



Journal des tribunaux

DROIT EUROPÉEN

Avril 2006

N° 128 — 14^e annéeBureau de dépôt : Charleroi X
Mensuel, sauf juillet/août

Editeur : LARCIER, rue des Minimes, 39 - B 1000 BRUXELLES

ISSN 0779-7656 - D 2006/0031/60

DOCTRINE

Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif

Le régime communautaire de la protection juridictionnelle provisoire a été fixé dans les Traités, puis, en ce qui concerne le juge national, dans la jurisprudence. Cette étude s'interroge sur l'adéquation du régime ainsi défini au droit à un recours effectif, compte tenu des évolutions subies par le droit européen. Elle propose que soit étendue la protection juridictionnelle accordée par le juge national, pour compenser les insuffisances qui subsistent dans les voies de recours organisées par les Traités.

L'article examine d'abord la protection juridictionnelle provisoire que le juge communautaire peut accorder, dans le cadre des recours directs dont il est saisi [I]. Il décrit ensuite les conditions auxquelles le juge national peut accorder une protection provisoire lorsqu'un requérant invoque devant lui le bénéfice du droit de l'Union européenne [II], soit lorsqu'il conteste la validité d'un acte de droit dérivé au regard du droit des Traités — et demande alors qu'une question préjudicielle en appréciation de validité soit adressée à la Cour de justice des Communautés européennes — (A), soit lorsqu'il réclame que le droit européen l'emporte sur une disposition du droit national qui lui est contraire (B). 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'étude conclut sur les conditions qui rendraient possible une meilleure cohérence de la protection juridictionnelle dans le système de l'Union européenne, et qui permettraient d'en améliorer l'effectivité [3].

1

La protection accordée par les juridictions communautaires

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 — si le simple sursis à exécution ne suffit pas à protéger les intérêts menacés (1) — des mesures provisoires, sur la base des articles 242 (sursis à exécution) et 243 (mesures provisoires) du Traité de Rome (2). La protection accordée au provisoire ne préjuge pas de la réponse qui sera donnée au fond du litige (3). La demande de protection juridictionnelle provisoire étant l'accessoire à un recours principal, 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 (4).

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). La pratique des juridictions communautaires a défini les trois conditions, en principe cumulatives, auxquelles est subor-

(1) T.P.I., ord. du 21 novembre 1994, *Blanchard c. Commission*, T-368/94 R, *Rec.* p. II-1099, point 36.

(2) Voy. aussi l'article 256, alinéa 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.

(3) Article 36, alinéa 3, du statut de la Cour (protocole sur le statut de la Cour de justice, annexé au Traité sur l'Union européenne, au Traité instituant la Communauté européenne et au Traité instituant la Communauté européenne de l'énergie atomique, conformément à l'article 7 du Traité de Nice du 26 février 2001 (*J.O.* C 80 du 10 mars 2001), tel que modifié en dernier lieu par décision du Conseil du 3 octobre 2005 (*J.O.* L 266 du 11 octobre 2005, p. 60)).

(4) Article 83 § 1^{er}, du règlement de procédure de la Cour de justice des Communautés européennes, tel que modifié en dernier lieu le 18 octobre 2005 (*J.O.* L 288 du 29 octobre 2005, p. 51); article 104, § 1^{er}, du règlement de procédure du Tribunal, tel que modifié en dernier lieu le 12 octobre 2005 (*J.O.* L 298 du 15 novembre 2005, p. 1).

(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.

SOMMAIRE

Doctrines :

Protection juridictionnelle provisoire et droit à un recours effectif, par O. De Schutter 97

Chronique :

Les règles de concurrence applicables aux entreprises (année 2005), par B. van de Walle de Ghelcke, B. Van Hees et C. Louveaux 105

Jurisprudence :

■ Protection de l'environnement. — Compétence pénale. — Recours en annulation. — Base juridique. (C.J.C.E., 13 septembre 2005, *Commission c. Conseil*) 120

■ Ressortissant communautaire. — Libre circulation. — Délivrance d'un titre de séjour aux membres de la famille qui proviennent d'un pays tiers. (C.J.C.E., 14 avril 2005, *Commission c. Espagne*) 121

■ Manquement. — Accès à l'enseignement universitaire. — Discrimination. (C.J.C.E., 7 juillet 2005, *Commission c. Autriche*) 122

Actualités :

■ Union européenne 123
■ Conseil de l'Europe 125

L'Europe et les soins de santé

Marché intérieur - Sécurité sociale - Concurrence

Sous la direction de Paul NIHOUL et Anne-Claire SIMON

Une réflexion originale sur l'impact du droit européen dans le secteur des soins de santé.

Un ouvrage 16 x 24 cm, 416 pages, 2005 75,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (00) (32) (10) 48.25.00 - Fax (00) (32) (10) 48.25.19
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

donné l'octroi d'une protection provisoire (6). Ces conditions peuvent être adaptées aux besoins de chaque espèce, le juge communautaire se réservant un large pouvoir d'appréciation quant à leur mise en œuvre (7).

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 » (8). 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'illegalité 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 psychologique (9) ou une atteinte à sa dignité, son honneur et sa réputation (10), 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 disciplinaire (11).

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 annula-

tion 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 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 » (12).

L'apparence de bon droit (*fumus boni juris*). — A propos de la deuxième condition, la jurisprudence a évolué en un sens 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 laquelle 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 avancés (13).

La balance des intérêts. — Le sursis à exécution ou la mesure provisoire ne seront accordés qu'au terme d'une mise en balance de l'intérêt du demandeur à l'obtenir avec l'intérêt du défendeur à l'exécution immédiate de l'acte que-rellé (14). 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 » (15).

Accessoire du recours direct introduit auprès du juge communautaire, la demande de référé accompagnant celui-ci n'offre cependant à

l'individu une protection provisoire, donc effective, que là où la possibilité d'un tel recours existe. Or l'on sait les limites qui sont imposées aux compétences du juge communautaire et les conséquences qui en découlent, notamment, du point de vue du droit à un recours effectif dans l'ordre juridique communautaire (16). Bien qu'il ne soit pas possible de détailler ici ces insuffisances, l'on peut rappeler du moins que, 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 responsabilité et de la nature de la réparation accordée (17) — l'article 230, alinéa 4, CE exige que le particulier qui recherche l'annulation d'un acte de droit dérivé autre qu'une décision qui lui est adressée soit concerné individuellement par cet acte (18), y compris dans les situations où ses droits ou intérêts se trouvent affectés directement par l'acte en cause. En dépit de certains accommodements dont elle a pu faire l'objet en jurisprudence (19), cette exigence pourra dans certains cas s'avérer conciliable avec le droit à un recours effectif, dès lors 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 généraux (20) — est susceptible d'affecter directement la situation juridique du particulier, sans

(16) L'on n'évoquera pas dans cette contribution les difficultés, que la récente actualité jurisprudentielle a mis en lumière, découlant de la définition très limitée des compétences de la Cour de justice dans le cadre des titres V et VI du Traité sur l'Union européenne.

(17) 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.

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

(19) Voy. notamment 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.

(20) 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

(6) 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; R. Mehdi, « Le juge communautaire et l'urgence », in H. Ruiz Fabri et J.-M. Sorel (dir.), *Le contentieux de l'urgence et l'urgence dans le contentieux devant les juridictions internationales : regards croisés*, Paris, Pedone, 2001, pp. 57-104.

(7) C.J.C.E., ord. prés. du 19 juillet 1995, *Commission c. Freight Transport Association Ltd. e.a.*, C-149/95 P (R), point 23 (excluant que le droit communautaire impose au juge « un schéma d'analyse pré-établi pour apprécier la nécessité de statuer provisoirement »).

(8) T.P.I., 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. F.P.*, p. II-257, point 19.

(9) T.P.I., ord. du 5 avril 1993, *Peixoto c. Commission*, T-21/93 R, *Rec.*, p. II-463.

(10) T.P.I., ord. du 30 novembre 1993, *D c. Commission*, T-549/93 R, *Rec.*, p. II-1347, point 44.

(11) T.P.I., ord. du 12 décembre 1995, *Connolly c. Commission*, T-203/95 R, *Rec.*, p. II-847.

(12) T.P.I., ord. du 26 janvier 2001, *J.-M. Le Pen c. Parlement européen soutenu par la république française*, T-353/00 R, point 96.

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

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

(15) T.P.I., ord. du 26 janvier 2001, *J.-M. Le Pen c. Parlement européen soutenu par la république française*, T-353/00 R, point 103.

qu'il faille pour cela nécessairement attendre que cet acte communautaire soit mis en œuvre par les autorités nationales de l'Etat membre. Ce déficit a été identifié par le Tribunal de première instance (21). Il a été reconnu également par la Convention qui a élaboré le projet de Traité établissant une Constitution pour l'Europe (22), puis par la Conférence intergouvernementale de 2004 (23).

Or, la solution de rechange (24) que constituerait pour le particulier le fait d'agir devant les juridictions nationales contre les mesures d'exécution étatiques afin de déclencher un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de l'acte communautaire de droit dérivé ne suffit pas nécessairement à combler ce déficit. Outre que le renvoi préjudiciel en appréciation de validité du droit communautaire est effectué à l'initiative du juge national qui demeure maître de la formulation de la question posée à la Cour de justice (25), cette solution suppose en effet que, face à un acte commu-

nautaire de portée générale qui lui impose des obligations directes, le particulier choisisse de violer ces obligations, afin ensuite de mettre en cause, par l'exercice d'un recours juridictionnel, la sanction de cette violation. Cela suppose-t-il nécessairement qu'en présentant la mise en cause des mesures étatiques d'exécution devant les juridictions nationales comme une solution de rechange à l'introduction d'un recours direct en annulation du particulier — les juridictions saisies pouvant opérer vers la Cour de justice un renvoi préjudiciel en appréciation de validité de l'acte communautaire non susceptible d'être attaqué directement — l'on demande en fait à des particuliers « d'enfreindre la loi afin de pouvoir accéder à la justice » (26), comme on l'affirme parfois? La réponse dépend de l'organisation des voies internes de recours au sein de l'Etat membre concerné. Là où il est possible d'obtenir de la part du juge interne qu'il statue avant que les droits ou intérêts du particulier soient affectés, c'est-à-dire qu'il intervienne de manière préventive, la protection qu'il offre est de nature à compenser les restrictions que l'article 230, alinéa 4, CE met à l'introduction de recours directs en annulation du particulier.

La question du régime de la protection juridictionnelle provisoire que peuvent accorder les juridictions nationales lorsqu'elles ont à appliquer le droit communautaire apparaît ainsi décisive pour apprécier le caractère « cohérent et complet » du système de voies de recours qu'organise le Traité CE, et donc du respect du droit à un recours effectif. Or, si l'effectivité de la protection juridictionnelle au sein de l'ordre juridique communautaire peut exiger des possibilités étendues pour les juridictions nationales d'accorder une protection juridictionnelle provisoire — la création de telles voies de recours pouvant être considérée comme découlant de la coopération loyale des Etats membres à la mise en œuvre du droit communautaire — le droit communautaire en même temps impose des limites à la mise à l'écart, même purement provisoire, du droit communautaire. Cela se comprend : l'effectivité et l'uniformité d'application du droit communautaire seraient menacées si les juridictions nationales accordaient une protection provisoire à l'égard des mesures d'exécution du droit communautaire à des conditions trop libérales.

2

La protection accordée par les juridictions nationales

A. — Mesure nationale mettant en œuvre le 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 œuvre (27). 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 communautaire (28) : « 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 » (29).

Afin d'éviter que, par la protection juridictionnelle provisoire qu'il serait enclin à accorder, le juge national ne mette en danger l'uniformité d'application du droit communautaire, l'arrêt *Zuckerfabrik* du 21 février 1991 impose deux conditions au sursis à exécution (30) 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 Communautés européennes. 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 » (31). 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

(27) Lorsque la Cour de justice avait affirmé que le juge national ne pouvait se prononcer lui-même sur la validité d'un acte de droit communautaire dérivé, elle avait déjà ajouté que « des aménagements à la règle selon laquelle les juridictions nationales ne sont pas compétentes pour constater elles-mêmes l'invalidité des actes communautaires peuvent s'imposer sous certaines conditions dans l'hypothèse du référé » : C.J.C.E., 22 octobre 1987, *Foto-Frost*, 314/85, *Rec.*, p. 4225, point 19. La Cour de justice n'a pas en effet la compétence d'accorder elle-même un sursis à l'exécution de la mesure nationale dont l'application est contestée devant le juge *a quo* dans le cadre de la procédure au principal : C.J.C.E. (ord.), 24 octobre 2001, *Dory*, C-186/01 R, *Rec.*, p. I-7823, point 13.

(28) 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. ci-dessous, texte correspondant aux notes 57-59.

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

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

(31) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, précité, point 24; C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandelsgesellschaft*, précité, point 36.

(26) Concl. de M. l'avocat général Jacobs précédant C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Union de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C-50/00 P, *Rec.*, p. I-6677, point 43.

2006

99

convient que ces juridictions n'accordent ce sursis que dans les conditions du référé devant la Cour » (32) : il faut donc que l'urgence soit constatée, que les moyens invoqués ne soient pas à première vue mal fondés (*fumus boni juris*), et que la balance des intérêts penche 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. 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 » (33). Il appartient également au juge national d'assurer la sauvegarde de l'intérêt de la Communauté que menacerait le référé, en imposant, le cas échéant, au demandeur de la mesure provisoire des garanties suffisantes telles que le versement d'une caution ou la constitution d'un séquestre (34). En outre, il se déduit des conditions strictes auxquelles est subordonnée la possibilité pour les autorités nationales d'accorder le sursis à exécution des mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire — la définition de ces conditions visant à éviter que le sursis à exécution porte atteinte à la pleine efficacité du droit communautaire — que seules les autorités juridictionnelles nationales, et non les autorités administratives, peuvent accorder un tel sursis, y compris là où des doutes existent quant à la validité de l'acte communautaire de droit dérivé qu'il faut mettre en œuvre et où une question a été posée à la Cour de justice, par une juridiction nationale d'un autre Etat membre, lui demandant d'apprécier cette validité. C'est donc au seul juge national qu'il appartient de vérifier, en prenant en considération les circonstances propres à l'espèce qui lui est soumise, si les conditions d'octroi

de mesures provisoires sont remplies : la Cour justifie sa position sur ce point en relevant que le statut des autorités nationales administratives « n'est, en règle générale, pas susceptible de garantir, dans leur chef, le même degré d'indépendance et d'impartialité que celui reconnu aux juridictions nationales. De même, il n'est pas certain que de telles autorités bénéficieront de la contradiction propre au débat judiciaire, qui permet d'entendre les arguments présentés par les différentes parties avant de mettre en balance les intérêts en présence lors de l'adoption d'une décision » (35).

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 constitutionnelle (36). 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 protection juridictionnelle provisoire. Ainsi la conséquence de l'arrêt *Zuckerfabrik* fut-elle 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'une accès facilité au sursis à exécution (37).

(35) C.J.C.E., 6 décembre 2005, *ABNA e.a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, non encore publié, point 109. Ainsi que le relève l'avocat général Tesauro dans ses conclusions conformes, en ce qui concerne les autorités administratives nationales, « il n'y a pas l'exigence d'assurer la cohérence du système juridictionnel communautaire qui justifie la reconnaissance de pouvoirs de protection provisoire également aux juridictions nationales. En effet, à la différence de celles-ci, les autorités administratives ne connaissent pas, en toute impartialité et indépendance, d'affaires visant à assurer le respect des droits d'origine communautaire et au cours desquelles une question peut être posée à la Cour. Elles ne font donc pas partie du système qui a été axé par le traité sur l'existence parallèle des voies de recours directes et du renvoi préjudiciel et dont la Cour a voulu sauvegarder la cohérence en étendant au renvoi préjudiciel le pouvoir de prendre des mesures que les textes n'ont prévues que pour les recours directs » (point 177).

(36) 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.

(37) W. Dänzer-Vanotti, « Der Gerichtshof der Europäischen Gemeinschaften beschränkt vorläufigen Rechtsschutz », *Der Betriebsberater*, 1991, p. 1005. Cet auteur est cité ensuite par plusieurs autres commentateurs, notamment R. Joliet, V. Bertrand et P. Nihoul, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rev. dir. eur.*, vol. 32, 1992, p. 253, ici p. 281; P. Oliver, « Interim

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. Dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne, l'article 35 UE, combiné à la déclaration n° 10 relative à l'article K.7 du Traité sur l'Union européenne annexée à l'Acte final de la conférence intergouvernementale d'Amsterdam, laissent aux Etats une large marge d'appréciation quant à la possibilité ou non pour leurs juridictions nationales d'interroger la Cour de justice par la voie préjudicielle, et quant aux modalités de cette coopération. Or si dix Etats membres (Allemagne, Autriche, Belgique, France, Hongrie, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, république tchèque et Slovaquie) ont aligné les modalités d'exercice de la compétence préjudicielle de la Cour de justice des Communautés européennes dans le cadre du titre VI UE sur les modalités de la compétence préjudicielle exercée dans le cadre du droit communautaire, sous l'article 234 CE, tandis que quatre autres Etats ont prévu la possibilité pour toute juridiction nationale d'opérer un renvoi préjudiciel, sans obligation cependant d'y procéder, même s'agissant des juridictions de dernière instance (Finlande, Grèce, Portugal, Suède), pas moins de dix autres Etats membres (Chypre, Danemark, Estonie, Irlande, Lettonie, Lituanie, Malte, Pologne, république slovaque et Royaume-Uni), n'ayant pas fait la déclaration prévue à l'article 35, § 2, UE, ne prévoient aucune possibilité pour leurs juridictions nationales d'interroger la Cour de justice par voie préjudicielle sur l'interprétation ou la validité des décisions et décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI du Traité sur l'Union européenne (38). Obligées en pareil cas de présumer la validité de la décision ou de la décision-cadre que les autorités nationales prétendent mettre en œuvre par l'adoption de certaines mesures contestées devant elles (39), les juridictions nationales n'ayant pas la possibilité d'opérer un renvoi préjudiciel ne pourront alors, *a fortiori*, accorder « provisoirement »

Measures : Some Recent Developments », *C.M.L. Rev.*, 1992, p. 7, ici p. 25; P. Oliver, « Enforcing Community Rights before the National Courts », *M.L.R.*, 1987, p. 881.

(38) Un dernier Etat membre (l'Espagne) prévoit que seules les juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne peuvent poser une question préjudicielle à la Cour de justice, ces juridictions étant tenues d'y procéder lorsque se pose devant elles une question d'interprétation ou de validité des décisions ou décisions-cadres adoptées dans le cadre du titre VI UE. Pour des développements, voy. O. De Schutter, « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle », in G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen - Mutual trust in the European Criminal Area*, Institut d'études européennes de l'U.L.B., Bruxelles, 2005, ici pp. 79-121.

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

(32) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, précité, point 27.

(33) C.J.C.E., 9 novembre 1995, *Atlanta Fruchthandels-gesellschaft*, précité, point 44; C.J.C.E., 6 décembre 2005, *ABNA e.a.*, aff. jtes C-453/03, C-11/04, C-12/04 et C-194/04, non encore publié, point 106.

(34) C.J.C.E., 21 février 1991, *Zuckerfabrik Süderdithmarschen*, précité, points 22-23.

une protection provisoire à qui met en cause cette validité. Que les décisions ou décisions-cadres n'aient pas effet direct (40) ne paraît pas déterminant : le juge national pourra hésiter à remettre en cause la mesure étatique de mise en œuvre lorsque, cette mesure constituant une simple mesure d'exécution de l'obligation imposée à l'Etat membre par le droit de l'Union européenne, sa mise en cause aboutirait de fait à mettre en doute la validité de l'acte de droit dérivé qui l'impose.

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^{er}, 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 de ce titre qu'au bénéfice des juridictions nationales dont les décisions ne sont susceptibles d'aucun recours juridictionnel de droit interne. Adoptée 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 européennes (41), cette disposition, si on la combine avec la règle faisant interdiction aux juridictions nationales de constater l'invalidité d'un acte communautaire de droit dérivé (42), signifie que les juridictions nationales dont les décisions peuvent faire l'objet de 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 œuvre (43).

Depuis le 1^{er} mai 2004, la « passerelle » prévue à l'article 67, § 2, CE permet au Conseil statuant à l'unanimité de mettre fin à l'anomalie que représente l'article 68 CE par rapport au droit commun du renvoi préjudiciel que prévoit normalement l'article 234 CE dans le cadre communautaire. Il ne faut plus attendre (44). D'abord, ce sont les juridictions de pre-

mière 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 communautaire (45). 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 membre (46) : 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'Etats tiers pour pouvoir prétendre au statut de réfugié (47) ou aux procédures de reconnaissance de la qualité de réfugié (48), ou relatif au regroupement familial ou à l'immigration clandestine et au séjour irrégulier (49). 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, dès lors que parmi les conditions auxquelles la jurisprudence *Zuckerfabrik* subordonne la possibilité d'accorder un sursis à exécution ou des mesures provisoires fondés sur une présomption d'invalidité du droit dérivé communautaire, figure le fait d'interroger la Cour de justice afin qu'elle apprécie cette validité, les juridictions nationales ne se reconnaîtront pas la compétence de suspendre provisoirement l'application de la mesure de droit dérivé communautaire, ou d'accorder la mesure provisoire sollicitée par le requérant (50). Cette situation est d'autant plus paradoxale que,

parmi les règles de droit communautaire pouvant être adoptées sous ce titre, figurent des règles relatives à la privation de liberté des demandeurs d'asile ou des ressortissants d'Etats tiers faisant l'objet d'une mesure de renvoi (51) : le Traité établissant une Constitution pour l'Europe reconnaît qu'une diligence particulière s'impose en pareil cas dans le traitement de la question préjudicielle qui serait adressée à la Cour de justice (52).

Outre la restriction qui en résulte à 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 (53). 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 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 jurisprudence » (54). Dix ans plus

(40) Article 34, § 2, b et c, UE.

(41) 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 ».

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

(43) Sur ceci, voy. notamment A. Arnall, « Les incidences du Traité d'Amsterdam sur la Cour de justice des Communautés », *R.A.E.*, 2000, p. 227.

(44) Voy. en ce sens « Le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années - Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice », COM(2005) 184 du 10 mai 2005, p. 5 (critiquant le

fait que la décision du Conseil 2004/927/CE du 22 décembre 2004 (*J.O.* L 396 du 31 décembre 2004, p. 45) n'ait pas adapté sur ce point la compétence de la Cour de justice).

(45) A. Arnall, « Judicial architecture or judicial folly? The challenge facing the European Union », *E.L. Rev.*, vol. 24, 1999, p. 516, ici pp. 520-521.

(46) O. De Schutter, « Les droits fondamentaux dans le Traité d'Amsterdam », in Y. Lejeune (dir.) *Le Traité d'Amsterdam - Espoirs et déceptions*, Bruxelles, Bruylant, coll. de l'Institut d'études européennes de l'U.C.L., 1998, pp. 153-187, ici p. 175.

(47) Directive 2004/83/CE du 29 avril 2004 concernant les normes minimales relatives aux conditions que doivent remplir les ressortissants de pays tiers ou les apatrides pour pouvoir prétendre au statut de réfugié ou les personnes qui, pour d'autres raisons, ont besoin d'une protection internationale, et relatives au contenu de ces statuts (*J.O.* L 304 du 30 septembre 2004, p. 12).

(48) Directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres (*J.O.* L 326 du 13 décembre 2005, p. 36).

(49) Voy. les articles 63, § 1^{er}, c, et 63, § 3, a et b, CE.

(50) Voy. ci-dessus, note 31.

(51) Voy. l'article 7 de la directive 2003/9/CE du Conseil du 27 janvier 2003 relative à des normes minimales pour l'accueil des demandeurs d'asile dans les Etats membres (*J.O.* L 31 du 6 février 2003, p. 18); l'article 18 de la directive 2005/85/CE du Conseil du 1^{er} décembre 2005 relative à des normes minimales concernant la procédure d'octroi et de retrait du statut de réfugié dans les Etats membres, précitée; ainsi que l'article 14 de la proposition de directive du Parlement européen et du Conseil relative aux normes et procédures communes applicables dans les Etats membres au retour des ressortissants de pays tiers en séjour irrégulier (COM(2005) 391 final, du 1^{er} septembre 2005).

(52) Voy. l'article III-369, alinéa 4, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe (« Si une [question préjudicielle] est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais »).

(53) Voy. par exemple l'impossibilité pour le tribunal du travail de Charleroi d'obtenir de la Cour de justice une interprétation du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (*J.O.* L 12, p. 1), ce règlement ayant été adopté sur la base de l'article 61 CE, et la compétence de la Cour de justice à statuer sur question préjudicielle étant dès lors définie par l'article 68 CE : C.J.C.E. (ord.), 10 juin 2004, *Warbecq*, C-555/03, *Rec.*, p. I-6041.

(54) Rapport de la Cour de justice sur certains aspects de l'application du Traité sur l'Union européenne, Luxembourg, mai 1995, p. 6.

tard, l'avertissement est encore plus d'actualité.

B. — Application d'une mesure nationale contestée en droit communautaire

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 » (55). 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 » (56). Il est donc acquis, dès cette période, que la protection effective des droits que le justiciable tire du droit communautaire implique 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'arrêt *Factortame* du 19 juin 1990 (57), sans rien modifier d'essentiel (58), va

donner à cet enseignement une visibilité qu'il n'avait pas jusqu'alors (59).

La définition des conditions d'octroi de la protection juridictionnelle provisoire lorsqu'est invoqué devant le juge national un droit tiré de l'ordre juridique communautaire pour s'opposer à une mesure étatique demeure fixée par les droits nationaux des Etats membres, conformément au principe de l'autonomie procédurale des Etats membres (60), et sous réserve des deux limites classiquement imposées à cette autonomie (61) : 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) (62); elle ne doit

de renvoi pour sa part, partant du constat que la jurisprudence *Salgoil* et *Simmenthal* ne suffisait nullement à répondre à la question qui se présentait au juge anglais, évoquait les « putative rights », les droits « supposément » puisés dans l'ordre juridique communautaire : *Factortame and others c. Secretary of State for Transport*, (1990) 2 A.C. 85. Il est renvoyé à O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, Bruxelles, Bruylant, 1999, pp. 186-193.

(59) En doctrine, voy. spécialement 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 et P. Nihoul, « Protection juridictionnelle provisoire et droit communautaire », *Rev. dir. eur.*, vol. 32, 1992, p. 253; A. Barav, « Omnipotent Courts », in R. Lawson et 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.

(60) 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).

(61) 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 exemple 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.

(62) 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 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

pas priver d'effectivité le droit communautaire (principe d'efficacité) (63). 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, tout en favorisant le *forum shopping* par les plaideurs qui ont la possibilité de choisir la juridiction nationale devant laquelle ils vont déclencher le renvoi préjudiciel, dans les conditions jugées les plus favorables.

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 européenne (64).

[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 ».

(63) 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.

(64) Ni l'Union, ni la Communauté européennes ne sont à l'heure actuelle investies d'une compétence définie en des termes aussi larges. Les débats ayant entouré la proposition de directive du Conseil visant à améliorer l'accès à la justice dans les affaires trans-

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 procédurales nationales avec les exigences d'une application efficace du droit communautaire (65), ne suffit plus. L'incertitude qui en résulte, peu souhaitable en soi, amène au 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 œuvre de ces normes matérielles doit s'accompagner afin que leur efficacité soit préservée (66). Cette approche reste ce-

frontalières, 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)) ont illustré au contraire 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.

(65) 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 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.

(66) 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. L 14* du 20 janvier 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 œuvre du principe de l'égalité de traitement entre les personnes sans distinction de race ou d'origine

pendant 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.

3

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

ethnique, *J.O.C.E. L 180* du 19 juillet 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. L 303* du 2 décembre 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. L 395* du 30 décembre 1989, p. 33; et directive 92/13, *J.O.C.E. L 76* du 23 mars 1992, p. 14).

régime du référé dans le cadre des recours directs introduits devant le 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, 2, B). 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 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 Etats 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. Les exigences de l'article 47 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne — qui reprend le contenu des articles 6 et 13 de la Convention européenne des droits de l'homme tout en donnant une portée élargie au

2006

103



LARCIER



Dans la *Collection de droit fiscal*

Le non-résident ou la société étrangère face à l'impôt belge

par Guy JORION

Préface de Luc HINNEKENS

Une synthèse originale de l'impôt belge des non-résidents assortie d'un développement de cas pratiques !

Un volume 16 x 24 cm,
608 pages, 2006 174,00 €

COMMANDES : LARCIER, c/o De Boeck Services
Fond Jean-Pâques, 4 - 1348 Louvain-la-Neuve
Tél. (00) (32) (10) 48.25.00 - Fax (00) (32) (10) 48.25.19
commande@deboeckservices.com - www.larcier.com

droit au juge — ne suffisent pas à définir un seuil minimum en ce domaine, compte tenu de ce que le droit à un recours effectif n'inclut qu'exceptionnellement le droit à une protection juridictionnelle provisoire.

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, 2, A). 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, au départ des 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 deçà du régime que prévoient certains droits nationaux pour des recours fondés exclusivement sur le droit interne. 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 que celle-ci 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 juridiction nationale 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, 1.). Les conditions d'organisation de celle-ci sont satisfaisantes. En même temps, on ne peut manquer de 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 c'est précisément à partir du renforcement du caractère *préventif* du contrôle effectué par les juridictions nationales sur les atteintes alléguées aux droits des particuliers par les mesures nationales d'exécution des actes de droit communautaire dérivé que cette difficulté peut être levée. « [I]l incombe aux Etats membres de prévoir un système de voies de recours et de procédures permettant d'assurer le respect du droit à une protection juridictionnelle effective », dit la Cour (67) : compte tenu du déficit de protection juridictionnelle qui résulte des restrictions mises à la recevabilité des recours directs en annulation des particuliers contre des actes communautaires de portée générale, cette obligation des Etats membres — qui découle du principe de coopération loyale énoncé à l'article 10 CE, et que le Traité établissant une Constitution pour l'Europe prévoit d'expliciter (68) — suppose qu'ils aménagent devant leurs juridictions nationales la possibilité de solliciter à titre préventif, ou déclaratoire, un contrôle juridictionnel de la compatibilité avec les exigences du droit communautaire — notamment au regard des droits fondamentaux — des mesures nationales qui tendraient à exécuter un acte dérivé de droit communautaire. C'est à cette condition seulement que l'on pourra éviter des situations où des particuliers n'auront pas d'autre possibilité, afin de déclencher un tel contrôle, que de se placer en infraction par rapport au prescrit de cet acte ou des mesures nationales qui en assurent la mise en œuvre. De tels types de recours existent, sous la forme par exemple du *Feststellungsklage* que connaît le droit allemand (69), ou du *declaratory relief* dans le système anglais, qui constituent des formes d'action permettant à un particulier de contester, à titre préventif, la validité d'un acte général des autorités publiques, en dépit de ce que cet acte n'a pas encore été appliqué à son égard (70).

On décèle même dans la jurisprudence de la Cour de justice un encouragement à créer de

telles voies de recours, afin de contribuer au système « complet » de voies de recours que présupposent les Traités. Dans l'affaire *Jégo-Quéré*, immédiatement après avoir considéré ne pas pouvoir écarter les conditions mises par l'article 230, alinéa 4, CE à l'introduction d'un recours en annulation par un particulier, même sous prétexte d'interpréter ces conditions à la lumière du principe d'une protection juridictionnelle effective, la Cour de justice prend soin de relever que le fait que le règlement en cause (71) s'applique directement, sans l'intervention des autorités nationales, « n'implique pas par lui-même qu'un opérateur directement concerné par celui-ci ne puisse mettre en cause la validité dudit règlement qu'après l'avoir enfreint ». En effet, poursuit la Cour — donnant là un indice à propos de la nature des exigences qu'elle pourrait imposer à l'avenir aux Etats membres s'agissant de l'aménagement des voies de recours devant les autorités juridictionnelles nationales — « il ne saurait être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un particulier directement concerné par un acte normatif général de droit interne, ne pouvant pas être directement attaqué en justice, de solliciter auprès des autorités nationales une mesure se rattachant audit acte, susceptible d'être mise en cause devant la juridiction nationale, de manière à permettre à ce particulier de contester indirectement l'acte en question. De même, il ne saurait non plus être exclu qu'un système juridique national ouvre la possibilité à un opérateur directement concerné par [un règlement non susceptible de faire l'objet d'un recours en annulation devant le juge communautaire] de solliciter auprès des autorités nationales un acte se rapportant à ce règlement, susceptible d'être mis en cause devant la juridiction nationale, de façon à permettre à un tel opérateur de contester indirectement le règlement en question » (72). Ainsi la protection juridictionnelle provisoire, en tant que condition du droit au recours juridictionnel effectif dans l'ordre juridique communautaire, prendrait-elle une nouvelle dimension. Elle ne s'entendrait plus uniquement du droit de ne pas voir appliquer à son égard immédiatement des mesures dont la légalité au regard du droit communautaire peut paraître douteuse; elle s'entendrait en outre du droit de solliciter une protection juridictionnelle avant même que l'acte de droit dérivé communautaire créant des effets directs fasse l'objet de mesures d'exécution par les autorités nationales, afin de fournir à la juridiction nationale la possibilité d'interroger la Cour de justice sur sa validité, et d'éviter ainsi que les restrictions qu'impose l'article 230, alinéa 4, CE à la recevabilité des recours directs en annulation du particulier débouchent sur une violation du droit à un recours juridictionnel effectif.

Olivier DE SCHUTTER
Professeur à l'Université catholique de Louvain (Belgique)

(67) C.J.C.E., 25 juillet 2002, *Unión de Pequeños Agricultores c. Conseil*, C 50/00 P, *Rec.*, p. I-6677 (point 41).

(68) L'article I-29 § 1^{er}, alinéa 2, du Traité établissant une Constitution pour l'Europe dit que « Les Etats membres établissent les voies de recours nécessaires pour assurer une protection juridictionnelle effective dans les domaines couverts par le droit de l'Union ».

(69) En ce sens, voy. F. Schockweiler, « L'accès à la justice dans l'ordre juridique communautaire », *J.T.D.E.*, 1996, p. 1, ici p. 7; Moitinha de Almeida, « Le recours en annulation des particuliers », in *Festschrift für U. Everling*, Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden, 1995, pp. 849 et s., ici p. 868, n° 15. Sur ce point, voy. également O. De Schutter, *Fonction de juger et droits fondamentaux*, précité, pp. 830-831 et p. 834.

(70) La recevabilité des questions préjudicielles en interprétation ou en appréciation de validité du droit communautaire adressées à la Cour de justice dans de telles conditions ne fait aucun doute. Voy. C.J.C.E., 10 décembre 2002, *The Queen contre Secretary of State for Health*, ex parte *British American Tobacco (Investments) Ltd et Imperial Tobacco Ltd.*, C-491/01, *Rec.*, p. I-11453, point 40.

(71) Imposant aux navires de pêche certaines restrictions en vue de réduire immédiatement les prises de merlu juvénile.

(72) C.J.C.E., 1^{er} avril 2004, *Commission des Communautés européennes c. Jégo-Quéré & cie s.a.*, C-263/02 P, *Rec.*, p. I-3425, point 35.