

## QUELS PROCESSUS D'HARMONISATION ?

### L'harmonisation par les juges

#### L'action des instances juridictionnelles – nationales et communautaires – et des réseaux informels

**Daniel TRICOT**

*Président honoraire de la Chambre commerciale, financière et économique de la Cour de cassation*

Ce matin, nous sommes à la recherche de deux techniques d'harmonisation : celle effectuée par les juges – objet de notre table ronde –, puis réalisée par la procédure.

L'objectif de cette harmonisation est la création d'un espace judiciaire économique européen, et, pour reprendre les mots du Président Frattini, la création d'un véritable espace commun de justice, de liberté et de sécurité, tel que l'envisage l'article 65 du traité. Un constat s'impose : le modèle européen se caractérise – et je reprends encore les propos très pertinents du Président Frattini – non par l'affirmation d'un système juridique supérieur à d'autres, « *common law versus code civil* », mais plutôt par la diversité des institutions et des procédures, tout en partageant un socle commun fondé sur les traités, la charte des droits fondamentaux et le droit dérivé. Nous sommes ainsi à la recherche des évolutions vers une justice économique efficiente en Europe et vers une harmonisation. Mais, harmoniser, c'est trouver les voies d'une cohérence dans la diversité des règles et des institutions. Nous aurons à nous interroger sur l'évolution car le traité ne parlait pas d'harmonisation mais de rapprochement des législations. Harmoniser ce n'est pas coordonner les institutions. Ce n'est pas unifier les règles de droit. L'harmonisation respecte le principe de subsidiarité.

Pour débattre de ces thèmes, je vous propose d'orienter nos débats autour de quatre réflexions : une première réflexion portera sur l'existant et les méthodes d'harmonisation ; puis nous nous interrogerons sur le périmètre de l'harmonisation. Une troisième réflexion portera sur l'utilité ou l'efficacité des réseaux de juges, et, enfin, parce qu'il est permis de rêver, une quatrième réflexion interrogera sur la légitimité des juges.

Pour envisager ces quatre réflexions successives, nous avons la chance d'avoir à nos côtés : Monsieur le Conseiller d'État Jean-Pierre Puissochet, Monsieur le Procureur général Luigi Rovelli, Monsieur le Professeur Giuseppe Tesauo et Monsieur le ministre Melchior Wathelet. Pour introduire ce débat, je vous présenterai d'abord les deux premières réflexions.

Première réflexion, les méthodes d'harmonisation.

Le Président Frattini parlait des traités de la charte des droits fondamentaux, du droit dérivé. On peut l'approcher par la primauté du droit communautaire, les ressources de l'effet direct, le droit unifié, la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme – et sa lecture, tant par la Cour européenne des droits de l'homme, que par les juridictions nationales – l'accès au juge, le procès équitable, le principe de proportionnalité, la sécurité juridique, la prévisibilité, et je ne cite pas tout. Tout cela fait que, aujourd'hui, chaque juge national est devenu un juge européen. Et bien sûr, il convient de citer – nous y reviendrons dans la troisième réflexion –, les questions préjudicielles. Les méthodes d'harmonisation existant déjà, la question est de savoir si elles peuvent être mieux utilisées, mieux développées. Mais dans le même temps, il faut s'interroger sur le périmètre de l'harmonisation. On connaît le traitement juridique et économique de la concurrence – ce sera la deuxième partie de ce colloque – et son évolution vers un réseau d'autorités administratives articulées avec un maillage juridictionnel spécialisé dans les divers États membres. Monsieur le Président Didier Kling nous parlait des méthodes, des matières à harmoniser : concurrence, propriété industrielle, société, banque et bourse, insolvabilité. Ces domaines nous livrent plusieurs clés d'entrée pour harmoniser le périmètre du droit économique et des juridictions économiques.

Première clé : faut-il distinguer selon l'espace ? Distinguer entre les litiges locaux et les litiges transnationaux. Faut-il distinguer selon le domaine ? Et, dans ce cas, comment mettre en œuvre cette distinction ? On peut distinguer par matière, et relever toutes les matières – comme je viens de le faire – qui relèvent du droit des affaires ou du droit de l'économie. On peut aussi distinguer par secteur : la concurrence, les brevets, le transport, etc. On peut distinguer selon la méthode, selon que l'on prône une intervention directe du juge ou le contrôle par des autorités administratives indépendantes. Le meilleur exemple, à mon avis, est celui tiré de l'arrêt *Eurofood* de la Cour de justice des communautés européennes du 2 mai 2006 qui, pour l'application du règlement communautaire, a fait très clairement ressortir que le juge européen est, tout simplement, le premier juge national qui ouvre une procédure collective en Europe et qui, par là même, retient sa compétence (sauf à admettre plus tard qu'il n'était pas lui-même compétent). Et non seulement il retient sa compétence, mais il fixe par là même la règle de droit applicable, puisque c'est la législation de ce juge qui a vocation, sous réserve des procédures secondaires, à s'appliquer dans toute l'Europe.

Vous voyez que nos réflexions sur ces méthodes d'harmonisation et sur le périmètre de l'harmonisation sont ouvertes, et j'invite les uns et les autres à prendre la parole. Monsieur le Ministre Wathelet.

## Les méthodes et le périmètre de l'harmonisation

### **Melchior WATHELET**

*Ancien Juge à la CJCE, ancien Vice-Premier Ministre, Ministre de la Justice et des Affaires Économiques de Belgique*

Merci Monsieur le Président. Je partirai du postulat que, aujourd'hui, en matière économique, la fragmentation du droit représente un coût croissant, et ce d'autant plus que le marché s'unifie. Et si nous allons, au cours de ce colloque, essentiellement parler du droit de l'Union européenne et de l'harmonisation au sein de l'Union européenne, je crois que le même problème se pose, et de plus en plus, au-delà des frontières de l'Union européenne, conséquence de la mondialisation de l'économie. Deuxième postulat, si l'harmonisation est largement souhaitable pour l'économie, pour les justiciables, elle sera nécessairement multiforme. Pour reprendre à mon compte l'expression de Madame Delmas-Marty de « pluralisme ordonné », je dirais, allant presque jusqu'au pléonasme, pluralisme « ordonné » et même « diversifié ».

Diversifié selon les matières, selon le type de litiges, et aussi selon le type d'harmonisation envisagée. Parce que l'harmonisation, c'est plus que de la coordination. Cela peut aller, dans le langage traditionnel du droit européen, jusqu'à la règle pratiquement uniforme (ou même la règle uniforme), mais cela peut être simplement la fixation de seuils minimums, ou ce qui est d'ailleurs une méthode redoutable, la reconnaissance mutuelle avec des formes particulières, comme dans l'arrêt *Eurofood* dont vient de parler le Président Tricot. Ajoutons les méthodes d'harmonisation existantes ; vous en avez citées quelques-unes, Monsieur le Président, et j'y souscris : la primauté, l'effet direct, le droit unifié, la CEDH, le mécanisme préjudiciel qui a permis de faire du juge national le premier juge communautaire. C'était une mécanique extraordinairement imaginative, une mécanique extraordinairement efficace. Si on avait tout envoyé à Luxembourg, on aurait noyé la juridiction communautaire. Mais, bien entendu, en faisant du juge national, le juge du droit communautaire, il fallait inventer un processus d'unification d'interprétation et d'application du droit. On avait le choix entre le mécanisme traditionnel utilisé dans tous nos États qui est celui de la hiérarchie (on va en appel jusqu'à la Cour suprême) ou, et c'est ce qui a été choisi – et je crois que cela convenait particulièrement bien à l'Europe naissante et que cela convient encore aujourd'hui –, le mécanisme de la coopération entre juridictions, le mécanisme préjudiciel. J'ajouterai, au nombre des méthodes d'harmonisation existantes, le mécanisme de l'interprétation conforme (la Cour de justice exige du juge national qu'il interprète, dans toute la mesure du possible, son droit national de manière conforme au droit communautaire), et le monopole que s'est réservé la Cour de justice pour l'appréciation de la validité du droit communautaire.

Maintenant, il me semble qu'il serait souhaitable, à court terme, pour améliorer encore la sécurité juridique – même si la Cour de Luxembourg a bien agi dans la ligne de la CEDH à cet égard –, que l'Union européenne adhère à la Convention européenne des droits de l'homme.

Cela a été décidé dans le traité constitutionnel ; le traité de Lisbonne prévoit que cette adhésion fasse l'objet d'une ratification supplémentaire par tous les États membres.

Je passe à ce qui serait le périmètre souhaitable de l'harmonisation. Vous avez demandé, Monsieur le Président, s'il fallait procéder par matière ? par secteur ? en fonction de la méthode ? Je répondrai oui à toutes vos propositions. Je dirais que selon les secteurs, selon les domaines, on choisira une autre méthode ou un autre degré d'harmonisation. À l'une des extrémités du spectre, on va trouver des matières comme la concurrence ou la propriété intellectuelle, où là, manifestement, l'harmonisation doit être extrêmement poussée. On est dans l'international presque par définition. Il faut unifier le droit matériel, la procédure et la juridiction. À l'autre extrémité du spectre, nous trouvons la protection du consommateur ou la concurrence déloyale locale, ne parlons pas d'harmonisation, nous ne serions pas dans le respect du principe de subsidiarité. Je crois, par ailleurs, que l'harmonisation par les juges est positive surtout lorsque rien d'autre n'existe. Mais je pense, tout de même, que l'unification ou l'harmonisation au niveau du droit matériel, reste un élément d'efficacité important. Tout le travail ne doit pas être fait par les juges. Le législateur peut aussi apporter sa contribution. Un exemple significatif est ce que l'on a appelé la communautarisation partielle du troisième pilier, c'est-à-dire la communautarisation de la coopération judiciaire civile : cela a consisté à faire passer, dans le pilier communautaire, ce qui était, jusqu'au traité d'Amsterdam, dans le troisième pilier, justice et affaires intérieures. Le changement d'instrument juridique, le passage d'une convention internationale – qui pourtant était interprétée en utilisant la compétence préjudicielle de la Cour de justice, avec donc, une mécanique d'harmonisation qui pouvait être efficace – à des règlements communautaires, augmente l'efficacité et la rapidité, mais permet aussi d'harmoniser de manière plus efficace, tout en facilitant le travail du juge. Même s'il est vrai que tous les efforts européens faits dans ce cadre ne sont peut-être pas inspirés d'un modèle processuel commun bien réfléchi et très cohérent, je crois que toutes les initiatives visent à atteindre plus d'équité, plus d'efficacité, et une rapidité raisonnable.

Dernier point, si l'idéal est l'harmonisation au niveau législatif, suivi bien sûr, d'une harmonisation par les juges, et si beaucoup d'instruments existent déjà – et souvent à la seule initiative des juges – je crois qu'il ne faut pas se faire d'illusions quant aux instruments institutionnels. L'ennui d'être d'accord avec ses prédécesseurs, c'est de répéter ce qu'ils ont dit. Je pense, en effet, qu'il n'est pas opportun de pousser à tout crin l'intégration juridictionnelle. J'ai déjà dit, tout à l'heure, qu'on avait privilégié – cela me paraît une bonne chose – le réseau plutôt que la hiérarchie, la coopération entre les juges plutôt que les mécanismes d'appel et de cassation au niveau européen. Je ne pense pas que demain une œuvre unificatrice autoritaire soit possible ni même opportune. On pourrait vouloir, demain, supprimer ou imposer l'échevinage, regrouper tous les litiges économiques au sein du judiciaire ou au sein des juridictions administratives. Je pense que : *primo* ce n'est pas nécessaire, et *secundo* que ce ne serait pas politiquement faisable. Cela n'empêche pas que l'on puisse avoir des échanges de juges, des formations réciproques, des recommandations et que l'on puisse, entre pays, se dire que telle ou telle méthode a donné de particulièrement bons résultats. Et je pense, puisqu'on en

a beaucoup parlé dans l'étude du CREDA, à la technique de l'échevinage de nos juges consulaires en Belgique auprès des tribunaux de commerce. Ces formules peuvent d'ailleurs percoler au niveau européen ; je voudrais faire allusion à la proposition de la Commission de créer non seulement un brevet communautaire – qui est aujourd'hui bloqué pour des problèmes linguistiques –, mais aussi un tribunal du brevet communautaire. On unifie le droit, et on prévoit la juridiction. Et d'ailleurs, le traité de Nice a été précurseur en la matière, puisqu'il a prévu la possibilité pour le Conseil de créer des tribunaux spécialisés qu'on appelle aujourd'hui « chambres juridictionnelles », et qu'on appellera demain, « tribunaux spécialisés ». C'est donc bien le droit matériel et la juridiction qu'on unifie. Et au niveau européen, on va y trouver une technique proche de l'échevinage, puisque la Commission, dans sa proposition de tribunal sur le brevet communautaire, prévoit, bien sûr, qu'il y aura des juges, mais que ces juges seront assistés de spécialistes. Évidemment, on pense tout de suite aux spécialistes des domaines scientifiques qui sont nécessaires dans le domaine du brevet. Mais ils ne seront pas là seulement comme référendaires. Ils ne seront pas là pour proposer ou préparer le travail du juge. Ils assisteront aux délibérés, mais – particularité par rapport à nos juges consulaires par exemple en Belgique – ils n'auront pas de voix délibérative.

Ce qui me fait revenir à mon préalable, le pluralisme ordonné si possible, et probablement pluralisme diversifié, étant entendu que l'harmonisation, quel que soit son degré, ne me paraît s'imposer que pour les litiges transnationaux par nature ou les domaines appelés à devenir de plus en plus internationaux.

**Daniel TRICOT.**– Monsieur le Professeur Tesauo, vous voulez bien intervenir sur les méthodes et les périmètres de l'harmonisation ?

**Giuseppe TESAURO**

*Juge à la Corte Costituzionale della Repubblica Italiana, ancien Avocat général à la CJCE, ancien Président de l'Autorita Garante della Concorrenza e del Mercato*

Je voudrais faire deux brèves réflexions préliminaires, si vous me le permettez. Le droit de l'économie a une position tout à fait particulière, parce qu'on est convaincu – et c'est aussi la réalité –, qu'il y a un détachement du droit de l'économie par rapport à la dimension traditionnellement nationale du droit. Le droit de l'économie a une dimension ultra-nationale. Et cela pose un problème d'harmonisation peut-être encore plus fort que pour les autres secteurs du droit. La deuxième réflexion préliminaire, c'est que le marché ne tolère pas les retards, les insuffisances, les inefficiences de la justice. Or, une des raisons de l'inefficience de l'État, c'est la fragmentation des disciplines juridiques du droit matériel et du droit procédural. Plus forte est alors l'exigence d'harmonisation qui se pose dans ce secteur. Il y a aussi une autre raison très importante : l'inefficience, les retards, la fragmentation posent un problème aux entreprises, mais aussi au pays tout entier, parce que ces facteurs ont une influence directe et immédiate sur la compétitivité des entreprises et sur le système économique d'un pays. L'exigence d'harmonisation est, là aussi, très forte.

Nous avons maintenant un modèle communautaire. Le modèle communautaire c'est un grand modèle, nous le savons. On a introduit dans l'âme des juristes, une approche communautaire du droit. Et cela est très important, c'est le commencement d'un processus naturel d'harmonisation. Le seul. Mais, dans le secteur spécifique du droit de l'économie et du procès civil en général, nous avons, et le Professeur Cadet l'a bien dit, une fragmentation ; et ça, ce n'est pas bon.

On devrait commencer avec un tapis de base – que nous avons déjà : ce sont les droits fondamentaux en matière de garanties des droits des individus, des entreprises – puis construire un modèle du procès au sens large sur lequel on pourrait alors greffer une extension qui s'occupe spécialement des affaires économiques. Les affaires économiques n'ont pas besoin d'un procès spécial, à mon avis. Elles n'ont pas besoin d'un juge très spécial. Le juge de l'économie doit être un bon juge avant d'être un spécialiste. Et le cadre du procès dans lequel il évolue doit d'abord être un cadre général. Après, on peut commencer à réfléchir sur la possibilité, si on en ressent le besoin, d'un procès spécial. Spécial, de quel point de vue ? Du point de vue des délais ? Certes, pour le droit de l'économie les délais sont importants, mais le procès en général ne tolère pas les retards. C'est donc à un modèle de procès communautaire de base que l'on doit réfléchir maintenant et il convient d'harmoniser les différents éléments dont nous disposons. On a la faillite, l'injonction. Ce sont là des initiatives très importantes qu'a prises la Communauté. Mais il me semble que l'on doit arriver maintenant à un modèle unique de procès uniforme, qui peut commencer à être construit sur le socle des droits de l'homme, désormais base commune pour toute l'Europe, l'Europe de Strasbourg et l'Europe de Luxembourg. Il y a là, me semble-t-il, matière à réflexion.

Quant au périmètre, encore une fois, je ne suis pas très favorable à une trop grande fragmentation. Le droit de l'économie, c'est déjà une spécialisation. Le droit de la concurrence, des brevets, des transports, ce sont des choses un peu différentes : la concurrence, par exemple, c'est un bon modèle de coopération, d'harmonisation, mais cela reste très spécial. Je ne vois pas tellement les juges impliqués. Le *private enforcement*, le recours au juge y est très limité, sauf en matière de dommages et intérêts. Le modèle « concurrence », est un modèle construit sur les circuits et sur la dimension publique de la concurrence, c'est-à-dire sur le marché, l'autorité publique administrative de concurrence. Mais je ne sais si c'est un modèle auquel on doit penser. Quand j'ai été nommé Président de l'Autorité de Concurrence italienne, la première chose que j'ai faite a été d'inviter à dîner toutes les autorités de concurrence à Rome. Et on a commencé à créer le réseau des autorités de concurrence. On a fait la même chose avec le juge... mais c'est un modèle tout à fait particulier. J'insiste sur cette idée qu'il faut commencer par le général et arriver, au fur et à mesure qu'on en a besoin, à la spécialisation d'une partie du procès, mais pas du procès dans son ensemble.

**Daniel TRICOT.**– Monsieur le Procureur général Rovelli voulait dire quelques mots.

## **Luigi ROVELLI**

*Procureur général à la Cour d'appel de Gênes*

J'aborderai les thèmes que vous nous avez soumis mais dans le cadre de quelques considérations plus générales. Je rappelle la célèbre formule de Max Weber, selon laquelle « l'entreprise capitaliste est intimement fondée sur le bénéfice. Elle a besoin, pour exister, d'un appareil judiciaire dont le fonctionnement, du moins en principe, puisse être calculé rationnellement en temps, contenu et coût ». Cette idée était avancée par Max Weber alors qu'il décrivait les étapes du développement économique à la suite de la révolution industrielle.

En Italie, le domaine judiciaire est caractérisé par la durée excessive des procédures. Cette situation semble paradoxalement être un démenti à la célèbre prophétie de Max Weber. En Italie, en effet, l'économie s'est développée à côté même d'une administration de la justice souvent déficiente. D'un côté, cette anomalie peut être une des raisons qui ont favorisé l'abus de certaines mauvaises pratiques. Mais d'un autre côté, l'inefficacité du système judiciaire italien ne concerne pas l'intégralité de la procédure civile, mais presque exclusivement le procès de cognition ordinaire, car dans notre système, il n'existe pas de procès civil, mais beaucoup de modèles de procès. Et le panorama va changer quand on va examiner des procédures spéciales, par exemple le procès monitoire, une large partie des procédures d'urgence. Il y a encore une raison historique particulière pour laquelle, en Italie, le besoin d'un bon droit des affaires et de l'efficacité du remède juridictionnel est peut-être plus important que dans de nombreux autres pays européens : les remèdes « structureaux », comme la réduction de la fiscalité, ou une plus grande flexibilité dans le droit du travail, ont des coûts sociaux et économiques difficilement maîtrisables alors que l'amélioration de la législation sur les sociétés, du droit des affaires en général, produit, à moindre coût, des effets remarquables sur le développement de l'économie.

Je partage les observations du Professeur Tesauro, une approche communautaire, voilà la voie nécessaire.

Et sur la voie de l'harmonisation possible, un rôle décisif a été joué par la Cour de justice européenne, lieu de l'interprétation centralisée des règles communes du marché européen. Les piliers principaux sur lesquels repose l'ordre juridique européen découlent directement de la jurisprudence de la Cour : la primauté du droit communautaire, le principe de l'interprétation du droit national en conformité avec le droit communautaire... Mais je désire souligner l'importance décisive, qu'ont eues, dans le domaine des affaires et de la *corporate governance*, les décisions *Centros*, *Überseering* et *Inspire Art* ; les sociétés constituées selon la législation d'un État membre, mais dont le siège principal de leur activité se situe dans un autre État membre, peuvent être régies selon les règles du droit des sociétés de l'État de constitution. Ce principe permet aux entreprises de choisir la meilleure des règles sociétaires que le marché européen va leur présenter. Cela stimule évidemment – et a stimulé – une concurrence entre les États à la recherche de la législation la plus favorable pour les entreprises. Cette compétition peut être

utile lorsqu'elle porte sur des éléments comparables. C'est le cas pour les règles relatives à la protection du capital social, des intérêts des tiers. Ce noyau minimum de protection est la condition *sine qua non* pour que la concurrence entre systèmes judiciaires puisse avoir un effet positif. Il s'agit d'un phénomène comparable à celui expliqué par Madame Romano dans *The genius of American corporate law* (1). Là, on envisage la meilleure partie du système de *corporate governance* aux États-Unis où coexistent des règles impératives établies au niveau fédéral et une large autonomie des législations de chaque État.

À l'invitation de Monsieur Tricot, je voulais réserver quelques mots au problème du modèle de la concurrence comme modèle de contentieux idéal. Je partage l'idée selon laquelle c'est un modèle à imiter. Mais j'ai aussi quelques préoccupations liées à la multiplication des autorités administratives indépendantes. La multiplication, c'est un phénomène désormais bien enraciné dans les pays de l'Union européenne, à l'image de ce qui se passe aux États-Unis. Mais on peut se demander, ainsi que l'on fait Claude Ducouloux-Favart et l'une de ses étudiantes, si « la multiplication de cette autorité pollue les structures de l'État démocratique ? ». Elles sont, d'un côté, des entités administratives non juridictionnelles puisqu'elles ont compétence dans un secteur réservé aux services publics, mais, en même temps, elles jouissent de l'indépendance. Or, l'article 20 de la Constitution française pose comme règle générale que le Gouvernement est politiquement responsable, dispose de l'Administration et répond de son activité. Ceci est, je crois, la limite constitutionnelle à l'extension de ce modèle. Dans le même temps, il me semble que la voie est ouverte au « *private enforcement* », qui, en matière de concurrence, est le second instrument de sauvegarde du droit de la personne, tout en demeurant le premier instrument venant au soutien de l'action publique de la Commission et des autorités nationales de concurrence. Dans cette perspective, on peut aller jusqu'à considérer qu'il conviendrait de reconnaître aux décisions de la Commission et des ANC, l'autorité de la « chose décidée » lorsqu'une action privée en réparation est engagée devant le juge judiciaire national par les victimes. Et je crois que cela est le maximum de confiance que l'on peut faire à ce modèle.

**Jean-Pierre PUISSOCHET**

*Conseiller d'État honoraire, ancien Juge à la Cour de justice des Communautés européennes*

Je serai extrêmement rapide, rassurez-vous. Premièrement, je me rappelle que, lors d'un précédent colloque, on avait insisté sur le fait que l'harmonisation n'était pas, à vrai dire, une véritable nécessité. Et un point de vue proche de celui-ci a été exprimé par le Président Badinter qui indique dans la préface de l'ouvrage du CREDA : « nul besoin d'imposer un modèle uniforme de juridiction économique en Europe. La diversité liée à l'histoire et à la culture judiciaire peut subsister, à la condition de respecter tous les principes du procès équitable inscrits dans les conventions du Conseil de l'Europe et les traités de l'Union européenne » (2). Et je crois que c'est une expression tout à fait heureuse. Je remarque aussi

(1) R. Romano, *The genius of American corporate law*, Aei Studies in Regulation and Federalism, 1993.

(2) *Quelles juridictions économiques en Europe ?*, op. cit., p. XXIV.



que les pères du traité de Rome n'avaient qu'une sympathie modérée pour l'harmonisation et qu'ils préféraient s'exprimer en termes de rapprochement des législations. Je voudrais remarquer aussi que la technique du juge n'est pas très favorable à une action d'harmonisation. D'abord parce que le juge, comme chacun sait, ne connaît une affaire que lorsqu'il en est saisi. Il ne répond, en principe, à des moyens, que lorsque ces moyens ont été formulés devant lui. Et par conséquent, son pouvoir d'initiative est relativement limité. Je crois que c'est aussi une chose qu'il faut conserver à l'esprit.

Ensuite, parce que les règles qui résultent du traité restent, de toute façon, imprécises. Il est tout à fait frappant de constater, aujourd'hui encore, après une cinquantaine d'années de fonctionnement que la Cour de justice des Communautés européennes a encore des difficultés à déterminer les limites précises de l'effet des directives, par exemple, et des effets qui ne seraient pas verticaux, mais diagonaux ou autres. Et les règles sur l'effet direct, sur la primauté du droit communautaire sur les droits nationaux, sont des règles qui ont été conçues comme relatives à la hiérarchie des normes, et pas seulement, ou de façon très indirecte, comme des règles d'harmonisation. La dernière observation que je voudrais formuler concerne la question du périmètre et de ce qu'on a si joliment appelé les clés d'accès au périmètre. Sur ce point je dirais que je n'ai pas d'avis définitif ni même approximatif sur la clé la plus utile pour procéder. Je dirais surtout que les divisions, trop nombreuses, entre des juges qui seraient spécialisés et des juges qui seraient particulièrement compétents, aboutissent à multiplier les catégories. Et si on multiplie les catégories, cela veut dire qu'on multiplie les frontières ; et si on multiplie les frontières, on multiplie les délimitations. Et de surcroît, tout ceci n'est pas très facile à mettre en œuvre.

Je terminerais en citant cet exemple qui est à la fois pittoresque et intéressant (il concerne aussi la Cour de Luxembourg) : comme chacun sait il y a des situations dans lesquelles il n'y a pas de compétence communautaire parce que la législation applicable est une législation strictement nationale, que les circonstances de fait sont strictement nationales, etc. Et ces règles, en apparence simples, qui devraient permettre de déterminer très facilement ce qui est de la compétence communautaire et ce qui n'en relève pas, ne le sont pas toujours. Lorsque le juge, par souci de rendre plus subtiles les règles, aboutit à des solutions, comme celle dégagée dans l'affaire dite des saucissons de montagne, on voit bien combien il est complexe d'intervenir dans une situation dans laquelle il y a de nombreux secteurs à prendre en considération. Dans cette affaire, la législation applicable était la législation d'un État membre déterminé ; la France. Les phénomènes qui étaient à la base du conflit et du litige s'étaient déroulés dans un État membre unique, la France, mais la Cour a pu estimer qu'il était possible, après tout, qu'il y ait une extension communautaire et une compétence communautaire susceptibles d'être reconnues. Il y a eu quelques autres décisions qui impliquent la même philosophie. Et cela montre combien il est complexe d'appliquer des critères tels que celui-ci.

**Daniel TRICOT.**— Merci Messieurs. L'harmonisation n'est pas l'unification. Nous en sommes bien d'accord. Et c'est dans la diversité des réseaux que l'harmonisation peut se faire.

Nous sommes au début d'un processus, si j'en crois le Président du Conseil national des Barreaux français. Il a cette expression forte : « il va falloir effectuer le grand saut vers l'intégration dans la vie économique ». Il parle des professions, il parle du droit, bien sûr, mais on voit le défi qui doit être relevé, en particulier par les juristes français.

Nous en venons à la troisième réflexion ; celle sur l'utilité des réseaux de juges. Nous sommes en partenariat avec le Forum des juges commerciaux européens, avec l'Association des juges européens du droit de la concurrence, et beaucoup d'entre nous, y compris moi-même, pourraient dire tout le caractère fructueux de ces échanges informels entre juges qui se réunissent un jour, deux jours, pour étudier des situations concrètes et voir les diverses solutions, adopter et comparer les résultats, et non pas les règles, mais les résultats dans les divers pays européens. Il faut aussi parler, bien sûr, du réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale dont a parlé fort bien, fort longuement et fort utilement, le Président Frattini. Mais il n'y a pas que cela. Et dans ce débat sur l'utilité des réseaux de juges, se posent un certain nombre d'interrogations au sujet des questions préjudicielles. À propos de cette interprétation centralisée, certains ont suggéré que les cours suprêmes des divers États membres soient associées à l'instruction des questions préjudicielles, et non pas seulement les gouvernements des États. D'autres ont suggéré des possibilités de questions préjudicielles plus larges, ouvertes aux juges du fond, aux arbitres en particulier. La Cour de justice a elle-même proposé de déconcentrer les questions préjudicielles. Et puis, ultime étape et ultime interrogation dont il faudra parler, ne serait-ce que rapidement, c'est cette fameuse création d'une Cour suprême européenne. Est-ce nécessaire ? Est-ce utile ?

## De l'utilité des réseaux de juges

**Giuseppe TESAURO.**– Bien sûr, les réseaux des juges sont des initiatives très importantes. C'est très important de pouvoir se voir, de manger ensemble, de parler, de se promener ensemble, ici, sur les Champs Élysées ou à Rome, ou à Venise, pourquoi pas ? Nous avons fait l'« *International competition network* » à Naples. Alors, oui, les réseaux sont très importants.

Si le réseau représente pour certains le commencement de quelque chose de différent, c'est-à-dire une Cour suprême, une Cour de cassation européenne ou encore plus, cela me pose peut-être problème. La Cour de cassation, c'est quelque chose qui est lié au droit national. Si on veut quelque chose de différent lié à un droit harmonisé, unifié, rapproché, ou je ne sais quoi, mais en tout cas un droit commun, alors on a déjà la Cour de justice. On peut imaginer encore autre chose. Mais la multiplication, c'est quelque chose qui a à voir avec les poissons et le pain, pas avec les cours de justice.

Venons-en au deuxième aspect : La question préjudicielle. Moi, je suis né avec le renvoi préjudiciel auprès de la Cour constitutionnelle (c'est le modèle autrichien, que l'on connaît également en Allemagne et en Italie). Mais ce renvoi préjudiciel concerne des cas particuliers,

et implique les seules parties. Le renvoi préjudiciel communautaire intègre quelque chose en plus : les gouvernements des États membres sont impliqués. Je ne pense pas qu'il faille y ajouter les Cours suprêmes. Les Cours suprêmes des différents États membres sont déjà impliquées dans le procès national. On peut faire appel, on peut faire un recours en cassation. Pour le moment, j'hésite à souscrire à une hypothèse de ce genre.

Élargissons les possibilités des questions préjudicielles. Peut-être y a-t-il un problème avec les arbitres ? Mais on pourrait accepter de la part d'« arbitres » appelés à trancher un litige – et non à refaire le contrat – les questions préjudicielles. En Italie, nous avons un système dans lequel il y a deux types d'arbitrage : l'arbitrage contractuel (l'arbitre refait le contrat) et l'arbitrage « rituel » qui consiste à trancher des litiges, avec la garantie d'un procès. Et le coût n'est pas tellement différent, parce que, dans ce cas, les délais sont très rapides. Pendant longtemps, la Cour constitutionnelle a refusé aux arbitres la possibilité de faire un renvoi préjudiciel. Mais elle a fini par comprendre que l'idée n'était pas mal, et elle a accepté le renvoi préjudiciel des organes d'arbitrage. La Cour constitutionnelle italienne fonctionne plus ou moins comme la Cour de justice. C'est donc une voie à creuser. Et c'est très important pour le droit de l'économie, des affaires, du commerce, etc. Déconcentrer les questions préjudicielles, ça ne va pas. Ou bien, c'est le tribunal qui en connaît, ou bien c'est la Cour de justice mais pas les deux. Et comme la tendance est toujours à maintenir la possibilité de faire appel des décisions du tribunal, y compris pour le droit de la fonction publique, les délais de procédure s'éternisent et cela ne va pas.

**Melchior WATHELET.**– Je vais essayer de conclure, pour ma part, en fusionnant les troisième et quatrième réflexions en quelques points.

Je ne pense pas qu'il y ait vraiment de modèle unique. Nous vivons et nous devons vivre dans la diversité, dans la diversification, selon les types de litiges, selon les matières, et en choisissant, chaque fois, la solution la plus adéquate. Et il ne faut pas oublier non plus que, dans certaines matières, les choses sont politiquement plus difficiles à décider que dans d'autres. Et je ne crois pas qu'il faille renoncer à avancer dans certaines matières sous prétexte qu'on ne peut pas avancer partout à la même vitesse.

Deuxième point : un réseau informel de juges, oui, pourquoi pas, comme l'a dit Monsieur Tesauo. J'espère donc être bientôt invité à Naples pour une conférence, un bon déjeuner et le bon soleil du sud de l'Italie. Pour être plus sérieux, pour avoir eu l'expérience des contacts entre la Cour européenne des droits de l'homme et la Cour de justice des communautés européennes, les réflexions en commun, collectives, fréquentes, régulières sont importantes sur le plan humain et sur le plan juridique. Ces rapprochements se traduisent, non seulement par le respect mutuel, mais aussi par l'enrichissement réciproque de la jurisprudence. Cela se fait même entre Cours non européennes.

Troisième et dernier point, Monsieur le Président, j'aurais voulu faire, au-delà des grandes réflexions, quelques petites suggestions techniques. La première pour dire que je ne crois pas du tout à l'idée d'une Cour de cassation européenne. Je ne vois pas en quoi cela serait opportun, et même si cela l'était, je ne vois pas, aujourd'hui, de possibilités politiques de pareilles décisions. Par contre, je pense que nous pourrions faire quelques propositions d'amélioration des systèmes existants, et notamment en droit communautaire sur la base, par exemple, du modèle utilisé pour la concurrence. Cette matière, de plus en plus européenne, a fait l'objet, en 2003, d'une re-déconcentration au niveau des États, mais avec la possibilité de participation de la Commission européenne, à la fois dans les procédures judiciaires, et dans les procédures administratives nationales. Nous pourrions donc, peut-être, dans d'autres matières voir la Commission européenne jouer le rôle d'une sorte de ministère public – mais dans le sens de l'*amica curiae* ou l'*amicus curiae* –, dans une série de procédures où elle pourrait aider le juge national dans des matières qui sont, ou techniquement difficiles, ou par nature internationales, ou relèvent essentiellement du domaine économique.

Deuxième proposition, je vois mal aujourd'hui les raisons qui conduiraient à limiter la possibilité de poser des questions préjudicielles à Luxembourg aux seules Cours suprêmes nationales dans les matières du troisième pilier partiellement communautarisé : visa, asile, immigration, coopération judiciaire civile. Sous prétexte de gagner du temps, on en perd, puisque si l'on veut arriver à la Cour de justice, il faut nécessairement épuiser les voies de recours internes.

Troisième élément, et c'est peut-être une petite provocation. Je suis assez d'accord avec cette idée de voir nos cours suprêmes nationales participer au travail de la Cour de justice des communautés européennes. Parce que, tout le monde dit : « la question préjudicielle c'est une procédure de coopération de juge à juge ». En fait, il n'y a pas de dialogue entre les juges : le juge pose sa question, la Cour de justice dit « merci beaucoup ». Elle peut à peine lui poser une question en retour : « qu'est-ce que vous avez voulu dire ? ». D'ailleurs le juge national, parfois, par son droit national est obligé de dire : « ce dossier, tant qu'il ne revient pas définitivement de chez vous, je ne le connais plus. Je ne peux pas vous répondre. Je ne peux même pas vous parler. Je ne peux pas vous écrire. Je ne peux pas vous téléphoner ». Autrement dit, ce dialogue de juge à juge, il n'existe pas beaucoup. Il y a juste l'ordonnance de renvoi. Par contre le dialogue, il s'instaure à Luxembourg avec les parties au litige au principal, celles qui ont déjà débattu devant le juge national, avec tous les États qui sont invités à faire des observations, et avec la Commission qui, dans toutes les procédures préjudicielles, présente ses observations. Est-ce que dans certains cas, il ne serait pas possible, selon une procédure à déterminer, pour des points de droit fondamentaux, des dossiers extraordinairement importants, où la Cour de justice pourrait, par exemple, décider de siéger en plénière, d'avoir un contact avec le juge national de manière structurée, publique, transparente ? Je pense particulièrement à une procédure qui, aujourd'hui, n'a encore jamais été utilisée en droit européen. Elle existe pourtant depuis 1999, année d'entrée en vigueur du *traité d'Amsterdam*. C'est ce qu'on appelle le recours préjudiciel dans l'intérêt de la loi : ce n'est pas dans un dossier particulier que naît la

question préjudicielle, c'est un État membre, c'est la Commission, qui peut poser une question préjudicielle à la Cour. C'est un peu pour compenser le fait que ces questions préjudicielles, dans ces matières du troisième pilier communautarisé, ne sont ouvertes qu'aux cours suprêmes nationales. Dans ces recours préjudiciels dans l'intérêt de la loi, il me paraît possible, et peut-être souhaitable, d'améliorer le réseau entre les juges nationaux et le juge européen. Je note que ce type de recours a disparu dans le traité de Lisbonne.

Quatrième proposition technique, c'est le problème de l'arbitrage. Je pense qu'aujourd'hui, dans le monde économique qui est le nôtre, la jurisprudence de la Cour consistant à barrer la route aux questions préjudicielles venant des arbitres – au sens où Monsieur Tesouro vient de l'indiquer – est probablement trop sévère. S'il faut prévoir le filtre nécessaire d'un juge national, il faut que ce soit un petit filtre, pour ne pas recommencer la procédure sur le plan judiciaire, puisque c'est celle-là qu'on a voulu éviter par l'arbitrage. Mais l'arbitrage étant, aujourd'hui, tellement important en matière économique, je pense que le barrage fait par la Cour de justice doit être assoupli d'une manière ou d'une autre.

J'ajoute qu'il est, aujourd'hui, parfois difficile, pour les États membres, de savoir comment concevoir une législation conforme au droit communautaire. Monsieur Puissochet a rappelé les incertitudes qui subsistent : après 50 ans de jurisprudence de la Cour de justice, même les mots « liberté d'établissement », « libre circulation des capitaux » ou « situation purement interne », donnent lieu à des articles de doctrine très longs, très fouillés et très intelligents, mais qui ne sont pas nécessairement en accord. N'y aurait-il pas la possibilité, au niveau européen, pour les États comme pour les justiciables, de disposer d'une formule d'avis juridique, de s'inspirer de la technique des rescrits, d'avoir, au moins pour les législations nationales, un avis au niveau communautaire qui permettrait d'améliorer la sécurité juridique ?

Deux choses pour terminer : je suis opposé à la proposition de déjuridictionnalisation de tout ce qui serait la première instance économique pour confier cela à des spécialistes, qui ne seraient pas des juges, ou à l'administration. On a d'ailleurs connu cela dans certains pays, en Belgique notamment, où tout le contentieux fiscal relevait, en première instance, de la compétence de l'administration fiscale. Je pense que ce serait un retour en arrière, même si rien n'empêche d'imposer à ces autorités non judiciaires le respect de notre « tapis commun », comme disait Monsieur Tesouro, c'est-à-dire le respect de l'ensemble des règles relatives au procès équitable. Je ne pense pas que ce serait une bonne formule.

Ne serait-ce pas une bonne formule, me semble-t-il – même si elle a été proposée en son temps par la Cour de justice elle-même, mais avec des opinions dissidentes sur le sujet –, la déconcentration des questions préjudicielles. L'idée de renvoyer les questions préjudicielles à certaines juridictions nationales, même si on leur donnait un statut communautaire, reste compliquée à mettre en œuvre. L'avantage qu'y voient les tenants de cette thèse, est que cela éviterait les problèmes de traduction. C'est vrai que c'est un travail énorme avec 23 langues officielles dans l'Union européenne ! Mais je crois vraiment que, face à l'intérêt du justiciable,

de l'harmonisation du droit, et face à l'évolution du marché intérieur, ce petit obstacle ne justifie pas que l'on déconcentre les questions préjudicielles. Il y a donc, au-delà de toutes les grandes idées qui ne me paraissent, aujourd'hui, ni opportunes ni d'ailleurs politiquement faisables pour améliorer l'harmonisation – y compris par les juges –, un certain nombre de petites modifications plus techniques qui me paraissent plus réalisables.

**Luigi ROVELLI.**– Sur la question de la Cour de cassation, Cour suprême européenne, je partage totalement l'opinion qui vient d'être exprimée.

Sur ces questions de réseaux des juges, je dois dire que j'ai eu, avec le Président Tricot, l'expérience d'un réseau informel de juges commerciaux. Et on a constaté que c'est une sorte de passage intermédiaire vers la voie de l'harmonisation possible, parce que la comparaison entre les pratiques des différents États a permis de développer l'aptitude à faire connaître et diffuser dans chaque pays, les pratiques les plus susceptibles de donner de l'efficacité aux travaux du juge. L'étude commune de cas pratiques a été une expérience très instructive. Je crois qu'une confrontation est presque indispensable, non seulement entre juges, mais aussi entre juges et avocats européens notamment en matière de procédure, car des institutions semblables peuvent avoir une efficacité différente, selon la tradition, l'expérience, la culture de chaque système juridique. Par exemple, la récente expérience italienne de la prévision d'une mesure conservatoire inspirée du modèle de référé franco-belge, branchée dans l'esprit byzantin de nos tribunaux, et privée de l'esprit de clarté et de finesse qui relève de son origine, n'a pas encore eu l'effet déflationniste attendu, pourtant observé dans d'autres pays. Alors, je crois qu'un échange constant d'opinions entre les juges et les avocats est une condition préalable aussi bien à l'harmonisation, qu'à la réalisation de meilleurs résultats pour le développement de l'économie, des instruments du droit et du procès en Europe.

## La légitimité des juges

**Daniel TRICOT.**– Être juge économique c'est d'abord être juge, disait le Premier Président Guy Canivet tout à l'heure. Et, rappelait-il encore, le bien juger, c'est une recherche permanente et quotidienne. Nous cherchons une justice économique efficiente, simple, rapide. Or nous disposons de principes européens connus, la Charte européenne des juges du Conseil de l'Europe, de juges compétents, indépendants, impartiaux, diligents, efficaces – je ne vous propose pas d'en débattre. Faut-il aller plus loin ? Laissez-moi proposer quelques pistes.

Plus loin, c'est affirmer, en cette matière, et peut-être en d'autres, le principe de collégialité, c'est-à-dire la limitation du recours au juge unique dans des cas très précis. Affirmer aussi peut-être, et c'est la question que je pose, un principe de diversité, à l'image de ce qui se fait dans l'arbitrage : dans chaque collège de juges, un juge différent des deux autres, par son origine, par sa formation afin d'enrichir le collège.

On peut aller plus loin encore, en offrant au justiciable la liberté de choisir conventionnellement son juge *ratione materiae*, dans n'importe quel État membre. Et on pense à l'État du Delaware et au droit américain des sociétés. Faut-il avoir peur du *forum shopping* ou du *law shopping* ?

Enfin, si chaque juge national est juge européen – au nom du principe de confiance mutuelle – pourquoi lui refuser systématiquement le droit de parler pour toute l'Europe, et de définir par là même, non seulement sa compétence, mais la règle de fond applicable (3) ? Le meilleur gage de diligence est de permettre au premier juge saisi d'avoir seul la parole. Et pourquoi aussi ne pas permettre aux agents de la Commission de se joindre au ministère public pour donner la voix autorisée de l'Europe dans les instances nationales ayant vocation à avoir des effets communautaires, ce qui est très fréquent ?

**Giuseppe TESAURO.**– À mon avis, on ne doit pas aller tellement loin ; on doit moderniser le procès en général. Et pour le droit de l'économie, on doit penser à l'exigence des marchés. On ne tolère pas les retards de la justice. On doit raccourcir les délais, on doit réduire le nombre de juges, d'avocats, je ne sais quoi. Mais on doit faire quelque chose pour éviter le détachement des règles de procédure du contexte du procès. Parce que sinon, le problème des retards de la justice sera réglé par le recours à l'arbitrage mais pas au bon arbitrage. Le risque est de voir la règle de droit non plus édictée par le législateur mais par les grandes entreprises, les grands bureaux d'avocats, etc. C'est un risque que l'on doit, à mon avis, éviter.

**Luigi ROVELLI.**– Je suis tout à fait d'accord avec le principe de collégialité. Je ne crois pas que la collégialité soit une perte de temps. Le temps consacré à la discussion est un temps très utile y compris pour les décisions futures et successives. Le principe de mixité réalisé en composant un collège avec des expériences professionnelles différentes est plus compliqué. Je crois que c'est une voie possible mais très difficile à mettre en œuvre. L'expérience que j'ai eue comme Président de la Commission gouvernementale pour le procès sociétaire n'a abouti à rien. Je crois aussi que la place de l'arbitrage doit être reconnue, ainsi que la possibilité, pour les arbitres, de soulever les questions préjudicielles devant la Cour de justice – avec un barrage de quelques juges, parce que sinon ça serait incontrôlable.

(3) À l'exemple du règlement (CE) n° 1346-2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, tel qu'interprété dans l'arrêt *Eurofood* du 2 mai 2006 (aff. C-341/04) et l'arrêt *Isa Daisytek* de la Chambre commerciale financière et économique de la Cour de cassation française du 27 juin 2006 (pourvoi n° 03-19-863, *Bull. civ.* 2006, IV, n° 149, p. 159)