



*La protection juridictionnelle provisoire dans le droit
de l'Union européenne et les droits fondamentaux*

Olivier De Schutter

CRIDHO Working Paper 2005/08



Université catholique de Louvain

Faculté de droit

Centre de philosophie du droit

Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme

www.cpdr.ucl.ac.be/cridho

La Cellule de recherche interdisciplinaire en droits de l'homme (CRIDHO) a été constituée au sein du Centre de philosophie du droit, Institut extra-facultaire de l'Université catholique de Louvain, par des chercheurs soucieux de réfléchir le développement contemporain des droits fondamentaux à l'aide d'outils d'autres disciplines, notamment l'économie et la philosophie politique. La CRIDHO travaille sur les rapports entre les mécanismes de marché et les droits fondamentaux, aussi bien au niveau des rapports interindividuels qu'au niveau des rapports noués entre Etats dans le cadre européen ou international.

CRIDHO Working Papers

Tous droits réservés.

Aucune partie de ce document ne peut être
publiée, sous quelque forme que ce soit,
sans le consentement de l'auteur.

The Interdisciplinary Research Cell in Human Rights (CRIDHO) has been created within the Centre for Legal Philosophy (CPDR), an extra-department Institute of the University of Louvain, by scholars seeking to understand the development of fundamental rights by relying on other disciplines, especially economics and political philosophy. The CRIDHO works on the relationship between market mechanisms and fundamental rights, both at the level of interindividual relationships as at the level of the relationships between States in the European or international context.

CRIDHO Working Papers

All rights reserved

No part of this paper may be reproduced
in any form
without consent of the author

La protection juridictionnelle provisoire dans le droit de l'Union européenne et les droits fondamentaux

par Olivier DE SCHUTTER*

Derrière la question générale de la protection juridictionnelle provisoire dans le cadre du droit de l'Union européenne, figurent en réalité deux interrogations distinctes. La première question est celle de la protection juridictionnelle provisoire que le juge communautaire peut accorder, dans le cadre des recours directs dont il est saisi (I). L'autre question est celle de la protection provisoire que peut accorder la juridiction nationale lorsqu'un requérant devant elle invoque le bénéfice du droit de l'Union européenne, soit pour contester la validité d'un acte de droit dérivé au regard du droit des traités – et demander alors qu'une question préjudicielle en appréciation de validité soit adressée à la Cour de justice des Communautés européennes – (II), soit pour réclamer que le droit européen l'emporte sur une disposition du droit national qui lui est contraire (III). Après avoir présenté l'état actuel de chacune de ces questions, en mettant l'accent, dans cette présentation, sur l'enjeu que représente la protection juridictionnelle provisoire du point de vue des droits fondamentaux, l'on conclura sur les conditions qui permettraient une meilleure cohérence de la protection juridictionnelle dans le système de l'Union européenne, ainsi qu'à en améliorer l'effectivité (IV).

I. La protection juridictionnelle provisoire accordée par le juge communautaire dans le cadre des recours directs dont il est saisi

Les recours introduits devant le juge communautaire n'ont pas en principe effet suspensif. Cependant, le Tribunal de première instance des Communautés européennes (sous contrôle de la Cour de justice des Communautés européennes) et la Cour de justice des Communautés européennes peuvent accorder le sursis à exécution ou des mesures provisoires, sur la base des articles 242 (sursis à exécution) et 243 (mesures provisoires) du traité de Rome¹. Le régime de la protection juridictionnelle provisoire que ces articles instituent présente trois caractéristiques. La première caractéristique réside dans la subsidiarité qui existe entre ces deux formes qu'elle peut prendre. Lorsqu'elles sont demandées par le requérant, les *mesures provisoires* ne seront accordées que lorsque le simple *sursis à exécution* de l'acte attaqué ne suffit pas : ainsi par exemple, dans le cadre d'un recours en annulation contre une décision du bureau électoral de la Commission écartant certaines listes de la participation à un scrutin professionnel, le président du Tribunal a estimé que "compte tenu de la nature de la procédure en cause, de simples mesures de suspension ne seraient pas susceptibles d'apporter aux parties les remèdes appropriés (...). La mise en balance des intérêts en présence conduit donc à ordonner la suspension de la procédure électorale, avec report des élections, et à ouvrir la possibilité de présentation de nouvelles candidatures, dont pourra bénéficier le requérant lui-même"². Bien entendu, quelle qu'en soit la forme, la protection accordée au provisoire ne préjuge pas de la réponse qui sera donnée au fond du litige³. Enfin – troisième caractéristique

* Professeur à l'Université catholique de Louvain, Global Visiting Law Professor à New York University.

¹ Voy. aussi l'art. 256 al. 4 CE (sursis à l'exécution forcée). Dans le cadre du traité Euratom, voy. les articles 157 et 158 CEEA. Le traité CECA ayant expiré le 23 juillet 2002, il ne sera pas inclus dans cette analyse.

² TPI, ord. du 21 novembre 1994, *Blanchard c. Commission*, T-368/94 R, *Rec.* p. II-1099, point 36.

³ Voy. l'article 36, al. 3, du statut de la Cour : "L'ordonnance rendue par le président ou son remplaçant n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge en rien de la décision de la Cour statuant au principal". L'article 39, al. 3, du statut de la Cour, tel que modifié par le Traité de Nice (*J.O.C.E.*, n° C 180 du 10.3.2001), maintient inchangée cette formulation. Il est à noter que le Traité de Nice introduit une flexibilité supplémentaire dans l'agencement des règles entre les traités et le statut, ainsi que pour

–, la demande de protection juridictionnelle provisoire est *accessoire* à un recours principal. Cela expliquera que le sursis à exécution de l’acte communautaire ne peut être demandé que par la partie requérante, qui agit en annulation contre cet acte, alors que les mesures provisoires peuvent être demandées, elles, par toute partie au litige porté devant le juge communautaire.

1.1. Les conditions de la protection juridictionnelle provisoire devant le juge communautaire

Les conditions auxquelles la protection juridictionnelle provisoire peut être accordée méritent un examen plus approfondi⁴. Le règlement de procédure de la Cour précise que les demandes de protection provisoire spécifient “l’objet du litige, les circonstances établissant l’urgence, ainsi que les moyens de fait et de droit justifiant à première vue l’octroi de la mesure provisoire à laquelle elles concluent”⁵. En réalité, l’octroi d’une protection provisoire est subordonné à trois conditions. Ces conditions sont en principe cumulatives.

L’urgence. Cette première condition suppose en principe le risque qu’un dommage grave et irréparable soit subi par la partie qui sollicite une protection provisoire. L’irréversibilité n’est pas à comprendre de manière absolue. Il suffit que les dommages causés, “malgré leur caractère provisoire, seraient hors de proportion avec l’intérêt de la partie défenderesse à ce que ses actes soient exécutés, même lorsqu’ils font l’objet d’un recours contentieux”⁶. L’appréciation du caractère irréparable du dommage suppose ainsi une prise de position sur le caractère adéquat d’une compensation par équivalent pour le dommage causé par l’illégalité dénoncée : le sursis à exécution de la décision de sanctionner un fonctionnaire pourra se fonder sur le constat qu’il en résulterait une aggravation de son état psychologique⁷ ou une atteinte à sa dignité, son honneur et sa réputation⁸, dès lors que l’on admet que ces dommages ne seraient pas totalement effacés par l’octroi d’une forme de réparation monétaire ; dans l’affaire *Connolly*, le président du Tribunal de première instance a accordé des mesures provisoires en constatant que la Commission n’avait pas empêché ses agents de faire des déclarations portant sur les qualités professionnelles, la personnalité et la santé d’un fonctionnaire contre qui elle avait entamé une procédure disciplinaire⁹.

L’affaire *Le Pen* en fournit un bon exemple, où la durée limitée du mandat de parlementaire européen a conduit à considérer comme “irréparable” le dommage qui résulterait de l’impossibilité de l’exercer, même provisoirement, dans l’attente d’une éventuelle annulation au fond de la décision de constater la déchéance du mandat parlementaire de l’intéressé : le sursis à l’exécution d’une décision de la présidence du Parlement européen de constater la déchéance du mandat parlementaire de l’intéressé a été accordé sur la base du constat que “la durée du mandat d’un membre du Parlement est limitée à cinq ans et que la déchéance du mandat du requérant résultant de l’acte attaqué rend impossible la poursuite de l’exercice de sa

l’adaptation des règlements de procédure. Le nouvel article 245 CE prévoit en effet que le Conseil peut modifier à l’unanimité le statut, sur demande soit de la Cour de justice soit de la Commission, à l’exception des règles du statut relatives au statut des juges et des avocats généraux (figurant au Titre Ier du statut) : les autres règles du statut ne réclament donc plus pour leur révision la convocation d’une conférence intergouvernementale et la ratification de ces modifications par chacun des Etats membres selon leurs procédures constitutionnelles respectives (article 48 TUE).

⁴ Au sein d’une littérature abondante, on relèvera notamment les contributions suivantes : Ch. Gray, “Interim Measures of Protection in the European Court”, *E.L.R.*, 1979, p. 80; G. Borchardt, “The award of interim measures by the European Court of Justice”, *C.M.L. Rev.*, 1985, p. 203; J. Mertens de Wilmars, “Het kortgeding voor het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen”, *S.E.W.*, 1986, p. 32; B. Pastor et E. Van Ginderachter, “La procédure en référé”, *R.T.D.E.*, 1989, p. 561; P. Oliver, “Interim Measures : Some Recent Developments”, *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 7, ici pp. 8-10; J. Rideau et F. Picod, “Les mesures provisoires ordonnées par la juridiction communautaire”, *J.T.D.E.*, 1995, p. 121.

⁵ Article 83 § 2 du Règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes. Une formulation identique figure à l’article 104 § 2 du Règlement de procédure du Tribunal.

⁶ TPI, ord. du 11 mars 1994, *Ryan-Sheridan c. Fondation européenne pour l’amélioration des conditions de vie et de travail*, T-589/93 R, Rec FP, p. II-257, point 19.

⁷ TPI, ord. du 5 avril 1993, *Peixoto c. Commission*, T-21/93 R, Rec. p. II-463.

⁸ TPI, ord. du 30 novembre 1993, *D c. Commission*, T-549/93 R, Rec. p. II-1347, point 44.

⁹ TPI, ord. du 12 décembre 1995, *Connolly c. Commission*, T-203/95 R, Rec. p. II-847.

fonction de député européen”, dès lors en cas d’annulation sur le fond, “le préjudice subi par le requérant, s’il n’est pas sursis à l’exécution de cet acte, serait irréparable”¹⁰.

L’apparence de bon droit (fumus boni juris). A propos de la deuxième condition, celle l’apparence de bon droit, l’on peut constater une évolution de la jurisprudence, qui s’est montrée progressivement davantage favorable à la partie qui sollicite des mesures provisoires : il n’est plus requis de celle-ci qu’elle établisse la probabilité de succès au fond – c’est-à-dire que les moyens avancés à l’appui du recours principal sont *prima facie* fondés, selon l’expression à la quelle recourt la version anglaise des règlements de procédure – ; il suffit que le juge puisse constater que ces moyens ne sont pas manifestement sans fondement. Pareil renversement de la charge de la preuve ne paraît pas parfaitement conforme à l’intention initiale qui guidait l’organisation de la protection juridictionnelle provisoire devant le juge communautaire : les règlements de procédure exigent d’ailleurs toujours que les moyens de fait et de droit justifient “à première vue” l’octroi de la mesure provisoire, et paraissent ainsi imposer au demandeur la charge de prouver le caractère sérieux des moyens avancés¹¹.

La balance des intérêts. La troisième condition paraît généralement comme une condition indépendante des deux précédentes¹². Mais elle est intégrée en outre aux deux autres conditions, compte tenu de ce que la réalisation de ces premières conditions – gravité et caractère irréparable du préjudice, degré de certitude requis quant au bien-fondé des moyens invoqués par la partie qui sollicite une protection provisoire – n’est pas vérifiée de manière formaliste, mais fait au contraire l’objet d’une appréciation fortement contextualisée. Dans la mesure où elle fait fait l’objet d’une vérification autonome, l’appréciation de cette troisième condition repose sur une mise en balance de l’intérêt du demandeur à obtenir le sursis à exécution ou une mesure provisoire avec l’intérêt du défendeur à l’exécution immédiate de l’acte querellé. L’affaire *Le Pen* en fournit à nouveau une bonne illustration : selon l’ordonnance du 26 janvier 2001 rendue dans cette affaire, “l’intérêt général du Parlement à ce que soit maintenue l’application de la déchéance du mandat du requérant survenue en application du droit national ne saurait prévaloir sur l’intérêt spécifique du requérant à pouvoir retrouver son siège au Parlement et à exercer à nouveau les fonctions publiques qui y sont relatives jusqu’à la décision du juge du fond dans l’affaire au principal, à moins qu’il ne soit pris acte de ladite déchéance dans le respect des règles prévues par le droit communautaire”¹³.

1.2. Le caractère insuffisant de l’accès au juge communautaire

Le régime de la protection juridictionnelle provisoire accompagnant les recours directs introduits auprès du juge communautaire apparaît, dans l’ensemble, suffisamment protecteur des droits de l’individu. La difficulté est cependant que, dans l’état actuel de l’organisation des voies de recours devant le juge communautaire, ces recours directs, même accompagnés de la possibilité de demander le sursis à exécution de l’acte querellé ou le bénéfice de mesures provisoires, ne sont ouverts à l’individu qu’à des conditions précises, généralement considérées comme insuffisamment protectrices des droits de la personne privée. Le déficit de protection juridictionnelle qui en résulte peut être formulé de manière plus précise : tandis que seul le recours direct en annulation d’un acte de droit dérivé offre à l’individu une protection véritable contre l’atteinte que cet acte peut porter à ses droits ou à ses intérêts – pareille protection ne saurait se suffire de la possibilité d’agir en responsabilité extra-contractuelle contre l’auteur de l’acte, en raison à la fois des conditions mises à l’engagement de la

¹⁰ TPI, ord. du 26 janvier 2001, *J.-M. Le Pen c. Parlement européen soutenu par la Rép. française*, T-353/00 R, point 96.

¹¹ Voy. surtout CJCE, ord. prés. du 19 juillet 1995, *Commission c. Freight Transport Association Ltd. e. a.*, C-149/95 P (R), point 27.

¹² Voy. TPI, ord. du 24 septembre 1994, *Transacciones Maritimas SA c. Commission*, T-231/94 R, T-232/94 R et T-234/94 R, Rec., p. II-885 (point 45); ou TPI, ord. du 15 juillet 1994, *EISA c. Commission*, T-239/94 R, point 28.

¹³ TPI, ord. du 26 janvier 2001, *J.-M. Le Pen c. Parlement européen soutenu par la Rép. française*, T-353/00 R, point 103.

responsabilité et de la nature de la réparation accordée¹⁴ – , ce recours tantôt n'est ouvert qu'à des conditions excessivement restrictives par rapport à ce qu'exigerait une protection juridictionnelle véritablement effective, tantôt n'est simplement pas ouvert à l'individu contre certains types d'actes. Rappelons brièvement, dans l'état actuel du droit de l'Union européenne, où se situent chacune de ces difficultés.

La première difficulté a sa source dans l'article 230 al. 4 CE. Cette disposition prévoit que toute personne physique ou morale peut agir en annulation contre les décisions qui lui sont adressées ainsi que "contre les décisions qui, bien que prises sous l'apparence d'un règlement ou d'une décision adressée à une autre personne, la concernent directement et individuellement". Dans son arrêt *Plaumann et Co. c. Commission* du 15 juillet 1963, la Cour de justice avait précisé le contenu de cette dernière condition en estimant que "les sujets autres que les destinataires d'une décision ne sauraient prétendre être concernés individuellement que si cette décision les atteint en raison de certaines qualités qui leur sont applicables ou d'une situation de fait qui les caractérise par rapport à toute autre personne et de ce fait les individualise d'une manière analogue à celle du destinataire"¹⁵. Cette jurisprudence paraît dictée par le libellé même de l'article 230 al. 4 CE (alors article 173 al. 4 du traité CEE), qui semble requérir que l'acte communautaire puisse être assimilé à une décision individuelle au sens matériel du terme pour qu'un particulier – assimilé alors au destinataire de cette décision – puisse en réclamer l'annulation.

En dépit de certains accommodements dont elle a pu faire l'objet en jurisprudence¹⁶, cette interprétation a été dénoncée par un grand nombre de commentateurs comme exagérément restrictive, au regard de l'exigence d'une protection juridictionnelle effective du particulier vis-à-vis de l'adoption des actes communautaires de portée générale pouvant être en violation du droit primaire ou des principes généraux du droit communautaire. Il est en effet certain qu'un acte communautaire de droit dérivé, quel qu'en soit le champ d'application – que le cercle de ses destinataires soit défini ou non à l'aide de critères abstraits et généraux¹⁷ –, est susceptible d'affecter la situation juridique du particulier dès lors qu'il produit des effets directs, sans qu'il faille pour cela nécessairement attendre que cet acte communautaire soit mis en oeuvre par les autorités nationales de l'Etat membre.

Sans doute, lorsqu'un règlement communautaire impose certaines obligations au particulier sous la menace de sanctions, le particulier aura la possibilité de se placer en infraction par rapport au prescrit du règlement, afin de provoquer l'adoption d'une mesure d'exécution étatique (par exemple, le déclenchement d'actes de poursuites ou l'imposition d'une amende) susceptible d'être attaquée en justice. Le recours qu'il introduira alors devant le juge national fournira en ce cas au particulier l'occasion de solliciter du juge national qu'il effectue vers la Cour de justice des Communautés européennes un renvoi préjudiciel en appréciation de

¹⁴ Quant aux autres recours directs, le recours en manquement et le recours en carence, ils correspondent à des hypothèses spécifiques qui justifient qu'on les laisse ici de côté : le recours en manquement n'est ouvert qu'à la Commission et aux Etats membres contre un Etat ayant manqué à ses obligations communautaires; le recours en carence ne sert qu'à sanctionner l'abstention d'agir d'une institution communautaire, lorsque celle-ci est tenue d'adopter à l'égard du requérant un acte déterminé.

¹⁵ C.J.C.E., 15 juillet 1963, *Plaumann et Co. c. Commission*, 25/62, *Rec.*, p. 197.

¹⁶ Voy. not. C.J.C.E., 16 mai 1991, *Extramet Industrie c. Conseil*, C-358/89, *Rec.* p. I-2501, point 13; C.J.C.E., 18 mai 1994, *Codorniu c. Conseil*, C-309/89, *Rec.* p. I-1853, point 19, et du 31 mai 2001, *Sadam Zuccherifici e.a. c. Conseil*, C-41/99 P, *Rec.* p. I-4239, point 27. L'incertitude que ces décisions viennent faire peser sur l'étendue exacte du droit de recours en annulation du particulier à l'encontre des actes communautaires de portée générale est en réalité d'autant plus nuisible que, lorsque le particulier avait la possibilité d'introduire le recours en annulation et a omis de le faire, il ne pourra plus par la suite demander que soit effectué vers la Cour de justice un renvoi préjudiciel en appréciation de validité : C.J.C.E., 9 mars 1994, *TWD Textilwerke Deggendorf*, C-188/92, *Rec.* p. I-833; C.J.C.E., 11 novembre 1997, *Wijlo*, C-178/95, *Rec.*, p. I-585; C.J.C.E., 15 février 2001, *Nachi Europe*, C-239/99, *Rec.*, p. I-1197.

¹⁷ Il est de jurisprudence constante que "la portée générale d'un acte n'est pas mise en cause par la possibilité de déterminer, avec plus ou moins de précision, le nombre ou même l'identité de sujets de droit auxquels il s'applique à un moment donné, tant qu'il est constant que cette application s'effectue en vertu d'une situation objective de droit ou de fait définie par l'acte, en relation avec la finalité de ce dernier" (C.J.C.E., 15 janvier 2002, *Libéros c. Commission*, C-171/00 P (point 29)).

validité. Mais le renvoi préjudiciel en appréciation de validité ainsi provoqué ne constitue pas une alternative satisfaisante au recours direct en annulation. D'une part, "il ne peut être demandé à des particuliers d'enfreindre la loi afin de pouvoir accéder à la justice"¹⁸. D'autre part, le renvoi préjudiciel en appréciation de validité du droit communautaire, effectué à l'initiative du juge national qui demeure maître de la formulation de la question posée à la Cour de justice, ne répond pas aux exigences du droit au recours effectif : les parties au litige devant le juge national ne peuvent que suggérer qu'un tel renvoi ait lieu, sans avoir le pouvoir de le déclencher elles-mêmes, y compris lorsqu'en vertu du droit communautaire la juridiction nationale est normalement tenue de l'effectuer¹⁹; et même si l'on suppose que l'obligation de renvoi imposée aux juridictions nationales de dernière instance, dès lors qu'elle prive ces juridictions du pouvoir d'apprécier l'opportunité d'un tel renvoi, aboutit en réalité à une situation analogue à celle qui existerait si le particulier pouvait de sa propre initiative déclencher le renvoi préjudiciel, l'on peut douter du caractère "effectif" d'un tel "recours" ouvert au particulier, compte tenu des retards considérables qui en résultent au détriment du particulier et – comme on le verra – des hésitations que peut éprouver la juridiction nationale avant de lui accorder une protection provisoire, eu égard aux conditions relativement restrictives imposées par la jurisprudence pour l'octroi d'une telle protection²⁰.

Pas davantage que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité, le recours en responsabilité extra-contractuelle, qui permet au particulier d'obtenir réparation du préjudice que lui a causé la violation du droit communautaire lorsque cette violation est suffisamment caractérisée pour pouvoir être considérée comme fautive, ne constitue une alternative satisfaisante au recours direct en annulation. Le juge communautaire en a lui-même explicité les raisons : "Présumant la réalisation d'un dommage directement causé par l'application de l'acte litigieux, [la voie de l'action en réparation fondée sur la responsabilité non contractuelle de la Communauté] est soumise à des conditions de recevabilité et de fond différentes de celles régissant le recours en annulation et elle ne place donc pas le juge communautaire en situation d'exercer, dans toute sa dimension, le contrôle de légalité qu'il a la mission de mener à bien. En particulier, lorsqu'une mesure de portée générale (...) est mise en cause dans le contexte d'une telle action, le contrôle exercé par le juge communautaire ne s'étend pas à tous les éléments susceptibles d'affecter la légalité de cette mesure, mais se borne à sanctionner les violations suffisamment caractérisées de règles de droit ayant pour objet de conférer des droits aux particuliers"²¹.

Dans l'arrêt *Jégo-Quéré et Cie* du 3 mai 2002²², le Tribunal de première instance s'est montré sensible à ces critiques. Ayant constaté que la société requérante était directement affectée par

¹⁸ Concl. de M. l'Avocat général Jacobs préc. C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00 P, non encore publié au *Rec.*, point 43.

¹⁹ Voy. l'article 234 al. 3 CE (juridictions nationales dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours juridictionnel de droit interne).

²⁰ C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415; C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, *Rec.*, p. I-3761. La juridiction nationale ne pourra accorder le sursis à exécution de l'acte communautaire de droit dérivé dont la validité est contestée ou accorder des mesures provisoires que dans le respect des conditions qui régissent le référé devant la Cour de justice, dans le cadre des recours directs portés devant elle, conformément aux articles 242 et 243 CE : "La protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même" (*Zuckerfabrick*, point 20). La Cour de justice impose en outre dans ces arrêts que la juridiction nationale tienne compte de "l'atteinte que la mesure de référé peut porter au régime juridique mis en place par [l'acte communautaire dont la validité est contestée] dans toute la Communauté. Il lui incombe de prendre en considération, d'une part, l'effet cumulatif provoqué, dans l'hypothèse où une multitude de juridictions adopteraient également des mesures de référé pour des motifs analogues, et, d'autre part, la spécificité de la situation du demandeur qui le différencie des autres économiques concernés" (*Atlanta*, point 44). En outre, le juge national doit "indiquer, au moment d'octroyer la mesure de référé, les raisons pour lesquelles [il] estime que la Cour sera amenée à constater l'invalidité" de l'acte communautaire (*id.*, point 36).

²¹ T.P.I., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie c. Commission*, T-177/01, non encore publié au *Rec.*, ici point 46.

²² T.P.I., 3 mai 2002, *Jégo-Quéré et Cie c. Commission*, T-177/01, précité.

le règlement dont elle sollicitait l'annulation ("l'affectation directe requiert que la mesure communautaire incriminée produise directement des effets sur la situation juridique du particulier et qu'elle ne laisse aucun pouvoir d'appréciation aux destinataires de cette mesure qui sont chargés de sa mise en oeuvre, celle-ci ayant un caractère purement automatique et découlant de la seule réglementation communautaire sans application d'autres règles intermédiaires" (point 26)), il a considéré qu'"afin d'assurer une protection juridictionnelle effective des particuliers", il s'imposait de revenir sur la jurisprudence *Plaumann*, et de considérer qu'"une personne physique ou morale [est] individuellement concernée par une disposition communautaire de portée générale qui la concerne directement, si la disposition en question affecte, d'une manière certaine et actuelle, sa situation juridique en restreignant ses droits ou en lui imposant des obligations. Le nombre et la situation d'autres personnes également affectées par la disposition ou susceptibles de l'être ne sont pas, à cet égard, des considérations pertinentes" (point 51).

Cet élargissement du recours en annulation du particulier a fait long feu. Dans un arrêt du 25 juillet suivant, rendu en formation plénière, la Cour de justice des Communautés européennes a écarté le raisonnement tenu par le Tribunal de première instance, en dépit des conclusions en sens contraire rendues par son Avocat général M. Jacobs le 21 mars 2002²³. En dépit de leur issue, ces débats montrent cependant l'actualité de la question, et ils en illustrent, si besoin en était, l'urgence.

Or à cette difficulté s'en ajoute une autre, qui elle aussi, excluant la possibilité pour le particulier d'agir en annulation contre un acte de droit dérivé, par là même prive le particulier du bénéfice de la protection juridictionnelle provisoire qui accompagne le recours direct en annulation. L'on doit d'abord rappeler l'absence, dans le cadre du Titre VI du Traité sur l'Union européenne, d'un recours en annulation au bénéfice du particulier. Sans doute, aux termes mêmes du traité, les décisions-cadres et les décisions sont normalement dépourvues d'effet direct (ce que les articles 34 § 2 b) et c) TUE expriment expressément)²⁴. La condition de l'"affectation directe", à laquelle est subordonnée la recevabilité du recours direct en annulation du particulier dans le cadre de l'article 230 al. 4 CE, ne sera donc en principe pas réalisée par l'adoption de l'un de ces instruments²⁵. Mais, d'une part, il peut se présenter des situations où il en ira autrement : dès l'instant où elles reconnaissent à des organes tels qu'Europol ou Eurojust des pouvoirs susceptibles d'être exercés à l'encontre de particuliers (par exemple en matière d'échange de données à caractère personnel ou de mise sous surveillance), ceux-ci peuvent être "affectés" par ces mesures, y compris dans les cas où, en raison du caractère secret de telles mesures, ils ne peuvent démontrer que celles-ci leur ont

²³ C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00 P, non encore publié au *Rec.* Depuis, voy. les conclusions de l'Avocat général Ph. Léger présentées le 12 septembre 2002, dans le cadre de l'affaire *Commission des C.E. c. Nederlandse Antillen*, C-142/00 P.

²⁴ Les termes de l'article 34 § 2 TUE, en ce qui concerne les décisions-cadres, soulignent l'analogie de statut de ces décisions-cadres avec les directives dans le cadre du Traité CE. Or, en droit communautaire, les directives peuvent être invoquées par le particulier à l'encontre des autorités publiques, pourvu que "la nature, l'économie et les termes de la disposition en cause sont susceptibles de produire des effets directs dans les relations entre les Etats membres et les particuliers" (C.J.C.E., 4 décembre 1974, *Y. van Duyn c. Home Office*, 41/74, *Rec.*, p. 1337, point 12) : on peut qualifier cette forme d'invocabilité de la directive d'invocabilité verticale (uniquement entre particuliers et autorités publiques) à sens unique (la directive, que le particulier peut invoquer contre l'Etat, ne peut en revanche être invoquée par l'Etat pour imposer au particulier des obligations nouvelles). Or, en dépit de l'affirmation rituelle selon laquelle la directive, étant adressée à l'Etat, "ne peut pas elle-même créer des obligations dans le chef d'un particulier" (C.J.C.E., 26 février 1986, *Marshall c. Southampton and South West Hampshire, Area Health Authority*, 152/84, *Rec.*, p. 737 (point 48)), force est de reconnaître que, dès lors que la directive peut constituer dans certaines hypothèses la source de droits au bénéfice des particuliers, il peut en découler que d'autres particuliers s'en trouveront affectés, cette fois négativement : pour des exemples, voy. O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux. Transformation du contrôle juridictionnel dans les ordres juridiques américain et européens*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 214-215.

²⁵ Sur la nature de ces instruments et notamment la question de leur effet direct, voy. Y. Monjal, "Le droit dérivé de l'Union européenne en quête d'identité, à propos de la première décision-cadre du Conseil", *R.T.D.E.*, 2001, p. 335.

effectivement été appliquées²⁶. D'autre part, même si elles ne produisent pas en principe d'effet direct en elles-mêmes, les décisions ou décisions-cadres n'en donnent pas moins lieu à l'adoption de mesures étatiques de transposition ou d'exécution qui, elles, peuvent affecter directement le particulier. Or, face à ces mesures étatiques, la protection du particulier est notablement insuffisante, non seulement en raison des modalités variables d'après lesquelles le renvoi préjudiciel est organisé²⁷ – certaines juridictions n'auront pas la possibilité d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes sur la validité de ces décisions et décisions-cadres, et seront dès lors tenues de présumer cette validité²⁸ –, mais également parce que, même là où les juridictions nationales peuvent interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle, elles ne peuvent accorder une protection juridictionnelle provisoire qu'à des conditions restrictivement définies, notamment en tenant compte de l'intérêt du droit de l'Union européenne à ce que les mesures de droit dérivé adoptées par les institutions ne soient pas privées de leur effet utile par la multiplication des procédures de référé²⁹.

Bien qu'elle suscite sans doute des inquiétudes moins vives, l'absence de toute compétence juridictionnelle dans le cadre de la coopération intergouvernementale en vue d'une politique étrangère et de sécurité commune n'en mérite pas moins, elle aussi, d'être soulignée. A l'heure actuelle en effet, aucun contrôle juridictionnel des mesures adoptées dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne (Politique étrangère et de sécurité commune) n'est organisé au sein de l'ordre juridique de l'Union européenne³⁰. Cela tient sans doute à la circonstance que l'on concevait mal, lorsque le Traité de Maastricht fut adopté, que de telles mesures

²⁶ Voy., à propos du recours effectif qui doit être reconnu à toute personne qui a des motifs de croire qu'elle a pu faire l'objet de mesures de surveillance secrète mais, en raison justement du caractère secret de cette surveillance, ne peut en apporter la démonstration, Cour eur. D.H., arrêt *Klass et al. c. Allemagne* du 6 septembre 1978, Série A n° 28, § 33. Dans l'affaire *Segi et autres*, la Cour européenne des droits de l'homme ne conclut à ce que les requérants ne présentent pas la qualité de "victimes", même potentielles, au sens de l'article 34 de la Convention, qu'après avoir constaté que la disposition les concernant qui figure dans une position commune adoptée par le Conseil des Ministres de l'Union européenne "n'ajoute pas de nouveaux pouvoirs pouvant être exercés à l'encontre des requérants" (Cour eur. D.H., déc. du 23 mai 2002, req. jtes n° 6422/02 et n° 9916/02, *Segi et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne) et Gestoras Pro-Amnistia et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)*, p. 10). Ainsi *a contrario*, au regard à tout le moins de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme (droit de requête individuelle), une personne semble devoir être considérée comme suffisamment affectée par une mesure qui investit une autorité de pouvoirs susceptibles d'être exercés à son égard.

²⁷ Dans certains cas, aucune juridiction nationale devant laquelle l'individu introduira son recours ne pourra poser la question de la validité (c'est actuellement le cas du Danemark, de l'Irlande et du Royaume-Uni, qui ont omis de faire la déclaration facultative d'acceptation de la compétence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes prévue à l'article 35 § 7 TUE) ; dans d'autres cas, l'individu devra attendre d'atteindre le niveau de la juridiction nationale dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne avant que la question de la validité puisse être posée (c'est le cas de l'Espagne) ; en outre, dans certains Etats ayant reconnu la compétence de la Cour de justice des Communautés européennes de répondre aux questions préjudicielles qui lui sont adressées, le renvoi préjudiciel constitue une simple faculté pour les juridictions nationales, et non une obligation, même pour la juridiction nationale de dernière instance (c'est le cas actuellement de la Finlande, de la Grèce, du Portugal et de la Suède). C'est uniquement là où les juridictions nationales de tout niveau d'instance se sont vu reconnaître la compétence d'interroger la Cour de justice des Communautés européennes par voie préjudicielle, le renvoi étant obligatoire pour la juridiction dont les décisions ne sont pas susceptibles de recours de droit interne²⁷, que les modalités de la coopération entre le juge national et la Cour de justice des Communautés européennes peut être considérée comme satisfaisante du point de vue de la protection juridictionnelle à laquelle le particulier a droit : c'est le cas actuellement pour l'Allemagne, l'Autriche, la Belgique, la France, l'Italie, le Luxembourg, et les Pays-Bas.

²⁸ Voy., *mutatis mutandis*, C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.*, p. 4199. Cet arrêt intervient certes dans le cadre du pilier communautaire, et à propos du renvoi préjudiciel en appréciation de validité que les juridictions nationales sont tenues d'effectuer vers la Cour de justice des Communautés européennes sur la base de l'article 234 CE, sans pouvoir elles-mêmes constater l'invalidité d'un acte de droit dérivé communautaire. Mais cette dernière interdiction, et l'obligation corrélative d'effectuer le renvoi préjudiciel, découle de l'idée même d'un droit européen obligatoire à l'égard des Etats : il serait contradictoire avec cette idée que les juridictions nationales choisissent d'écarter l'application d'un acte de l'Union européenne parce qu'elles l'estimeraient adopté en violation des règles du Traité.

²⁹ Il est en effet permis de raisonner par analogie avec la jurisprudence issue des arrêts *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* (C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415) et *Atlanta* (C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, *Rec.*, p. I-3761), envisagés ci-dessous.

³⁰ Voy. l'article 46 TUE.

puissent affecter le particulier de manière telle que celui-ci puisse vouloir introduire un recours juridictionnel contre de telles mesures.

Pareille situation ne se laisse pas concilier avec les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme ni, *a fortiori*, avec l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux. Sans doute, dans sa décision d'irrecevabilité rendue le 23 mai 2002 sur les requêtes jointes *SEGI et autres et GESTORAS PRO-AMNISTIA et autres c. les 15 Etats membres de l'Union européenne*, la Cour européenne des droits de l'homme estime que les requérants ne peuvent se prétendre "victimes", au sens de l'article 34 de la Convention européenne des droits de l'homme, d'une atteinte à leurs droits en raison de l'adoption des deux positions communes en cause, adoptées le 27 décembre 2001 dans le cadre de la PESC (position commune 2001/930/PESC relative à la lutte contre le terrorisme, et position commune 2001/931/PESC relative à l'application de mesures spécifiques en vue de lutter contre le terrorisme)³¹. La Cour considère en effet que reconnaître la qualité de "victimes" aux requérants dans une telle situation reviendrait à admettre que le droit de requête individuelle organisé par la Convention européenne des droits de l'homme puisse avoir pour objet de "prévenir une violation de la Convention", et étendrait la notion de "victime potentielle" d'une violation au-delà des cas où cette notion a pu auparavant être utilisée. Elle se fonde à cet égard sur le constat que les "positions communes" adoptées dans le cadre de la PESC "ne sont pas, en tant que telles, directement applicables dans les Etats membres, et leur mise en oeuvre requiert l'adoption par chaque Etat membre de dispositions internes concrètes sous la forme juridique appropriée".

Pourtant il serait erroné de déduire de la décision *SEGI et autres* que l'absence de tout contrôle juridictionnel dans le cadre du Titre V du Traité sur l'Union européenne serait par principe acceptable. Il peut paraître *a priori* difficile d'identifier en quoi les actions et positions communes – principaux instruments opérationnels de la politique étrangère et de sécurité commune – peuvent "affecter" le particulier, en apportant des restrictions à ses droits ou en lui imposant des obligations. Les positions communes adoptées dans le cadre de la PESC ne servent qu'à définir la position de l'Union "sur une question particulière de nature géographique ou thématique", les Etats membres de l'Union devant ensuite veiller à "la conformité de leurs politiques nationales avec les positions communes"³². Quant aux actions communes adoptées dans le cadre de la PESC, cette fois conformément au mécanisme que prévoit l'article 14 du traité sur l'Union européenne, elles "engagent les Etats membres dans leurs prises de position et dans la conduite de leur action". Pourtant il faut rappeler que, parmi les droits fondamentaux de la personne figurent le droit d'être protégé de toute atteinte à son honneur ou à sa réputation ainsi que le droit d'être présumé innocent jusqu'à ce que sa culpabilité soit établie. Or ces deux droits peuvent être menacés, voire violés, par des prises de position du Conseil adoptées dans le cadre de la PESC qui identifient certains individus ou organisations afin de leur attribuer certaines responsabilités en demandant aux Etats membres d'adopter des mesures contre eux ou qui, simplement, désignent ces individus ou organisations de certains qualificatifs susceptibles de nuire à leur réputation. C'est d'ailleurs pourquoi, dans sa décision précitée du 23 mai 2002 – dont la motivation pour cette raison n'apparaît pas totalement irréprochable –, la Cour européenne des droits de l'homme qualifie de "gênante" la circonstance que deux des organisations requérantes devant elle figurent dans une liste annexée à la position commune 2001/931/PESC du 27 décembre 2001, tout en refusant de tirer de ce constat les conclusions qui paraissaient s'imposer.

*

* *

³¹ Cour eur. D.H., déc. du 23 mai 2002, req. jtes n° 6422/02 et n° 9916/02, *Segi et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)* et *Gestoras Pro-Amnistia et autres c. Allemagne et autres (15 Etats membres de l'Union européenne)*.

³² Article 15 du traité sur l'Union européenne.

Accessoire du recours direct introduit auprès du juge communautaire, la demande de référé accompagnant celui-ci n'offre à l'individu une protection provisoire, donc effective, que là où la possibilité d'un tel recours existe. A défaut d'un accès direct au juge communautaire pour mettre en cause la légalité d'un acte de droit dérivé au regard des règles des traités ou des principes généraux de droit communautaire, le particulier pourra vouloir contester, devant les juridictions nationales d'un Etat membre de l'Union, les mesures étatiques d'exécution de cet acte. C'est au régime de la protection provisoire dans le cadre d'un tel recours qu'est consacrée la section suivante.

II. La protection juridictionnelle accordée par le juge national contre l'application des mesures nationales d'exécution du droit communautaire

Dans l'arrêt *Zuckerfabrik Süderdithmarschen* du 21 février 1991, la Cour de justice des Communautés européennes affirme qu'une juridiction nationale devant laquelle est contestée une mesure étatique d'exécution d'un acte de droit communautaire dérivé, en raison de l'illégalité présumée de cet acte au regard des règles du traité ou des principes généraux du droit de l'Union européenne, doit avoir le pouvoir de suspendre provisoirement l'exécution de la mesure, dans l'attente d'une réponse de la Cour de justice des Communautés européennes sur la question de la validité de l'acte de droit dérivé que les autorités étatiques prétendaient mettre en oeuvre. La Cour suggère elle-même l'analogie avec la possibilité qui doit être reconnue au juge national d'accorder le sursis à exécution de la mesure étatique dont est alléguée l'incompatibilité avec le droit communautaire³³ : "La protection provisoire qui est assurée aux justiciables devant les juridictions nationales par le droit communautaire ne saurait varier, selon qu'ils contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même"³⁴.

II.1. Les conditions de la protection juridictionnelle provisoire contre les mesures étatiques d'exécution du droit de l'Union européenne

S'il a paru à la Cour de justice des Communautés européennes devoir accorder un tel pouvoir au juge national, encore fallait-il en définir étroitement les limites, afin d'éviter que son utilisation, trop généreuse peut-être pour l'individu qui réclame de pouvoir bénéficier d'une protection juridictionnelle provisoire dans un tel contexte, ne menace l'efficacité de l'intervention du législateur ou de l'exécutif communautaires. Aussi le même arrêt précise-t-il que la juridiction nationale ne pourra accorder le sursis à exécution de l'acte communautaire de droit dérivé dont la validité est contestée – ou accorder des mesures provisoires ayant le même effet suspensif – que dans le respect des conditions mêmes qui régissent le référé devant la Cour de justice, dans le cadre des recours directs portés devant elle : ce n'est pas seulement le principe même de la protection provisoire qui est assurée aux justiciables qui "ne saurait varier", selon que les particuliers "contestent la compatibilité de dispositions de droit national avec le droit communautaire ou la validité d'actes communautaires de droit dérivé, dès lors que, dans les deux cas, la contestation est fondée sur le droit communautaire lui-même"; ce sont également les conditions de la protection juridictionnelle provisoire qui doivent être alignées.

L'arrêt du 21 février 1991 n'a pas pris par surprise les observateurs du droit communautaire. Déjà lorsque la Cour de justice des CE avait affirmé que le juge national ne pouvait se prononcer lui-même sur la validité d'un acte de droit communautaire dérivé, elle avait ajouté que "des aménagements à la règle selon laquelle les juridictions nationales ne sont pas

³³ C.J.C.E., 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433. Sur cette jurisprudence, voy. infra.

³⁴ C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 20.

compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes communautaires peuvent s'imposer sous certaines conditions dans l'hypothèse du référé³⁵. L'effet utile du renvoi préjudiciel en appréciation de validité suppose bien, selon la Cour de justice des CE, la possibilité pour le particulier de solliciter que les effets de l'acte communautaire à son égard soient provisoirement paralysés. Mais, lorsque le juge national accepte de suspendre provisoirement les effets d'une mesure d'application du droit communautaire, dès lors qu'il soupçonne l'invalidité de l'acte de droit communautaire dérivé au regard du droit communautaire primaire ou des principes généraux du droit communautaire, il met en danger l'uniformité d'application du droit communautaire. Un risque d'abus existe. C'est bien pourquoi l'arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991 impose deux conditions au sursis à exécution³⁶ de la mesure étatique d'exécution du droit communautaire dérivé. Premièrement, la suspension doit s'accompagner d'un renvoi préjudiciel en appréciation de validité auprès de la Cour de justice des CE. Elle doit donc conserver un caractère provisoire : il incombe à la juridiction nationale, "pour le cas où la Cour n'en serait pas déjà saisie, de renvoyer elle-même cette question en exposant les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus"³⁷. Deuxièmement, "comme le pouvoir des juridictions nationales d'octroyer un tel sursis correspond à la compétence réservée à la Cour par l'article [242 CE] dans le cadre des recours [directs en annulation], il convient que ces juridictions n'accordent ce sursis que dans les conditions du référé devant la Cour"³⁸: urgence, *fumus boni juris*, balance des intérêts penchant en faveur de l'octroi du sursis à exécution ou de l'octroi de la mesure provisoire.

La compétence du juge national est donc précisément encadrée. Elle est à certains égards moins étendue que celle qui est reconnue au juge communautaire lui-même, lorsque des recours directs sont introduits devant lui. La juridiction nationale doit "exposer les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus": cela paraît signifier qu'il ne suffit pas que les moyens invoqués à l'appui de l'invalidité de l'acte communautaire ne soient pas manifestement sans fondement ; il faut qu'il s'agisse de moyens sérieux ; l'exigence inscrite dans la condition du *fumus boni juris* s'en trouve par conséquent renforcée. Surtout, en effectuant la balance des intérêts, le juge national doit prendre en compte l'intérêt communautaire. Or il doit ce faisant se situer non seulement par rapport aux conséquences individuelles pour le demandeur de l'application immédiate de l'acte querellé, mais encore par rapport à l'ordre juridique communautaire : "la juridiction nationale doit tenir compte de l'atteinte que la mesure de référé peut porter au régime juridique mis en place par ce règlement dans toute la Communauté. Il lui incombe de prendre en considération, d'une part, l'effet cumulatif provoqué, dans l'hypothèse où une multitude de juridictions adopteraient également des mesures de référé pour des motifs analogues, et, d'autre part, la spécificité de la situation du demandeur qui le différencie des autres opérateurs économiques concernés"³⁹.

II.2. Les critiques du régime de la protection juridictionnelle provisoire contre les mesures étatiques d'exécution du droit de l'Union européenne

En dépit de ces précautions, la jurisprudence *Zuckerfabrik* manifeste que le souci de protection juridictionnelle du particulier l'emporte sur le souci d'une application uniforme du droit communautaire dans l'ensemble des Etats membres de l'Union : c'est sa dimension proprement constitutionnelle⁴⁰. On peut cependant critiquer l'imposition de critères uniformes, alignés sur le référé devant le juge communautaire, alors que les conditions du référé devant certaines juridictions nationales sont plus favorables à qui réclame de pouvoir bénéficier d'une

³⁵ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, précité, point 19.

³⁶ L'arrêt *Atlanta* étendra cette jurisprudence à l'octroi de mesures provisoires : C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, *Rec.*, p. I-3761.

³⁷ C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, précité, point 24.

³⁸ C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, précité, point 27.

³⁹ C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, précité, point 44.

⁴⁰ H. Schermers, note dans *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 133. Egalement en ce sens, R. Mehdi, "Le droit communautaire et les pouvoirs du juge national de l'urgence (quelques enseignements d'une jurisprudence récente)", *R.T.D.E.*, 1996, p. 77.

protection juridictionnelle provisoire. En particulier, la conséquence de l'arrêt *Zuckerfabrik* fut de placer les personnes faisant l'objet d'une imposition ayant sa source dans le droit communautaire dans une situation moins favorable devant le juge allemand que les personnes faisant l'objet d'une imposition ayant sa source dans le seul droit national : en effet, la condition de l'urgence, imposée dans l'arrêt *Zuckerfabrik* par analogie avec la pratique suivie devant le juge communautaire à propos des articles 185 et 186 du traité de Rome (devenus à présent les articles 242 et 243 CE), n'étant pas requise en droit fiscal allemand, les particuliers contestant une imposition sur la base de ce seul droit disposent d'un accès facilité au sursis à exécution⁴¹.

Une deuxième critique qui peut être adressée à la jurisprudence *Zuckerfabrik* est plus fondamentale. Cette jurisprudence subordonne la protection provisoire que le juge national peut accorder à qui met en cause une mesure étatique d'exécution d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne – et donc, indirectement, met en cause la validité de cet acte – au renvoi préjudiciel en appréciation de validité que, en telle circonstance, le juge national est tenu d'effectuer vers la Cour de justice des Communautés. Or il est des situations où la juridiction nationale n'aura pas cette possibilité. On a déjà vu que, dans le cadre du titre VI du traité sur l'Union européenne, certains Etats membres de l'Union avaient fait le choix de dénier à leurs juridictions toute possibilité d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle (Danemark, Irlande, Royaume-Uni), soit de ne reconnaître cette compétence qu'aux seules juridictions de dernière instance (Espagne) : obligées en pareil cas de présumer la validité du droit communautaire dont les autorités nationales prétendent mettre en oeuvre par l'adoption de certaines mesures contestées devant lui⁴², les juridictions nationales de ces Etats ne pourront alors, *a fortiori*, accorder "provisoirement" une protection provisoire à qui met en cause cette validité.

Le même problème se fait jour également dans le cadre du droit communautaire, et plus particulièrement dans le cadre du titre IV de la troisième partie du traité de Rome, consacré à la matière des Visas, de l'asile, de l'immigration et des autres politiques liées à la libre circulation des personnes, dès lors que l'article 68 § 1 CE – qui définit les modalités du renvoi préjudiciel dans le cadre de ce titre du traité de Rome – ne prévoit la possibilité d'interroger celle-ci sur l'interprétation ou la validité des actes adoptés dans le cadre du Titre IV de la troisième partie du traité CE qu'au bénéfice des juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne. Adopté lors de la communautarisation des matières de l'asile et de l'immigration dans le Traité d'Amsterdam dans le souci explicite de limiter l'encombrement du rôle de la Cour de justice des Communautés européennes⁴³, cette disposition, si on la combine avec la règle faisant interdiction aux juridictions nationales de constater l'invalidité d'un acte communautaire de droit dérivé⁴⁴, signifie que les juridictions nationales dont les décisions peuvent faire l'objet de

⁴¹ W. Dänzer-Vanotti, "Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz", *Der Betriebsverater*, 1991, p. 1005. Cet auteur est cité ensuite par plusieurs autres commentateurs, notamment R. Joliet, V. Bertrand, P. Nihoul, "Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire", *Rev. dir. eur.*, vol. 32, 1992, p. 253, ici p. 281; P. Oliver, "Interim Measures : Some Recent Developments", précité, p. 25; P. Oliver, "Le droit communautaire et les voies de recours nationales", *M.L.R.*, 1987, p. 881.

⁴² C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.*, p. 4225.

⁴³ Voy. le projet de traité de la présidence irlandaise de l'Union (décembre 1996), Adapter l'Union européenne dans l'intérêt de ses citoyens et la préparer pour le futur. Cadre général pour un projet de révision des traités (Dublin II), CONF 2500/96, décembre 1996, p. 26 : "Le grand nombre d'affaires dont sont saisis les tribunaux nationaux en matière d'asile et d'immigration laisse penser que, à la demande des parties dans ces affaires, les tribunaux nationaux feront très souvent appel à la Cour de justice pour qu'elle interprète à titre préjudiciel les dispositions dans ce domaine. Cela entraînerait une surcharge considérable de la Cour et ralentirait les procédures nationales. Dans ces conditions, il faudrait envisager des modalités particulières quant au rôle de la Cour de justice".

⁴⁴ C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.*, p. 4225.

recours de droit interne seront tenues de présumer la validité du droit communautaire dérivé dont elles assurent l'application, ou dont des mesures étatiques visent la mise en oeuvre⁴⁵.

La restriction qu'impose l'article 68 CE aux modalités du renvoi préjudiciel que prévoit normalement l'article 234 CE dans le cadre communautaire est inacceptable et doit être abandonnée. D'abord, ce sont les juridictions de première instance, plutôt que les juridictions supérieures, qui – ayant en général le moins d'expérience dans l'application du droit communautaire – ont le plus clairement besoin de pouvoir solliciter la Cour de justice des Communautés européennes afin que celle-ci puisse les assister dans la correcte application du droit communautaire⁴⁶. Ensuite, ne reconnaître qu'aux seules juridictions supérieures la compétence de solliciter par voie préjudicielle la Cour de justice, aboutit en pratique à priver de nombreux requérants d'une protection juridictionnelle effective, face à l'adoption d'actes de droit communautaire dérivé. Beaucoup de requérants se trouveront dans l'incapacité financière d'épuiser les voies de recours disponibles dans l'ordre interne. Dans certaines circonstances, ils seront dans l'impossibilité pratique d'épuiser de tels recours en raison de leur éloignement physique des frontières de l'Etat membre⁴⁷ : rappelons que sont en jeu ici notamment les questions d'interprétation ou de validité du droit communautaire dérivé relatif aux conditions que doivent remplir les ressortissants d'États tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié, ou relatif au regroupement familial ou à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier⁴⁸. Dans le meilleur des cas, c'est après plusieurs mois de procédure, voire plusieurs années, que ces requérants auront atteint le niveau de la juridiction nationale de dernière instance, seule autorisée à poser la question préjudicielle à la Cour de justice ; dans l'intervalle, les juridictions nationales ne se reconnaîtront probablement pas la compétence de suspendre provisoirement l'application de la mesure de droit dérivé communautaire, ou d'accorder la mesure provisoire sollicitée par le requérant⁴⁹.

Outre la restriction qui en résulte de la protection juridictionnelle effective due au particulier, pareille situation crée un risque réel d'atteinte à l'unité du droit communautaire. Privées de la possibilité de nouer un dialogue avec le juge communautaire en ce qui concerne l'interprétation du droit communautaire, les juridictions nationales inférieures devront dès lors fournir cette interprétation sous leur seule responsabilité, sans garantie qu'il sera rapidement mis fin à des divergences d'interprétation entre les Etats membres. En outre, face à l'impossibilité de constater l'invalidité de l'acte communautaire et même, en cas de doute sur la validité d'un acte communautaire de droit dérivé, de pouvoir provisoirement en suspendre les effets, elles peuvent être tentées de compenser cette impossibilité en offrant une interprétation restrictive pratiquement assimilable à un constat d'invalidité effectué sans renvoi vers la Cour de justice. L'on ne peut donc ici que répéter le constat de la Cour de justice des Communautés européennes, qui avertissait dans son Rapport de mai 1995 contre toute restriction au système du renvoi préjudiciel : " limiter la possibilité de saisir la Cour aurait pour effet de mettre en cause l'application et l'interprétation uniformes du droit

⁴⁵ Sur ceci, voy. not. A. Arnulf, "Les incidences du traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés", *R.A.E.*, 2000, p. 227.

⁴⁶ A. Arnulf, "Judicial architecture or judicial folly ? The challenge facing the European Union", *E.L. Rev.*, vol. 24, 1999, p. 516, ici pp. 520-521.

⁴⁷ O. De Schutter, "Les droits fondamentaux dans le traité d'Amsterdam", in Y. Lejeune (dir.) *Le traité d'Amsterdam. Espoirs et déceptions*, op. cit., p. 175.

⁴⁸ Voy. les art. 63, § 1er, c), et 63, § 3, a) et b), CE.

⁴⁹ En effet, parmi les conditions que la Cour de justice des Communautés européennes impose à la suspension des effets de l'application de l'acte communautaire de droit dérivé dont la validité est contestée, figure le renvoi de cette question vers la Cour de justice des Communautés européennes : C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, aff. jtes C-143/88 et C-92/89, *Rec.*, p. I-415, point 24 : "... le sursis à exécution doit conserver un caractère provisoire. La juridiction nationale statuant en référé ne peut donc accorder le sursis que jusqu'à ce que la Cour ait statué sur une question d'appréciation de validité. Il lui incombe alors, pour le cas où la Cour n'en serait pas déjà saisie, de renvoyer elle-même cette question en exposant les motifs d'invalidité qui lui paraissent devoir être retenus"; C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, C-465/93, *Rec.*, p. I-3761, point 36.

communautaire dans l'ensemble de l'Union, et risquerait ainsi de priver les particuliers d'une protection juridictionnelle effective et de porter atteinte à l'unité de la jurisprudence⁵⁰.

*

* *

La restriction qu'apporte l'article 68 CE au droit commun du renvoi préjudiciel tel qu'il figure à l'article 234 CE est déjà très contestable en soi. Mais elle signifie en outre que la juridiction nationale se voit interdire d'accorder une protection juridictionnelle provisoire aux personnes qui allèguent l'invalidité d'un acte communautaire de droit dérivé adopté dans le cadre du Titre IV du traité CE, au moment de mettre en cause, de cette juridiction, des mesures étatiques qui prétendent mettre en oeuvre un tel acte. Cette même situation se retrouve dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne, en tout cas devant les juridictions des Etats membres de l'Union ayant fait le choix de dénier à leurs juridictions toute possibilité d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle, ou de ne reconnaître cette compétence qu'aux seules juridictions de dernière instance. Ainsi, aux limites propres au régime de la protection juridictionnelle provisoire que le juge national peut accorder à la partie qui met en cause une mesure étatique d'exécution du droit de l'Union européenne, en alléguant l'invalidité de l'acte de droit communautaire dérivé que cette mesure étatique veut mettre en oeuvre – ce régime est parfois moins favorable que celui qui serait applicable aux mesures étatiques ne présentant aucun lien avec le droit de l'Union – viennent s'ajouter les limites qui tiennent au caractère accessoire de la protection juridictionnelle provisoire, par rapport au recours principal.

III. La protection juridictionnelle accordée par le juge national lorsque l'application d'une disposition du droit interne est contestée au regard du droit communautaire

III.1. Le principe

Déjà dans un arrêt *Salgoil* du 19 décembre 1968, la Cour de justice des Communautés européennes avait jugé, à propos de la garantie de dispositions du traité directement applicables, que ces dispositions “obligent les autorités et, notamment, les juridictions compétentes des Etats membres à sauvegarder les intérêts des justiciables affectés par une méconnaissance éventuelle desdites dispositions en leur assurant une protection directe *et immédiate* de leurs intérêts”⁵¹. Dix ans plus tard, en réponse à une question portant sur l'obligation pour le juge italien de renvoyer à la Cour constitutionnelle italienne la question de la compatibilité avec le droit communautaire d'une loi nationale adoptée postérieurement, sans pouvoir suspendre provisoirement les effets de cette législation en dépit du doute quant à cette compatibilité, la Cour de justice précise les conséquences de la doctrine *Salgoil* du point de vue de la possibilité pour le juge national d'écarter les limites qui s'imposent, en vertu du droit interne, à l'étendue de ses compétences. La Cour juge en effet qu'est incompatible avec le droit communautaire “toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique, législative, administrative ou judiciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, *le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires*”; en effet, le juge national a “l'obligation d'appliquer intégralement le droit et de protéger les droits que celui-ci confère aux particuliers, en laissant inappliquée toute disposition éventuellement contraire du droit national”⁵². Il est donc acquis, dès cette période, que la protection effective des droits que le justiciable tire du droit communautaire implique

⁵⁰ Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du traité sur l'Union européenne, Luxembourg, mai 1995, p. 6.

⁵¹ C.J.C.E., 19 décembre 1968, *Salgoil*, 13/68, *Rec.* p. 661.

⁵² C.J.C.E., 9 mars 1978, *Simmenthal*, 106/77, *Rec.* p. 629.

qu'il puisse bénéficier de leur protection juridictionnelle immédiate, et ainsi que le juge national doit pouvoir accorder des mesures provisoires contre la mesure étatique dont l'incompatibilité avec le droit communautaire est alléguée, lorsque les moyens invoqués à l'appui de la thèse de cette incompatibilité apparaissent sérieux.

L'affaire *Factortame*, sans rien modifier d'essentiel, va donner à cet enseignement une visibilité qu'il n'avait pas eue jusqu'alors⁵³. A l'origine de l'affaire se trouve un litige introduit par des armateurs contre les restrictions à l'inscription au registre des bateaux de pêche britannique imposées par le Merchant Shipping Act 1988, complété par les Merchant Shipping (Registration of Shipping Vessels) Regulations 1988, restrictions dont la compatibilité avec les règles du marché intérieur était contestée. L'action introduite par les sociétés demanderesse avait pour objet, d'une part, de faire déclarer l'incompatibilité de la législation en cause avec plusieurs dispositions du traité de Rome, notamment relatives à la non-discrimination entre ressortissants des Etats membres et à la liberté d'établissement, et d'autre part, d'obtenir des mesures provisoires, afin qu'au 1^{er} mars 1989, date à laquelle les anciennes immatriculations devaient ne plus être considérées comme valides, les activités des sociétés demanderesse puissent se poursuivre normalement dans l'attente d'une décision au fond. Tandis que la question de la compatibilité de la loi anglaise avec le Traité de Rome donna lieu à un renvoi préjudiciel en interprétation vers la Cour de justice des Communautés européennes⁵⁴, la question du pouvoir du juge anglais d'accorder les mesures provisoires sollicitées fit l'objet d'un appel devant la Court of Appeal – qui choisit d'annuler la mesure provisoire d'abord accordée par la Divisional Court de Queen's Bench Division – et finalement aboutit devant la House of Lords. Celle-ci, considérant ne pas avoir, en vertu du droit anglais, la compétence d'ordonner la suspension de la loi de 1988, décida néanmoins d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle⁵⁵. Sa première question était de savoir si, lorsque certains droits sont invoqués devant la juridiction nationale d'un Etat membre, que ces droits sont des droits directement applicables tirés de l'ordre juridique communautaire et que, à défaut que des mesures provisoires soient accordées, la partie invoquant les droits en cause aura probablement subi un préjudice irréparable même au cas où la décision intervenant au fond après renvoi préjudiciel lui est favorable, le droit communautaire oblige la juridiction nationale à accorder une protection provisoire des droits invoqués, ou du moins l'investit d'un tel pouvoir. Sa deuxième question interrogeait la Cour de justice sur "les critères à appliquer pour statuer sur le point de savoir s'il y a lieu d'accorder ou de refuser les mesures de protection provisoires (...) en faveur des droits invoqués"⁵⁶.

Or, dans son arrêt du 19 juin 1990, la Cour de justice répond par l'affirmative à la question préjudicielle de la House of Lords, mais après avoir reformulé cette question de manière à pouvoir fonder sa réponse entièrement sur le principe de la primauté du droit communautaire sur le droit national des Etats membres et sur la jurisprudence *Salgoil/Simmenthal* qui en tiraient déjà les conséquences du point de la vue de la protection immédiate due aux droits que le particulier tire de l'ordre juridique communautaire. Selon la Cour de justice des Communautés européennes, le juge anglais "vise (...) à savoir si le juge national qui, saisi d'un litige concernant le droit communautaire, estime que *le seul obstacle* qui s'oppose à ce qu'il

⁵³ En doctrine, voy. spéc. A. Barav, "Enforcement of Community Rights in the National Courts : The Case for jurisdiction to grant an Interim Relief", *C.M.L. Rev.* 1989, p. 369; D. Simon et A. Barav, "Le droit communautaire et la suspension provisoire des mesures nationales. Les enjeux de l'affaire *Factortame*", *R.M.C.*, 1990, p. 597; J.-Cl. Bonichot, "Les pouvoirs d'injonction du juge national pour la protection des droits conférés par l'ordre juridique communautaire", *Rev. fr. dr. admin.*, 1990, p. 912; N.P. Gravells, "Effective Protection of Community Law Rights : temporary disapplication of an Act of Parliament", *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 7; R. Joliet, V. Bertrand, P. Nihoul, "Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire", *Rev. dir. eur.*, vol. 32, 1992, p. 253; A. Barav, "Omnipotent Courts", in R. Lawson & M. de Blois (eds.), *The Dynamics of Human Rights Protection in Europe. Essays in Honour of Henry G. Schermers*, vol. II, Martinus Nijhoff Publ., Dordrecht-Boston-London, 1994, p. 365.

⁵⁴ Pour la réponse de la Cour, voy. C.J.C.E., 4 octobre 1991, *Commission c. Royaume-Uni*, C-221/89, *Rec.*, p. I-3905.

⁵⁵ *Factortame and others v. Secretary of State for Transport*, (1990) 2 A.C. 85.

⁵⁶ La traduction de ces questions préjudicielles est celle qui figure dans le *Recueil* : C.J.C.E., 19 juin 1990, *The Queen c. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame*, C-213/89, *Rec.*, p. I-2433, 2438.

ordonne des mesures provisoires est une règle de droit national doit écarter l'application de cette règle" (point 17). Mais en réalité, l'arrêt par lequel la House of Lords interrogeait la Cour de justice par la voie préjudicielle lui demandait de se prononcer sur la question de savoir quelle protection juridictionnelle il fallait accorder au justiciable fondant son recours sur le droit communautaire, là où les exigences de celui-ci demeurent douteuses et où, par conséquent, les droits invoqués – et puisés dans le droit communautaire – sont "putative" selon l'expression anglaise, c'est-à-dire virtuels, non encore certains. Selon Lord Justice Bridge, s'exprimant pour la House of Lords, les décisions rendues jusqu'à présent par la Cour de justice "were all made by reference to rights which the European Court of justice was itself then affirming or by reference to the protection of rights the existence of which had already been established by previous decisions of the European Court of Justice": dès lors, la jurisprudence existante de la Cour de justice ne peut être interprétée "as determinative of the difficult question, which arises for the first time in the instant case, of providing interim protection of putative and disputed rights in Community law before thie existence has been established"⁵⁷ Suite au renvoi, la House of Lords n'a d'ailleurs accordé les mesures provisoires demandées, dans un arrêt du 11 octobre 1990, qu'au vu du caractère *sérieux* des moyens invoqués, en tenant de l'ordonnance prise par le président de la Cour de justice des CE dans le cadre du recours en manquement introduit par la Commission parallèlement aux procédures préjudicielles⁵⁸.

III.2. L'insuffisance de la jurisprudence actuelle

La Cour de justice des Communautés européennes a donc choisi d'ignorer la véritable portée de la question préjudicielle qui lui était adressée. La House of Lords ne l'interrogeait nullement sur le *statut* du droit communautaire devant les juridictions internes, dont nul ne songeait à mettre en cause la primauté, mais sur le *contenu* des exigences du droit communautaire : existe-t-il, en droit communautaire, un droit "dérivé" de chacun des droits directement applicables prétendument reconnus par l'ordre juridique communautaire – celui de voir provisoirement garanti en justice le droit que l'on invoque, alors que l'existence du droit invoqué n'est pas encore définitivement établie ? Et, si un tel droit "dérivé" à la protection juridictionnelle provisoire existe, quelle en est l'extension – à quelles conditions le juge national doit-il accorder une telle protection, puisque par évidence il ne serait pas concevable que l'invocation de n'importe quel droit prétendument tiré du droit communautaire donne droit à une protection juridictionnelle provisoire même si les chances de voir ensuite reconnaître ce droit sont très faibles ?

L'arrêt *Factortame* n'offre aucune réponse à ces questions. Implicitement ainsi, la Cour de justice renvoie la définition du régime de la protection juridictionnelle provisoire, par les juridictions nationales, des droits puisés dans l'ordre juridique communautaire, aux droits nationaux des Etats membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale des Etats membres⁵⁹, et sous réserve des deux limites classiquement imposées à cette autonomie⁶⁰ : la protection juridictionnelle provisoire accordée dans le cadre des recours fondés sur le droit communautaire ne doit pas être moins étendue que celle accordée dans le cadre de recours fondés sur le droit national dans des actions comparables (principe d'équivalence)⁶¹; elle ne

⁵⁷ *Factortame and others v. Secretary of State for Transport*, (1990) 2 A.C. 85, 151.

⁵⁸ C.J.C.E., ord. du 10 octobre 1989, *Commission des C.E. c. Royaume-Uni*, 246/89 R, *Rec.* p. 3125.

⁵⁹ Principe selon lequel "il appartient à l'ordre juridique interne de chaque Etat membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire" (C.J.C.E., 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz et al.*, 33/76, *Rec.* p. 1989).

⁶⁰ C.J.C.E., 8 novembre 1983, *Amministrazione delle Finanze dello Stato c. Societa San Giorgio*, 199/82, *Rec.*, p. 3595. Ces conditions sont régulièrement réaffirmées par la Cour de justice des Communautés européennes. Voy. par ex. C.J.C.E., 10 juillet 1997, *Palmisani*, C-261/95, *Rec.* p. I-4025, point 27; C.J.C.E., 20 septembre 2001, *Courage et Crehan*, C-453/99, *Rec.*, p. I-6297, point 29.

⁶¹ C.J.C.E., 7 juillet 1981, *Rewe Handelsgesellschaft Nord MBH et al. ("croisières de beurre")*, 158/80, *Rec.*, p. 1805. Selon la *Déclaration relative à l'application du droit communautaire* (Décl. n° 19 annexée au Traité sur l'Union européenne), "la

doit pas priver d'effectivité le droit communautaire (principe d'efficacité)⁶². La Cour de justice a bien paru vouloir faire figurer le droit à une protection juridictionnelle provisoire comme une condition de l'effectivité de la protection accordée, par les juridictions nationales, aux droits puisés dans l'ordre juridique communautaire. Mais, en s'en tenant à cette seule affirmation, elle crée le risque d'une rupture dans l'uniformité d'application du droit communautaire, risque qui se fera d'autant plus réel qu'avec l'élargissement de l'Union à de nouveaux systèmes juridiques, vont se multiplier des situations où il apparaîtra nécessaire d'apporter des restrictions à l'autonomie procédurale des Etats membres. D'une part, ces restrictions pourront s'imposer afin de préserver l'efficacité du droit de l'Union européenne au regard de systèmes nationaux relativement moins protecteurs. D'autre part, elles apparaîtront nécessaires afin d'éviter que des écarts trop importants entre les différents systèmes nationaux n'aboutissent à créer des distorsions au sein du marché commun, et ne conduisent à une inégalité de traitement entre les justiciables selon l'Etat membre devant les autorités duquel ils revendiquent la protection de droits attribués par l'ordre juridique de l'Union européenne.

L'ordre juridique communautaire investit le particulier de droits qui viennent enrichir son patrimoine juridique, et dont il peut revendiquer le respect devant les autorités de tout Etat membre, en prenant appui sur les mécanismes procéduraux – et notamment les voies de droit – que cet Etat met à sa disposition. Plus ces mécanismes se diversifient, moins ils peuvent être considérés comme équivalents les uns aux autres du point de vue de l'efficacité de la protection qu'ils confèrent aux droits attribués par l'ordre juridique communautaire, et plus il pourrait s'avérer indispensable de progresser vers la définition d'un seuil minimum de droits procéduraux communs à l'ensemble des Etats membres. Il est proposé à cette fin de reconnaître à l'Union européenne la compétence de contribuer au rapprochement des normes relevant du droit de la procédure administrative, civile et pénale de chaque Etat membre, dans la mesure où l'intervention de l'Union s'avère nécessaire afin d'offrir aux citoyens un niveau élevé de protection des droits dont ils sont investis par l'Union européenne⁶³.

Les autres techniques par lesquelles l'on pourrait progresser vers la définition de ces normes communes minimales assurant la protection des droits du justiciable ne sont que partiellement satisfaisantes. L'identification au cas par cas de ces droits procéduraux, selon l'ordre et au rythme des questions préjudicielles adressées à la Cour de justice portant sur la compatibilité de dispositions procédures nationales avec les exigences d'une application efficace du droit communautaire⁶⁴, ne suffit plus. L'incertitude qui en résulte, peu souhaitable en soi, amène au

Conférence – tout en reconnaissant qu'il appartient à chaque Etat membre de déterminer la meilleure façon d'appliquer les dispositions du droit communautaire, eu égard aux institutions, au système juridique et aux autres conditions qui lui sont propres, mais, en tout état de cause, dans le respect de l'article 189 du traité instituant la Communauté européenne [devenu l'article 249 CE, énonçant les sources du droit CE obligatoire] – estime qu'il est essentiel, pour le bon fonctionnement de la Communauté, que les mesures prises dans les différents Etats membres aboutissent à ce que le droit communautaire y soit appliqué avec une efficacité et une rigueur équivalentes à celles déployées dans l'application de leur droit national”.

⁶² C.J.C.E., 27 février 1980, *Hans Just I/S c. Ministère danois des affaires fiscales*, 68/79, *Rec.*, p. 501; C.J.C.E., 5 mars 1980, *H. Fewerda B.V. c. Produktschap voor Vee en Vlees*, 265/78, *Rec.*, p. 617.

⁶³ Ni l'Union, ni la Communauté européennes ne sont à l'heure actuelle investies d'une telle compétence. En particulier, les débats ayant entouré récemment la proposition de directive du Conseil visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires transfrontalières, par l'établissement de règles minimales communes relatives à l'aide judiciaire et à d'autres aspects financiers des procédures civiles (COM(2002) 13 – 2002/0020 (CNS)) paraissent montrer que s'impose une lecture des articles 61, c), CE et 65, c), CE, figurant parmi les dispositions du traité CE relatives à la coopération judiciaire en matière civile, comme n'accordant une compétence à la Communauté européenne qu'en présence d'un élément transfrontière.

⁶⁴ La Cour a ainsi été amenée à se prononcer sur la question de la charge de la preuve de la violation du droit communautaire lorsque le respect de celui-ci était poursuivi dans le juge national (C.J.C.E., 9 novembre 1983, *San Giorgio*, 199/82, *Rec.*, p. 3595; C.J.C.E., 15 mai 1986, *Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, 22/84, *Rec.*, p. 1651; C.J.C.E., 13 mai 1986, *Bilka-Kaufhaus*, 170/84, *Rec.*, p. 1607; C.J.C.E., 17 octobre 1989, *Danfoss*, 109/88, *Rec.*, p. 3199; C.J.C.E., 17 mai 1990, *Barber*, C-262/88, *Rec.*, p. I-1889), sur la question de l'invocation d'office, par le juge national, de la violation du droit communautaire (C.J.C.E., 14 décembre 1995, *Peterbroeck et autres*, C-312/93, *Rec.*, p. I-4599, et, le même jour, *J. van Schijndel et autres*, aff. jtes C-430/93 et C-431/93, *Rec.*, p. I-4705), sur le caractère dissuasif et proportionné de la sanction devant accompagner la violation du droit communautaire (C.J.C.E., 2 février 1977, *Amsterdam Bulb BV*, 50/76, *Rec.*, p. 150; C.J.C.E., 10 avril 1984, *S. van Colson et E. Kamann*, 14/83, *Rec.*, p. 1891; et l'arrêt du même jour, *D. Harz*, 79/83, *Rec.*, p. 1921), sur le montant dû en réparation du préjudice subi en raison de la violation du droit communautaire (C.J.C.E., 2 août

surplus à la Cour de justice des questions qui auraient dû être traitées plus en amont. L'on peut certes compter également sur le fait que le législateur communautaire, lorsqu'il intervient en exerçant les compétences qui lui sont reconnues dans un domaine matériel, ne se borne pas à énoncer des normes matérielles, mais définit parfois également, en outre, les sanctions applicables, ou d'autres garanties procédurales dont la mise en oeuvre de ces normes matérielles doit s'accompagner afin que leur efficacité soit préservée⁶⁵. Cette approche reste cependant fragmentaire; elle illustre bien la nécessité d'une certaine harmonisation des procédures nationales dont dépend le droit de l'Union européenne pour sa protection, mais y procède selon une technique à la fois trop lourde – puisque le législateur communautaire doit chaque fois se poser la question des conditions procédurales qui doivent être satisfaites pour que les normes matérielles qu'il adopte bénéficient d'une application efficace – et trop peu exigeante – puisque, à défaut que le législateur communautaire ait pris cette précaution, le principe reste celui de l'autonomie procédurale des Etats membres –.

IV. Conclusions

Trois observations se dégagent de ce qui précède. Une première observation porte sur la répartition des tâches qui s'opère entre le droit européen et le droit des Etats membres, dans l'organisation de la protection juridictionnelle provisoire au sein de l'Union européenne. Tandis que le droit de l'Union européenne a fixé le régime du référé dans le cadre des recours directs introduits devant la juge communautaire ainsi que, par analogie, lorsqu'est alléguée devant le juge national l'invalidité d'un acte de droit dérivé de l'Union européenne, il revient aux ordres juridiques nationaux des Etats membres de fixer le régime du référé lorsqu'un particulier prétend faire écarter une disposition du droit national au nom de la primauté du droit de l'Union européenne et de l'invocabilité directe des droits que celui-ci lui attribue (ci-dessus, III.). Sous réserve de l'hypothèse où, dans certaines matières spécifiques, le droit dérivé de l'Union européenne est venu préciser les conditions de la protection juridictionnelle provisoire devant le juge national, les seules limites qui s'imposent aux droits étatiques sont les suivantes : le principe d'une protection juridictionnelle provisoire doit être admis ; cette protection provisoire doit être au moins aussi favorable aux justiciables qui fondent leur recours sur un droit attribué à eux par le droit de l'Union européenne qu'aux justiciables dont l'action de nature comparable se fonde exclusivement sur le droit national; enfin, s'il appartient aux Etats membres de fixer le régime de la protection juridictionnelle provisoire, ils ne doivent pas l'organiser de manière que le droit de l'Union européenne se trouve privé de tout effet utile en raison des restrictions qui y sont apportées.

Le danger que cela fait courir à l'uniformité d'application du droit de l'Union européenne est réel, et va croissant. Sur une question aussi étroitement liée à l'effectivité de la protection juridictionnelle que celle de la protection juridictionnelle provisoire, l'abandon à l'autonomie procédurale des Etats membres signifie, en pratique, que selon l'Etat sur le territoire duquel il se trouve ou conduit ses activités et devant les juridictions duquel il introduit son action, le particulier à qui le droit de l'Union européenne reconnaît certains droits sera protégé avec une

1993, *Marshall*, C-271/91, *Rec.*, p. I-4367), sur l'étendue de l'obligation de restitution des primes versées en violation du droit communautaire (C.J.C.E., 6 mai 1982, *Firma Wilhelm Fromme*, 54/81, *Rec.*, p. 1449). L'on n'a mentionné ici que quelques décisions de principe, portant sur certaines limites seulement apportées par la jurisprudence de la Cour de justice à l'autonomie procédurale des Etats membres.

⁶⁵ Voy. par exemple, en matière d'égalité de traitement entre hommes et femmes, la directive 97/80 du 15 décembre 1997 relative à la charge de la preuve dans le domaine de l'égalité des rémunérations et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes, *J.O.C.E.*, n° L 14 du 20.1.1998, p. 6; ou en matière de lutte contre les discriminations, la directive 2000/43/CE du Conseil du 29 juin 2000 relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine ethnique, *J.O.C.E.*, n° L 180 du 19.7.2000, p. 22, et la directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, *J.O.C.E.* n° L 303 du 2.12.2000, p. 16 (contenant des dispositions en matière de droit de recours, de charge de la preuve, de protection contre les rétorsions, ou de diffusion des informations quant aux droits que ces directives visent à attribuer). Voy. également les directives "recours" en matière de marchés publics (directive 89/665, *J.O.C.E.* n° L 395 du 30.12.1989, p. 33; et directive 92/13, *J.O.C.E.*, n° L 76 du 23.3.1992, p. 14).

plus ou moins grande efficacité. Ces différences subsisteront et iront s'accroissant, non seulement en raison de la définition, par chaque droit procédural national, des conditions du référé, mais également en raison des rapports que les juridictions des différents entretiennent au droit de l'Union européenne : habituées à s'incliner devant la primauté du droit de l'Union européenne et à faire de celui-ci une lecture généreuse pour le particulier, les juridictions de certains Etats vont facilement écarter provisoirement l'application de la loi nationale, dès lors qu'un doute existe quant à sa compatibilité avec le droit de l'Union, dans l'attente d'une réponse de la Cour de justice sur l'interprétation à donner des exigences du droit de l'Union ; d'autres juridictions, plus soucieuses de respecter la volonté du législateur ou de l'exécutif nationaux, seront plus réticentes à accorder une telle protection provisoire : le particulier devra patienter, en moyenne, de vingt à vingt-deux mois avant qu'intervienne l'arrêt de la Cour de justice, lorsque celle-ci reçoit une question préjudicielle qui lui donnera l'occasion d'éclairer la question de la compatibilité du droit interne avec les exigences du droit européen. Ces différences sont une source de discrimination au sein de l'Union européenne.

On aperçoit alors les motifs pour lesquels il faudrait pouvoir généraliser à l'ensemble des matières pour lesquelles l'Union européenne s'est vue attribuer une compétence la démarche consistant à "instaurer, dans les procédures des États membres, un niveau minimum de garanties de procédure [pour les titulaires de droits attribués par l'ordre juridique de l'Union européenne] afin d'assurer un niveau commun d'équité procédurale dans la Communauté européenne"⁶⁶. Bien qu'ils constituent un point de départ particulièrement utile, les articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme, avec la riche jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui est venue progressivement en élucider la signification, ne nous dispensent pas de progresser dans cette direction. Il ne s'agit pas seulement d'imposer aux Etats membres seulement le respect de ces normes dans le domaine d'application du droit de l'Union européenne – ou celui seulement de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux, à certains égards plus exigeant –, puisque ces normes, ils doivent déjà s'y conformer. Il s'agit plutôt d'approfondir les exigences liées à l'application efficace du droit de l'Union européenne, par l'adoption d'un instrument-cadre identifiant un ensemble d'exigences minimales pour l'application de toutes les normes du droit de l'Union européenne visant à attribuer des droits au particulier. Un tel instrument-cadre pourrait notamment définir à quelles conditions le juge national, saisi d'une action fondée sur le droit de l'Union européenne, doit accorder une protection juridictionnelle provisoire des droits invoqués devant lui, dans l'attente d'une décision définitive quant à la consistance de ces droits et, notamment, quant à la compatibilité avec les droits invoqués de mesure étatique contestée dans le cadre du litige qui lui est soumis.

C'est un problème d'un tout autre ordre qui se pose lorsqu'il ne s'agit plus pour le particulier de revendiquer, devant le juge national, le bénéfice d'un droit qui lui est attribué par le droit de l'Union européenne afin d'obtenir qu'une mesure étatique soit écartée ou annulée, mais lorsque le particulier affirme, à l'occasion d'un recours introduit contre la mesure étatique qui en procure exécution, l'invalidité d'une mesure de droit dérivé de l'Union européenne (ci-dessus, II.). En pareille situation, le droit communautaire fixe bien le régime de la protection juridictionnelle, en lui transposant le régime défini pour le référé devant le juge communautaire lui-même, lorsqu'il est saisi d'un recours direct. Mais, d'une part, au lieu d'imposer une norme minimale en la matière, tout en laissant aux Etats membres la possibilité de prévoir une protection plus étendue du particulier qui réclame une protection provisoire, la Cour de justice a choisi d'imposer un régime uniforme, que sont venus préciser les arrêts *Zuckerfabrik* et *Atlanta* : ce que la préservation de la primauté du droit de l'Union européenne y a gagné, la protection du particulier y a perdu, puisque le régime communautaire de la protection juridictionnelle provisoire se situe à certains égards en-deça du régime que prévoient certains droits nationaux pour des recours fondés exclusivement sur le droit interne.

⁶⁶ Proposition de directive du Conseil relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les États membres, COM(2000) 578 final, *J.O.C.E.* n° C 62 E du 27.2.2001, p. 231.

D'autre part, l'étendue de la protection provisoire que les juridictions nationales peuvent accorder dépend de la possibilité qu'elles ont de poser à la Cour de justice des Communautés européennes une question préjudicielle en appréciation de validité, afin qu'elle puisse elle-même trancher la question de la conformité de l'acte de droit dérivé avec le droit primaire ou avec les principes généraux du droit de l'Union européenne. Or, selon le niveau où elle se situe dans la hiérarchie des juridictions nationales, selon les matières, ou selon l'Etat dont elle est l'organe, la juridictionnelle pourra ou ne pourra pas effectuer le renvoi préjudiciel en appréciation de validité. Là où elle ne le peut pas, il faut présumer qu'à plus forte raison, elle ne peut non plus accorder des mesures provisoires à la partie devant elle qui allègue que l'application immédiate de l'acte de droit dérivé de l'Union européenne, dont elle conteste la validité, lui cause un préjudice grave et irréparable. La protection juridictionnelle provisoire suit le sort du renvoi préjudiciel en appréciation de validité : c'est l'enseignement qui paraît se déduire, de façon incontestable, de l'arrêt *Foto-Frost* du 22 octobre 1987.

Enfin, lorsqu'un recours direct peut être introduit devant le juge communautaire, celui-ci peut accorder une protection juridictionnelle provisoire (ci-avant, I.). Les conditions d'organisation de celle-ci sont satisfaisantes. Simplet se bornera-t-on à souligner le contraste entre, d'une part, le luxe de garanties qui entoure l'introduction par le particulier d'un recours direct devant le juge communautaire, et d'autre part, les conditions strictes mises à l'introduction du recours direct en annulation d'un acte communautaire de droit dérivé – des conditions dont la définition conduit parfois le Tribunal de première instance des Communautés européennes ou la Cour de justice à constater l'irrecevabilité du recours, y compris là où celui-ci apparaît comme le seul recours effectif pour le particulier, qu'affecte directement dans ses droits ou ses obligations l'adoption d'un acte de droit dérivé. Or l'exigence d'un recours effectif, ce n'est pas seulement l'exigence que les recours disponibles présentent l'effectivité requise, ce qui suppose la possibilité de la protection juridictionnelle provisoire; c'est aussi l'exigence que des recours existent et soient ouverts à ceux qu'ils sont censés protéger.