CONCLUSIONS DE L'AVOCAT GÉNÉRAL M. DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER présentées le 27 avril 2004 [1]

I — Les antécédents du litige

1. C'est la seconde fois que je présente des conclusions dans la présente affaire [2], qui a débuté en 2001, lorsque la Cour a été saisie de trois questions préjudicielles par l'Arbeitsgericht Lörrach (Allemagne) [3], organe juridictionnel compétent en première instance en matière sociale.

2. La Cour a décidé, à l'origine, d'attribuer ces affaires, à caractère technique [4], à une chambre à cinq juges [5], et de statuer sans procédure orale. Cependant, si la réponse aux deux premières questions semble prévisible, la troisième soulève des difficultés majeures.

Cette dernière question vise à savoir si, dans le cas où un État membre a adapté de manière incorrecte son droit interne à la directive 93/104/CE, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail [6], l'article 6, point 2, de ladite directive, qui contraint les autorités nationales à garantir que la durée moyenne hebdomadaire de travail n'excède pas quarante-huit heures, y compris les heures supplémentaires, est suffisamment précis et inconditionnel pour que les particuliers puissent l'invoquer devant les juridictions nationales.

3. Selon l'ordonnance de la grande chambre de la Cour du 13 janvier 2004 [7], portant réouverture de la procédure orale, la chambre saisie a estimé que, dans le cas où cette disposition remplirait les conditions requises pour avoir un effet direct, elle pourrait être amenée à déterminer, dans le cadre d'un litige entre particuliers, les conséquences qui découlent de l'incompatibilité d'une disposition nationale transposant une directive avec une règle du droit communautaire suffisamment précise et inconditionnelle. C'est pour-

1 — Langue originale: l'espagnol.

2 — Les premières conclusions ont été rendues publiques le 6 mai 2003, date à laquelle la phase orale de la procédure a été close.

3 — Il s'agit de sept ordonnances, du 26 septembre 2001, correspondant à autant de litiges pendants devant cette juridiction. Les sept affaires ont été jointes aux fins de la procédure écrite par ordonnance du président de la Cour du 7 novembre 2001.

4 — Au cours de la procédure écrite, seuls les demandeurs au principal et la Commission ont présenté des observations.

5 — En l'occurrence, à la sixième chambre.

6 — Directive du Conseil, du 23 novembre 1993 (JO L 307, p. 18).

7 — Le point 6 de ladite ordonnance l'admet.

quoi la sixième chambre a décidé, en vertu de l'article 44, paragraphe 4, du règlement de procédure, de renvoyer les affaires devant la formation plénière.

4. Afin de faciliter le débat, une audience a été organisée, à laquelle ont été conviés, outre les parties au principal, les États membres, le Conseil et la Commission.

Je me bornerai, dans ces conclusions, à traiter cette question, en m'en tenant, pour le reste, à mes conclusions précédentes.

5. À l'audience tenue le 9 mars 2004 ont participé les représentants des demandeurs au principal, ainsi que les agents des gouvernements allemand, français, italien et du Royaume-Uni, et de la Commission.

II — Contexte légal et factuel

6. Le temps de travail et le temps de repos sont régis en Allemagne par l'Arbeitszeitgesetz (loi sur le temps de travail) du 6 juin 1994, qui a été adopté en vue de transposer la directive 93/104 en droit interne.

7. En vertu de l'article 2, paragraphe 1, de l'Arbeitszeitgesetz, est considérée comme temps de travail la période comprise entre le début et la fin de la journée de travail, à l'exclusion des pauses; en vertu de son article 3, cette journée de travail ne peut excéder huit heures les jours ouvrables, mais elle peut toutefois être prolongée jusqu'à dix heures, à la condition de ne pas dépasser une moyenne de huit heures par jour ouvrable sur un semestre civil ou sur vingt-quatre semaines.

8. L'article 7, paragraphe 1, point 1, de l'Arbeitszeitgesetz permet cependant, par la voie d'une convention collective ou d'un accord d'entreprise, et par dérogation à l'article 3:

a) de prolonger la durée journalière de travail au-delà de dix heures, même sans compensation, si la durée du travail inclut régulièrement et dans une proportion importante un service de garde;

[...]

9. En vertu de l'article 14, paragraphe 1, de la convention collective relative aux conditions de travail des employés, travailleurs et apprentis de la Croix Rouge allemande (Tarifvertrag über Arbeitsbedingungen für

Angestellte, Arbeiter und Auszubildende des Deutschen Roten Kreuzes, ci-après la «convention collective de la Croix Rouge»), fondé sur l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de l'Arbeitszeitgesetz, la durée normale de travail, à l'exclusion des pauses, ne peut excéder trente-neuf heures (trente-huit heures et demie à partir du 1er avril 1990) par semaine. En règle générale, la durée moyenne est calculée sur une période de vingt-six semaines.

Selon l'article 14, paragraphe 2, la durée normale de travail peut néanmoins être prolongée jusqu'à atteindre:

a) dix heures par jour ou quarante-neuf heures hebdomadaires en moyenne, si elle inclut normalement un service de garde obligatoire d'au moins deux heures par jour en moyenne;

b) onze heures par jour, ou cinquante-quatre heures hebdomadaires en moyenne, si la garde dure trois heures par jour en moyenne, et

c) douze heures par jour, ou soixante heures hebdomadaires en moyenne, si le travailleur reste dans l'établissement mais ne travaille que lorsqu'on le lui demande.

10. Les demandeurs, tous secouristes qualifiés pour assurer l'aide médicale d'urgence et le transport de patients, employés ou anciens employés de la Croix Rouge allemande, demandent, pour deux d'entre eux, le paiement d'heures supplémentaires et, quant aux autres, la reconnaissance du droit de ne pas travailler plus de quarante-huit heures par semaine. La défenderesse assure, indépendamment d'autres activités, des services terrestres de secours médical d'urgence, gère plusieurs postes de secours occupés en permanence, et assure ses tâches au moyen d'ambulances.

11. Les contrats de travail sont régis par la convention collective de la Croix Rouge. Toutes les parties admettent que les conditions matérielles requises, pour la prolongation de la journée de travail, par l'article 14, paragraphe 2, sous b), de ladite convention collective, à savoir la réalisation d'au moins trois heures quotidiennes de garde obligatoire («Arbeitsbereitschaft») sont réunies.

12. Selon sa version en vigueur à l'époque des faits, la durée maximale hebdomadaire du travail établie à l'article 6, point 2, de la directive 93/104 pouvait être dépassée de manière permanente, puisque l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de l'Arbeitszeitgesetz autorisait la prolongation, par voie de convention collective, de la journée de travail au-delà de dix heures, sans droit à

compensation, lorsqu'elle incluait régulièrement une proportion importante de services de garde [8].

III — Analyse de la question

13. J'ai fait valoir, dans mes conclusions antérieures, en m'appuyant sur plusieurs citations de la jurisprudence et de la doctrine, qu'il s'agissait d'un litige entre particuliers, de sorte que les travailleurs ne pouvaient pas, en vertu de la jurisprudence bien connue de la Cour sur l'effet direct des directives qui n'auraient pas été correctement exécutées par les États membres, invoquer l'article 6, point 2, de la directive 93/104.

14. J'ai également souligné que, dans de telles circonstances, la juridiction appelée à interpréter le droit national est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour atteindre le résultat visé, et se conformer ainsi à l'article 249, troisième alinéa, CE.

15. J'ai rappelé, en dernier lieu, que, lorsque cette «interprétation conforme» se révèle impossible, la jurisprudence de la Cour invite le juge national à garantir le plein effet du droit communautaire en laissant au besoin inappliquée, de sa propre initiative, toute disposition contraire de l'ordre juridique national, sans qu'il ait à demander ou à attendre l'élimination préalable de celle-ci par voie législative ou par tout autre procédé constitutionnel.

16. Je comprends et je partage la préoccupation de ceux pour qui le fait que l'effet direct horizontal des directives n'ait pas été reconnu fait obstacle à cette conséquence, mais concilier cette orientation jurisprudentielle, adoptée à l'encontre de l'opinion de certains avocats généraux et d'une bonne partie de la doctrine juridique, avec l'exigence de l'«interprétation conforme» est l'un des dilemmes les plus complexes du droit communautaire, auquel il est difficile d'apporter une solution de caractère général. Il y a cependant lieu d'approfondir l'analyse de la situation pour rechercher au moins une issue appropriée aux particularités des présentes affaires, qui prenne en compte le principe de la primauté du droit communautaire, le devoir de coopération loyale qui incombe aux États membres en vertu de l'article 10 CE, ainsi que le caractère normatif de la directive et les effets qu'elle produit sur le système juridique instauré par le traité.

8 — Le gouvernement allemand mentionne, dans sa réponse à la question formulée par la Cour, que, à partir du 1er janvier 2004, l'entrée en vigueur d'une réforme de la loi relative à la durée du travail oblige à accorder au travailleur une compensation pour la prolongation de la journée de travail au-delà de dix heures. La modification a été introduite à la suite de l'arrêt du 9 septembre 2003, Jaeger (C-151/02, Rec. p. I-8389), dont le point 71 affirme qu'un service de garde qu'un médecin effectue selon le régime de la présence physique dans l'hôpital constitue dans son intégralité du temps de travail au sens de la directive 93/104, en sorte que la norme communautaire s'oppose à la législation d'un État membre qui qualifie de temps de repos les périodes d'inactivité du travailleur dans le cadre dudit service.

Je peux d'ores et déjà indiquer qu'aucun des arguments développés au cours de l'audience de plaidoiries ne m'a pleinement convaincu.

17. La Cour souhaite être éclairée sur la viabilité de l'idée de l'«interprétation conforme», compte tenu des circonstances particulières de ces affaires: 1) que l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de la loi allemande relative au temps de travail est une dérogation à des dispositions plus générales contenues dans la même loi et parfaitement conformes à la lettre et à la finalité de la norme communautaire; 2) que la directive 93/104 vise à protéger les travailleurs en tant que partie faible au contrat de travail; et 3) que l'action intentée par la majorité des demandeurs vise à se voir reconnaître le droit de ne pas travailler plus de quarante-huit heures par semaine, prétention qui ne revêt pas un caractère économique et est difficilement quantifiable, de sorte que la probabilité qu'ils obtiennent une réparation à la charge des autorités publiques pour violation de l'ordre juridique communautaire paraît très réduite.

18. Les caractéristiques de ces affaires les différencient d'autres cas de figure précédemment examinés par la Cour, dans lesquels la législation d'un État membre n'avait pas été adaptée à une directive dans le délai imparti ou l'avait été de manière inadéquate. Dans le cas présent, au contraire, la République fédérale d'Allemagne a promulgué une loi pour incorporer la lettre et la finalité de la directive 93/104 dans son droit interne. Je présume qu'elle avait l'intention d'y procéder correctement, puisqu'il n'existe pas d'indices d'une volonté délibérée d'éluder l'engagement de loyauté que lui impose l'article 10 CE. La preuve de son bon vouloir réside dans le fait que, en moins de quatre mois, elle a modifié sa législation pour l'aligner sur l'interprétation donnée par la Cour dans l'arrêt Jaeger [9]. En outre, selon la jurisprudence, toute juridiction nationale doit supposer que l'État a entendu respecter pleinement les obligations découlant d'une directive [10].

19. Il faut par conséquent retenir que la loi allemande relative au temps de travail se propose de reprendre en totalité les règles de la directive 93/104. Il est cependant un point sur lequel elle a fait fausse route: elle a excédé les limites tracées par la coordination correcte des principes (articles 1er à 16) et des dérogations (articles 17 et 18), sur laquelle s'articule le régime de la directive. Il s'agit, concrètement, de l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de la loi en cause, qui se présente comme une dérogation, alors que les autres dispositions contenant la définition du temps de travail et des périodes de repos respectent scrupuleusement la réglementation communautaire.

20. De fait, la disposition précitée de la loi allemande, sur laquelle l'article 14 de la

9 — Arrêt Jaeger, précité (note 8).

10 — Arrêt du 16 décembre 1993, Wagner Miret (C-334/92, Rec. p. I-6911, point 20).

convention collective de la Croix Rouge s'appuie pour allonger la durée hebdomadaire du travail, a été formulée comme une exception à l'article 3 de la loi, aux termes duquel la durée du travail ne peut excéder huit heures par jour.

21. En interprétant cette dernière disposition conjointement avec l'article 9 de la loi précitée, qui réserve le dimanche comme jour de repos, on aboutit à une semaine de quarante-huit heures, qui correspond aux règles de l'article 6, point 2, de la directive 93/104. La seule application de ces deux articles du droit interne permettrait de donner raison à la majorité des demandeurs au principal, puisque, comme je l'ai indiqué, si deux des sept demandeurs réclament le paiement d'heures supplémentaires, les cinq autres sollicitent la reconnaissance du droit de ne pas travailler plus de quarante-huit heures hebdomadaires.

Dans le cas où le juge allemand agirait de la sorte, cela signifierait-il que, à l'encontre d'une jurisprudence constante, il admettrait ainsi l'effet direct d'une disposition d'une directive qui, on le sait, ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier [11]?

22. Les États membres qui ont participé à cette procédure préjudicielle ont ouvertement exprimé leur consternation face à la possibilité d'un revirement de jurisprudence en vue d'admettre l'effet direct d'une directive non transposée dans l'ordre juridique national dans le délai imparti, ou transposée de manière incorrecte. Je ne partage pas ces craintes, car je ne pense pas que cette question se pose en ce qui concerne l'article 6, point 2, de la directive 93/104, bien qu'il remplisse les conditions d'être suffisamment précis et inconditionnel [12]. Je ne partage pas non plus l'avis de ceux qui ont objecté que ne pas appliquer la disposition allemande contraire à la règle précitée du droit communautaire dans le litige principal équivaudrait à lui reconnaître cet effet direct, en dépit des nombreuses décisions de la Cour qui le rejettent dans les conflits entre particuliers.

Je rejoins, en revanche, le gouvernement italien lorsqu'il estime à la fois moins perturbateur et plus fonctionnel, compte tenu des objectifs poursuivis par le traité au travers des directives, de s'en tenir à la solution élaborée par la Cour, en privilégiant l'interprétation de la norme nationale la plus conforme à l'ordre juridique communautaire.

11 — Arrêts du 26 février 1986, Marshall (152/84, Rec. p. 723, point 48), et du 13 novembre 1990, Marleasing (C-106/89, Rec. p. I-4135, point 6).

12 — Arrêts du 19 janvier 1982, Becker (8/81, Rec. p. 53, point 25); du 22 juin 1989, Fratelli Costanzo (103/88, Rec. p. 1839, point 29); du 17 septembre 1996, Cooperativa Agricola Zootecnica S. Antonio e.a. (C-246/94 à C-249/94, Rec. p. I-4373, point 17); du 1er juin 1999, Kortas (C-319/97, Rec. p. I-3143, point 21), et du 5 février 2004, Rieser Internationale Transporte (C-157/02, Rec. p. I-1477, point 22).

23. Il va de soi que l'obligation pour les États membres d'atteindre le résultat prévu dans les directives, ainsi que leur devoir, découlant de l'article 10 CE, d'adopter toutes les mesures générales et particulières appropriées pour assurer le respect de cette obligation, s'imposent à toutes les autorités nationales, y compris les organes judiciaires [13].

24. Dans le but de compenser le refus de reconnaître l'effet direct d'une disposition donnée d'une directive dans un litige entre particuliers, la Cour a développé la doctrine dite de l'«interprétation conforme», en vertu de laquelle, en appliquant le droit national, qu'il s'agisse de dispositions antérieures ou postérieures à la directive, la juridiction nationale appelée à l'interpréter est tenue de le faire dans toute la mesure du possible à la lumière du texte et de la finalité de la directive, pour se conformer ainsi à l'article 249, troisième alinéa, CE [14]. Ce principe s'impose tout spécialement à la juridiction nationale lorsqu'un État membre a estimé, comme en l'espèce, que les dispositions qu'il a adoptées répondaient aux exigences de la directive [15].

25. Cependant, dans un certain nombre des affaires dans lesquelles elle a préconisé ce type d'interprétation, s'agissant de litiges entre particuliers, la Cour ne s'est pas bornée simplement à en énoncer le principe, mais est allée au-delà, en indiquant au juge qui l'avait interrogée à ce sujet le résultat concret auquel il devait parvenir dans chaque cas. J'en citerai quelques exemples à titre d'illustration [16].

13 — Arrêts du 10 avril 1984, Von Colson et Kamann (14/83, Rec. p. 1891, point 26), et du 15 mai 1986, Johnston (222/84, Rec. p. 1651, point 53).

14 — Arrêts Marleasing, précité (note 11), point 8; Wagner Miret, précité (note 10), point 20; du 14 juillet 1994, Faccini Dori (C-91/92, Rec. p. I-3325, point 26), et du 13 juillet 2000, Centrosteel (C-456/98, Rec. p. I-6007, point 16).

15 — Arrêt Wagner Miret, précité (note 10), point 21. Voir Bernardeau, L., «Clauses abusives: l'illicéité des clauses attributives de compétence et l'autonomie de leur contrôle judiciaire», *Revue européenne de droit de la consommation*, 2000, p. 261 à 281, spécialement p. 270: «L'obligation d'interprétation conforme qui découle du principe de la primauté du droit communautaire s'applique *a fortiori* lorsque la directive a été transposée.»

16 — Une partie de la doctrine allemande reconnaît au juge national la compétence de pallier, par une interprétation conforme, les insuffisances, voire les incompatibilités avec le droit communautaire que recèle le droit national, afin de se conformer aux objectifs de la directive communautaire. Voir Götz, V., «Europäische Gesetzgebung durch Richtlinien — Zusammenwirken von Gemeinschaft und Staat», *Neue Juristische Wochenschrift*, 1992, p. 1854: «Über die Auslegung von Begriffen und Normen, die eine offensichtliche Kongruenz zwischen Richtlinie und staatlichem Umsetzungsrecht aufweisen, hinaus, kann richtlinienkonforme Auslegung in begrenztem Umfange die weitergehende Funktion erfüllen, Unzulänglichkeiten der staatlichen Gesetzgebung zu überbrücken oder der Richtlinie zu einem Anwendungsvorrang gegenüber solchen Bestimmungen des nationalen Rechts zu verhelfen, die nicht direkt umsetzungsbedingt sind, deren Anwendung aber im Bereich der Richtlinie mit dieser nicht zu vereinbaren wäre». Selon cette doctrine, la primauté du droit communautaire s'étend à son interprétation, ce qui implique que le sens donné par la Cour prévaut sur toute autre interprétation qui pourrait être faite des normes nationales destinées à transposer la directive communautaire, ce qui déboucherait sur une situation dans laquelle le juge national devrait interpréter le droit national contra legem, afin d'assurer l'application de la norme communautaire. À titre d'exemple, on citera Dendrinos, A., *Rechtsprobleme der Direktwirkung von EWG-Richtlinien*, p. 290 à 292, spécialement p. 290: «In diesem Punkt muss hervorgehoben werden, dass die Richtlinienbestimmungen Vorrang in der Auslegung haben. Dies bedeutet, dass den durch den EuGH ausgelegten Richtlinienvorschriften des Gemeinschaftsrechts für den Ausgangsfall Vorrang gegenüber der gegenteiligen einheimischen Interpretation einer mehrdeutigen zur Ausführung der Richtlinien ergangenen nationalen Norm gebührt. Hier spricht man von der unmittelbar wirkenden Auslegung. Aufgrund dieser Erkenntnis kommt man der Anerkennung der horizontalen unmittelbaren Wirkung ein Stück näher, da der nationale Richter wegen der vorrangigen Auslegung des EuGH gegebenenfalls nationales Recht contra legem auslegen muss, welches zur Umsetzung der Richtlinie ergangen ist und zugleich private Rechtsverhältnisse regelt», et Brechmann, W., *Die Richtlinienkonforme Auslegung*, p. 160 à 166, spécialement p. 163, qui se réfère à cette doctrine défendue par plusieurs auteurs: «Die These von Dendrinos, dass eine richtlinienkonforme Auslegung auch eine Auslegung contra legem erlaube, ist jedoch keineswegs eine vereinzelte Sondermeinung, sondern sie wird von anderen Autoren der völkerrechtlichen Theorie vertreten».

26. L'interprétation de la directive 68/151/CEE [17], non transposée en droit espagnol, qui a pour objectif de limiter les cas de nullité des sociétés anonymes pour assurer la sécurité juridique dans les rapports entre la société et les tiers, ainsi qu'entre les associés, a amené la Cour à aviser le juge national qu'il était tenu d'interpréter son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, *en vue d'empêcher la déclaration de nullité d'une société pour une cause autre que celles énumérées à son article 11* [18].

La société Marleasing avait introduit une demande d'annulation d'un contrat de société au motif qu'il était dépourvu de cause juridique, entaché de simulation et qu'il serait intervenu en fraude des droits des créanciers. La défenderesse l'a contesté en invoquant le fait que l'article 11 de la directive dresse la liste limitative des cas de nullité, parmi lesquels ne figure pas l'absence de cause juridique. Pour répondre à la suggestion de la Cour, les articles 1261 et 1275 du code civil espagnol, qui privent de tout effet juridique les contrats sans cause ou dont la cause est illicite, devaient rester inappliqués. C'est précisément ce que le juge de première instance n° 1 d'Oviedo a fait dans son jugement du 23 février 1991, en rejetant la demande, pour autant qu'elle était fondée sur l'absence de cause, motif de nullité non prévu par la directive 68/151 [19]. Le jugement, unanimement salué pour son esprit communautaire, ne s'est pas posé la question de savoir si l'application de la doctrine de l'«interprétation conforme» pourrait provoquer des effets semblables à la reconnaissance de l'effet direct horizontal des directives.

27. L'arrêt Wagner Miret [20] a déduit de l'ordonnance de renvoi que les dispositions du droit espagnol n'étaient pas susceptibles d'être interprétées dans un sens conforme à la directive 80/987/CEE [21] et qu'elles *ne permettaient donc pas d'assurer au personnel de direction le bénéfice des garanties instaurées par la norme communautaire,* déclarant que l'État membre était tenu de réparer les dommages subis par les intéressés du fait de l'inexécution de la directive.

Il a été souligné, au cours de la procédure préjudicielle, que le royaume d'Espagne

17 — Première directive du Conseil, du 9 mars 1968, tendant à coordonner, pour les rendre équivalentes, les garanties qui sont exigées, dans les États membres, des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, pour protéger les intérêts tant des associés que des tiers (JO L 65, p. 8).

18 — Arrêt Marleasing, précité (note 11), point 13. Curtin, D., «Directives: the effectiveness of judicial protection of individual rights», *Common Market Law Review*, 1990, p. 709 à 739, spécialement p. 724: «In Marleasing, the end result was that the Spanish tribunal was obliged to interpret the provisions of the Spanish Civil Code in a manner so as to preclude a declaration of nullity of a public limited company based on a ground different from those set out in Article 11 of the (unimplemented) first Company Directive. This means in effect that the obligation contained in a directive is placed on *private parties*, albeit after having been transformed, via judicial interpretation, into one of national law. In practice, this clever judicial strategy achieves, where the national law is at all open to interpretation, the same result as if a particular provision of that directive could be recognized as enjoying horizontal direct effects. In this manner, 'horizontal' rights which are enshrined in directives can have the force of law as between individuals without a specific domestic legislative process and the primacy of Community law is assured».

19 — Voir base de données DEC-NAT de la Cour de justice, référence: dos-Cour QP/01853-P1.

20 — Arrêt précité (note 10), point 22.

21 — Directive du Conseil, du 20 octobre 1980, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à la protection des travailleurs salariés en cas d'insolvabilité de l'employeur (JO L 283, p. 23), telle que modifiée par la directive 87/164/CEE du Conseil, du 2 mars 1987 (JO L 66, p. 11).

n'avait pas créé d'autre mécanisme de garantie que le Fondo de Garantía Salarial (Fogasa), dont la couverture ne s'étendait pas à cette catégorie de personnel en cas de réclamation de salaires non perçus du fait de l'insolvabilité de l'entrepreneur. En raison de la marge d'appréciation que la directive 80/987 laisse aux États membres, la Cour a jugé que cette catégorie d'employés ne pouvait se prévaloir de cette disposition pour demander le paiement de créances de salaire à l'institution de garantie mise en place pour les autres catégories de travailleurs salariés. Dans son jugement du 16 février 1994, le Tribunal Superior de Justicia de Cataluña a rejeté la demande, dégageant le Fogasa de sa responsabilité, mais a admis que le demandeur avait un droit d'action contre l'État pour le préjudice subi, et devait l'exercer devant la juridiction compétente [22].

28. Dans l'arrêt Océano Grupo Editorial et Salvat Editores [23], il s'agissait de décider si, en l'absence d'adaptation du droit interne à la directive 93/13/CEE [24] dans le délai imparti, il était possible d'apprécier d'office le défaut de compétence d'un juge civil de Barcelone, cette compétence lui ayant été attribuée par une clause contractuelle que ce même juge estimait abusive au sens de la directive. La Cour, faisant sienne la proposition soumise par l'avocat général Saggio dans ses excellentes conclusions, dont les points 27 à 37 examinent de manière exhaustive cette question délicate, a répondu par l'affirmative, jugeant que l'exigence d'une «interprétation conforme» requiert en particulier que la juridiction nationale *privilégie la disposition du droit national qui lui permettra de refuser d'office d'assumer une compétence qui lui est attribuée en vertu d'une clause abusive.*

La clause litigieuse attribuait au juge du siège de l'entreprise la compétence exclusive pour connaître des litiges relatifs à l'application d'un contrat de vente. La directive 93/13 a été transposée en droit national avec retard et, dans l'intervalle, les dispositions applicables en matière de protection du consommateur ne réglaient pas explicitement la question de savoir si la nullité des clauses abusives pouvait être invoquée d'office, et il n'existait pas non plus, en droit espagnol, de base juridique fondant la compétence du juge de se prononcer sur la nullité, hormis à la demande d'une partie. La Cour a cependant précisé à la juridiction espagnole qu'elle devait refuser d'office d'accepter la compétence de connaître d'un litige qui lui avait été attribuée dans ces conditions [25]. Dans l'or-

22 — Voir base de données DEC-NAT de la Cour de justice, référence: dos-Cour QP/02395-P1.

23 — Arrêt du 27 juin 2000 (C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941, point 32).

24 — Directive du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (JO L 95, p. 29).

25 — Craig, P., et Búrca, G., *EU Law. Text, cases and materials*, 3e édition, Oxford University Press, p. 219: «This ruling does not declare that the Spanish court *must* decline jurisdiction by reading national law in the light of the Directive's requirements, but it certainly encourages the national court to do this, by indicating that it should 'favour' that interpretation if it is possible. And while such an interpretation of national law would not impose any legal obligation on Océano, it would deprive that company of any possible existing right under national law to enforce the consumer contract before the Barcelona court. While the defendant would not himself or herself have to 'invoke' the right (since the defendant might well not appear before a court outside his or her domicile) that party would benefit from the terms of the directive even though it was not implemented, and the plaintiff company would suffer a legal disadvantage»; et Stuyck, J., *Common Market Law Review*, 38, p. 719 à 737, spécialement p. 737: «Océano means a further step in the Court's case law on the role of the national judge in applying Community law, by construing a duty for the national courts to invoque of their own motion the unfair character [...] of a jurisdiction clause».

donnance qu'il a rendue le 14 juillet 2000, le juge espagnol de première instance a appliqué au pied de la lettre l'arrêt de la Cour et usé de sa faculté de contrôler d'office le caractère abusif d'une clause et de rejeter la demande comme irrecevable en raison du caractère abusif de la clause d'attribution du litige aux juges de Barcelone, ajoutant que cette nullité conférait aux tribunaux du domicile du défendeur la compétence de connaître de l'affaire [26].

29. L'obligation d'une «interprétation conforme» ne s'impose pas seulement dans les affaires préjudicielles, comme on pourrait le supposer au vu des exemples précédemment cités. L'arrêt Commission/Italie [27] a mis en évidence que la constatation qu'un État membre a manqué à ses obligations communautaires *implique pour les autorités tant judiciaires qu'administatives de cet État membre, d'une part, prohibition de plein droit d'appliquer le régime d'exonération fiscale incompatible et, d'autre part, obligation de prendre toutes dispositions pour faciliter la réalisation du plein effet du droit communautaire.*

30. Dans d'autres cas de figure, sans dire avec une telle exactitude au juge national à quoi il doit parvenir, la Cour lui a suggéré la voie la plus appropriée pour atteindre l'objectif de la directive.

31. Dans l'arrêt Pafitis e.a. [28], la Cour a jugé que l'article 25 de la directive 77/91/CEE [29], destiné à assurer un niveau minimal de protection des actionnaires dans l'ensemble des États membres, fait obstacle à l'application d'une réglementation qui permet de décider l'augmentation du capital d'une société anonyme bancaire par acte administratif et sans décision de l'assemblée générale, en raison de la situation exceptionnelle créée par son endettement.

Dans le litige principal s'affrontaient, d'une part, une banque constituée sous la forme d'une société anonyme et ses nouveaux actionnaires et, d'autre part, ses anciens actionnaires, qui contestaient à la fois la modification des statuts de la société qui avait permis une augmentation de capital, en alléguant qu'il s'agissait d'une décision de l'administrateur provisoire, l'assemblée générale n'ayant pas été convoquée, et la répartition des actions. Les anciens actionnaires demandaient également l'annulation des trois augmentations de capital social effectuées ultérieurement. Les péripéties ultérieures de la procédure ne permettent pas de se prononcer sur les suites qu'elle aurait eues [30].

26 — Voir la base de données DEC-NAT de la Cour de justice, référence: dos-Cour QP/03748-P1.

27 — Arrêt du 19 janvier 1993 (C-101/91, Rec. p. I-191, point 24). Voir, également, arrêt du 13 juillet 1972, Commission/Italie (48/71, Rec. p. 529, point 7).

28 — Arrêt du 12 mars 1996 (C-441/93, Rec. p. I-1347, point 60).

29 — Deuxième directive du Conseil, du 13 décembre 1976, tendant à coordonner pour les rendre équivalentes les garanties qui sont exigées dans les États membres des sociétés au sens de l'article 58, deuxième alinéa, du traité, en vue de la protection des intérêts tant des associés que des tiers, en ce qui concerne la constitution de la société anonyme ainsi que le maintien et les modifications de son capital (JO L 26, p. 1).

30 — Dans ce cas, la juridiction nationale qui avait soumis la demande préjudicielle a repoussé l'interprétation de la Cour et rejeté la demande (base de données DEC-NAT, dos-Cour QP/02610-P1). La décision ayant été frappée d'appel, le juge grec a formulé une nouvelle question préjudicielle (dos-Cour QP/03745-P1), qui a été retirée sur désistement des parties. De cette manière, la Cour s'est vue privée de la possibilité de se prononcer sur la rébellion du juge de première instance.

32. Dans l'affaire Ruiz Bernáldez [31], les questions avaient été posées dans une procédure pénale intentée contre un conducteur ivre qui avait provoqué un accident de la circulation. Le juge national l'avait condamné à payer les dommages matériels occasionnés, mais exonéré sa compagnie d'assurances de toute obligation d'indemnisation, en s'appuyant sur la réglementation nationale sur l'assurance de la responsabilité civile résultant de l'utilisation et de la circulation de véhicules automobiles, qui excluait la couverture des dommages si le responsable conduisait en état d'ébriété.

Cette fois, la Cour a interprété les directives 72/166/CEE [32] et 84/5/CEE [33] en ce sens que, compte tenu de l'objectif de protection poursuivi, l'assurance automobile obligatoire doit admettre que les victimes d'un accident provoqué par un véhicule soient indemnisées pour tous les dommages corporels et matériels subis, et que le contrat d'assurance obligatoire ne peut admettre que, dans certains cas et, en particulier, en cas d'ébriété du conducteur, l'assureur se libère de l'obligation de réparer les dommages corporels et matériels causés à des tiers par le véhicule assuré. Elle a donc suggéré au juge national que la compagnie devait assister les victimes, alors que la législation nationale ne l'avait pas prévu [34]. L'Audiencia Provincial de Sevilla a statué en suivant la décision préjudicielle de la Cour et condamné, le 30 avril 1996, l'assureur à indemniser la victime pour l'accident provoqué par M. Ruiz Bernáldez en état d'ébriété [35].

33. Dans l'arrêt Draehmpaehl [36], la Cour a déclaré que la directive 76/207/CEE [37] s'oppose aux dispositions législatives du droit national qui, à la différence des autres dispositions nationales du droit civil et du droit du travail, soumettent le montant du dédommagement auquel un candidat qui a été discriminé en raison du sexe dans une procédure de sélection peut prétendre, à un plafond maximal de trois mois de salaire s'il est démontré que, dans le cas contraire, il aurait obtenu le poste vacant, ou de six mois lorsque plusieurs candidats prétendent à une indemnisation. Le travailleur avait postulé à une offre d'emploi adressée à des femmes, publiée dans un journal, sans que l'entreprise lui ait répondu ni restitué le dossier qu'il

31 — Arrêt du 28 mars 1996 (C-129/94, Rec. p. I-1829, point 24).

32 — Directive du Conseil, du 24 avril 1972, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité (JO L 103, p. 1).

33 — Deuxième directive du Conseil, du 30 décembre 1983, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs (JO 1984, L 8, p. 17).

34 — Tridimas, T., «Black, white and shades of grey: horizontality of directives revisited», *Yearbook of European Law*, 21, 2001-2002, p. 327 à 354, spécialement p. 352: «Bernáldez causes problems. It is clear that the insurance directives were relied upon to impose an obligation on a third party, i.e. the insurance company, which was not represented in the proceedings. The Court expressly held that Article 3(1) of the First Directive precludes an insurer from being able to rely on statutory provisions or contractual clauses to refuse to compensate third-party victims of an accident caused by the insured vehicle. How can this be distinguished from horizontal direct effect? The answer is with difficulty».

35 — Voir base de données DEC-NAT de la Cour de justice, référence: dos-Cour QP/02722-P1.

36 — Arrêt du 22 avril 1997 (C-180/95, Rec. p. I-2195, points 37 et 43).

37 — Directive du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail (JO L 39, p. 40).

avait soumis. Il s'était pourvu en justice, estimant être le plus qualifié et avoir subi une discrimination. La clarté de la décision préjudicielle ne laissait pas non plus beaucoup de choix à l'Arbeitsgericht Hamburg [38].

34. Se prononçant sur la directive 86/653/CEE [39] dans l'affaire Bellone [40], la Cour a estimé qu'elle fait opposition à une réglementation nationale qui subordonne la validité d'un contrat d'agence à l'inscription des représentants de commerce à un registre. La législation italienne, outre qu'elle exigeait cette inscription aux chambres de commerce, faisait dépendre la validité du contrat de l'inscription au registre, privant de toute protection juridique quiconque ne remplissait pas cette condition, en particulier lors de la cessation des relations entre les parties. De fait, le litige portait sur la demande d'indemnisation présentée par un agent, après la résiliation du contrat d'agence conclu avec une entreprise. L'avocat général Saggio, au point 35 des conclusions présentées dans l'affaire Océano Grupo Editorial et Salvat Editores, a soutenu que, dans l'arrêt Bellone, la Cour avait établi une incompatibilité insurmontable entre la norme de droit national et la directive en question, qui excluait toute tentative d'«interprétation conforme», de sorte qu'elle a imposé à la juridiction nationale de renvoi l'obligation de ne pas appliquer la règle de son propre ordre juridique [41].

35. L'arrêt Centrosteel [42] a résolu une question considérée comme le prolongement de la question précédente. Un autre juge italien, partant du principe que le refus de la jurisprudence de reconnaître un effet direct horizontal aux directives l'empêchait de laisser la norme nationale inappliquée, demandait à la Cour si les dispositions du traité relatives à la liberté d'établissement et à la libre prestation de services, dont l'applicabilité directe ne faisait pas de doute, faisaient obstacle à la loi nationale qui contraignait quiconque exerçait comme agent commercial à s'inscrire à un registre, en frappant de nullité les contrats dans lesquels il interviendrait. La procédure préjudicielle a été résolue en renvoyant la juridiction nationale à la doctrine bien

38 — Voir base de données DEC-NAT de la Cour de justice, référence: dos-Cour QP/02961-P1. L'Arbeitsgericht Hamburg a condamné par défaut l'entreprise défenderesse, qui n'avait comparu dans aucune des phases de la procédure, à verser à l'intéressé la somme de 11 100 DEM. Bien que le jugement allemand du 29 avril 1998 soit dépourvu de motifs, ce qui paraît être coutumier dans ce genre de procès, on peut supposer que ce montant correspond aux trois mois et demi de salaire que réclamait le demandeur. Selon les renseignements fournis par la juridiction de renvoi, le jugement n'a pas été frappé d'appel.

39 — Directive du Conseil, du 18 décembre 1986, relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants (JO L 382, p. 17).

40 — Arrêt du 30 avril 1998 (C-215/97, Rec. p. I-2191, point 18).

41 — Lorsque le Tribunale civile di Bologna a rendu son jugement, le 5 mai 1999, il a estimé que le contrat d'agence était valide et produisait effet entre les parties, il a fait droit à la demande de M^me^ Bellone et condamné l'entreprise à lui verser les sommes dues. Il a indiqué, dans ses motifs, que la sanction prévue par la réglementation interne, à savoir la nullité du contrat d'agence pour défaut d'inscription de l'agent au registre, était incompatible avec l'ordre juridique communautaire; que, en cas d'incompatibilité, ce dernier prévaut sur le droit des États membres, et que les arrêts de la Cour ont un effet direct, de sorte que, selon lui, la législation nationale qui subordonnait la validité du contrat en cause à l'inscription préalable de l'agent à un registre était inapplicable (dos-Cour QP/03475-P1). Je peux en outre indiquer que, dans la base de données DEC-NAT de la Cour de justice, figurent plusieurs arrêts de la Corte suprema di cassazione, révoquant les décisions des tribunaux inférieurs qui avaient rejeté, pour défaut d'inscription au registre, les demandes d'agents commerciaux qui sollicitaient le paiement de montants dus en exécution d'un contrat d'agence. Voir arrêts du 15 mai 1999 (dos-Cour IA/18784-A); du 18 mars 2002 (dos-Cour IA-22741-A), et du 17 avril 2002 (dos-Cour IA/22749-A).

42 — Arrêt Centrosteel, précité (note 14).

connue de l'«interprétation conforme» du droit national, de manière à atteindre l'objectif de la directive 86/653 sans avoir à interpréter le droit primaire. Tant l'avocat général Jacobs, au point 5 des conclusions, que la Cour, au point 17 de l'arrêt, ont relevé que, à la suite de l'arrêt rendu dans l'affaire Bellone, la Corte suprema di cassazione avait modifié sa jurisprudence et estimé que l'inobservation de l'obligation légale de s'inscrire au registre n'entraînait pas la nullité du contrat d'agence.

36. S'écarter de ces développements jurisprudentiels reviendrait à effectuer un grave retour en arrière sur la notion du principe de la primauté du droit communautaire, à compromettre l'autorité dont la Cour est investie en vue d'imposer une interprétation uniforme de ses règles sur le territoire de l'Union européenne, et à démoraliser les juges nationaux dans l'exercice de leurs fonctions de juges communautaires, spécialement ceux qui ont suivi les indications des arrêts préjudiciels pertinentes pour l'«interprétation conforme» de leur législation.

Puisque ce qui nous attire le plus, disait Cicéron [43], c'est de contribuer au développement des ressources du genre humain, nous nous efforçons de préserver et d'enrichir la vie des hommes par nos conseils et nos efforts et, cette même nature nous incitant à ce plaisir, nous suivons la course des meilleurs et n'écoutons pas le signal appelant à battre en retraite, qui ferait reculer ceux qui marchent déjà en avant.

37. L'arrêt Arcaro [44] a néanmoins admis, dans une autre affaire préjudicielle italienne, que le droit communautaire ne comporte pas un mécanisme qui permette à la juridiction nationale d'éliminer des dispositions internes contraires à une disposition d'une directive non invocable; il a également reconnu que l'obligation pour le juge national de se référer au contenu de la directive lorsqu'il interprète les règles pertinentes de son propre droit trouve ses limites lorsqu'elle le conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée et, à plus forte raison, lorsqu'elle conduit à déterminer la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions.

38. Ces affirmations de l'arrêt Arcaro ne peuvent cependant pas être purement et simplement étendues aux affaires présentement examinées, comme le prétendent certains des États membres qui se sont manifestés, pour différentes raisons.

En premier lieu, dans la procédure dans laquelle était impliqué M. Arcaro, ce n'étaient pas des particuliers qui étaient en

43 — Cicéron, *La République*, traduction espagnole de Álvaro D'Ors, Editorial Gredos, Madrid, 1984, livre premier, 2.2, p. 38.

44 — Arrêt du 26 septembre 1996 (C-168/95, Rec. p. I-4705, points 42 et 43).

litige, puisqu'il était inculpé dans une procédure pénale. Il s'agissait donc d'éviter que l'État membre qui ne s'était pas conformé à l'obligation d'adapter sa législation aux directives 76/464/CEE [45] et 83/513/CEE [46] ne tire avantage de son infraction et ne sanctionne, par la voie pénale, un entrepreneur qui avait enfreint l'une de ses dispositions. En tout état de cause, la Cour a déclaré que l'obligation du juge national de respecter le sens de la directive lorsqu'il interprète une norme du droit national trouve ses limites dans les principes généraux de droit qui font partie du droit communautaire, en particulier ceux de la sécurité juridique et de la non-rétroactivité, spécialement s'ils peuvent engager la responsabilité pénale [47].

En deuxième lieu, il existe une grande différence entre les circonstances de l'affaire Arcaro et celles des affaires introduites par les travailleurs de la Croix Rouge allemande, puisque, dans la première, le législateur italien n'avait procédé qu'à une transposition incomplète du droit de l'Union, alors que la République fédérale d'Allemagne a adopté, pour exécuter en totalité la directive 93/104, une loi spécifique dont l'article 3 reprend correctement le contenu de l'article 6, point 2, de la norme communautaire, en fixant la durée hebdomadaire maximale du travail à quarante-huit heures.

39. On ne saurait donc dire, comme le soutient le gouvernement fédéral, que, si l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de l'Arbeitszeitgesetz était éliminé, le juge national se trouverait face à un vide juridique qui l'obligerait à imposer des charges à un entrepreneur sur la base de la directive 93/104, puisqu'il pourrait simplement recourir à une autre disposition nationale, faisant partie du même corps de règles adopté afin de transposer les dispositions communautaires [48], qui respecte l'obligation générale

45 — Directive du Conseil, du 4 mai 1976, concernant la pollution causée par certaines substances dangereuses déversées dans le milieu aquatique de la Communauté (JO L 129, p. 23).

46 — Directive du Conseil, du 26 septembre 1983, concernant les valeurs limites et les objectifs de qualité pour les rejets de cadmium (JO L 291, p. 1).

47 — Arrêts du 11 juin 1987, Pretore di Salò (14/86, Rec. p. 2545, point 20), et du 8 octobre 1987, Kolpinghuis Nijmegen (80/86, Rec. p. 3969, point 13).

48 — Une partie de la doctrine se prononce en ce sens; voir, à titre d'exemple: Faro, S., «La Cassazione torna a pronunciarsi sull'efficacia diretta 'orizzontale' delle direttive comunitarie», *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1998, p. 1398 à 1407, spécialement p. 1403 et 1404: «la previsione di questo obbligo [interpretare la norma nazionale in cœrenza con quella contenuta in una direttiva comunitaria] comporta, di fatto, il riconoscimento di un effetto orizzonatle 'indiretto' delle direttive, indirecto in quanto la norma che trova applicazione al rapporto tra i privati è, in ogni caso, la norma nazionale»; Tesauro, G., *Diritto comunitario*, 3ª éd., CEDAM, 2003, p. 162 à 184, spécialement p. 180: «I risultati pratici cui si previene con l'obbligo di interpretare il diritto nazionale in modo conforme alla norma di una direttiva [...] non sono molto diversi da quelli che si realizzerebbero con l'affermazione pura e semplice dell'effetto orizzontale e verticale. Non e caso, dunque, la Corte ha talvolta trasformato il problema della portata dell'effetto directo della directiva in un problema di interpretazione conforme»; Rodière, P., «Sur les effets directifs du droit (social) communautaire», *Revue trimestrielle de droit européen*, 27 (4), 1994, p. 565 à 586, spécialement p. 577: «L'opération consiste, donc, à substituer une norme de droit national conforme au droit communautaire à celle qui ne l'était pas. La norme à appliquer a un caractère national, le rôle du droit communautaire se borne à en opérer la désignation. Double avantage: peu importe qu'une directive communautaire ne puisse créer directement des obligations pesant sur les particuliers, puisque on le demande au droit national»; Timmermans, C. W. A., «Directives: their effect within the national legal systems», *Common Market Law Review*, 16, 1979, p. 533 à 555, spécialement p. 551: «I do not exclude the possibility that, once the process of legal review of national law with regard to directives has become common practice, the Court of Justice will accept and even require such review also with regard to directives relating to horizontal relationships», et Bach, A., *Juristenzeitung*, 1990, p. 1113: «Die richtlinienkonforme Auslegung ebenso wie die Nichtanwendung gemeinschaftswidriger Normen können dabei erhebliche Auswirkungen auf die Rechte und Pflichten einzelner haben. Objektive Wirkungen sind durchaus auch zu Lasten Privater möglich».

imposée par le législateur communautaire [49], selon laquelle le temps de travail ne doit pas dépasser ce nombre d'heures dans les États membres [50].

À cet égard, je me rallie à l'appréciation portée par l'avocat général Van Gerven au point 7, deuxième alinéa, des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Marleasing [51], selon laquelle la tâche incombant aux juridictions nationales d'interpréter leur législation conformément à la directive n'implique nullement son effet direct entre particuliers. Ce sont au contraire les dispositions nationales elles-mêmes, après avoir été interprétées d'une manière conforme à la directive, qui s'appliquent.

40. Il me faut également me référer à deux arrêts abondamment cités par les parties qui sont intervenues à ce stade de la procédure, tant en faveur qu'en défaveur de leurs positions respectives. Il s'agit des arrêts CIA Security International [52] et Unilever [53] qui, s'ils peuvent constituer des jalons dans l'évolution de la jurisprudence de la Cour en matière d'application par les juges nationaux de directives non respectées par les États membres, ne paraissent pas d'une grande utilité pour répondre à la question présentement posée [54].

Dans les deux affaires, il a été répondu au juge national qu'il devait s'abstenir d'appliquer, dans un litige entre particuliers, un règlement technique national adopté sans notification préalable à la Commission, en violation flagrante des articles 8 et 9 de la directive 83/189/CEE [55], mais la Cour a pris soin de préciser que sa jurisprudence Faccini Dori [56] n'était pas pertinente à cet égard parce que le manquement aux dispositions

49 — L'avocat général Alber s'est prononcé en faveur d'une solution présentant ces caractéristiques aux points 25 à 31 des conclusions qu'il a présentées dans l'affaire Collino et Chiappero (arrêt du 14 septembre 2000, C-343/98, Rec. p. I-6659), pour le cas où le juge national considère qu'il est saisi d'un litige entre particuliers. En statuant sur les demandes préjudicielles, la Cour a laissé au juge national le soin de vérifier si les travailleurs pouvaient invoquer les règles de la directive 77/187/CEE du Conseil, du 14 février 1977, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives au maintien des droits des travailleurs en cas de transferts d'entreprises, d'établissements ou de parties d'établissements (JO L 61, p. 26), à l'encontre d'une société, à laquelle avait été confiée par concession la fourniture des services publics de télécommunications, qui succédait à un organisme public qui était auparavant chargé de cette tâche.

50 — Voir, également, les conclusions de l'avocat général Jacobs dans l'affaire Centrosteel [arrêt précité (note 14)], point 35, et celles de l'avocat général Geelhœd dans l'affaire Marks & Spencer (arrêt du 11 juillet 2002, C-62/00, Rec. p. I-6325, point 42).

51 — Arrêt précité (note 11).

52 — Arrêt du 30 avril 1996 (C-194/94, Rec. p. I-2201).

53 — Arrêt du 26 septembre 2000 (C-443/98, Rec. p. I-7535).

54 — López Escudero, M., «Efectos del incumplimiento del procedimiento de información aplicable a las reglamentaciones técnicas (Directiva 83/189/CEE)», *Revista de Instituciones Europeas*, 1996, p. 839 à 861, spécialement p. 861: «Los particulares no pueden deducir derecho alguno de actos normativos comunitarios que, como la Directiva 83/189, establecen un procedimiento de información en el seno del cual las Instituciones comunitarias carecen de poder para determinar la compatibilidad con el derecho comunitario de las reglamentaciones nacionales notificadas. Por ello, considero que la utilización del principio del efecto directo para garantizar la efectividad de este tipo de normas comunitarias no es conveniente. El efecto directo no debe ser utilizado jurisprudencialmente para 'enmendar' las deficiencias surgidas en la aplicación de cualquier tipo de normativa comunitaria».

55 — Directive du Conseil, du 28 mars 1983, prévoyant une procédure d'information dans le domaine des normes et réglementations techniques (JO L 109, p. 8).

56 — Arrêt précité (note 14).

de cette directive constituait un vice de procédure substantiel et que ses dispositions ne créaient ni droits ni obligations pour les particuliers [57].

41. Le fait que l'effet direct d'une disposition d'une directive se répercute sur les droits de particuliers, qui ne font pas partie de la relation verticale, n'a pas non plus empêché la Cour de le reconnaître. De bons exemples de cette affirmation sont fournis par l'arrêt Fratelli Costanzo [58], portant sur l'interprétation de la directive 71/305/CEE [59] dans un recours en annulation de l'attribution d'un marché public de travaux [60]; par l'arrêt WWF e.a. [61], rendu sur un autre recours en annulation introduit par plusieurs particuliers riverains d'un aéroport et deux associations de protection de l'environnement, qui contestaient l'autorisation d'un projet de restructuration de ses installations; par l'arrêt Smith & Nephew et Primecrown [62], qui a admis que le titulaire d'une autorisation de mise sur le marché d'une spécialité pharmaceutique, délivrée au titre de la directive 65/65/CEE [63], peut invoquer ses dispositions dans une procédure nationale en vue de contester la validité de l'autorisation accordée par l'autorité compétente, sur le fondement de la même directive, à l'un de ses concurrents pour une spécialité brevetée ayant la même appellation, ou par le récent arrêt Wells [64], qui souligne que de simples conséquences négatives sur les droits de tiers, même si elles sont certaines, ne justifient pas de refuser à un particulier d'invoquer les dispositions d'une directive à l'encontre de l'État membre.

42. Je ne partage pas non plus l'avis de ceux qui ont soutenu que la primauté ne peut se déduire que du droit communautaire primaire ou, à la rigueur, d'un règlement, parce que c'est la norme qui était en cause dans l'arrêt Simmenthal [65]: cette distinction apparaît artificielle et inexacte [66] puisque, dans cet arrêt, la Cour a affirmé la primauté tant du traité que des actes des institutions directement applicables. En outre, dès lors qu'il s'avère qu'une règle communautaire s'oppose à une norme de l'un des États membres, la reconnaissance de la primauté proclamée il y a pratiquement quarante ans est réitérée,

57 — Arrêt Unilever, précité (note 53), points 50 et 51.

58 — Arrêt précité (note 12).

59 — Directive du Conseil, du 26 juillet 1971, portant coordination des procédures de passation des marchés publics de travaux (JO L 185, p. 5).

60 — Tridimas, T., précité (note 34), p. 334: «Although [the Court] did not examine specifically the implications of allowing reliance on the directive, it did not consider as impermissible horizontal effect the adverse legal implications that would inevitably flow for the successful tenderer by the annulment of the tendering authority's decision».

61 — Arrêt du 16 septembre 1999 (C-435/97, Rec. p. I-5613, points 69 à 71).

62 — Arrêt du 12 novembre 1996 (C-201/94, Rec. p. I-5819, point 39).

63 — Directive du Conseil, du 26 janvier 1965, concernant le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives, relatives aux spécialités pharmaceutiques (JO 22, p. 369).

64 — Arrêt du 7 janvier 2004 (C-201/02, Rec. p. I-723, point 57).

65 — Arrêt du 9 mars 1978 (106/77, Rec. p. 629, point 17).

66 — Voir Simon, D., *La directive européenne*, Dalloz, 1997, p. 95: «L'obligation d'écarter les règles nationales contraires au droit communautaire s'impose au juge national en vertu du principe de primauté, y compris si la norme en cause est dépourvue d'effet direct».

quelle que soit la source du droit communautaire: le traité [67], un règlement ou une directive [68].

43. Mon propos n'est pas, à ce stade, de défendre l'effet direct horizontal des directives non transposées, qui réunissent les conditions posées par la jurisprudence. Je ne prétends pas davantage engager les juges nationaux à appliquer ces règles en empiétant sur le domaine de compétence du législateur national.

Je ne peux cependant pas non plus être d'accord avec ceux qui soutiennent que, dans un cas tel qu'en l'espèce, les particuliers ont uniquement la possibilité de mettre en jeu la responsabilité de l'État du fait des dommages causés par l'inexécution des obligations qui lui incombent en vertu du droit communautaire, puisque, ainsi que la Cour l'a voulu, cette solution a un caractère subsidiaire et n'interviendrait, dans cette hypothèse, que si les autres dispositions nationales adoptées pour mettre la directive 93/104 en œuvre ne pouvaient être interprétées dans un sens conforme à la lettre et à la finalité de celle-ci.

44. Dans les circonstances des présentes affaires, le rôle de garante de l'interprétation uniforme du droit communautaire attribué à la Cour, qu'elle assume spécialement dans le cadre de sa compétence préjudicielle, l'empêche de ne laisser au juge national aucune autre possibilité que d'appliquer une disposition de l'ordre juridique interne [69] contraire à la fois au libellé de l'article 6, point 2, de la directive 93/104 et à son objectif d'améliorer la sécurité, l'hygiène et la santé des travailleurs [70].

45. Considérant, donc, que l'article 6, point 2, de la directive 93/104 est une norme claire, précise et inconditionnelle, qu'il n'est besoin d'aucune intervention du législateur national [71], et que le juge allemand peut recourir à d'autres dispositions de la loi sur le

67 — Voir arrêt du 15 juillet 1964, Costa/ENEL (6/64, Rec. p. 1141, spécialement p. 1158 à 1160).

68 — Arrêt du 5 avril 1979, Ratti (148/78, Rec. p. 1629, points 20 à 24). L'avocat général Van Gerven affirme, au point 9 de ses conclusions dans l'affaire Marleasing: «De surcroît, la directive [...] a, en tant qu'élément du droit communautaire, la priorité sur toutes les dispositions de droit national. Cela vaut, en particulier, lorsqu'il s'agit de dispositions nationales qui [...] ont trait au domaine juridique couvert par la directive».

69 — Prechal, S., *Directives in European Community Law. A Study of Directives and Their Enforcement in National Courts*, Clarendon Press Oxford, 1995, p. 229: «The domestic courts are here operating within the context of Community law. For this very reason Community law and, specially Article 5 of the Treaty, may not only require them to do something positive but may also stop them if they should transcend the limits of what is considered as acceptable under Community law».

70 — Lenaerts, K., «L'égalité de traitement en droit communautaire. Un principe unique aux apparences multiples», *Cahiers de droit européen*, 1991, p. 3 à 41, spécialement p. 38: «Le juge aura généralement tendance à interpréter la norme nationale concernée dans le sens de la directive et de garantir de la sorte l'effet utile de la directive dans les relations entre particuliers», et Morris, P. E., «The direct effect of directives — some recent developments in the European Court», *The journal of business law*, mai 1989, p. 233 à 245, spécialement p. 241: «If national judiciaries respond positively to this exhortation something approaching horizontal direct effect may be achieved by a circuitous route. The substantive contents of directives could gradually percolate into private legal relationships without the problems which investing directives with horizontal direct effect would bring in its train, most notably the erosion of legal certainty, the risk of a national judicial revolt and the distortion of article 189».

71 — Arrêt du 5 mars 1996, Brasserie du pêcheur et Factortame (C-46/93 et C-48/93, Rec. p. I-1029, point 22).

temps de travail que l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), il n'y a pas lieu d'inviter les travailleurs à introduire un recours en indemnité contre l'État.

46. Je dois ajouter que l'intérêt de la directive 93/104 de protéger les travailleurs, en tant que partie la plus vulnérable de la relation de travail, doit être pondéré par le juge national, lorsqu'il interprète le droit interne transposant la directive [72]. La Cour s'est elle-même attachée, dans l'arrêt Unilever [73], à marquer la différence entre les directives qui créent des droits et obligations pour les particuliers et celles qui n'en créent pas.

47. Il paraît donc indiqué de recommander à l'Arbeitsgericht Lörrach d'assumer ses responsabilités communautaires en suivant la voie tracée par le Juzgado de Primera Instancia de Oviedo, le Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, le Juzgado de Primera Instancia nº 35 de Barcelona, l'Audiencia Provincial de Sevilla, l'Arbeitsgericht Hamburg, le Tribunale civile de Bologna, la Corte suprema di cassazione et le Pretore de Brescia.

48. Pour les raisons exposées, je me dois de proposer à la Cour de déclarer que l'article 6, point 2, de la directive 93/104 fait obstacle, dès lors que l'État n'a pas fait usage de la possibilité évoquée à l'article 18, paragraphe 1, sous b), i), de cette directive, à une disposition telle que l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de l'Arbeitszeitgesetz, qui permet d'allonger, dans une convention collective ou un accord d'entreprise, la journée de travail au-delà de dix heures, lorsque le temps de travail inclut des périodes de garde régulières et importantes.

Par conséquent, il convient d'interpréter l'article 14 de la convention collective de la Croix Rouge, dans la mesure où il se base sur l'article 7 de l'Arbeitszeitgesetz, de telle manière que les travailleurs affectés ne soient pas contraints d'effectuer plus de quarante-huit heures hebdomadaires en moyenne, compte tenu des dispositions des articles 16, point 2, et 17, paragraphe 4, de la directive 93/104, relatives à la fixation de la période de référence pour le calcul de la durée moyenne.

72 — Quelques auteurs soulignent que certains domaines de l'ordre juridique, parmi lesquels ceux du droit du travail et du droit de la protection du consommateur, qui régissent les relations entre particuliers, montrent une flexibilité susceptible de permettre, sans problèmes majeurs, une interprétation des normes nationales à la lumière du droit communautaire qui contribue à son évolution. Voir Rodríguez Iglesias, G. C., et Riechenberg, K., «Zur richtlinienkonformen Auslegung (Ein Ersatz für die fehlende horizontale Wirkung?)», *Festschrift für Ulrich Everling*, vol. II, p. 1229: «Es gibt Rechtsgebiete, die so flexibel ausgestaltet sind, dass eine Auslegung der einschlägigen innerstaatlichen Vorschriften im Lichte des Gemeinschaftsrechts ohne größere Schwierigkeiten möglich ist. Ein gutes Beispiel für eine Rechtsgebiet, das in allen Mitgliedstaaten in den letzten Jahren tiefgreifende Änderungen erfahren hat, ist das Arbeitsrecht. Auch jüngere Rechtsgebiete, wie das Verbraucherschutzrecht, dürften für eine solche Rechtsfortbildung offen sein».

73 — Arrêt précité (note 53).

IV — Conclusion

49. En vertu des considérations qui précèdent, je suggère à nouveau à la Cour de répondre à la troisième question soumise par l'Arbeitsgericht Lörrach dans la présente affaire dans les termes suivants:

«L'article 6, point 2, de la directive 93/104/CE du Conseil, du 23 novembre 1993, concernant certains aspects de l'aménagement du temps de travail, même dans le cas où les États membres édictent des exceptions à la période de référence fixée à l'article 16, point 2, de cette directive, apparaît comme clair, précis et inconditionnel. Il reconnaît en outre des droits aux particuliers, de sorte qu'il peut être invoqué devant les juridictions nationales lorsque l'État membre ne l'a pas transposé correctement dans le délai imparti. Cependant, compte tenu du fait que les litiges au principal sont des procédures entre particuliers, les travailleurs ne peuvent pas se prévaloir de l'effet direct de cette disposition.

L'article 6, point 2, de la directive 93/104 fait obstacle, dès lors que l'État n'a pas fait usage de la possibilité évoquée à l'article 18, paragraphe 1, sous b), i), de cette directive, à une disposition telle que l'article 7, paragraphe 1, point 1, sous a), de l'Arbeitszeitgesetz, qui permet d'allonger, dans une convention collective ou un accord d'entreprise, la journée de travail au-delà de dix heures, lorsque le temps de travail inclut des périodes de garde régulières et importantes. Par conséquent, il convient d'interpréter l'article 14 de la convention collective relative aux conditions de travail des employés, travailleurs et apprentis de la Croix Rouge allemande, dans la mesure où il se base sur l'article 7 de l'Arbeitszeitgesetz, de telle manière que les travailleurs affectés ne soient pas contraints d'effectuer plus de quarante-huit heures hebdomadaires en moyenne, compte tenu des dispositions des articles 16, point 2, et 17, paragraphe 4, de la directive 93/104, relatives à la fixation de la période de référence pour le calcul de la durée moyenne.»