dans cette étude connaît une limite essentielle. En effet, si les actes d'un Etat sont susceptibles de produire des effets de droit sur le territoire des autres Etats membres, ils ne sont pas pour autant des éléments de droit. En réalité, les actes de la puissance publique sont assimilables, sur le territoire des autres Etats membres, à des faits et sont en principe insusceptibles de contrôle et de remise en cause (A). Toutefois, ce principe bien établi s'accompagne désormais d'une exception liée à ce qu'il est convenu d'appeler le contentieux Schengen. En effet, le système Schengen donne naissance à une catégorie particulière d'actes administratifs pour lesquels même le contrôle est désormais transnational (B).

A- L'acte administratif transnational comme fait

Ainsi que le souligne G. BISCOTTINI, « dire d'un acte qu'il a un caractère juridique dans un Etat donné, c'est dire qu'il peut bénéficier des garanties propres de cet Etat »²⁶. Or, il est une garantie essentielle qui permet de ne pas reconnaître une telle qualité aux actes administratifs

²⁴ NORMAND (J-M.), *L'essor controversé du quad véhicule pataud, en ville*, *Le Monde* du 26/09/03.

²⁵ Voir par exemple le traitement spécifique que MAYER (P.) et HEUZE (V.) sont amenés à accorder au titre exécutoire européen créé par le règlement du 21 avril 2004 dans leur section sur les actes publics, *Droit international privé*, op.cit., p.340.

²⁶ BISCOTTINI (G.), *L'efficacité des actes administratifs étrangers*, op. cit., p.641.

transnationaux produits par l'application du principe communautaire de reconnaissance mutuelle dans les Etats autres que celui d'émission : celle relative à leur contrôle. En effet, si le droit communautaire confère à ces actes un effet sur le territoire des autres Etats membres, il ne permet pour autant pas de contrôler et, le cas échéant, de remettre en cause leur validité hors du territoire de l'Etat d'émission.

Non que le droit communautaire n'ait aucune influence sur la définition de la compétence des juridictions nationales. Au contraire, qu'il s'agisse de l'invocabilité des normes communautaires ou des pouvoirs du juge national dès lors que l'une de ces normes est en jeu, le droit communautaire influe très directement sur l'office du juge national²⁷. De surcroît, et même si ce type de dispositions n'a guère trouvé à s'appliquer pour l'instant en matière administrative, l'espace juridictionnel européen a de longue date été horizontalement structuré non seulement par l'édiction d'un principe de reconnaissance mutuelle des décisions de justice, mais également par l'édiction de règles permettant de définir la juridiction nationale compétente dans le cas de litiges transfrontaliers²⁸. Mais si ce type de disposition est à n'en pas douter de nature à affecter la définition des compétences du juge national, il s'agit en fait d'une clarification des situations dans lesquelles il est possible d'hésiter entre plusieurs juges nationaux et non d'une extension radicale de compétences destinée à faire assumer par l'un de ces juges des fonctions normalement dévolues à un autre.

Bref, jusqu'ici le droit communautaire n'est jamais venu remettre en cause le fait que le contrôle des actes de la puissance publique continue de relever exclusivement de l'Etat d'émission, même lorsque ces actes déploient leurs effets en dehors de cet Etat. C'est ce qu'illustre clairement l'affaire *Chen*²⁹. Dans cette affaire, une ressortissante chinoise effectuant depuis de nombreuses années des voyages en Grande-Bretagne pour son travail décide en mai 2000, enceinte de six mois, de s'expatrier pour accoucher en Europe dans la perspective avouée de s'y installer. Mais pour atteindre ce but, Mme Chen souhaite que l'enfant à naître dispose de la nationalité de l'un des Etats membres de l'Union européenne et consulte alors un avocat. Or, il apparaît qu'en Grande-Bretagne (pays dans lequel elle est

²⁷ Pour un bilan exhaustif de ces incidences, voir la thèse de DUBOS (O.), *Les juridictions nationales, juge communautaire*, Paris, Dalloz, 1991.

²⁸ Et ceci depuis la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE L 299 du 31 décembre 1972, p.32. Ce texte a, le 22 décembre 2000, été transformé en règlement communautaire (règlement 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JOCE du 16 janvier 2001) sans que ces mécanismes essentiels ne soient modifiés. Voir GAUDEMET-TALLON (H.), *Compétence et exécution des jugements en Europe*, Paris, LGDJ, 2002, 3^{ème} éd..

²⁹ CJCE, 19 octobre 2004, *Kunqian Catherine Zhu et Man Lavette Chen c/ Secretary of State for the Home Department*, aff. C-200/02.

arrivée), le fait de naître sur le territoire ne suffit pas à conférer automatiquement la nationalité britannique. En revanche, le droit irlandais, pour des raisons historiques et politiques aisément compréhensibles, s'appuyait³⁰ sur une vision très particulière du *jus soli* : en effet, tout enfant né sur l'île d'Irlande, y compris dans la partie relevant de la souveraineté britannique, bénéficiait automatiquement de la nationalité irlandaise. Forte de ces connaissances, Mme Chen se rend à Belfast où elle accouche le 16 septembre 2000 d'une petite Catherine, à laquelle la République d'Irlande accorde donc la nationalité irlandaise. Par la suite, désireuse de s'établir au Pays de Galles, Mme Chen s'y installe et demande alors pour elle et pour sa fille, en tant que citoyenne européenne, un titre de séjour de longue durée aux autorités britanniques. Bien que le Secretary of State for the Home Department ait tenté de s'y opposer et après quatre années de procédure devant les juridictions britanniques et communautaires, Mme Chen est parvenue à ses fins. En effet, le droit communautaire impose aux autorités britanniques de reconnaître l'attribution de nationalité effectuée par un autre Etat et d'en tirer les conséquences en lui octroyant un droit au séjour³¹. Les autorités britanniques ne pouvaient dans cette espèce remettre en cause la validité de la décision des autorités irlandaises de conférer à la petite Catherine la nationalité irlandaise. Ils ne pouvaient le faire ni au regard du droit britannique (la Grande-Bretagne étant incompétente en l'espèce), ni au regard du droit irlandais (la juridiction britannique n'ayant pas compétence pour l'appliquer), ni au regard du droit communautaire (qui ne comporte d'ailleurs aucune prescription en matière d'attribution de la nationalité et se contente de renvoyer au droit des Etats membres)³².

Dans ces conditions, et bien qu'il confère à certains actes un effet hors du territoire de l'Etat d'émission, le droit communautaire ne remet pas pour autant en cause le monopole de l'Etat pour apprécier la légalité de ses actes. Sur le plan du droit interne, cela signifie que chaque juridiction n'est compétente que pour apprécier la validité des actes émanant de la puissance publique de laquelle elle procède. Est donc en principe toujours valable l'appréciation de R. ODOT pour lequel « Le pouvoir juridictionnel dévolu aux juges administratifs est un attribut

³⁰ La législation irlandaise a depuis lors été réformée.

³¹ En fait, c'est la petite Catherine qui bénéficie en tant que citoyenne européenne d'un droit au séjour en application des articles 17 et 18 TCE combinés avec la décision des autorités irlandaises de lui accorder la nationalité de ce pays, tandis que sa mère en bénéficie en ce qu'il est l'indispensable corollaire du droit au séjour de Catherine : l'effet utile attaché aux dispositions communautaires commande d'accorder un droit au séjour aux parents de jeunes citoyens européens, faute de quoi ce droit ne pourrait être véritablement exercé. Sur ce raisonnement voir CJCE, 17 septembre 2002, aff. C-413/99, *Baumbast*, Europe 2002, n°369, note GAUTIER (Y.).

³² Les autorités britanniques ont toutefois tenté d'invoquer, forcément en vain, un abus de droit. Voir sur ce point GAUTIER (M.), RAE, 2003-2004/4, p.673.

de la souveraineté française : il ne peut donc s'exercer, directement ou indirectement, que sur les décisions prises ou les actes assurés par les autorités soumises à cette souveraineté (...); c'est là une évidence »³³. Et un principe équivalent pourrait alors être dégagé dans tous les Etats membres de l'Union européenne. Si les autorités nationales ont par détermination du droit communautaire a connaître de ces actes administratifs émanant d'autres Etats, elles ne peuvent les appréhender que comme des faits. Tout juste peuvent-elles en vérifier l'existence. Dès lors les actes administratifs liés à l'application du principe de reconnaissance mutuelle ne sont transnationaux que par leurs effets ; sur le plan de leur contrôle, ils demeurent des actes administratifs classiques. Mais cette assertion s'accompagne désormais d'une exception tirée du contrôle de certains actes administratifs liés à la mise en œuvre du dispositif Schengen.

B- L'acte administratif transnational comme acte juridique

Au sens conféré à ce terme par BISCOTTINI dans la citation reproduite plus haut, certains des actes transnationaux ici étudiés sont bien, même dans les autres Etats membres de l'Union européenne, des actes juridiques. En effet, il convient d'isoler parmi les actes administratifs transnationaux, une catégorie d'actes susceptibles de voir leur validité remise en cause dans un Etat autre que celui d'émission. Il s'agit des décisions de signalement au SIS, décisions pour lesquelles le Conseil d'Etat français a dégagé le principe d'un contrôle transnational qui n'est toutefois pas sans limites.

Le dispositif Schengen³⁴, partie intégrante de la construction communautaire depuis le traité d'Amsterdam, a permis de réaliser pleinement la libre circulation des personnes au sein de l'Union européenne³⁵, en permettant la suppression des contrôles aux frontières intérieures. Pour ce faire, il suppose en particulier une mutualisation particulièrement complète des décisions relatives aux étrangers (c'est-à-dire aux ressortissants d'Etats tiers à l'Union

³³ *Contentieux administratif*, Paris, Les cours de droit, 1977-1978, fasc. I, p.158.

³⁴ Par ces termes nous désignons l'Accord de Schengen du 14 juin 1985 (publié dans le décret n°86-907 du 30 juillet 1986, JORF du 5 août 1986, p. 9612), la Convention d'application du 19 juin 1990 (JORF du 1^{er} juillet 1991, p.10192) ainsi que les textes adoptés pour leur application tels qu'ils ont été recensés lors de leur intégration dans le droit de l'Union européenne (décision 1999/435/CE relative à la définition de l'acquis Schengen en vue de déterminer, conformément aux dispositions pertinentes des traités, la base juridique de chacune des décisions ou dispositions qui constituent l'acquis et décision 1999/436/CE déterminant, conformément aux dispositions pertinentes des traités, la base juridique de chacune des dispositions ou décisions constituant l'acquis de Schengen, JOCE L 176 du 10 juillet 1999, p.1 et p.17).

Pour un aperçu de ce dispositif, qui a suscité une littérature particulièrement abondante, voir notamment DOLLAT (P.), *Libre circulation des personnes et citoyenneté européenne : enjeux et perspectives*, Bruxelles, Bruylant, 1998, p.178-233 ; HREBLAY (V.), *Les accords de Schengen*, Bruxelles, Bruylant, 1998, 194 p

³⁵ Avec quelques « adaptations géographiques » puisque, pour des raisons politiques et historiques, le système Schengen, même inclus dans l'Union européenne, ne lie pas la Grande-Bretagne et l'Irlande mais inclue en revanche la Norvège et l'Islande pourtant non membres de l'Union.

européenne) puisque dès lors qu'un Etat autorise l'entrée sur son territoire d'un étranger, il lui permet du même coup de pénétrer sans aucun contrôle sur le territoire de l'ensemble des Etats membres. Il n'est dès lors guère surprenant que le dispositif Schengen repose notamment sur l'existence d'un fichier commun des étrangers indésirables (le SIS ou Système d'information Schengen)³⁶, chacun des Etats étant alors chargé de refuser l'entrée ou de reconduire à la frontière les personnes inscrites sur ce fichier par n'importe lequel des Etats parties.

Ainsi, ce dispositif constitue une application systématisée par le recours au système du fichier du principe de reconnaissance mutuelle en matière d'étrangers : le droit communautaire vient obliger les Etats à faire application de la décision de l'un d'entre eux de considérer un étranger comme indésirable. Autrement dit, la décision de signalement d'un étranger au SIS par un Etat constitue un acte administratif transnational qui déploie ses effets sur le territoire de tous les Etats membres de l'Union.

Mais à la différence des actes transnationaux jusqu'ici examinés, ces décisions n'y sont pas que des faits mais bien des actes juridiques en ce qu'ils sont susceptibles d'y être contrôlés. Cette particularité est liée au système de responsabilité instauré dans le cadre Schengen. En effet, la convention de Schengen permet à un particulier de demander au juge national, le cas échéant hors de l'Etat signalant, l'indemnisation du préjudice résultant d'un signalement irrégulier. Autrement dit, elle mutualise aussi les mécanismes de responsabilité liés au fonctionnement défectueux du système³⁷. Or, le juge ne peut évidemment pas réparer les conséquences d'un signalement irrégulier sans apprécier à titre liminaire la régularité de ce dernier. Par suite, et bien qu'un tel raisonnement n'ait pas encore été validé par la Cour de justice des Communautés, il nous semble incontestable que le dispositif Schengen confère nécessairement au juge national la compétence pour contrôler la régularité des décisions de signalement émises par n'importe lequel des Etats membres. Et c'est bien à cette conclusion que le Conseil d'Etat français est parvenu dans l'affaire *Forabosco*³⁸. Certes, le contrôle opéré

³⁶ Voir notamment S. PREUSS-LAUSSINOTTE, *Les fichiers et les étrangers au cœur des nouvelles politiques de sécurité*, LGDJ, Bibliothèque de droit public, t.209, 2000, p.128-168 ; CH. CHOQUET, « Le système d'information Schengen : un double défi », RMC, 1998, n°418, p.294-298. Notons que ce système de première génération doit être remplacé par un système plus récent, baptisé le « SIS II », sans que les modifications qui en découlent ne changent les principes de fonctionnement ici évoqués.

³⁷ Article 116 de la convention d'application de 1990. On ajoutera que l'article 111 du même texte permet à un particulier de demander à n'importe lequel des Etats parties l'effacement ou la rectification des données erronées le concernant et inscrites au SIS par n'importe lequel des Etats.

³⁸ CE, 9 juin 1999, *M. et Mme Forabosco*, Rec. p.170 ; conclusions MARTIN LAPRADE (B.), AJDA, 1999, n°9, p.725 et note E. AUBIN, LPA, 4 janv. 2000, n°2, p.14. Etait en cause dans cette affaire le refus de visa opposé par le consul de France à Bucarest à une ressortissante roumaine pourtant mariée à un français. Du point de vue des autorités françaises ce refus avait toutes les apparences de la légalité puisqu'il était fondé sur un

est limité à certains moyens puisque si le juge administratif accepte d'examiner la conformité de la mesure de signalement aux prescriptions du dispositif Schengen³⁹, il se refuse logiquement à le faire au regard du droit de l'Etat signalant⁴⁰. Il n'en demeure pas moins que, même limité à certains moyens, ce contrôle constitue une rupture sans précédent non seulement avec les règles fondamentales du contentieux administratif français, mais au-delà avec les exigences que le droit communautaire en général et le principe de reconnaissance mutuelle en particulier font en principe peser sur les Etats membres.

Qu'ils le soient exclusivement en raison de leurs effets ou qu'ils le soient aussi de par leur contrôle, les actes administratifs transnationaux témoignent de l'indispensable originalité d'un droit de l'intégration toujours plus poussé. Ils remettent ainsi en cause « le caractère national de la juridiction administrative française »⁴¹ et même du droit administratif lui-même. Or l'on sait, pour reprendre la belle formule du doyen BOULOUIS, que celui-ci n'est rien d'autre que « l'ombre de l'Etat éclairé par la lumière du siècle »⁴². Comment ne pas alors en déduire que c'est la logique étatique classique qui chancelle ici ?

Marie GAUTIER

Professeure de Droit public, IEP de Toulouse

signalement au SIS ce qui, en vertu des prescriptions du dispositif Schengen, impliquait un tel refus. Mais la requérante contestait par voie d'exception la régularité de son inscription au SIS à l'origine de la mesure. En dépit de ce qu'implique les limites usuelles à la compétence du juge administratif, ce dernier a bel et bien accepté d'examiner la régularité de la mesure de signalement opéré par un Etat étranger au regard des prescriptions de la convention de Schengen.

³⁹ Demain à l'ensemble du droit de l'Union européenne ?

⁴⁰ CE, 23 mai 2003, *M. Catrina*, req. n°237934, conclusions PRADA-BORDENAVE (E.) non publiées ; AJDA, 2003, p.1576. Sur les apories de la situation ainsi créée voir nos remarques dans *Le dépassement du caractère national de la juridiction administrative française : le contentieux Schengen*, Droit administratif, n°5, mai 2005, p.7-11.

⁴¹ CHAPUS (R.), *Droit administratif général*, Paris, Montchrestien, t.1, 15^{ème} éd., p.762.

⁴² BOULOUIS (J.), *Supprimer le droit administratif ?*, Pouvoirs, 1988, n°46, p.12.