

LES MESURES PROVISOIRES DANS LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE JUSTICE DES COMMUNAUTES EUROPEENNES

par

Marcel SLUSNY

Chargé de Cours à l'Université de Bruxelles

1. Les traités instituant les Communautés européennes ont prévu que les recours portés devant la Cour de Justice n'ont pas d'effet suspensif (à l'exception du recours prévu par l'article 18 du Traité C.E.E.A. contre les décisions du Comité d'arbitrage), mais que toutefois la Cour pourrait, si elle estime que les circonstances l'exigent, ordonner le sursis à l'exécution ou prescrire toutes autres mesures provisoires nécessaires (art. 39 du Traité C.E.C.A.; art. 185 et 186 du Traité C.E.E.; art. 157 et 158 du Traité C.E.E.A.).

Ces textes ne constituent pas l'unique source relative aux mesures provisoires dans le droit judiciaire des Communautés et sont complétés par une série de dispositions des Statuts et du Règlement de procédure de la Cour (voir *infra*, pp. 134 et 135).

2. La terminologie utilisée pour qualifier les *mesures* elles-mêmes (sursis à l'exécution; mesures provisoires; suspension de l'exécution forcée) est variable. Il en est de même de la qualification donnée à la *procédure* utilisée. Il est question tantôt de procédure *sommaire* (comme à l'article 36 du Statut C.E.E. de la Cour; à l'article 33 du Statut C.E.C.A. de la Cour; à l'article 37 du Statut C.E.E.A. de la Cour) et tantôt de *référé* (terme utilisé également à l'article 33 du Statut C.E.C.A. de la Cour et dans le Règlement de la Cour dont le Titre troisième comprend un Chapitre premier intitulé : « Du sursis et des autres mesures par voie de *référé* »).

Il s'agit en tout état de cause d'une institution du droit judiciaire, analogue

à celles que l'on peut trouver dans l'ordre juridique des six pays parties aux Traités comme dans de très nombreux autres¹, ainsi que dans le contentieux international².

¹ Pour une étude de droit comparé, voir notamment : DUMBAULD, *Interim Measures of Protection in International Controversies*, La Haye (Nijhoff), 1932, pp. 33-81 et aussi le Rapport de M. VAN REEPINGHEN, commissaire royal à la Réforme judiciaire, Sénat de Belgique, session 1963-1964, 60, pp. 138-139.

Pour une comparaison entre le droit belge, le droit hollandais et le droit français (pour le droit judiciaire privé seulement) : VAN LENNEP, *Het Kortgeding*, Anvers (De Standaard), 1951.

² En ce qui concerne les mesures conservatoires devant le C.I.J., voir la bibliographie dans : J. DOUMA, « Bibliography on the International Court », vol. IV, c. in *The Case Law of the International Court*, La Haye (Sijthoff), 1966, et notamment : DUMBAULD, *op. cit.*; GUGGENHEIM, *Les mesures provisoires de procédure internationale et leur influence sur le développement du droit des gens*, Paris (Sirey), 1931; GUGGENHEIM, « Les mesures conservatoires dans la procédure arbitrale et judiciaire », *R.C.A.D.I.*, 1932, II, 549 et ss.; HAMMARSKJOELD, « Quelques aspects de la question des mesures conservatoires en droit international positif », *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, 1935, 5, 55; ROLIN, Henri-A., « Force obligatoire des ordonnances de la Cour permanente de Justice internationale en matière de mesures conservatoires, *Mélanges Mahaim*, II, 280, 5; NIEMEYER, Hans, *Einstweilige Verfügungen des Weltgerichtshofes, ihr Wesen und ihren Grenzen*, 1932; BARILE, « Osservazioni sulla indicazione di misure cautelari nei procedimenti davanti alla Corte Internazionale di Giustizia », in *Comunicazioni e studi dell'Istituto di diritto internazionale e straniere dell'Università di Milano*, IV, pp. 151 et ss.; DUMBAULD, « Relief pendente lite in the Permanent Court of International Justice », *A.J.I.L.*, 1945, pp. 391-405; HAMBRO, « The Binding Character of the Provisional Measures of Protection Indicated by the International Court of Justice », *Rechtsfragen der internationalen Organisation, Festschrift für Hans Wehberg*, 1956, et surtout l'article très complet, donnant une excellente synthèse, de COCATRE-ZULGIEN, « Les mesures conservatoires en droit international », *R. ég. Dr. int.*, 1955, pp. 73 et ss.

On pourra consulter en outre les ouvrages généraux concernant les juridictions internationales : WITENBERG, J.C., *L'organisation judiciaire, la procédure et les sentences internationales*, Paris (Pedone), 1937, pp. 387 et ss.; RALSTON, *The Law and Procedure of International Tribunals* (Supplément de 1926), pp. 93-95; DELBEZ, *Les principes généraux du contentieux international*, 1962, pp. 117-119; et les ouvrages généraux sur la Cour internationale de Justice, notamment : ROSENNE, S., *The International Court of Justice*, Leyde (Sijthoff), 1957, notamment pp. 327, 329 et 359; et DUBISSON, M., *La Cour internationale de Justice*, Paris (Librairie générale de droit et de jurisprudence), 1964, pp. 229 et ss., qui examine toutes les ordonnances actuellement rendues, y compris celle dans l'affaire *Interhandel*.

La procédure de mesures provisoires se retrouve dans les textes les plus récents régissant les juridictions internationales. Voir notamment la Charte (art. 7, par. 1 et 2) et le Règlement (art. 53 à 57) de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne (quant à la jurisprudence, GUYOMAR, « La jurisprudence de la Commission arbitrale sur les biens, droits et intérêts en Allemagne », *A.F.D.I.*, 1961, pp. 279-300 et notamment p. 293); le Règlement de 1962 de la Cour permanente d'Arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat (art. 24), voir GUYOMAR, « Le Règlement de la Cour permanente d'Arbitrage relatif aux conflits internationaux entre deux parties dont une seulement est un Etat », *A.F.D.I.*, 1962, p. 384); l'accord franco-algérien d'arbitrage pour le respect des droits acquis au Sahara du 26.6.1953 (art. 5 et 7), *R.D.I.P.*, 1964, pp. 604-608.

Anticipant sur notre conclusion générale, nous dirons que de l'existence de cette procédure dans les systèmes judiciaires des ordres juridiques les plus divers, on peut inférer que l'institution répond à un besoin général et qu'elle constitue une constante dans le droit judiciaire, s'expliquant par le souci de sauvegarder les intérêts des parties *pendente lite*, compte tenu de la durée assignée à toute procédure³.

3. La question des mesures provisoires comme telle n'a jusqu'à maintenant fait l'objet que de peu d'études dans la littérature de plus en plus nombreuse consacrée au droit des Communautés et notamment à la Cour de Justice⁴.

Ce manque d'intérêt de la doctrine est d'autant plus curieux que la Cour a déjà rendu d'assez nombreuses ordonnances⁵ en matière de mesures provisoires — et ce problème a également fait l'objet de certaines dispositions de deux arrêts⁶ —, et ce relatif silence contraste avec l'intérêt marqué par la doctrine pour le problème des mesures provisoires dans la jurisprudence de la Cour internationale de Justice⁷.

Quoi qu'il en soit, le sujet ne nous paraît pas dépourvu d'intérêt, non seulement du point de vue pratique, mais aussi sous l'angle théorique⁸.

³ Sur les origines et la raison d'être de l'institution, en droit français, ces observations valent pour l'institution *in abstracto*, voir DEBBASCH, *Procédure administrative contentieuse et Procédure civile*, pp. 300 et ss.

⁴ Voir cependant l'étude du Dr. Dietrich EHLE, « Die einstweilige Anordnung nach dem E.W.G. Vertrag », *Wirtschaftsdienst des Betriebsberaters*, février 64/2, qui se limite au Traité C.E.E. et qui s'adresse surtout au praticien. On verra aussi les passages consacrés à ce sujet dans les commentaires des traités et dans les ouvrages consacrés à la Cour, notamment ceux relatifs au Règlement de la Cour : BEBR, G., *Judicial Control of the European Communities*, Londres (Stevens), 1962; MIGLIAZZO, A., *La Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, Milan (Giuffrè), 1961, pp. 202 et ss.; VALENTINE, *The Court of Justice of the European Communities*, Londres (Stevens), 1965, vol. I, pp. 211-217, 330-331, 368-369; TIZZANO, *Comentario del Trattato Istitutivo della Comunità Economica Europea*, de Quadri, Monaco et Trabucchi, Milan (Giuffrè), 1965, pp. 1156-1748; VAN REEPINGHEN et ORIANNE, *La procédure devant la Cour de Justice des Communautés européennes*, (Paris-Bruxelles, 1961); GORI, Paolo, *Commentaire du Règlement de la Cour*, (Jupiter); voir aussi l'ouvrage publié après la rédaction de cet article: EHLE, *Klage- und Prozesrecht des EWG-Vertrages*, Berlin, 1966.

⁵ Nous avons relevé jusqu'en février 1966 dans le « Recueil de Jurisprudence de la Cour » quelque vingt ordonnances publiées. D'autres ont déjà été rendues, et nous en citerons une, actuellement encore inédite. Il est à noter que les ordonnances sont publiées en même temps que l'arrêt rendu au fond, et que dès lors il peut se produire un décalage de plusieurs mois entre la date de l'ordonnance et celle de sa publication au Recueil. Il va de soi que notre étude porte aussi sur les ordonnances rendues par la Cour de Justice de la C.E.C.A.

⁶ Arrêt du 17.6.65 en cause *République italienne c. Commission de la C.E.E.* (Rec. XI, pp. 474 et ss.; voir p. 477 et les conclusions de M. l'avocat général Roemer, pp. 489-490); Arrêt du 31.3.1965 en cause *Ley c. Commission de la C.E.E.* (Rec. XI, p. 144; voir p. 161).

⁷ Voir note 2.

⁸ Sur l'intérêt, d'une manière générale, de la procédure dans le droit international, voir notamment BASDEVANT, *Discours prononcé lors du cinquantenaire de la première conférence de la Paix*, La Haye, 1949.

Il permet en effet des développements sous plusieurs aspects différents, le problème présentant de multiples dimensions.

Non seulement la question peut être examinée du point de vue de la technique juridique, mais aussi de celui du droit comparé, des parallélismes pouvant être dégagés entre le droit communautaire et le droit des gens d'une part; d'autre part entre le droit communautaire et le droit interne des six pays de la Communauté.

4. Dans cette étude nous nous proposons d'examiner successivement :

- 1) Le fondement et les sources de l'institution, le terme « source » étant pris d'abord dans son sens le plus large pour être limité finalement à la notion de source formelle⁹.
- 2) La compétence et la procédure.
- 3) Les conditions de recevabilité (y compris les conditions relatives à l'instance principale)¹⁰.
- 4) Les conditions de fond.
- 5) Le contenu et la nature des mesures provisoires.

5. § 1 Fondement et sources de l'institution

Quels que soient les développements théoriques que l'on peut consacrer au problème du fondement des mesures provisoires dans le droit judiciaire, il suffit de rappeler cette vérité d'évidence que l'instance se meut dans le temps. Quelque soin que mettent le législateur par l'instauration de délais, les juridictions en jouant un rôle actif dans la conduite de l'instance et en statuant rapidement, et parfois les plaideurs, les procès ne peuvent se terminer très rapidement et entre-temps les intérêts des parties peuvent être gravement compromis. En matière civile et commerciale (et *mutatis mutandis* les périls sont les mêmes en matière internationale, quoiqu'il n'y ait pas lieu de craindre en principe l'insolvabilité de l'Etat défendeur...), l'objet même du litige peut se dénaturer ou disparaître; un patrimoine peut être mal géré; une société peut

⁹ Comme le note Kelsen in « Théorie du droit international », *R.C.A.D.I.*, t. 84, p. 119, « le terme de source du droit est une image très ambiguë », cité par MATHIJSEN, *Le droit de la Communauté européenne du Charbon et de l'Acier, une étude des sources*, La Haye (Nijhoff), 1958, qui donne également une abondante bibliographie sur la matière des « sources du droit ».

¹⁰ C'est le fameux problème de l'effet réflexe de l'instance principale sur l'instance annexe.

aller à vau-l'eau, voire être liquidée ou être mise en faillite ; un débiteur devenir insolvable, etc...

En matière administrative, la puissance publique bénéficiant en principe du privilège du préalable et de l'exécution d'office, le destinataire de l'acte administratif peut se voir placé dans une situation telle qu'il subisse un dommage irréparable, même en cas d'obtention d'une indemnité.

Pour parer à ces dangers, la plupart des systèmes procéduraux prévoient des mesures intitulées tantôt conservatoires, tantôt provisoires (*interim measures of protection; misure cautelari; einstweilige Verfügungen*, etc.).

Ainsi que le rappelait le Tribunal arbitral mixte germano-polonais dans sa décision du 29 juillet 1924¹¹ : « Par les mesures conservatoires les tribunaux cherchent à remédier aux lenteurs de la justice, de manière qu'autant que possible l'issue du procès soit la même que s'il pouvait se terminer en un jour ».

Ces mesures visent donc au maintien provisoire du *statu quo*, à une sorte de cristallisation de la situation entre parties jusqu'au moment où interviendra une décision définitive pour trancher le litige. Parfois aussi, le *statu quo* étant d'ores et déjà rompu et la cristallisation de la situation nouvelle existante pouvant elle-même être génératrice de troubles apportés à l'ordre juridique, les mesures provisoires tendent à créer un *modus vivendi* entre parties, *modus vivendi* qui ne correspond pas point pour point au *statu quo ante*¹².

Il y a lieu de souligner que si l'on subsume pour la facilité de la présentation, les mesures provisoires en matière civile et commerciale et celles de la procédure du contentieux administratif, il existe cependant quant au fondement (et pourrait-on dire quant à la philosophie de l'institution), des différences notables qui devaient être à l'esprit des rédacteurs du Traité C.E.E. et du Traité C.E.E.A. lorsqu'ils les ont distinguées en deux articles différents (les articles 185 et 186 pour le Traité C.E.E. et les articles 157 et 158 du Traité C.E.E.A.), contrairement à ce qu'avaient fait les rédacteurs du Traité C.E.C.A. qui consacraient à l'ensemble des mesures le seul article 38 à la fois pour le sursis à l'exécution et les mesures provisoires proprement dites.

¹¹ Recueil des décisions des Tribunaux arbitraux mixtes, 5, 455.

¹² Dans les relations entre Etats, les mesures provisoires ont une fonction additionnelle : elles doivent permettre le *cooling-off* du litige. C'était leur fonction originaires notamment dans les *Bryan Treaties*, dans l'article 18 de la Convention de Washington de 1907 portant création d'une Cour de Justice centre-américaine et bien entendu dans l'article 11, I du Pacte de la S.D.N. et dans l'art. 41 de la Charte de l'O.N.U. (sur ces problèmes, voir COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, pp. 74 et ss.).

Cette distinction s'explique parce qu'il s'agit de situations dont l'origine n'est pas la même et qui appellent dès lors des remèdes différents.

Lorsqu'un litige oppose en matière civile ou commerciale divers litigants, se trouvent en présence des plaideurs dont aucun ne dispose pour les fins du procès de la puissance publique et qui dès lors, théoriquement tout au moins, sont placés sur le même plan dans une situation de rigoureuse égalité. L'un réclame quelque chose à l'autre et les actes et abstentions de chacun d'eux dans l'instance et en dehors peuvent influencer sur la situation tant matérielle que juridique de l'autre. Il peut être nécessaire *pendente lite* de prendre des mesures provisoires ou conservatoires comportant un contenu *positif* déterminé (constat d'urgence; désignation d'un séquestre; désignation d'un administrateur; saisie-conservatoire ; saisie-description; saisie-revendication, etc...).

Par contre, en matière administrative, les plaideurs ne sont pas sur le même plan : le procès oppose d'une part la puissance publique et d'autre part l'administré. Les actes de la puissance publique étant susceptibles d'exécution forcée par voie de contrainte, nonobstant tout recours, la tâche du juge des référés consistera au premier chef à ordonner une mesure *négative* : la suspension ou le sursis à l'exécution.

Sans doute les deux droits judiciaires (et l'on a pu soutenir que tout Etat possède un droit administratif¹³, même s'il n'existe pas un *corpus* distinct de textes ni de procédure différenciés, voire dans certains cas pas de recours du tout contre les actes et la puissance publique), ont-ils tendance à adopter des solutions analogues voire communes, l'influence de chacun sur l'autre étant considérable¹⁴. Ainsi le sursis à l'exécution, mesure provisoire qui constitue le *quod plerumque fit* dans le contentieux administratif, peut-il se retrouver dans le droit judiciaire privé¹⁵, tandis que des mesures provisoires à contenu positif peuvent trouver leur place dans la procédure administrative en vue d'aménager une situation *pendente lite*^{16, 17}.

6. Ces observations liminaires étant présentées quant au fondement de l'insti-

¹³ JÈZE, *Principes généraux de droit administratif*, 1921, I, 1.

¹⁴ DEBBASCH, *loc. cit.*, pp. 304-305.

¹⁵ Dans des cas exceptionnels, en droit belge, le Président du Tribunal saisi sur base de l'art. 806 du Code de procédure civile, pourrait ordonner le sursis à l'exécution d'un titre exécutoire, si le débiteur prétend avoir payé, mais ne peut produire la quittance à raison d'un cas de force majeure (apposition de scellés sur un coffre en banque, par exemple).

¹⁶ Voir DEBBASCH, *loc. cit.*, pp. 315 et 317.

¹⁷ Il y a cependant dans le contentieux administratif de certains pays de la Communauté européenne, une véritable répugnance à accepter un véritable référé à contenu positif. La Belgique l'ignore; les Pays-Bas et le Luxembourg également. Voir note 21.

tution, et étant rappelé qu'elle se retrouve dans le droit des six pays de la Communauté et en droit international, il ne nous paraît pas utile de remonter ni à l'*operis novi nuntiatio*¹⁸ du droit romain, ni au Titre XVI du *Corpus iuris canonici* (*ut lite pendente nihil innovetur*), ni même à l'édit du 22 janvier 1685 sur l'administration de la justice au Châtelet de Paris¹⁹ pour découvrir les sources lointaines ou proches des textes que nous examinons.

7. Quant à leur source la plus proche, c'est-à-dire la volonté des rédacteurs des traités, elle nous paraît évidente. Si même l'on n'a pas accès aux travaux préparatoires des traités (quoique la pensée de certains négociateurs du Traité C.E.C.A. puisse être connue par les rapports des délégations, et particulièrement de la délégation française, ou par les discussions lors de la ratification dans les parlements nationaux²⁰), il va de soi que c'est à la nature des choses, à une longue tradition presque universellement attestée, au droit interne des Etats membres²¹, au droit international enfin, que les auteurs des traités se sont référés pour arrêter les dispositions pertinentes des traités qui, la chose vaut d'être remarquée, démarquent sur un point important la formule utilisée à l'article 41 du Statut de la C.I.J. : « si les circonstances l'exigent ».

*
**

¹⁸ Qui se retrouve jusque dans le droit contemporain, la dénonciation de nouvel œuvre étant une action possessoire encore prévue notamment par la procédure civile belge.

¹⁹ DEBBASCH, *loc cit.*, p. 304.

²⁰ A propos de recours à cette source seconde par rapport aux travaux préparatoires proprement dits, voir notamment les conclusions de M. l'avocat général LAGRANGE, dans l'affaire *Assider c. Haute Autorité*, (Recueil I, pp. 150 et ss.) et les conclusions du même avocat général dans l'affaire *Fédéchar c. Haute Autorité* (Recueil II, p. 252).

²¹ En ce qui concerne le droit judiciaire privé, l'institution se retrouve dans les six pays de la Communauté. Pour le droit comparé, voir VAN LENNEP, *op. cit.*, et aussi le rapport de M. VAN REEPINGHEN, commissaire royal à la Réforme judiciaire, *op. cit.*, pp. 60, 138-139.

En ce qui concerne le contentieux administratif, source plus importante, puisque la plupart des litiges portés devant la Cour sont constitués par des demandes d'annulation, la situation est variable quoique l'on puisse dégager une tendance générale. (Il n'est pas nécessaire de dégager une concordance totale des droits des six pays membres. Sur ce point, voir notamment : REUTER, « Le recours de la Cour de Justice des Communautés européennes à des principes généraux de droit », *Mélanges Rolin*, pp. 272-273). Sur la méthode statistique-mathématique aussi appelée la « doctrine allemande » consistant à dégager des règles générales, voir LORENZ, « General Principles of Law : Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *American Journal of Comparative Law*, 1964, vol. XIII, p. 8 et les références citées, note 26.)

En Belgique, la loi sur le Conseil d'Etat du 23.12.1946 ne prévoit ni sursis à l'exécution, ni mesures provisoires, mais un projet de loi a été déposé, qui prévoit le sursis.

Au Grand-Duché de Luxembourg, le Règlement de procédure en matière contentieuse, du 21.8.1866, s'il ne prévoit pas de mesures provisoires de référé proprement dites, permet le sursis.

Aux Pays-Bas, il n'y a pas davantage de référé au sens propre, mais depuis la loi du

Il est en tout cas une question qui ne se pose point ici et qui a été longuement examinée par la doctrine de droit international, savoir si, en l'absence de textes formels, les juridictions internationales peuvent prescrire des mesures provisoires²². On sait que deux thèses s'opposent à cet égard : la doctrine permissive défendue par le professeur Sibert²³ et la thèse restrictive à laquelle s'est finalement rallié (tout en indiquant comme exception notable l'arbitrage relatif à la Fonderie du Trail²⁴) M. Cocatre-Zilgien, qui a consacré, on le sait, une étude approfondie au problème.

Cette distinction est évidemment sans objet en ce qui concerne la Cour de Justice des Communautés, la question des mesures provisoires étant réglée par des textes formels :

- En ce qui concerne la C.E.C.A., l'article 39 du Traité, et l'article 33 du Statut C.E.C.A. de la Cour;
- En ce qui concerne la C.E.E., les articles 185 et 186 du Traité, et l'article 36 du Statut C.E.E. de la Cour;

20.6.1963, le sursis à l'exécution déjà prévu par des lois particulières, par exemple en ce qui concerne les fonctionnaires, peut être ordonné. Sur la loi hollandaise, voir René CRINCE LE ROY, *Zeitschrift für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht*, 25, 2, mai 1965, p. 352.

En Allemagne fédérale, le problème se présente sous un autre aspect, car, sauf exception, les recours sont suspensifs. Dans les cas où il s'agit d'actes qui en principe sont exécutoires, le sursis pourrait être ordonné par la juridiction saisie du recours, voire avant tout recours. Voir en ce qui concerne notamment les paragraphes 80 V. et 123, I Vw GO (loi du 21.1.1960 sur la *Verwaltungsgerichtsordnung*), Otto BACHOF, *Verfassungsrecht, Verwaltungsrecht, Verfahrensrecht in der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts*, (Tübingen), 1963.

En ce qui concerne l'Italie, les recours administratifs ne sont pas suspensifs, sauf dans des cas exceptionnels, comme la loi du 17.7.1890 (Loi n° 6072) sur les œuvres pieuses. La suspension peut être ordonnée en application de l'art. 39 du *Testo Unico*, n° 1054. Voir Guido LANDI - Giuseppe POTENZA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Milan (Giuffrè), 1960; ZAROBINI, *Corso di Diritto Amministrativo*, Milan (Giuffrè), 1952, vol. II, pp. 210-220; ROEHRSEN, « La suspension dell'atto amministrativo nella Costituzione e nella giurisprudenza del Consiglio del Stato », *Rivista dell'Amministrazione*, 1950, p. 223.

En ce qui concerne la France, on distingue généralement pour les Tribunaux administratifs trois procédures d'urgence : le sursis à l'exécution, le référé et le constat d'urgence (AUBY et DRAGO, *Traité de Contentieux administratif*, Paris (Librairie générale de Droit et de Jurisprudence), 1962, t. II, par. 872 et ss.; voir aussi en ce qui concerne le sursis : TOURDIAS, *Le sursis à exécution des décisions administratives*, Paris (Librairie générale de Droit et de Jurisprudence), 1957. En ce qui concerne le Conseil d'Etat, il est également compétent (AUBY et DRAGO, *op. cit.*, t. II, par. 757 et ss.) pour ordonner le sursis ou des mesures provisoires, mais dans les limites résultant de la réforme de la procédure de contentieux.

²² Sur cette question, voir COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, pp. 80 et ss.

²³ SIBERT, *Traité de Droit international public*, t. II, pp. 444 et ss.

²⁴ Cité par COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, 93, voir aussi *A.J.I.L.*, 1941, p. 718.

- En ce qui concerne la C.E.E.A., les articles 157 et 158 du Traité et l'article 37 du Statut C.E.E.A. de la Cour;
- Et en outre, pour l'ensemble des Communautés et de leurs institutions, par les articles 83 à 88 du Règlement de la Cour²⁵.

8. § 2 Compétence et procédure

a) Toute demande de sursis à l'exécution ou de mesures provisoires n'est recevable que si le demandeur a attaqué l'acte dans un recours au fond encore pendant devant la Cour (article 83, § 1^{er} du Règlement)^{26, 27, 27bis}.

b) La demande doit spécifier 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 elle conclut (article 83, § 2).

c) La demande doit être introduite dans les conditions prévues aux articles 37 et 38 du Règlement qui déterminent à la fois le mode de présentation de l'acte de procédure, le nombre d'exemplaires, les pièces à joindre, etc. (article 83, § 3).

d) La demande doit être présentée par acte séparé (83, § 3)²⁸.

²⁵ Nous n'examinerons pas dans cette étude les articles 92 du Traité C.E.C.A., 192 du Traité C.E.E. et 164 du Traité C.E.E.A., qui prévoient la faculté pour la Cour de suspendre l'exécution forcée d'un titre exécutoire, comportant à charge de personnes autres que des Etats des obligations pécuniaires et émanant de la Haute Autorité, des Commissions ou des Conseils des Ministres. Ces dispositions prévoient de véritables mesures de grâce (la Cour pouvant accorder un délai supplémentaire pour payer), qui ne se confondent pas avec le sursis que la Cour peut accorder lorsqu'elle est saisie d'un recours. Dans les hypothèses visées par les dispositions pertinentes, la suspension peut être accordée en dehors de tout recours au fond. Mais est-ce à dire que la partie qui s'est vu infliger une sanction pécuniaire puisse ne pas soumettre du tout l'affaire à la Cour au contentieux ? La question est susceptible de controverse (voir VALENTINE, *op. cit.*, vol. I, p. 260).

²⁶ Ordonnance du 16.7.1963 en cause *Leroy c. Haute autorité de la C.E.C.A.* (Recueil IX, p. 436).

²⁷ Le tiers-oppo sant peut demander le sursis à l'exécution de l'arrêt attaqué (art. 97, par. 2 du Règlement).

Il a été fait référence à cette disposition dans l'ordonnance du 30.6.1961 en cause *Breedband N.V. c. Haute Autorité et divers* (Recueil VIII, p. 323).

L'intervenant ne peut se prévaloir des dispositions du Règlement en matière de sursis et de mesures provisoires. N'étant pas le destinataire direct des actes incriminés, il ne peut que présenter des conclusions tendant au soutien ou au rejet des conclusions d'une des parties au litige principal.

Sur l'intervention, voir TELCHINI, Italo, « L'intervento nel processo davanti alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee », *Rivista di Diritto Europeo*, I, n° 4, p. 387.

^{27bis} Ordonnance du 12 février 1965, en cause *Ferriera Ernesto Preo c. Haute Autorité* (Recueil XII, 4, p. 334).

²⁸ Cette règle a reçu application dans l'arrêt du 17.6.1965 en cause *République italienne c. Commission de la C.E.E.* (Recueil XI, p. 474).

e) La demande est signifiée à l'autre partie à laquelle est fixé un bref délai pour la présentation de ses observations écrites et orales.

Le Président, qui apprécie s'il y a lieu d'ordonner l'ouverture d'une instruction, peut faire droit à la demande avant même que l'autre partie ait présenté ses observations (article 84, § 1 et 2 du Règlement).

Cette faculté donnée au Président de la Cour et dont il ne peut être fait usage que dans des cas d'extrême urgence, a pour correctif que la mesure peut être ultérieurement modifiée ou rapportée non seulement à la demande d'une partie, ce qui est le cas pour toute ordonnance de référé, mais également d'office.

f) L'article 85 attribue compétence au Président de la Cour qui peut, soit statuer lui-même, soit déférer la décision à la Cour²⁹. Il est à noter que si l'affaire est pendante au fond devant une Chambre, puisque aussi bien les Statuts et le Règlement permettent à la Cour de se constituer en deux Chambres, (ce qui a été fait notamment pour hâter la solution des litiges relatifs aux fonctionnaires et agents des institutions), c'est le Président de la Chambre qui rend les ordonnances de référé.

Quant aux autres dispositions topiques du Règlement, elles sont relatives à la nature et au contenu des ordonnances de référé et seront examinées ultérieurement (*infra*, p. 146).

9. § 3 Conditions de recevabilité de l'instance en référé

Il est difficile, pour le référé comme pour d'autres procédures, d'établir une dichotomie entre les conditions de recevabilité et celles relatives au fond, la classification des moyens différant d'un système juridique à l'autre et parfois d'un auteur à l'autre^{29bis}.

²⁹ Le règlement de la C.I.J. prévoit en son article 61, 3, une règle inverse. C'est la Cour qui statue (et sous le régime de l'ancien Règlement avant 1946 était même prévue la désignation de juges *ad hoc*), le Président ne pouvant prendre, s'il y a lieu, que « les mesures qui lui paraissent nécessaires afin de permettre à la Cour de statuer utilement ». L'ancien art. 57 du règlement de la C.P.J.I. dans le texte de 1922, permettait au Président d'indiquer des mesures provisoires quand la Cour ne siégeait pas (voir COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 97). Pour une comparaison d'ailleurs partielle entre le règlement de la C.I.J. et celui de la Cour de Justice de la C.E.C.A., voir ANTOINE, Anik, « La Cour de Justice de la C.E.C.A. et la C.I.J. », *R.D.I.P.*, 1953, vol. 57, pp. 210-261. Pour les mesures provisoires : pp. 255-256.

^{29bis} On notera au passage que les distinctions traditionnelles en droit interne entre fin de non-recevoir, déclinatoire de compétence, exception au fond, etc. n'ont qu'une importance restreinte devant une juridiction dont les décisions ne peuvent faire l'objet d'aucun recours (voir la communication de M. Jean DE SORO, sur les *Exceptions et fins de non recevoir* au Congrès européen de Cologne 1960, *Dix ans de Jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, Carl Heymans, 1965, pp. 48 et ss.).

Sous le bénéfice de cette observation liminaire, on peut distinguer trois conditions de *recevabilité* :

a) La procédure relative au sursis et aux autres mesures provisoires est un *corollaire* de l'instance principale³⁰ et dès lors elle ne peut être mue que si un recours est pendant au fond.

Il s'agit là d'une règle de stricte interprétation qui est en contradiction avec le droit judiciaire interne de certains pays membres³¹, voire avec l'esprit, sinon avec la lettre du Règlement de la Cour internationale de Justice³².

Elle a fait l'objet de vives critiques³³, car elle n'est pas sans comporter des inconvénients. En effet, on peut concevoir des situations qui requièrent de toute urgence l'octroi d'un sursis à l'exécution à défaut duquel un dommage irréparable peut être causé à une partie en cause. L'extrême urgence est d'ailleurs prévue par le Règlement lui-même, dont l'article 84, § 2, second alinéa, permet au Président de faire droit à la demande de référé, avant même que l'autre partie ait présenté ses observations.

Or la rédaction et l'introduction d'une requête répondant aux prescriptions des articles 37 et 38 du Règlement de procédure (compte tenu de la règle indiquée par l'article 42, § 2, selon laquelle des moyens nouveaux ne pourront être invoqués en cours d'instance à moins qu'ils ne se fondent sur des éléments de droit et de fait qui se sont révélés pendant la procédure écrite), peuvent prendre quelque temps.

Il ne faut cependant pas s'exagérer les inconvénients du système actuel et l'on peut même se demander si, en définitive, compte tenu de ce que, sauf exception, les parties défenderesses sont les Institutions et les États et que ne se pose donc pas la question de la solvabilité, comme en droit judiciaire privé; compte tenu aussi de ce que le juge des référés ne peut statuer que s'il apprécie à première vue la pertinence et la validité des moyens au fond³⁴, un autre système ne comporterait pas également de grands désavantages.

³⁰ Voir *supra* note 26.

³¹ Par exemple la procédure administrative française, allemande et italienne.

³² La question n'a jamais été jugée en tant que telle. Est cependant dans ce sens, l'art. 61, I, du Règlement de la C.I.J. Comme il est fait référence à une « procédure relative à l'affaire au sujet de laquelle elle (la demande en indication de mesures provisoires) est introduite » on peut en déduire que la Cour doit être saisie d'une requête au fond. On peut cependant admettre que la requête au fond et celle en indication de mesures provisoires soient déposées le même jour, comme ce fut le cas pour l'affaire du Groenland Oriental (A/B, n° 48, p. 283). Sur cette question, voir ROSENNE, *op. cit.*, p. 327).

Pour la Cour de Justice des Communautés, dans ce sens, ordonnance du 30.1.1959, en cause *Nieder-Rheinische Hütte AG et cons. c. Haute Autorité* (*Recueil VI*, p. 347).

³³ Voir EHLE, *op. cit.*, p. 39.

³⁴ Voir *infra*, pp. 139 et ss.

Il faut observer d'ailleurs que le Règlement n'est pas formaliste. C'est ainsi que l'absence des précisions ou des pièces prévues à l'article 38, § 2 à 6 est susceptible d'être couverte par une régularisation ultérieure, sur invitation du Greffier, et sans qu'une abstention d'y donner suite soit nécessairement une cause de nullité.

Quant aux moyens, seul un exposé sommaire est requis et la Cour a interprété d'une manière particulièrement libérale la notion de moyens nouveaux³⁵.

Un plaideur pressé par le temps, et qui aurait introduit en vue d'un référé, un recours au fond ne contenant que partie de ses moyens, pourrait d'ailleurs y suppléer par le dépôt d'un recours ampliatif, pour autant, bien entendu, que le second recours soit déposé dans les délais utiles.

Enfin il y a lieu de noter que la Cour interprète d'une façon fort libérale la notion même de demande. Dans une espèce récente³⁶, le Président de la Première Chambre de la Cour a estimé qu'était recevable une demande de sursis à l'exécution visant une décision de la Commission de la C.E.E.A. susceptible d'être annulée, si était accueilli un recours contre une autre décision qui lui sert en quelque sorte de support.

b) La demande doit être motivée dans les conditions indiquées à l'article 83, § 2 du Règlement.

Cette motivation est indispensable pour permettre au Président (ou à la Cour) de déterminer si les conditions de fond sont établies; elle est d'autant plus importante que, sauf exception, aucune instruction ne sera ordonnée et que le juge des référés considérera comme établies, si elles sont vraisemblables, les circonstances invoquées par le demandeur.

c) La demande doit être présentée par acte séparé et dans les conditions prévues aux articles 37 et 38 du Règlement, ce qui signifie, en bref, que si l'instance doit être instruite et jugée selon une procédure *sommaire*, son introduction doit répondre aux conditions formelles (d'ailleurs peu contraignantes) qui régissent l'introduction des recours au fond.

Il n'existe à notre sens aucune autre condition de recevabilité, notamment quant aux délais.

Il appartient en effet au requérant de déterminer lui-même à quel moment il introduit une demande de sursis ou de mesures provisoires. Tout dépendra d'ailleurs de la situation objectivement créée et l'on peut à cet égard reprendre

³⁵ Des *arguments* nouveaux peuvent en tout cas être soulevés (arrêt du 12.2.1958 en cause 2/57, *Recueil IV*, p. 146), et on peut en outre invoquer des moyens qui ne constituent que des développements et élargissements de moyens déjà invoqués (arrêt du 20.3.1957 en cause 2/56, *Recueil III*, p. 11).

³⁶ Ordonnance du 8.4.1965 dans l'affaire 18/65 R, *Recueil*, XII, 2, p. 195. En ce qui concerne les suites de cette affaire, une nouvelle ordonnance de référé a été rendue le 28 novembre 1966, en cause 29/66 R (inédite).

la distinction entre la demande de sursis, (le requérant devant se rendre compte immédiatement du dommage que peut lui causer l'acte dont il est destinataire), et la demande en mesures provisoires positives dont la nécessité ne peut apparaître au plaideur qu'après l'écoulement d'un certain temps et en fonction de certaines circonstances nouvelles.

Il a en tout cas été jugé qu'une demande de sursis introduite alors que la procédure orale et écrite était déjà terminée, était tardive³⁷.

Peut-être n'y a-t-il pas lieu d'attribuer à cette ordonnance une portée trop générale. D'abord parce qu'il s'agissait d'une demande de sursis et non d'une demande de mesures provisoires. Enfin et surtout, parce qu'au moment où le Président a dû statuer sur le référé, il pouvait, l'affaire ayant été entièrement instruite et même plaidée, se faire une opinion autorisée sur le bien-fondé éventuel du recours au fond, de manière telle que le visa de la tardiveté n'est peut-être que surabondant, l'absence de *fumus boni iuris* étant suffisante pour débouter de la demande de référé.

10. Avant de passer à l'examen des conditions de fond, on traitera de l'effet qu'exerce l'instance principale sur l'instance annexe. C'est, on le sait, le problème le plus délicat qui se pose en matière de référé, la juridiction saisie (qu'elle ait un caractère collégial ou que le Président ait à juger seul), devant à la fois veiller à éviter à un plaideur un préjudice irréparable ou même grave, tout en ne préjugant pas le fond de l'affaire et en ne créant pas un dommage inutile pour l'autre plaideur.

Pour faire face à cette double et — par certains côtés — contradictoire nécessité les textes et la jurisprudence ont tracé un certain nombre de *standards* :

a) L'examen de la demande de référé suppose un examen du fond, car le juge des référés ne peut statuer (et dès lors dans le système qui nous occupe, ne peut par exemple suspendre l'exécution d'un acte administratif dont la nullité est poursuivie, et ainsi empêcher pour un temps plus ou moins long l'institution de remplir sa mission), que si le recours au fond présente *prima facie* un caractère sérieux (cette règle est qualifiée par la doctrine de condition des *moyens sérieux*)³⁸.

b) La décision de référé ne peut avoir qu'un caractère provisoire³⁹.

c) Elle ne peut comporter aucun préjugé quant au fond⁴⁰.

³⁷ Ordonnance du 11.4.1960 dans l'affaire *Barbara Erzegebau et cons. c. Haute Autorité* (*Recueil VI*, p. 461).

³⁸ Cette exigence se retrouve à l'art. 83, par. 2 du Règlement. Sur cette condition voir notamment TOURDIAS, *op. cit.*

³⁹ Art. 86, par. 4 du Règlement.

⁴⁰ Art. 86, par. 4 du Règlement.

On s'attachera d'abord à la seule condition des moyens sérieux, les deux autres règles devant être examinées lorsqu'il sera traité du contenu de l'ordonnance de référé.

A notre sens, le juge des référés doit examiner non seulement le bien-fondé du recours principal, c'est-à-dire les moyens de fond invoqués à l'appui du recours, mais aussi la recevabilité du recours lui-même.

Il devra par conséquent déterminer si le requérant a qualité pour introduire le recours ⁴¹, si l'acte est susceptible d'un recours ⁴², si le requérant peut justifier d'un intérêt ⁴³ direct et personnel ⁴⁴, né et actuel ⁴⁵, si le recours a été déposé dans les délais ⁴⁶, etc...

Si le juge des référés se convainc qu'une ou plusieurs des conditions prévues par les textes et, au delà des textes par le droit qu'il doit appliquer, viennent *manifestement* à manquer, il conclura qu'il n'existe pas de chance pour le requérant de faire admettre la recevabilité du recours au fond, et rejettera, toutes autres choses étant égales ⁴⁷, la demande de sursis ou de mesures provisoires.

En ce qui concerne le fond du recours, les formules utilisées par la Cour varient quelque peu. Tantôt il semble que la Cour exige une forte présomption

⁴¹ Il ne pourra cependant s'agir que d'un examen extrêmement sommaire. Voir dans ce sens l'ordonnance en cause *Plaumann c. Commission de la C.E.E.* du 21.12.1962 (*Recueil IX*, 263) qui paraît même indiquer qu'il y a une véritable présomption de recevabilité. Dans le même sens, l'affaire *Hadick-Barkoczy c. Etat Tchécoslovaque (R.D.I.P., t. 35, 1928, pp. 60 et ss.)* où le tribunal mixte estima qu'il suffisait que sa compétence même douteuse, ne fût pas complètement inexistante; citée par COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 103.

⁴² Sur cette question, voir notamment : M. WÆLBROECK, « La notion d'acte susceptible de recours dans la jurisprudence de la Cour européenne de Justice », *Cahiers de Droit européen*, 1965, n° 3, pp. 225 et ss.

⁴³ Dans ce sens, l'ordonnance citée note 41.

Sur la notion d'intérêt, voir notamment : SÉCHÉ, Jean-Claude, « La notion d'intérêt à agir dans le droit de la C.E.C.A. », *R.D.I.P.*, avril-juin n° 2, 1962, pp. 1 et ss.; LOUIS, Jean-Victor, « Le droit pour les particuliers d'agir en annulation selon le Traité du Marché Commun », *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, n° 61, 1964, pp. 213 et ss.; DAIG, Hans-Wolfram, « Zum Klagerecht von Privatpersonen nach art. 173, 2 EWG; und art. 146, 2, EAG Vertrag », *Festschrift für Otto Riese*.

⁴⁴ Voir notamment l'ordonnance en cause *Erba et Reynier c. Commission de la C.E.E.* du 13.11.1965 (*Recueil X*, p. 553).

⁴⁵ Voir l'arrêt en cause *République italienne c. Commission de la C.E.E.* du 17.6.1965 (*Recueil XII*, p. 474).

⁴⁶ Ordonnance *Plaumann c. Commission de la C.E.E.* du 21.12.1962, (*Recueil IX*, p. 263).

⁴⁷ Le juge des référés se montrera cependant particulièrement prudent, et préférera rejeter la demande pour d'autres raisons, et notamment parce qu'il n'y a pas de préjudice irréparable ou grave à craindre. Il évitera ainsi de statuer *a priori* sur des questions de recevabilité, souvent délicates. Dans ce sens, l'ordonnance *Plaumann c. Commission de la C.E.E.*, citée à la note 41.

de bien-fondé⁴⁸, tantôt qu'elle estime que la demande doit être manifestement bien fondée⁴⁹.

On aurait tort de considérer que le recours à ces diverses formules traduit un réel flottement dans la jurisprudence de la Cour. Au vrai, il ne faut pas oublier que l'ordonnance de référé est rendue en principe par le Président seul, statuant souverainement, sans l'assistance d'un avocat général, et par conséquent sans délibéré collectif quelconque; que l'ordonnance doit être rendue rapidement et parfois de toute urgence; qu'elle n'a qu'un caractère provisoire; qu'enfin, et cette considération est plus fondamentale encore, que soit pour faire droit à la demande, soit pour la rejeter, le Président se référera généralement à d'autres considérants supplémentaires, relatifs au préjudice du demandeur et à l'intérêt de l'Administration en cause.

Toutes ces considérations expliquent que la Cour n'ait pas fait usage de formules consacrées comme celles que l'on trouve souvent dans la jurisprudence du Conseil d'Etat français et qui deviennent d'ailleurs des stéréotypes, et que n'ayant pas à se référer uniquement à un droit écrit mais au Droit, la motivation n'apparaisse pas comme se coulant dans des formules rigides et abstraites⁵⁰, mais épouse davantage les nuances d'une réflexion personnelle face à la constellation des volontés, des intérêts en présence et des impératifs juridiques ou éthiques auxquels se trouve toujours confronté le juge.

Il ne faut pas oublier que la Cour, dans ce domaine, exerce un véritable pouvoir prétorien et que comme pour bon nombre de décisions de justice, les motifs ne représentent que l'élaboration *a posteriori* en termes rationnels, d'une décision prise au regard d'un ensemble de facteurs de tous ordres.

On dira simplement que, quelle que soit la formulation, la Cour n'ordonnera le sursis ou des mesures provisoires que si la demande lui apparaît *prima facie* suffisamment sérieuse, c'est-à-dire apparemment fondée, pour justifier des mesures somme toute exceptionnelles.

11. § 4 Conditions de fond

Après l'examen des conditions de recevabilité de l'instance annexe elle-même et de celles relatives à l'instance principale, dans la mesure où la recevabilité

⁴⁸ Ordonnance en cause *von Lachmüller et cons. c. Commission de la C.E.E.*, citée note 46.

⁴⁹ Ordonnance du 14.7.1964 en cause *Praakash c. Commission de la C.E.E.A.* (*Recueil XI*, p. 721), voir p. 725.

⁵⁰ La Cour n'est pas dogmatique. Elle recherche, selon la formule de M. l'avocat général Lagrange des « solutions concrètes inspirées de vues d'ensemble sur l'articulation des diverses dispositions des traités » (conclusions dans les affaires 8 et 9/35, *Recueil II*, p. 263). *A fortiori* en sera-t-il ainsi pour des décisions à caractère provisoire.

et le bien-fondé de l'instance principale ont un effet sur l'instance annexe, il y a lieu de déterminer quelles sont les conditions relatives au fond de la demande en référé. On en indique généralement deux : *l'urgence*⁵¹ et la *nécessité*⁵².

Il y a lieu, à notre sens, d'y adjoindre une autre (qui pourrait tout aussi bien, d'ailleurs, être considérée comme une condition de recevabilité, la classification des exceptions en droit judiciaire étant assez floue). Il s'agit d'une condition qui peut paraître comme allant de soi : il faut que le recours soit *adéquat*.

Peut-être estimera-t-on que la distinction entre cette condition nouvelle, celles examinées précédemment et celles de fond qui le seront ultérieurement, ne s'explique que par un *distinguo* assez formaliste, et que l'on ne se trouve pas en réalité devant une condition distincte, le recours pouvant être rejeté parce que d'autres conditions viennent à manquer (par exemple un intérêt né et actuel).

Nous avons cependant estimé utile de grouper sous cette rubrique une série d'exigences que l'on retrouve dans la jurisprudence de la Cour et qui nous paraissent répondre à une notion particulière.

Selon la jurisprudence de la Cour, il ne peut être donné suite à une demande de référé si :

- a) L'acte pour lequel un sursis est demandé a déjà été exécuté⁵³.

Il va de soi que dans ce cas, le recours en référé est inadéquat, puisqu'il n'y a plus d'acte dont l'exécution puisse être suspendue.

On pourrait cependant envisager qu'un acte d'ores et déjà exécuté entraîne pour l'avenir des conséquences telles que le juge des référés estime devoir ordonner sinon le sursis à l'exécution qui ne se conçoit plus, mais des mesures provisoires à caractère positif.

- b) Il faut que l'acte soit *susceptible d'exécution*, ce qui exclut le recours en référé alors qu'est par exemple postulée l'annulation de la constatation prévue par l'article 88 du Traité C.E.C.A.⁵⁴.

Sans doute les textes applicables ne font-ils aucune distinction quant à la

⁵¹ L'urgence est visée à l'art. 83, par. 2 du Règlement.

⁵² La nécessité est visée par les Traités eux-mêmes, dans la formule : « Si les circonstances l'exigent ».

⁵³ Ordonnance en cause *Sorema c. Haute Autorité*, du 24.9.1963 (*Recueil X*, p. 343). Ordonnance en cause *Fonzi c. Commission de la C.E.E.A.*, du 17.6.1965 (*Recueil XI*, p. 658). Voir cependant l'ordonnance inédite du 28 novembre 1966, en cause 29/66 R.

⁵⁴ Ordonnance du 20.5.1959 en cause *République italienne c. Haute autorité* (*Recueil VI/2*, 719).

possibilité d'une demande en référé, entre les diverses procédures introduites devant la Cour de Justice, mais le *sursis à l'exécution* n'est guère concevable que dans le cas d'une procédure d'annulation d'un acte administratif déterminé, entraînant des conséquences immédiates. Par contre, les mesures provisoires peuvent être considérées comme également adéquates dans des procédures qui tendent au paiement d'une indemnité. Il pourrait certainement dans ce cas être recouru au constat d'urgence de façon à éviter le dépérissement des preuves.

c) Il faut enfin que la demande soit *pertinente*⁵⁵, c'est-à-dire qu'elle puisse procurer au demandeur l'effet désiré.

12. On reconnaîtra volontiers que dans ces trois hypothèses, on pourrait soutenir que le requérant est sans intérêt ou encore que le sursis demandé n'a pas un caractère nécessaire et que dès lors il ne s'agit pas d'une condition distincte.

Peu importe si, comme nous le pensons, il existe entre les trois règles que nous venons d'énoncer suffisamment d'affinités pour qu'on les groupe sous une rubrique particulière.

13. Après cet *excursus*, on examinera les deux conditions de fond incontestablement considérées comme telles par la doctrine : l'urgence et la nécessité.

En ce qui concerne l'*urgence*, cette condition qui n'est pas inscrite dans le texte des Traités, mais dans le Règlement de la Cour, est évidemment le *criterium* fondamental du bien-fondé (voire de la recevabilité) de la demande en référé en tant que telle, puisque aussi bien, s'il n'y a pas d'urgence, il n'existe aucune raison de statuer par voie de mesures provisoires et de ne pas abandonner la connaissance de l'affaire à la juridiction statuant au fond, à la suite de la procédure écrite et orale, après ouverture éventuelle d'une instruction et après audition des conclusions de l'avocat général.

Cette condition évidente (tellement évidente que les ordonnances de la Cour n'y font guère référence comme à une condition distincte), n'est d'ailleurs pas justiciable d'une définition précise⁵⁶ et toute tentative de la cerner d'une manière rigoureuse risque d'enfermer le commentateur dans un cercle vicieux : la juridiction des référés est compétente s'il y a urgence, et il y a urgence si l'on se voit contraint de s'adresser à la juridiction des référés...

Au vrai, la question n'a guère été débattue devant la Cour et dans la plupart

⁵⁵ Voir l'ordonnance en cause *Geitling et cons. c. Haute Autorité*, du 12.5.1959 (*Recueil VI*, pp. 88 et ss.), qui indique comme motif que « le sursis à l'exécution d'une décision de rejet n'équivaut pas à l'octroi de l'autorisation refusée par la Haute Autorité », et qui en conclut que le recours en suspension d'exécution est inadéquat.

Voir aussi les ordonnances en cause *Plaumann c. Commission de la C.E.E.*, du 31.8.1962 (*Recueil IX*, p. 225) et du 21.12.1962 (*Recueil IX*, p. 263).

⁵⁶ VAN LENNEP, *op. cit.*, pp. 60-61.

des espèces citées, l'institution mise en cause n'a pas contesté l'urgence, car si la *notion* est malaisée à définir, la chose se reconnaît et se prouve aisément⁵⁷.

14. Reste enfin la condition de *nécessité* exprimée dans le texte même des Traités dans la formule : « si les circonstances l'exigent ». (Il s'agit d'une condition non moins fondamentale que la précédente et l'on peut même se demander si elle n'englobe pas la précédente : les circonstances n'exigent l'intervention du juge des référés que s'il y a nécessité absolue, et il n'y a nécessité absolue que s'il y a urgence...)

Pour prendre des mesures exceptionnelles, c'est-à-dire ordonner le sursis à l'exécution d'actes administratifs, plus encore, pour ordonner des mesures provisoires à contenu positif, il faut que les intérêts du requérant soient mis en *péril*, qu'il y ait, pour employer une vieille formule du droit français « péril en la demeure ».

Pour se référer à cette condition, comme à celle des moyens sérieux, la Cour a usé de formules assez différentes : il est question dans les ordonnances de préjudice grave⁵⁸; de préjudice irréparable⁵⁹; de préjudice grave, voire irréparable⁶⁰; d'embarras financiers majeurs⁶¹; de l'absence de ressources dans le chef d'un requérant pouvant entraîner des conséquences irréparables⁶²; de dommage tel qu'il ne pourrait être réparé en cas d'annulation lors de l'instance au principal⁶³. Les formules peuvent différer, mais quoique apparemment divergentes, elles se réfèrent à une notion fondamentale qui est celle de la nécessité de la mesure. Nous nous reportons ici aux observations que nous avons déjà présentées quant à la variation des formules utilisées à propos des moyens sérieux (*supra*, p. 141).

La Cour se montrera certainement très stricte quant au sursis d'une mesure administrative, si celle-ci vise un fonctionnaire dont le recours en annulation peut aboutir assez aisément à ce que les choses soient remises dans leur pristin

⁵⁷ VAN LENNEP, *op. cit.*, pp. 63 et ss.

⁵⁸ Ordonnance en cause *Nold c. Haute Autorité de la C.E.C.A.*, du 4.12.1957 (*Recueil III*, pp. 239 et ss.).

⁵⁹ Ordonnance en cause *Geitling et cons. c. Haute Autorité*, du 12.5.1939 (*Recueil IV*, pp. 88 et ss.).

⁶⁰ Ordonnance en cause *Acciaieria e Tubificio di Brescia c. Haute Autorité*, du 26.6.1959 (*Recueil VI*, pp. 211 et ss.).

⁶¹ Ordonnance en cause *Breedband N.V. c. Haute Autorité et divers*, du 30.6.1961 (*Recueil VIII*, p. 323).

⁶² Ordonnance en cause *van Lachmüller et cons. c. Commission de la C.E.E.*, du 20.10.1959 (*Recueil VI*, 2, p. 985).

⁶³ Ordonnance du 12.5.1959 en cause *Geitling et cons. c. Haute Autorité* (*Recueil VI*, pp. 88 et ss.).

état⁶⁴, mais elle sera plus compréhensive si le destinataire est un tiers dont les affaires risquent, même dans l'hypothèse d'une action indemnitaire, d'être gravement compromises⁶⁵.

15. On a vu ci-dessus que le juge des référés tient compte de la possibilité d'un préjudice grave ou irréparable qui pourrait être infligé au demandeur.

Faut-il nécessairement que l'acte soit considéré comme faisant grief au requérant seul, ou peut-on invoquer également le préjudice que pourrait subir un tiers ? La question étant posée sous cette forme abrupte, la réponse est évidente : pas plus que le droit administratif interne en général, le système juridictionnel du droit communautaire ne connaît d'action populaire. Alors même qu'un acte individuel ou un règlement à caractère général constitue une violation manifeste de la légalité communautaire, encore ne pourra-t-il être entrepris que par ceux qui peuvent justifier d'un intérêt direct et personnel⁶⁶. Cette limitation du droit d'action est la contrepartie du pouvoir exorbitant conféré aux parties de tenir en échec l'action de l'Administration qui poursuit des fins d'intérêt général.

Mais est-ce à dire que la Cour ne pourrait tenir aucun compte de l'intérêt éventuel d'un tiers qui, par exemple, désigné pour remplir un emploi devenu vacant par suite de l'éviction d'un agent ou d'un fonctionnaire, pourrait à son tour être évincé ensuite de l'annulation de sa propre nomination⁶⁷ ?

La Cour ne pourrait-elle pas considérer que dans cette éventualité, elle risque de se trouver, si elle n'empêche pas l'acte entrepris de sortir tous ses effets, devant un nouveau schème de relations juridiques qu'il lui sera peut-être plus difficile de modifier *a posteriori* pour le ramener à son état antérieur.

Ce peut être une raison supplémentaire pour que la Cour, ayant à peser les intérêts en balance, ordonne le sursis à l'exécution d'un acte. Même dans un cas où elle n'a pas fait droit à la demande formulée par le requérant, elle a, dans une certaine mesure, invité l'Administration à se montrer particulièrement prudente dans la poursuite de ses fins⁶⁸, ce qui est particulièrement topique à propos d'opérations administratives complexes comportant plusieurs phases et

⁶⁴ La Cour n'a pas fait droit jusqu'à maintenant à des demandes de sursis d'exécution émanant de fonctionnaires des institutions, sauf dans l'affaire *Lassalle c. Parlement européen* (voir note *infra* 67) où les circonstances étaient exceptionnellement favorables, puisque l'institution se référait pratiquement à justice; et dans les affaires 18/65 R et 29/66 R (voir note 36 *supra*).

⁶⁵ Ordonnance en cause *Nold c. Haute Autorité*, du 4.12.1957 (*Recueil III*, pp. 238 et ss.).

⁶⁶ Ordonnance en cause *Erba et Reynier c. Commission de la C.E.E.* déjà citée *supra* (note 43).

⁶⁷ Elle l'a fait dans l'ordonnance en cause *Lassalle c. Parlement européen*, du 13.5.1963 (*Recueil X*, p. 117), et la considération de l'intérêt des tiers n'est probablement pas absente dans l'ordonnance en cause 18/65 R (voir note 36 *supra*).

⁶⁸ Ordonnance en cause *Ley c. Commission de la C.E.E.*, du 4.5.1964 (*Recueil XI*, p. 175).

une série d'actes, l'Administration pouvant être bien inspirée de n'en accomplir que les premiers et d'attendre pour passer aux suivants, voire à l'acte final, que la Cour ait statué sur le recours au fond ⁶⁹.

16. La Cour ne tiendra pas seulement compte de l'intérêt du requérant, voire sous une forme plus médiate, de celui des tiers, mais aussi de ceux de l'Administration qui, en principe, doivent prédominer. C'est ainsi qu'elle a relevé dans plusieurs cas que la mesure envisagée ne comportait pas de graves inconvénients pour l'institution ⁷⁰. Les textes applicables envisagent d'ailleurs eux-mêmes la possibilité d'un préjudice pour l'institution et le moyen d'y parer en prévoyant que le requérant pourra être tenu de fournir caution (article 86, § 2 du Règlement). L'institution étant elle-même le meilleur juge du point de savoir si les mesures sollicitées la lèsent d'une manière insupportable, la Cour tiendra certainement compte de la circonstance qu'elle acquiesce soit formellement, soit sous forme d'un référé à justice plus ou moins convaincu, à la demande ⁷¹.

Pour en terminer avec cet ordre d'idées, on peut résumer la jurisprudence sur ce sujet en disant que la Cour tiendra compte de l'ensemble des circonstances et des intérêts en cause et recherchera une solution pratique et raisonnable ⁷².

17. § 5 Contenu et nature des mesures provisoires

Pour déterminer le contenu des mesures provisoires ordonnées par la Cour ou qui pourraient l'être, une première approximation est fournie par les textes eux-mêmes qui distinguent entre le sursis à l'exécution d'une part et d'autre part les mesures provisoires proprement dites, quoique dans la terminologie du Règlement, le sursis à l'exécution ne soit qu'une modalité particulière des mesures provisoires.

La distinction est d'ailleurs parfois difficile à faire : il suffit de songer par exemple au cas d'un agent auxiliaire ou temporaire d'une institution dont l'engagement vient à être résilié et qui tout en déposant un recours au fond afin de faire prononcer l'annulation de la décision le concernant, demande par voie de référé qu'il soit sursis à l'exécution de la décision et qu'il puisse

⁶⁹ Il a été jugé par la Cour que lorsqu'une procédure administrative était complexe, il était loisible aux intéressés de ne se pourvoir que lorsque le dernier acte aurait été accompli par l'institution [arrêt en cause *Alvino et cons. c. Commission de la C.E.E.*, du 14.7.1965 (*Recueil XI*, p. 972)].

⁷⁰ Ordonnance en cause *Lassalle c. Parlement européen* (note 64 *supra*).

⁷¹ Même ordonnance. Le droit administratif français est dans le même sens. (Voir *TOURDIAS, op. cit.*, p. 162).

⁷² Il en est de même dans la jurisprudence de la C.I.J. L'ordonnance de la C.I.J. dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian*, apparaissait comme indiquant des mesures aux deux parties en tenant compte des intérêts des deux. Sur ce point, *ROSENNE, op. cit.*, p. 284.

continuer à remplir ses fonctions et à percevoir son traitement. La demande tendra à la fois à un sursis et à des mesures provisoires ⁷³.

Le plus simple paraît de dire que la distinction fondamentale doit être établie entre le sursis qui est une mesure à caractère *négatif*, tandis que les mesures provisoires ont un caractère *positif*.

Quant à savoir quelles peuvent être ces mesures positives, on en est réduit à des conjectures, la Cour, à notre connaissance, n'ayant jamais fait droit à une demande de mesures provisoires de ce type que dans un cas ⁷⁴.

On peut cependant imaginer, en reprenant une classification utilisée à la fois en droit interne et en droit international ⁷⁵ que le juge des référés pourrait être amené à ordonner :

- a) des mesures destinées à éviter la disparition des preuves;
- b) des mesures destinées à éviter au requérant un dommage grave ou irréparable.

Les mesures du premier type sont d'ailleurs une variété de celles du second type, puisque d'une manière médiate, en laissant dépérir les preuves, on risque de causer au requérant un préjudice grave, en rendant plus malaisée, voire impossible, l'administration de la preuve.

Le premier type de mesures (parmi lesquelles le constat d'urgence du contentieux administratif français comme du droit judiciaire privé, est un exemple particulièrement topique), pourrait sans aucun doute être ordonné sans difficulté ⁷⁶.

Par contre, toute demande tendant à obtenir de l'Administration un comportement déterminé ne paraît guère avoir de chance d'être accueillie par la Cour, surtout si la mesure sollicitée peut entraîner des conséquences générales et par exemple interférer avec l'exécution d'une disposition générale. Dans une de ses ordonnances en cause *Plaumann c. Commission de la C.E.E.*, la Cour a très nettement indiqué qu'elle ne pourrait admettre une mesure de ce genre que si étaient réunies des circonstances *exceptionnelles* qui lui paraissaient absentes dans la cause ⁷⁷.

18. De surcroît, il faut supposer — mais on est également réduit aux hypo-

⁷³ Ordonnances en cause *Prakash c. Commission de la C.E.E.A.*, du 25.6.1963 (*Recueil XI*, 724) et la cause *Lühleisch c. Commission de la C.E.E.A.*, du 17.7.1963 (*Recueil XI*, 768).

⁷⁴ Ordonnance en cause *Fiddelaar c. Commission de la C.E.E.* (*Recueil VI*, p. 1119).

⁷⁵ Voir COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 89.

⁷⁶ Des offres de preuves figuraient dans les demandes ayant fait l'objet des ordonnances rappelées à la note 73. Le Président de la Chambre n'y a pas fait droit, parce qu'elles faisaient double emploi avec celles formulées dans la procédure au fond.

⁷⁷ Ordonnance en cause *Plaumann c. Commission de la C.E.E.*, du 31.8.1962 (*Recueil IX*, p. 255).

thèses sur ce point faute de jurisprudence —, que le contenu des mesures provisoires pourrait dépendre de la nature des *actes* qui font l'objet de recours devant la Cour de Justice, et de la qualification qu'il convient de lui attribuer en raison des compétences qu'elle exerce : juridiction internationale; administrative statuant au contentieux de l'annulation ou à celui de pleine juridiction; civile; répressive; de cassation⁷⁸, voire, d'après M. Morelli, interne⁷⁹.

19. En ce qui concerne le contenu et la nature des ordonnances, on conclura cette partie de l'exposé en rappelant certains traits des décisions qui nous sont apparus précédemment, à la fois d'après les textes en vigueur et d'après la jurisprudence :

a) Les mesures ordonnées ne peuvent l'être que sur demande d'une des parties et non d'office⁸⁰.

b) Il ne peut s'agir que des mesures demandées par les parties, et le juge des référés ne peut statuer *ultra petita*⁸¹.

c) Les mesures sont provisoires et temporaires.

Elles sont provisoires en ce sens qu'elles peuvent à tout moment être modifiées ou rapportées, à la demande d'une partie, par suite d'un changement de circonstances, voire d'office sans que ces deux conditions soient remplies dans l'hypothèse visée à l'article 84, § 2, second alinéa (article 87 du Règlement).

Elles sont temporaires, en ce sens qu'elles peuvent non seulement être rappor-

⁷⁸ La nature hybride de la Cour de Justice des Communautés, eu égard aux compétences multiples qui lui sont dévolues, a amené les auteurs à proposer de nombreuses classifications; de la dichotomie originare (juridiction internationale, ou juridiction administrative et civile interne), telle qu'elle figurait dans le Rapport de la délégation française sur le Traité instituant la C.E.C.A. et la Convention relative aux dispositions transitoires et qui est reprise par M. HAMMES, in *La Cour de justice des Communautés européennes* (cours professé à la Faculté internationale de Droit comparé de Luxembourg en août 1959), à l'utilisation de quelque dix qualifications différentes, par VALENTINE, *op. cit.*, en passant par la classification quadripartite proposée par VAN HECKE, « La structure institutionnelle de la Communauté du Charbon et de l'Acier », *J.T.*, 1951, p. 279, et reprise par DUMON et RIGAUD dans leur Rapport au Congrès international des magistrats, Rome, 11, 12 et 13 octobre 1958). Voir en outre, M. LAGRANGE, « Le rôle de la Cour de Justice des Communautés européennes, tel qu'il se dégage de sa jurisprudence », *Droit social*, 1961, p. 5; DE LAUBADÈRE, « Traits généraux du Contentieux administratif des Communautés européennes », *R.C.A.D.I.*, 1964, I, pp. 531 et ss. (voir surtout les pp. 549, 550, 551); VAN BOGAERT, E., « Le caractère juridique de la Cour de Justice des Communautés européennes », *Mélanges Rolin*, pp. 449-461; LOUIS CAVARÉ, « La notion de juridiction internationale », *A.F.D.I.*, V, p. 496.

⁷⁹ MORELLI, Gaetano, « La Cour de justice des Communautés européennes en tant que juge interne », *Öster. Z. f. d. R.*, 1958, p. 269.

⁸⁰ Cela résulte clairement de l'art. 83, par. I du Règlement. Par contre, l'article 61, 6 permet à la C.I.J. d'indiquer d'office des mesures provisoires.

⁸¹ Cela résulte clairement de l'art. 83, par. 2 du Règlement. Par contre, l'art. 61, 4 du Règlement de la C.I.J. permet à celle-ci d'indiquer des mesures conservatoires autres que celles qui sont proposées dans la demande.

tées et modifiées, mais que leur application peut ne pas s'étendre jusqu'au prononcé de l'arrêt, mais se limiter à une date que le juge des référés détermine.

d) Elles ne préjugent pas le fond, ce qui entraîne à notre sens comme conséquence que le juge des référés ne peut accorder à titre provisionnel au demandeur une partie de l'indemnité qu'il réclame⁸².

e) Elles ne sont susceptibles d'aucun recours (article 86, § 1^{er} du Règlement) même pas devant la Cour elle-même, ce qui eût été parfaitement concevable, la Cour statuant elle-même selon une procédure sommaire.

On peut d'ailleurs imaginer des cas où la règle selon laquelle l'ordonnance n'a qu'un caractère provisoire et ne préjuge pas le fond, se trouve quelque peu en contradiction avec celle selon laquelle les ordonnances sont rendues sans recours possible. Ainsi, par exemple, si le Président statuant en référé condamne le demandeur aux dépens ou laisse ses propres dépens à sa charge, alors qu'ultérieurement la Cour vient à lui donner raison quant au fond, il y a là une disparité qui s'explique par l'indépendance au point de vue procédural des deux instances.

f) Les ordonnances sont exécutoires, comme le sont les arrêts eux-mêmes, l'exécution de l'ordonnance pouvant cependant être subordonnée à la constitution d'une caution (article 86, § 2 du Règlement)⁸³.

g) Notons enfin qu'elles doivent être motivées (art. 86, § 1), ce qui contraste avec la pratique du Conseil d'Etat français avant la réforme de procédure, qui lorsqu'il rejetait la demande de référé, ne motivait pas ce refus.

*
**

20. Au terme de cette analyse de la jurisprudence de la Cour, la question se pose de savoir s'il est possible de déterminer à quel *droit*, c'est-à-dire à quelles sources⁸⁴ la Cour se réfère.

⁸² TIZZANO, *op. cit.* (p. 1372), indique que l'exemple le plus fréquent de mesures provisoires consiste dans l'allocation provisionnelle d'une certaine somme au requérant, et cite comme précédent l'ordonnance en cause *Fiddelaar c. Commission de la C.E.E.* (*Recueil VI*, p. 1119). Nous ne partageons nullement ce point de vue. L'ordonnance dont question a été rendue dans des circonstances exceptionnelles. Le requérant se trouvait *exactement* dans la même situation que les requérants en cause *von Lachmüller et cons.*, qui par arrêt du 15.7.1960 (*Recueil VI*, p. 935) s'étaient vu octroyer une indemnité. La procédure continuant pour le requérant, parce que l'annulation du licenciement pouvait être envisagée, et des mesures d'instruction ayant été ordonnées, le Président, — les droits du requérant à une indemnité étant certains —, lui alloua une provision. Mais c'est un cas d'espèce. Sur le principe qu'on ne peut au *provisoire* accorder une indemnité *provisionnelle*, voir l'ordonnance de la C.I.J. dans l'affaire *Usine de Chorzow*, série A/B, n° 12, et COCATRE-ZILGIEN, *op. cit.*, p. 95.

⁸³ Voir sur ce point, les observations de Cocatre-Zilgien, *op. cit.* 106, quant à l'ordonnance du 5.7.1951 de la C.I.J. dans l'affaire de l'*Anglo-Iranian Oil Co.*

⁸⁴ Sur ce point, notamment, MATHIJSEN, *op. cit.*, et les rapports sur la « Cour de Justice et les notions juridiques non précisées », présentés lors du Congrès européen de Cologne, 1963, organisé par l'Institut de Droit des Communautés européennes, de l'Université de Cologne, in *Dix ans de jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés*, pp. 395-435, (Heymans), 1965.

On sait que c'est l'un des problèmes les plus délicats qui se posent à propos de la jurisprudence de la Cour, puisque aussi bien les textes fondamentaux ne renvoient pas à des sources déterminées en sus des traités, contrairement à ce qui se passe pour la Cour internationale de Justice, dont le Statut, en son article 38, détermine les sources de droit auxquelles la Cour se réfère.

La Cour de Justice des Communautés européennes a déjà proclamé, à plusieurs reprises, qu'elle n'avait pas en principe à appliquer les règles de droit international⁸⁵. Elle a également affirmé qu'elle ne devait pas appliquer les droits internes *ut singuli* des pays membres⁸⁶. C'est donc aux traités et aux règles de droit relatives à leur application qu'il faut se référer.

En matière de mesures provisoires, les textes sont relativement sommaires, mais il en est de même pour les textes qui régissent la matière en droit interne, tout au moins dans la procédure civile, et qui organisent davantage la procédure qu'ils ne définissent le droit substantiel applicable.

Des formules comme : « Si les circonstances l'exigent » ; « s'il y a urgence » ; « les moyens justifiant à *première vue* l'octroi de la mesure provisoire », sont incontestablement vagues (quoiqu'il y ait lieu d'admettre que certaines notions ne sont pas susceptibles d'une définition précise, comme c'est le cas pour l'urgence), mais surtout elles n'épuisent pas les conditions que la jurisprudence de la Cour met à l'octroi des mesures provisoires.

C'est ainsi que, nous l'avons vu, la formule : « si les circonstances l'exigent » correspondant à la condition de nécessité, ne suffit pas à déterminer si la juridiction saisie doit tenir compte exclusivement du préjudice éventuel dans le chef du requérant et si oui, quelle doit être l'intensité de ce préjudice pour qu'elle en tienne compte, ou encore si elle peut ou doit tenir compte de l'intérêt de la puissance publique, voire du préjudice éventuel des tiers.

Le texte ne détermine pas non plus si l'examen doit se limiter à ces facteurs ou s'il faut également prendre en considération des circonstances en quelque sorte extrinsèques au rapport étroit entre les parties, comme par exemple, la situation économique générale, ce qui est parfaitement concevable pour des traités à contenu économique.

D'autre part, la règle selon laquelle les moyens doivent être de nature à former à *première vue* la conviction du juge (condition des moyens sérieux) ne détermine pas pour autant quel serait le degré de conviction qui entraînera chez le juge l'octroi des mesures sollicitées. Suffit-il que le recours au fond

⁸⁵ Sur ce point notamment MATHIJSEN, *op. cit.*, pp. 65 et ss., et pour un exemple récent, l'arrêt du 13.11.1964 dans l'affaire *Commission de la C.E.E. c. Grand-Duché du Luxembourg et Royaume de Belgique* (*Recueil X*, pp. 1221 et ss.), voir p. 1231. La Cour appliquerait cependant le droit international dans un litige entre Etats.

⁸⁶ Sur ce point, notamment MATHIJSEN, *op. cit.*, pp. 91 et ss.).

apparaisse comme n'étant pas manifestement mal fondé, ou faut-il une forte présomption qu'il est fondé, ou suffit-il, formule plus neutre, d'une certaine présomption, voire d'une apparence de bien-fondé, la formule romaine et canonique du *fumus boni iuris* rappelant à certains égards qu'il n'y a pas de fumée sans feu...

Mais pour le surplus, dans la mesure où les formules sont vagues et doivent être complétées, comment la Cour va-t-elle combler ces lacunes ou plutôt faire face à ces imprécisions⁸⁷ ? En dégageant le courant commun⁸⁸ ou dominant dans le droit interne des pays membres.

A notre sens, ce ne sera d'ailleurs pas uniquement parce que la comparaison des droits internes fera apparaître une sorte de *consensus* que pour autant il y aura lieu de les considérer comme incorporés au Droit applicable en vertu des traités, mais parce que ce droit commun apparaîtra comme inspiré par les principes généraux du droit qui sous-tendent les droits internes de la même manière qu'ils servent de soubassement au droit des gens.

De cette manière, lors même que la Cour déclare qu'il ne lui appartient pas d'appliquer le droit international ni les droits internes comme tels, on notera que les analogies très importantes observées quand on met en parallèle le droit des gens, les droits internes des six Etats et le droit communautaire, s'expliquent par une commune référence aux principes généraux du droit.

Dans l'ensemble des règles que nous examinons, techniquement les formules, pour autant qu'elles ne soient pas inscrites dans les textes, rappellent celles du contentieux administratif français⁸⁹ (l'influence du droit administratif français, particulièrement élaboré, on le sait, se vérifie aussi par exemple dans la jurisprudence du Tribunal administratif de l'O.I.T. et dans celle du Tribunal administratif de l'O.N.U.)⁹⁰.

Mais c'est parce qu'elles s'inspirent elles-mêmes des principes généraux du droit qu'on les retrouve en fait tant dans la jurisprudence de la Cour interna-

⁸⁷ Sur les lacunes en droit international, voir Lucien Siorat, *Le problème des lacunes en Droit international*, Paris, 1958.

⁸⁸ Voir notamment l'arrêt de la Cour en cause *Algera et cons. c. Assemblée commune*, du 12.7.1957 (*Recueil III*, p. 85), voir p. 115.

CHEVALIER, « Methods and Reasonings of the European Court in its Interpretation of Community Law », *Common Market Law Review*, vol. II, n° 1, juin 1964, pp. 21-35.

⁸⁹ Sur l'influence du droit administratif français sur les Traités et sur la jurisprudence de la Cour : Peter BECKER, *Der Einfluss des französischen Verwaltungsrechts auf dem Rechtsschutz in den Europäischen Gemeinschaften*; GORLEY, « The significant Role of French Administrative Jurisprudence as Presently applied by the Court of the European Communities with Emphasis on the Administrative Law Remedies to Private Litigants », *South Dakota Law Review*, vol. VIII, 1963, pp. 32-77; L'HUILLIER, Jean, « Une conquête de droit administratif français, Le contentieux de la C.E.C.A. », *Recueil Dalloz*, 1953, Chronique XII pp. 63-66.

⁹⁰ Voir à ce propos : JENKS, *The Proper Law of International Organizations*, pp. 59-62.

tionale de Justice que dans celle des Tribunaux arbitraux mixtes, des juridictions internationales arbitrales, des juridictions internes tant judiciaires qu'administratives, de la Cour de Justice des Communautés. Cette similitude s'explique, on le répète, par la référence à des principes généraux du droit⁹¹ qui découlent d'ailleurs dans une large mesure du donné sociologique et technique lui-même, et l'on peut parler à ce propos de principes structurels ou axiomatiques. Dans tout système juridictionnel élaboré, il faut empêcher que l'écoulement du temps cause aux parties en cause d'une manière immédiate ou médiante un préjudice grave ou difficilement réparable, voire irréparable, soit parce que les preuves auraient disparu, soit parce que le maintien d'une certaine situation ou son aggravation seraient intolérables et qu'il y a lieu d'instituer un schéma juridique transitoire ménageant les intérêts de chacun.

Cette exigence découle-t-elle de la nature des choses, de l'esprit de l'institution elle-même⁹², des principes généraux du droit, voire du droit naturel, sorte de noumène, fixe dans la conception des uns ou au contraire variable selon d'autres, ou de toutes ces sources à la fois ? Peu importe.

Se référera-t-on, pour essayer d'interpréter systématiquement la jurisprudence de la Cour, à un principe bien attesté en droit administratif interne comme celui de l'égalité devant les charges ou à un autre moins clairement formulé selon lequel dans l'exécution d'un acte juridique (et cela est particulièrement vrai pour les décisions administratives), il ne faut pas nuire aux tiers au delà de ce qui est strictement nécessaire pour l'utilité sociale⁹³. (On peut considérer que cette règle non-écrite et d'ailleurs diversement formulée, est un de ces axiomes fondamentaux à partir desquels se dégagent des notions juridiques

⁹¹ Ce qui ne signifie d'ailleurs pas que l'on puisse transposer mécaniquement certaines institutions du droit privé au droit international (Avis de la C.I.J. dans l'affaire du *Sud-Ouest Africain*, 1950, p. 132, à propos de la notion de « mandat »).

Il est fait explicitement référence aux principes généraux de droit commun aux Etats membres dans l'art. 215 du Traité C.E.E. et à l'art. 188 du Traité C.E.E.A. Sur les principes généraux de droit dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés, Werner LORENZ, « General Principles of Law : Their Elaboration in the Court of Justice of the European Communities », *American Journal of Comparative Law*, 64, vol. 13, n° 1, pp. 1-29; F. DUMON, « La fonction de la règle du droit dans les Communautés européennes », *Revue internationale de droit comparé*, 1960, p. 84.

En ce qui concerne le droit administratif français, JEANNEAU, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Paris (Sirey), 1954.

En ce qui concerne le droit international, Lord MAC NAIR, « The General Principles of Law Recognized by Civilized Nations », *B.Y.I.L.*, 1957, p. 15; BIN CHENG, *General Principles of Law as applied by International Courts and Tribunals*, Londres, 1956.

⁹² Sur le recours aux principes généraux régissant la matière, voir Ch. DE VISSCHER, *Problèmes d'interprétation judiciaire en droit international public*, p. 101.

⁹³ Cette norme se retrouve dans l'adage : « *Sic utere jure tuo ut alterum non laedas* », voir MATHIJSEN, *op. cit.*, p. 77.

parmi lesquelles par exemple, l'abus de droit qui peut fonder, on le sait, une condamnation à des dommages-intérêts, voire une annulation). Qu'importe.

L'essentiel pour notre propos est que l'institution se retrouve tant dans de nombreux ordres internes qu'en droit international public et que parfois même dans le silence des textes, soit que les solutions procèdent de la nature des choses, soit de l'esprit général d'un système juridique, soit qu'il y ait irradiation d'un ordre par rapport à un autre, les contours de l'institution soient finalement analogues sinon identiques.

Est-ce nier la spécificité du droit communautaire dans ce domaine que d'en faire la constatation⁹⁴ ? Nous ne le pensons pas car la Cour, pour apprécier s'il existe un risque de préjudice, doit de toute manière se référer non seulement à des situations de fait, mais au système particulier de relations juridiques et de règles qui constituent le droit communautaire, c'est-à-dire en définitive à un droit spécifique comportant des finalités particulières⁹⁵.

⁹⁴ Et cette question s'insère dans la *quaestio maxima* du droit international : celle de la pluralité des ordres juridiques. Pour les contributions récentes à cet éternel débat : M. VIRALLY, « Sur un pont aux ânes : Les rapports entre droit international et droits internes », *Mélanges Rolin*, pp. 488-505; Giacinto Bosco, « La pluralità degli ordinamenti giuridici nell'unità del diritto delle Genti », *Studi in memoria di Guido Zanobini*, vol. IV, (Giuffrè), Milan.

⁹⁵ Voir : Léontin CONSTANTINESCO, « La spécificité du droit communautaire », *Revue trimestrielle de droit européen*, 2^e année, 1, janvier-avril 1966.