

CONSEIL D'ÉTAT

Droits et Débats

**L'ordre juridique national en prise
avec le droit européen et international :
questions de souveraineté ?**

***Le regard croisé du Conseil d'État
et de la Cour de cassation***

Un colloque organisé par le Conseil d'État
et la Cour de cassation le 10 avril 2015

En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1^{er} juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur.

Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre.

Reproduit d'après documents fournis

© Direction de l'information légale et administrative, Paris 2016.
ISBN : 978-2-11-010252-2

Second effet remarqué de cette porosité de l'ordre interne au droit international : l'efficacité et l'articulation des systèmes entre eux.

Chaque fois qu'une norme fondamentale est interrogée dans un litige, on sait bien que s'ensuit une cascade de questions et de contrôles préalables. Tous les juristes savent qu'un même principe fondamental se trouve garanti par des normes de rangs différents : constitution, convention européenne, charte des droits fondamentaux, normes internationales.

Les métaphores sont nombreuses pour tenter de restituer plus simplement l'articulation singulière de ces contrôles dits « *de fondamentale* » : QPC, questions préjudicielles et, demain, protocole n° 16 de la CEDH. On a pu parler de « *sablier normatif inversé* », de « *système de contrôle* » à plusieurs niveaux pour illustrer cet écheveau de règles et de jurisprudences, internes ou internationales⁸⁹.

En ce début de printemps, j'ose une autre image : celle du flocon de neige aussi insaisissable qu'instable. Partageant la forme fractale de ce flocon, ces mécanismes de contrôle de fondamentale s'emboîtent, forment des ensembles gigognes, miroitent de l'un à l'autre pour aboutir, jusqu'à présent – et c'est heureux – à un dessin identique.

Mais personne ne peut toutefois sous-estimer, l'instabilité potentielle posée par cet entrecroisement dans un contexte normatif foisonnant marqué par l'imbrication savante et les combinaisons sophistiquées des systèmes juridiques entre eux. L'esprit du juriste, même le plus subtil, reste parfois pantois devant tant de complexité qui, si l'on n'y prend pas garde, pourrait nuire à l'édification harmonieuse du droit international et éclipser la lisibilité de nos ordres juridiques.

Je laisse à chacun méditer cette belle réflexion d'Aldo, avant son escapade aventureuse, dans *Le Rivage des Syrtes* de Julien Gracq⁹⁰ : « *Mon pays et le vôtre font la preuve qu'il peut se créer entre les États, comme entre les individus, de bien singulières situations fausses* ». Il s'agit maintenant d'ouvrir le dialogue dans la vérité.

89. Y. Aguila, Mission de recherche Droit et Justice. Lettre « Recherche Droit & Justice » n° 30, 2008.

90. L. Poirier dit J. Gracq (1910-2007), *Le Rivage des Syrtes*, Paris, 1951, éd. José Corti.

Sommaire

Présentation des intervenants	31
Problématique	33
Actes.....	35
Échanges avec la salle	55

Présentation des intervenants

Président

Alain Pellet

Professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre La défense

Diplômé de l'Institut d'Études politiques de Paris, titulaire d'un DES de droit public et d'un DES de sciences politiques, docteur en droit public et agrégé de droit public et de sciences politiques, Alain Pellet est professeur (émérite depuis 2014) de droit international public à l'université Paris Ouest Nanterre La Défense, où il a dirigé le centre de droit international de Nanterre (CEDIN) entre 1991 et 2001. Il a également enseigné à Sciences Po (1970-1999), aux universités de Paris Nord, Paris V et Paris II, ainsi qu'à l'ENA. De 1990 à 2011, Alain Pellet a été membre de la Commission du droit international des Nations Unies qu'il a présidée en 1997 ; il a été conseil et avocat de nombreux gouvernements, dont le Gouvernement français, devant la Cour internationale de Justice et le Tribunal international du droit de la mer. Il a participé à divers arbitrages en tant qu'arbitre, conseil et avocat, et a effectué de nombreuses consultations juridiques en droit international à la demande de gouvernements étrangers, d'administrations, d'organismes publics ou parapublics et de sociétés privées. Il préside la Société française pour le droit international. Il est l'auteur ou le co-auteur de nombreux ouvrages et articles, notamment *Le droit international entre souveraineté et communauté*, publié en 2014 et le traité de *Droit international public* publié avec P. Daillier et M. Forteau (9^e éd. à paraître en 2015). Il a codirigé (avec A. Miron) les *Grandes décisions de la jurisprudence française de droit international public* qui vient de paraître.

Intervenants

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

Stephen Breyer, born in San Francisco in 1938, is a graduate of Stanford, Oxford, and Harvard Law School. He taught law for many years as a professor at Harvard Law School and at the Kennedy School of Government. He has also worked as a Supreme Court law clerk (for Justice Arthur Goldberg), a Justice Department lawyer (antitrust division), an Assistant Watergate Special Prosecutor, and Chief Counsel of the Senate Judiciary Committee. In 1980 he was appointed to the United States Court of Appeals for the First Circuit by President Carter, becoming Chief Judge in 1990. In 1994 he was appointed a Supreme Court Justice by President Clinton. He has written many books and articles about administrative law and economic regulation, and among them most recently : *Active Liberty : Interpreting Our Democratic Constitution* (2006) ; *Making Democracy Work : A Judge's View* (2011) ; and *The Court and the World : American Law and the New Global Realities*, paru également en français sous le titre : *La Cour suprême, le droit américain et le monde* (éd. Odile Jacob, Paris, 2015).

Catherine Kessedjian

Professeur à l'université de Paris 2 Panthéon-Assas

Catherine Kessedjian est directeur adjoint du Collège européen de Paris à l'université Panthéon-Assas Paris II, où elle enseigne le droit européen des affaires, le droit du contentieux privé international et l'arbitrage. Elle y dirige le *LLM in European Law*. Elle préside la branche française de l'*International Law Association*. Elle est régulièrement invitée à enseigner au sein d'universités étrangères. Depuis 2004, elle est *Hauser Global Professor* à la *New York University School of Law*. Elle agit en qualité d'arbitre dans un certain nombre de litiges internationaux sous l'égide des grandes institutions de règlement des différends ou de manière *ad hoc*. Elle agit également en qualité de médiateur. Avant de rejoindre l'université Panthéon-Assas, elle était secrétaire général adjoint de la Conférence de La Haye de droit international privé (1996-2000), en détachement de l'université de Bourgogne, France. Au sein de la Conférence de La Haye, elle était chargée de la préparation et du suivi des négociations d'une convention à vocation mondiale sur la compétence juridictionnelle et les jugements étrangers. Elle a été avocat au Barreau de Paris de 1982 à fin 1998.

Koen Lenaerts

Président de la Cour de justice de l'Union européenne

Licencié et docteur en droit de l'université catholique de Louvain, Koen Lenaerts est également titulaire d'un *Master of Laws* et d'un *Master in Public Administration* de l'université de Harvard. Après avoir été assistant puis professeur de droit européen à l'université catholique de Louvain, Koen Lenaerts a exercé les fonctions de référendaire à la Cour de justice des Communautés européennes (1984-1985). Il a par ailleurs été professeur au Collège d'Europe à Bruges (1984-1989) et *visiting professor* à la *Law School* de l'université de Harvard (1989), ainsi qu'avocat au barreau de Bruxelles (1986-1989). Koen Lenaerts a été juge au Tribunal de première instance du 25 septembre 1989 au 6 octobre 2003. Il est juge à la Cour de justice depuis le 7 octobre 2003. Vice-président de la Cour de justice du 9 octobre 2012 au 7 octobre 2015, il est actuellement le président de cette institution de l'Union européenne.

Andreas Paulus

Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Depuis 2006, Andreas L. Paulus est professeur de droit public et de droit international à l'université de Göttingen et, depuis 2010, juge à la Cour Constitutionnelle fédérale d'Allemagne. Rapporteur à la première chambre, qui traite des droits fondamentaux, il est chargé, entre autres, des domaines du droit d'auteur, de la liberté d'expression artistique, et du droit fiscal. Il a obtenu en 2000 le titre de docteur en droit à l'université de Munich et en 2006 le titre de *privat-docent*. En 2014, il a enseigné les relations entre divers systèmes de droit à l'université Panthéon-Assas à Paris et à l'académie de droit constitutionnel à Tunis. M. Paulus a été conseil de l'Allemagne dans deux affaires à la Cour internationale de justice. Ses publications traitent notamment de la théorie du droit public international, du droit des Nations Unies, du droit pénal international et du droit constitutionnel. En outre, M. Paulus est coéditeur du commentaire principal anglais de la Charte des Nations Unies (Oxford UP, 2012).

Problématique de la première table ronde

Cette table ronde a pour objet de poser les premiers termes du débat sur la place et le rôle des Cours suprêmes dans un contexte de globalisation du droit et de mondialisation de l'économie. Il s'agira notamment de s'interroger sur l'émergence d'un ordre juridique « postmoderne », en particulier dans l'Europe du XX^e siècle.

La globalisation du droit se manifeste en effet par le développement d'un « droit transfrontière » où les normes d'origine non nationales font irruption dans les ordres juridiques internes. Une telle irruption pose la question des interactions normatives. Toutefois, force est de constater que la globalisation n'aboutit ni à la disparition de la souveraineté qui fonde encore les ordres juridiques même non-étatiques, ainsi que les « rapports de systèmes », ni ne remet en cause à ce jour le monopole étatique de la contrainte.

À partir d'exemples sur l'application de la loi *antitrust*, sur les droits d'auteur et sur l'*Alien Tort Statute*⁹¹, sera décrite, dans un premier temps, la manière dont la Cour suprême américaine tient compte des pratiques juridiques et non-juridiques d'autres États, et favorise la coopération juridique internationale. L'utilisation du concept de *courtoisie* (en anglais, « *comity* ») lui permet ainsi d'éviter les affrontements entre les lois de différents pays et la conduit à rechercher une harmonisation entre les systèmes juridiques.

Cette recherche de voies négociées dans la résolution de litiges à dimension internationale explique aussi le développement de l'arbitrage international. Plus généralement, il est intéressant de s'interroger sur la place laissée à l'État et aux Cours suprêmes dans le règlement des conflits. Ces questions seront abordées à partir des arrêts de la Cour de cassation dans l'affaire *Putrabali* (1^{ère} Civ., 29 juin 2007 n°05-18.053, Bull. 2007, I, n° 250 et n° 06-13.293 Bull. 2007, I, n° 251), et des négociations en cours sur un futur traité de libre-échange transatlantique entre les États-Unis d'Amérique et l'Union européenne⁹².

L'articulation des ordres juridiques nationaux, européens et internationaux trouve également une illustration intéressante dans l'application de la procédure de renvoi devant la Cour de justice de l'Union européenne. Il sera ainsi rappelé qu'en raison de l'autonomie de l'ordre juridique européen, ni le droit national, ni le droit international, ni même le droit dérivé de l'Union ne sauraient priver

91. L'« *Alien Tort Statute* » (28 U.S.Code § 1350) ou « *Alien Tort Claims Act* » est une loi américaine qui autorise les victimes de graves violations de droits humains – quelle que soit leur nationalité et le lieu où ces crimes ont été commis – à demander des réparations devant les tribunaux des États-Unis, à condition que les accusés aient un lien avec les États-Unis. Dans le cas d'individus, il suffit par exemple qu'ils soient de passage sur sol américain au moment où la plainte est déposée. Dans le cas d'entreprises, il faut qu'elles aient leur siège ou une filiale aux États-Unis. Il doit être noté qu'au cours des vingt dernières années, plus de cent cinquante plaintes s'appuyant sur cette loi pour accuser des sociétés américaines et étrangères d'infractions commises dans une soixantaine de pays hors des États-Unis ont été déposées.

92. Il s'agit du très controversé projet de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (« *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* ») ou traité de libre-échange transatlantique (« *Transatlantic Free Trade Agreement (TAFTA)* ») qui prévoit la création d'une zone de libre échange (ou grand marché) transatlantique entre les États-Unis et l'Union européenne.

les juridictions des États membres de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union et, de ce fait, de la faculté prévue à l'article 267 TFUE⁹³, voire le cas échéant de l'obligation de renvoi préjudiciel (cf. Avis 1/09, EU : C:2011:123, paragr. 80⁹⁴). Le système juridictionnel de l'Union repose sur une coopération étroite entre la Cour de justice et les juridictions nationales et un respect mutuel de leurs attributions. Afin d'établir un dialogue constructif, la question préjudicielle doit être *utile* à la juridiction de renvoi et avoir un contenu minimum pour la Cour de justice.

On observe que le dialogue entre les instances judiciaires internationales et européennes, d'une part, et les tribunaux nationaux, d'autre part, continue à se renforcer. L'avis 2/13 du 18 décembre 2014 de la Cour de Justice de l'Union européenne sur le projet d'une adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'Homme⁹⁵ en constitue une illustration récente et ouvre des perspectives nouvelles.

93. « La Cour de justice de l'Union européenne est compétente pour statuer, à titre préjudiciel : a) sur l'interprétation des traités, b) sur la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union. Lorsqu'une telle question est soulevée devant une juridiction d'un des États membres, cette juridiction peut, si elle estime qu'une décision sur ce point est nécessaire pour rendre son jugement, demander à la Cour de statuer sur cette question. Lorsqu'une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale dont les décisions ne sont pas susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne, cette juridiction est tenue de saisir la Cour. Si une telle question est soulevée dans une affaire pendante devant une juridiction nationale concernant une personne détenue, la Cour statue dans les plus brefs délais », (article 267 du traité sur le fonctionnement de l'Union européenne).

94. « S'il est vrai que la Cour n'est pas investie d'une compétence pour se prononcer sur des recours directs entre particuliers en matière de brevets, cette compétence relevant des juridictions des États membres, ces derniers ne sauraient toutefois attribuer la compétence pour résoudre de tels litiges à une juridiction créée par un accord international, qui priverait lesdites juridictions de leur mission de mise en œuvre du droit de l'Union, en tant que juges de « droit commun » de l'ordre juridique de l'Union, et, de ce fait, de la faculté prévue à l'article 267 TFUE, voire, le cas échéant, de l'obligation de renvoi préjudiciel, dans le domaine en question » (Avis 1/09, EU:C:2011:123, paragr. 80).

95. Avis de la Cour (assemblée plénière) du 18 décembre 2014 rendu en vertu de l'article 218, paragr. 11, TFUE, qui conclut que, eu égard aux problèmes identifiés, le projet d'accord sur l'adhésion de l'Union européenne à la Convention EDH n'est pas compatible avec les dispositions du droit de l'Union (cf. avis ECLI:EU:C:2014:2454 et prise de position ECLI:EU:C:2014:2475).

Actes – Souveraineté et globalisation

Alain Pellet

Professeur émérite de l'université de Paris Ouest Nanterre La défense

Conscient de l'honneur qui m'est fait de présider cette séance et soucieux de préserver le plus de temps possible pour la discussion, j'irai droit au but et avancerai brièvement trois idées.

Il me semble en premier lieu que l'élément le plus important dans le titre de notre colloque tient... au point d'interrogation final. Les rapports entre le droit national et les droits externes (régionaux – on a un peu oublié le droit de Strasbourg peut-être ? – et international) sont-ils dominés par des (ou est-ce la) question(s) de souveraineté ?

Permettez-moi la réponse brutale d'un internationaliste ; elle est « oui » ! La division spatiale et politique du monde reste dominée par la forme étatique – et qui dit État, dit souveraineté. La souveraineté c'est l'État, et seul l'État est souverain (au regard du droit international en tout cas). Mais cela appelle deux précisions qui, à mes yeux, ne sont pas des nuances mais des explications à la brutalité de la réponse :

1) Contrairement à la conception erronée véhiculée par les écoles « souverainistes » ou « volontaristes » (celles qui voient dans la volonté de l'État le fondement du droit international), la souveraineté n'est pas une notion absolue donnant à l'État licence de faire n'importe quoi – ou tout ce qu'il *veut* – ; elle est la marque de sa soumission au droit international qui impose au moins un devoir fondamental à tout État : le respect de la souveraineté égale de tous les autres ; certes l'État n'a pas de supérieur (pas même l'Union européenne), mais il a des égaux ;

2) dire que l'ombre de la souveraineté plane sur les rapports entre le droit national et les droits externes ne signifie pas que, comme dans la conception hégélienne, seul l'État crée, ou même soit, le droit ; nous savons maintenant qu'il existe des droits non étatiques : le droit canon, la *lex mercatoria*, la *lex sportiva* ou la *lex electronica*, autant de *corporis juris* qui se développent et s'organisent en dehors de l'État voire « contre » lui ; mais ces droits ne s'en situent pas moins « par rapport à l'État » (donc à la souveraineté), ne fût-ce que pour la contourner. Et, comme tous les droits non étatiques (y compris le droit international public), ils ont besoin de l'État pour leur mise en œuvre ultime – comme l'évêque Cauchon avait besoin du bras séculier anglais pour brûler Jeanne d'Arc, les arbitres internationaux et même la Cour de Luxembourg ont besoin de l'autorité étatique lorsqu'il s'agit de passer de l'obligatoire – fût-il *judicatum* – à l'exécutoire.

En d'autres termes – réponse assez catégorique que je n'ai guère le temps ni d'expliquer davantage, ni de nuancer : la mondialisation et la « régionalisation supranationale » ont certainement entraîné, par la force des choses, des interactions normatives et rendu plus indispensable le fameux « dialogue des juges » sur lequel les participants à cette table ronde vont insister ; elle n'a pas, loin de là, entraîné

la mort de la souveraineté et, pour paraphraser la thèse de Louis Henkin, « *The Reports of the Death of [Sovereignty] are Greatly Exaggerated* »⁹⁶.

Cette résilience de la souveraineté explique d'ailleurs les limites que toutes les juridictions étatiques mettent à l'application des droits externes dans l'ordre juridique national. Et ceci est vrai même des Cours suprêmes de notre pays, inventeur et chantre du « *monisme constitutionnel* ». Moniste, il y est plus ouvert que d'autres à la réception et à l'application des normes d'origine externe ; mais ce monisme est, et ne peut être que, constitutionnel ; si bien que, selon des formules que chacun ici connaît bien : « *la suprématie (...) conférée aux engagements internationaux [par l'article 55 de la Constitution] ne s'applique pas, dans l'ordre interne, aux dispositions de nature constitutionnelle* »⁹⁷. Et rien, pas même le principe de primauté du droit de l'Union européenne, « *ne saurait conduire, dans l'ordre interne, à remettre en cause la suprématie de la Constitution* »⁹⁸. Je vous renvoie à la décision, très scandaleuse aux yeux des internationalistes bon teint, de la Cour constitutionnelle italienne du 22 octobre 2014 qui refuse de donner effet à un arrêt de la Cour mondiale pour cause de supériorité de la Constitution ; ou même à la décision du 4 mai 2011 de la Cour constitutionnelle allemande – un bon élève de l'internationalisme pourtant – qui rappelle que la Convention européenne des droits de l'homme occupe un rang inférieur à la Loi fondamentale.

Certes, et fort heureusement, on cherche à éviter les incompatibilités en prônant l'interprétation conforme, les interactions normatives, la protection équivalente, le dialogue des juges, mais la réalité demeure : elle est celle de l'irréductible souveraineté.

Ceci n'est pourtant pas la fin de l'histoire car, pour leur part, les juges non nationaux, qui ne peuvent pourtant pas appeler la souveraineté à la rescousse, adoptent la même attitude « impérialiste ». La Cour de Justice de l'Union européenne proclame, selon la célèbre formule de l'arrêt *Costa c. Enel*, « *qu'issu d'une source autonome, le droit né du traité ne pourrait donc, en raison de sa nature spécifique originale, se voir judiciairement opposer un texte interne quel qu'il soit* »⁹⁹ ou, plus récemment, dans l'avis du 18 décembre 2014 sur l'*adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme* que : « *l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union* »¹⁰⁰. Et la Cour mondiale n'est pas en reste : « *Au regard du droit international et de la Cour qui en est l'organe, les lois nationales sont de simples faits, manifestations de la volonté et de l'activité des États, au même titre que les décisions judiciaires ou les mesures administratives* »¹⁰¹.

96. V. Louis Henkin, « *The Reports of the Death of Article 2(4) Are Greatly Exaggerated* », A.J.I.L. 1971, pp. 544-548, en réponse à l'article de TH. Franck, « *Who Killed Article 2(4) ? Or changing Norms Governing the Use of Force by States* », *American Journal of International Law*, 64, 1970, 809ss.

97. CE Ass., 30 octobre 1998, *Sarran*, n° 200286, *Lebon* p. 368 (d. Ch. Maugué) ; ou Cass. Ass. plénière, 2 juin 2000, *Fraisse*, n° 99-60274, *Bulletin* p. 813 (d. L. Joinet).

98. CE, 30 décembre 2001, *Syndicat national de l'industrie pharmaceutique, Syndicat national de l'industrie pharmaceutique*, n° 226514, *Lebon*, p. 260 (d. P. Fombeur).

99. CJCE, aff. 6/64, EU:C:1964:66, 15 juillet 1964, *Flaminio Costa c. ENEL*.

100. CJUE, avis, 18 décembre 2014, avis 2113, par. 170.

101. CPJ, arrêt du 25 mai 1926, Certains intérêts allemands en Haute-Silésie polonaise, série A, II 0 7, p. 19.

Je pense qu'il n'y a pas lieu de s'indigner de ceci et que, en tout cas, il faut s'en accommoder : même si je penche plutôt du côté du dualisme (ou plus exactement du pluralisme des ordres juridiques), le problème n'est pas de savoir qui a « théoriquement raison », mais de constater que tout est affaire de perspective. Charbonnier est maître chez lui, et force est de constater que toute juridiction fait, *in fine* et légitimement, prévaloir la loi suprême de l'ordre juridique au sein duquel elle œuvre. Ni monisme, ni dualisme donc, mais « *perspectivisme* ».

Je serai encore plus bref sur mon troisième point. Mais j'y tiens, et surtout peut-être dans cette enceinte et devant cette audience sans doute acquise à la croisade française contre le *jus cogens*. Je le dis brutalement mais sincèrement et avec gravité : vu, en tout cas, par la lorgnette du droit international, ce sont des enfantillages ou des rododendres à la sauce Astérix. Car si souveraineté absolue il y a eu, il n'est certainement plus acceptable – en admettant qu'il l'eût été dans le passé – de considérer que le concept occupe toute la scène juridique internationale. À côté, au-delà, de l'État souverain, il y a des notions fondatrices et explicatrices du droit international qui transcendent la juxtaposition des souverainetés et, progressivement – même si encore marginalement, les notions d'humanité et de communauté internationale ont commencé à produire des effets juridiques concrets dans le droit positif international. Et ce ne sont pas les discours français obstinés – mais qui sont heureusement aujourd'hui un peu assourdis – dans les enceintes internationales qui peuvent changer cet affleurement bienvenu.

Je trouve regrettable, pour ne pas dire affligeant, que les juridictions françaises soient encore si hésitantes pour consacrer cette notion ; même si je salue quelques frémissements récents (surtout, je dois dire, du côté de la Cour de cassation)¹⁰². Ce n'est pas là une bonne manière d'honorer la fière proclamation du préambule de la Constitution de 1946 selon laquelle « *[l]a République française, fidèle à ses traditions, se conforme aux règles du droit public international* ». Le *jus cogens*, les normes impératives du droit international général, sont le cœur, le noyau dur et humaniste du droit international ; il n'est pas digne de la République de le répudier.

Les orateurs s'exprimeront dans l'ordre suivant : le juge Breyer, suivi par le juge Paulus, nous présenteront les expériences nationales respectivement des États-Unis et de l'Allemagne. La professeure Kessedjian s'interrogera ensuite sur la place laissée à la souveraineté de l'État par l'arbitrage international, puis le président Lenaerts décrira le dialogue, qui va en se renforçant, entre le juge européen (celui de Luxembourg) et les juridictions des États membres.

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

Merci pour votre invitation à laquelle j'ai été très sensible. Il me vient à l'esprit la phrase de Joachim du Bellay : « *Heureux qui comme Ulysse a fait un beau voyage* ». Car c'est toujours un beau voyage que de venir à Paris.

102. V. Crim., 13 mars 2001, n° 00-87.215, *Procureur général près la cour d'appel de Paris c. Association SOS Attentats et autres* ; Civ. 1, 9 mars 2011, n° 09-14.743, *La Réunion aérienne, Groupement d'intérêt économique et autres c. Jamahiriya arabe libyenne, populaire et socialiste* ; Crim. 19 mars 2013, *Mme Lydienne X*, n° 12-81.676, *Bull. crim.* n° 65, p. 123 ; V. aussi concis. J. Boucher, sur CE Ass., 23 déc. 2011.

Le général de Gaulle a dit un jour que l'Angleterre est une île, l'Europe est une péninsule, mais l'Amérique est un au-delà. Cependant ma thèse consiste à démontrer que les États-Unis ne sont pas si *au-delà* que vous le pensez. La vraie thèse est la suivante : cette distinction claire et nette que vous avez décrite, M. le président, entre le droit international et le droit national s'estompe dans la pratique, en particulier aux États-Unis.

Je prendrai cinq exemples, tous issus d'affaires jugées par la Cour suprême, qui témoignent de ce phénomène d'amoindrissement des frontières juridiques nationales et internationales. La métaphore du vice-président Sauvé était d'ailleurs parfaite pour l'illustrer. Je suis *Fabrice del Dongo* – un de mes héros – et je me suis perdu dans Waterloo ; je ne sais pas ce qui va se passer, mais je suis là, comme juge. Et mes collègues sont peut-être dans la même situation.

1. - Dans une affaire de droit d'auteur, un jeune étudiant thaïlandais vient étudier aux États-Unis. Il découvre que les ouvrages de son programme sont meilleur marché en Thaïlande alors que ce sont exactement les mêmes livres ; cependant il est indiqué en anglais qu'il s'agit d'une édition asiatique interdite d'envoi aux États-Unis. Il demande néanmoins à ses parents de les lui envoyer pour qu'il puisse vendre aux États-Unis ces ouvrages meilleur marché. Après un certain temps, la maison d'édition intente une procédure contre lui.

La question de droit porte sur l'interprétation des mots suivants : « *le droit d'auteur en droit interne* ». Est-ce qu'après une première vente la maison d'édition peut encore contrôler les ventes ? Selon le droit d'auteur interne aux États-Unis, la réponse est non. Mais dans le cas où la vente a eu lieu en Thaïlande, que faire ?

Pour répondre à cette question, nous avons reçu des mémoires de plusieurs pays d'Europe, notamment d'Angleterre et de France, de grandes entreprises internationales et de personnes partout dans le monde. Pourquoi ? Parce que le droit d'auteur ne concerne pas seulement les livres, les films ou la musique ; c'est une étiquette accolée à n'importe quoi, chaque objet pouvant valoir des milliards d'euros ou de dollars. Tout ceci en raison du commerce international.

Dans ce cas précis, il nous a fallu être à l'écoute et non seulement prendre en compte la Convention de Berne¹⁰³, mais aussi comprendre le droit des autres pays : national, frontalier, régional, international, etc. Tout fait question et demande des réponses, car cela peut avoir des incidences commerciales qui se chiffrent en milliards de dollars.

2. - C'est la même approche que dans une affaire d'activités frauduleuses en matière financière, où nous avons réglé le litige en expliquant que le droit américain ne s'appliquait pas. D'ailleurs, dans ce cas précis, je crois que la vraie raison réside dans le changement de signification du terme technique de droit international : « *comity* » (courtoisie). Il y a vingt ou trente ans, le mot signifiait le fait de ne pas

103. La Convention de Berne pour la protection des œuvres littéraires et artistiques du 9 septembre 1886 (modifiée), est un traité diplomatique qui établit les fondements de leur protection internationale. Elle permet notamment à un auteur étranger de protéger ses droits à l'étranger, en l'absence de tout dépôt auprès d'un office de propriété industrielle, et de se prévaloir de la loi applicable dans le pays où il souhaite intervenir pour faire valoir ses droits.

faire ingérence dans les affaires des autres. Maintenant, en droit des affaires, il signifie quelque chose de différent : essayer d'entretenir une relation collaborative et harmonieuse avec les autorités qui sont chargées de mettre en vigueur des droits similaires de plusieurs pays, en Europe ou aux États-Unis.

3. - On observe ces changements également avec dans le domaine des droits de l'homme. Une loi aux États-Unis, « *Alien Tort Statute* » – expression difficile à traduire – régit la responsabilité des étrangers. D'après cette loi, un étranger aux États-Unis peut aller devant un tribunal américain pour réclamer des dommages et intérêts si quelqu'un lui a causé un préjudice. D'où vient cette loi ? Le grand juge Henry Friendly a dit que personne ne sait d'où elle vient, et personne ne sait où elle va. Son origine remonterait au XVIII^e siècle : l'ambassadeur français à Philadelphie avait un ennemi qui l'avait frappé pour le déshonorer. Il cherchait un recours mais ne trouvait rien. Alors le Congrès a promulgué cette loi afin qu'il puisse obtenir réparation.

4. - Mais cette loi s'appliquait également pour les pirates : n'importe où dans le monde, si l'on trouvait un pirate, on le pendait. Et si l'on trouvait de l'argent sur lui, on le donnait aux victimes. Mais qui sont les pirates aujourd'hui ? Madame Dolly Filartiga¹⁰⁴, ressortissante du Paraguay, a vu son frère enlevé au Paraguay par la police du dictateur Stroessner. Il a été torturé puis tué. Un peu plus tard, elle a retrouvé les tortionnaires de son frère à New-York. Elle a déposé plainte contre eux, et a bénéficié de dommages et intérêts. Ces tortionnaires sont les pirates d'aujourd'hui. Mais y en a-t-il d'autres ?

Pouvons-nous y inclure le cas de l'esclavage ? Certainement. Même si de très mauvaises conditions de travail ne constituent pas, à proprement parler, de l'esclavage, mais s'en rapprochent dangereusement. Mais qui va décider de ces questions ? Quelle institution ? Pour quel type d'ingérence ? Quelqu'un a porté devant le tribunal de San Francisco une affaire remontant à l'Apartheid en Afrique du Sud. Mais le Gouvernement sud-africain actuel l'a rejetée catégoriquement, arguant que d'autres moyens de résolution de conflit étaient prévus comme la Commission vérité et réconciliation¹⁰⁵. Les magistrats de San Francisco se sont donc déportés de l'affaire, se déclarant incompétents. Mais en avaient-ils le droit ? Difficile à dire.

On le voit, beaucoup de questions restent posées : questions d'ingérence, questions de généralisation, questions d'institutions, questions de limites, ou encore questions de sécurité et de libertés fondamentales.

5. – Dans tous les cas, il faut trouver un équilibre. Mais comment le réaliser ? Prenons les affaires liées au camp de Guantanamo. Je suis magistrat, pas général, et je ne connais pas grand-chose à l'art de la guerre. Mais toutes ces affaires devant la Cour suprême ont été jugées en faveur des personnes emprisonnées à Guantanamo. Le Gouvernement a perdu dans tous les cas. La juge assesseur de la Cour suprême des États-Unis, Sandra O'Connor, a écrit que la Constitution des États-Unis ne donne pas carte blanche au Gouvernement ou même au Président : « *The Constitution does not write a blank check* ». Mais les juges se voient adresser une

104. Référence à l'affaire de principe *Filartiga v. Pena-Irala* (1980) relative à la violation des droits de l'homme sous le « *Alien Tort Statute* ».

105. La Commission vérité et réconciliation a été créée, en Afrique du Sud, par une loi de juin 1995 (*Promotion of National Unity and Reconciliation Act*).

question un peu embarrassante : « *si la Constitution ne donne pas carte blanche, quelle couleur de carte donne-t-elle ?* » (« *What kind of a check does it write ?* »). Et pour répondre à cette question, il faut connaître le domaine de la sécurité mais aussi des droits de l'homme. Où allons-nous trouver cette connaissance sans laquelle il n'y a pas de bon équilibre possible ? Sachant que la Constitution n'est pas un pistolet sur la tempe du Gouvernement. Mais en même temps il faut conserver un moyen de sauvegarder les droits de l'homme.

Vous avez en Europe un problème que nous, nous commençons à connaître. J'ai lu avec intérêt le professeur Sabino Cassese, grand expert italien sur les organisations internationales. Combien d'organisations en ce moment dans le monde ont-elles un pouvoir, non pas juridique mais en pratique, pour lier des personnes de plusieurs nations ? Environ deux mille, voire plus. Et combien de fonctionnaires internationaux travaillent-ils pour ces organisations ? Environ deuxcent cinquante mille personnes !

Le problème qui va bientôt arriver aux États-Unis est la question de savoir si le Congrès peut déléguer à ces deux cent cinquante mille personnes le pouvoir de légiférer et/ou de faire des règlements. Si la réponse est non, nous ferons face à l'impossibilité de résoudre certains problèmes contemporains : environnementaux, sécuritaire, sanitaire, etc. Mais si la réponse est oui, *quid* de la Constitution qui donne au Congrès, et non pas à ces deux cent cinquante mille personnes, le pouvoir de légiférer ? C'est un problème de délégation que nous avons déjà connu dans les années 1930 avec certaines agences et que nous avons résolu. Mais aujourd'hui, il se pose avec les fonctionnaires internationaux et les groupes étrangers, alors que faire ? C'est exactement le même problème auquel ont été confrontées les institutions allemandes, italiennes, autrichiennes et même françaises face aux fonctionnaires européens.

Ce problème existe partout dans le monde. Ce n'est pas tant un problème de changement de droit qu'un problème de changement de monde. Et nous, les magistrats, y répondons par le concept concret de « *porosité* ». Nous regardons avec attention ce que font les uns et les autres, et considérons parfois leurs décisions comme des exemples à suivre.

Monsieur le vice-président, tel que vous l'avez suggéré : je suis comme Fabrice Del Dongo à Waterloo, je vois que quelque chose arrive, je ne sais pas exactement quoi, et je laisse filer.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris Ouest Nanterre La Défense

À mon avis, le juge Breyer est moins dépassé par les événements que Fabrice del Dongo à Waterloo. On va revenir de cet *au-delà*, finalement pas si étranger que cela, à la vieille Europe, avec le juge Paulus.

Andreas Paulus

Juge à la Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne

Je me réjouis de pouvoir discuter avec mes collègues de la Cour suprême des États-Unis, avec lesquels j'ai eu une discussion lointaine dans l'affaire *LaGrand*¹⁰⁶ lorsque

106. Cour internationale de justice, 27 juin 2001, *LaGrand* ; (Allemagne c. États-Unis d'Amérique).

j'ai commencé comme assistant plaçant devant la Cour internationale de justice (CIJ) ; tout comme je me réjouis de discuter avec M. le vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne à la fois de façon informelle, mais aussi formelle comme dans le cas de l'affaire *Hans Åkerberg Fransson*¹⁰⁷ ou au sujet des fichiers anti-terroristes. Il s'agit de relations très étroites avec un dialogue fécond aussi bien à travers notre fonction de juge qu'à travers les prononcés de nos jugements.

Ces instances formelles se multiplient : les cours et les tribunaux nationaux doivent engager un dialogue avec les juridictions internationales, avec la CIJ, avec la Cour de justice de l'Union européenne, avec la Cour européenne des droits de l'homme, mais également, du moins en Europe, avec les autres cours nationales. Je sais qu'il existe aux États-Unis une discussion sur la possibilité de citer les autres cours nationales, tandis qu'en Europe la question n'est pas soulevée. D'une certaine façon c'est aussi une question de *droit d'auteur*, car si l'on prend un argument d'une autre cour nationale, ce que font régulièrement les cours européennes et les cours nationales, il faut les citer correctement.

Ces discussions formelles et informelles démontrent aujourd'hui le pluralisme des ordres juridiques. Ce n'est pas seulement un monisme ou un dualisme, mais un pluralisme rendant les choses très compliquées car les distinctions ne sont pas si nettes. Il existe des pays monistes, comme la France – même si le droit international y est soumis à la Constitution au regard de ses effets directs dans l'ordre interne. Les États-Unis sont un État moniste au regard de l'article 6 de la Constitution mais, aujourd'hui, nous disons que c'est plutôt un État dualiste. Un État comme l'Allemagne, que l'on a appelé dualiste, n'est pourtant pas dualiste si l'on considère les principes généraux du droit international, le *jus cogens* et la coutume internationale. Dans ce cas précis, l'Allemagne est un État moniste en raison d'une disposition de la Constitution.

En théorie, c'est la Constitution qui détermine la place du droit international dans l'ordre juridique interne, et non pas un document international. Pour une cour nationale, le droit international s'apprécie donc à travers le prisme de la Constitution nationale, mais pas pour une cour internationale. En conséquence, les relations entre ces ordres juridiques sont compliquées. Considérons le droit international, d'une part, et le droit de l'Union européenne, d'autre part.

Le droit international est un ordre basé sur un traité international qui regarde aussi les autres ordres juridiques à travers le prisme de son propre droit. Pour le juge national, cela peut devenir vite difficile. L'article 103 de la Charte des Nations Unies énonce que les obligations de la Charte – y compris les résolutions du Conseil de sécurité – prévalent sur tout autre engagement international. Quant à la Cour de justice de l'Union européenne, elle précise clairement dans l'affaire *Kadi*¹⁰⁸ que les principes fondamentaux des traités européens priment sur les résolutions du Conseil de sécurité.

107. CJUE, aff. C617/10, 26 février 2013, *Hans Åkerberg Fransson*.

108. CJCE, Gde Ch., aff. jointes C-402/05 P et C-415/05 P, Rec. 2008, p. I-6351, 3 sept 2008, *Kadi et Al Barakat International Foundation c. Conseil et Commission* (Kadi I).

Qu'est-ce que cela implique ? La nécessité d'une interprétation harmonieuse entre les ordres juridiques. Nous devons essayer, au moyen de l'interprétation, de gérer ces affaires. La Cour européenne des droits de l'homme l'a bien montré dans l'affaire *Nada*¹⁰⁹. Cependant, il peut y avoir parfois une interprétation forcée pour livrer une feuille de route identique à l'ensemble des ordres juridiques. Peut-être est-il alors préférable d'avoir une interprétation forcée harmonieuse plutôt qu'une confrontation ouverte dissonante, car les cours sont au service du droit. En effet, il est difficile pour les particuliers et les entreprises d'avoir un droit international qui dit « A » et un droit national qui dit « B ». Or, nous n'avons pas de règles claires sur les relations entre ces différents types de droits, ce qui est très dangereux pour l'autorité judiciaire en général, car c'est le pouvoir exécutif et non le pouvoir judiciaire qui doit exécuter les décisions de justice. Même chose pour les particuliers qui doivent exécuter lesdites décisions, comme pour les cours internationales et européennes, et pour les cours nationales. Dans la pratique, s'il n'y a pas d'exécution, nous n'avons pas les moyens de l'imposer.

Ainsi ne peut-on gérer ce pluralisme que dans un esprit de respect réciproque. C'est ce que dit clairement le traité sur l'Union européenne qui précise notamment dans son article 4 que « l'Union respecte l'égalité des États membres devant les traités ainsi que leur identité nationale, inhérente à leurs structures fondamentales politiques et constitutionnelles ».

J'en viens à l'affaire *LaGrand*¹¹⁰ entre les États-Unis et l'Allemagne. Je ne souhaite pas discuter de la Cour internationale de justice mais de l'approche des deux cours s'agissant de l'exécution de cet arrêt. L'exécution de cet arrêt n'était pas seulement difficile aux États-Unis mais l'était également en Allemagne pour la Cour suprême, qui est une cour régulière (par opposition par exemple à la Cour fédérale constitutionnelle qui est une cour extraordinaire). Dans les deux pays, les cours régulières ont donc eu beaucoup de mal à accepter cet arrêt de la Cour internationale de justice. Il y a des aspects communs et des aspects différents sur la façon dont toutes deux ont traité ce problème.

Les deux cours ont parlé de respect à l'égard de la CIJ et du respect pour une cour qui prononce des jugements sur des matières pour lesquelles elle est compétente avec le consentement des États en litige (cf. article 59 du statut de la CIJ¹¹¹). Or, il existe bien un consentement des États sur l'exercice de la jurisprudence de la Cour internationale. Qu'est-ce que cela signifie ? Qu'il faut au minimum en respecter la jurisprudence ; c'est ce que nous avons en commun. « *Respectful consideration* » est déjà un libellé de la déclaration d'indépendance des États-Unis. Toutes les déclarations d'indépendance sont toujours des déclarations qui précisent qu'il faut accepter l'opinion de l'humanité (« *opinions of mankind* ») ; participer volontairement à une Cour internationale implique de s'engager à en accepter les obligations concomitantes.

109. CEDH, 12 septembre 2012, *Nada c. Suisse*, req. n° 10593/08.

110. Cour internationale de justice, 27 juin 2001, *LaGrand* ; (Allemagne c. États-Unis d'Amérique).

111. « La décision de la Cour n'est obligatoire que pour les parties en litige et dans le cas qui a été décidé. »

Au sein de la Cour suprême des États-Unis, la majorité était d'avis qu'il n'était pas possible d'exécuter directement la décision de la CIJ parce qu'il y avait des principes constitutionnels ou de législation contraire. Cela ne signifiait pas qu'il n'était pas possible de modifier la législation américaine, mais c'était au congrès américain et non pas à une cour de le faire. Néanmoins, dans sa brillante opinion dissidente, le juge Breyer soutenait qu'il était possible d'exécuter directement ce jugement. Cela témoigne, au sein de la Cour suprême des États-Unis, de la difficulté de traiter ces décisions internationales. La Cour constitutionnelle allemande, quant à elle, a également parlé du respect pour la CIJ, du principe d'ouverture de la Constitution vers l'international, mais aussi du « *principe d'amabilité* » envers l'international. Amabilité ne veut pas dire exécution nécessairement automatique, mais plutôt exécution délibérée, limitée par la Constitution – pour citer le juge Breyer, « *a natural point of reference for national courts* »¹¹².

En Allemagne, les cours de droit commun, si elles veulent rejeter le prononcé d'une cour internationale, doivent expliquer dans leur raisonnement pourquoi l'exécution du jugement international serait contraire à la Constitution.¹¹³ Or que se passe-t-il en pratique ? Les juridictions de droit commun sont trop occupées pour raisonner contre une cour internationale ; ou alors elles n'ont jamais trouvé de divergences réelles entre le droit constitutionnel et le droit international ! Ainsi, jamais une cour nationale allemande n'a dit ouvertement qu'elle s'opposait à une décision d'une cour internationale. C'est une possibilité, mais qui est restée théorique à ce jour.

Pourtant, reprendre la décision d'une cour internationale ne signifie pas qu'il s'agit d'une exécution aveugle. Par exemple, concernant le jugement de la Cour européenne des droits de l'homme dans l'affaire sur les détentions de sûreté, la cour allemande a estimé qu'il fallait faire un effort de traduction dans l'ordre juridique national¹¹⁴. Cela ne consiste pas à faire une photocopie de la décision internationale, mais plutôt une traduction de la décision internationale dans l'ordre juridique interne. Les techniques, les libellés peuvent alors être différents. Par exemple, l'interdiction de rétroactivité des jugements dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est transformée en principe de confiance juridique dans l'ordre national allemand. C'est le rôle des cours nationales, notamment aussi envers l'Union européenne. Certes, il y a un effet direct et une primauté, une prévalence du droit de l'Union, mais cette prévalence doit être comprise et introduite dans l'ordre interne. Cela doit donc passer par une traduction et un engagement actif qui ne se limitent pas à une exécution forcée du droit de l'Union.

En conclusion, le respect des autres décisions des ordres juridiques est primordial. Ce respect ne se résume donc pas seulement à une obligation d'exécuter, il faut exercer l'art de l'interprétation harmonieuse pour éviter une confrontation. Par ailleurs, s'ouvrir à l'international s'accompagne de conditions, notamment le respect de la Constitution.

112. Cour suprême des États-Unis, *Sanchez-Llamas v. Oregon*, 548 U.S. 365, 382 (2006) (op. diss. juge Breyer).

113. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 1579/11, jugement du 5 nov. 2013, para. 11, NJW 2014, 532.

114. Cour constitutionnelle fédérale d'Allemagne, 2 BvR 2365/09, jugement du 3 mai 2011, BVerfGE 128, 326 (370) - détention de sûreté.



S'agissant de la Constitution allemande, il n'existe pas de vraie confrontation entre la Loi fondamentale allemande et le droit international ou européen – ce qui n'est pas surprenant, car conforme à l'esprit des fondateurs dans le préambule de la Constitution. L'article 23 (intitulé : L'Union européenne) a confirmé et concrétisé l'engagement des fondateurs, après la réunification de l'Allemagne, qui souhaitent faire partie de l'entreprise internationale et européenne sous des conditions précisées dans la Constitution. Selon la Constitution allemande, l'intégration européenne est en effet « *attachée aux principes fédératifs sociaux d'État de droit et de démocratie ainsi qu'au principe de subsidiarité* » (art. 23, §1). Ainsi, la Constitution introduit des conditions, et la Cour constitutionnelle a reconnu ce principe pour l'exécution de certaines décisions de la Cour.

J'espère que cet état d'esprit va dominer les relations entre les deux cours, mais également entre les cours nationales et internationales en général. C'est encore l'exercice de la souveraineté juridique, mais c'est une souveraineté mitigée et partagée avec les autres juridictions dans un esprit de dialogue et aussi de démocratie ouverte vers l'extérieur.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Je relève que la cour allemande ne s'est pas opposée à une décision d'une juridiction internationale, alors que des cours nationales l'ont fait récemment, que ce soit en Italie ou en Colombie. Je voudrais demander au juge Breyer s'il veut réagir sur l'affaire *LaGrand*.

Stephen Breyer

Juge à la Cour suprême des États-Unis

La première remarque est que cette affaire concerne la peine de mort. Selon moi, la Cour internationale de justice (CIJ) a pris une bonne décision. Mais elle a commis une erreur : si le défendeur dans une affaire criminelle, lors du premier procès, ne dit rien sur un moyen qu'il peut utiliser pour sa défense, il renonce à un droit. C'est la règle de « *procedural default* ». C'était ici le cas à propos d'un traité qui précisait que la police informe le défendeur étranger inculqué qu'il a le droit de contacter son consulat. Comme les autorités américaines avaient négligé de le faire et que le défendeur n'avait rien dit lors de son premier procès, l'État de l'Arizona a considéré qu'il avait invoqué ce moyen trop tard. Et la CIJ n'avait pas spécifié précisément pour quelles raisons l'État de l'Arizona avait eu tort.

Il faut avouer que sur ce point la décision de la CIJ n'était pas parfaitement claire. Le droit sur ce sujet est d'une grande complexité. La possibilité que l'avocat ou l'inculpé ne savaient rien sur ce point ouvre un débat sur la compétence de l'avocat. Mais qui sont les experts sur cette question ? Sûrement personne. Les juges à la Cour suprême pensent qu'ils le sont parce qu'ils traitent des affaires qui soulèvent ce problème régulièrement. Mais que savent de ce problème les juges de la CIJ ? Absolument rien. Les juges internationaux ont décidé qu'il fallait prévoir une autre audition s'il y avait préjudice. Les juges à la Cour suprême se sont demandé pourquoi, dans la mesure où deux ou trois auditions avaient déjà eu lieu auparavant et les juges de l'Arizona avaient décidé qu'il n'y avait aucun préjudice, et donc qu'une audition supplémentaire n'était pas nécessaire.



J'avais, pour ma part, conseillé d'accorder une autre audition, parce que les juges de la CIJ ne sont pas des experts sur ces points très techniques. Mais la majorité de mes collègues s'y est opposé. Ensuite est arrivée la décision de la Cour suprême, motivée par le fait que les cours étatiques ne sont pas liées par le droit international dont les décisions ne peuvent pas faire partie du droit interne Américain sans une loi promulguée par le Congrès ; ce qui était terrible pour moi, non seulement parce qu'il existe une possibilité d'interprétation des traités en général, mais aussi parce que j'avais émis une opinion dissidente, estimant possible d'exécuter la décision de la CIJ.

Tout cela est donc arrivé en raison d'un manque de connaissance parfaitement compréhensible de la part d'une cour internationale, alors qu'aux États-Unis on savait pourquoi on avait pris cette décision. C'est un problème général : sur de nombreux sujets, certains juges et auteurs sont experts sur des points très techniques ; mais ils vont être gouvernés par une autre juridiction qui n'est pas experte, et il devient ainsi impossible de s'entendre.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Cela rejoint mon idée de perspectivisme. Chacun juge avec ses yeux, et ce n'est peut-être pas vous qui êtes Fabrice del Dongo mais la Cour internationale de justice.

Catherine Kessedjian

Professeur à l'université Panthéon-Assas

Il m'a été demandé de traiter de l'arbitrage. Je me suis donc demandé si l'arbitrage, en tant que justice privée, peut participer à la remise en cause de la souveraineté des États. La réponse est sans doute affirmative. Mais cette remise en cause de leur souveraineté est voulue par les États, elle est organisée par eux. Il ne tient donc qu'à eux d'y apporter des limites.

Commençons l'analyse par quatre courtes citations qui montrent l'étendue de la renonciation de l'État devant l'arbitrage.

- « *La sentence arbitrale internationale n'est rattachée à aucun ordre juridique étatique. C'est une décision de justice internationale* », (Cass. 1^{ère} civ., n° 05-18.053, 29 juin 2007, *Sté PT Putrabali Adyamulia c. Sté Rena Holding et a.*).
- « *Cette institution – l'arbitrage – est devenue un système de justice véritablement international en ce sens que l'instance arbitrale est très largement détachée des ordres juridiques nationaux et surtout assujettie à quelques principes généraux transnationaux* » (Frédéric Bachand, « Les rapports entre juridictions nationales et tribunaux arbitraux internationaux », 3^e congrès de l'AHJUCAF cours judiciaires suprêmes francophones des 21-23 juin 2010 sur le thème : *Internationalisation de la justice, internationalisation du droit*).
- « *L'arbitrage appartient à un ordre juridique tiers susceptible d'être qualifié d'ordre juridique arbitral. Il correspond à la perception forte chez les arbitres du commerce international qu'ils ne rendent pas la justice au non d'un État quelconque mais qu'ils n'en exercent pas moins une fonction juridictionnelle*



au service de la communauté internationale » (Emmanuel Gaillard, *Aspects philosophiques du droit de l'arbitrage international*, éd. Leiden, coll. livres de poche de l'Académie de droit international de la Haye, 2008).

- « *L'arbitrage international développe un droit contre l'ordre juridique dans la mesure ou son modèle de création normatif s'oppose à la notion traditionnelle d'ordre juridique délibéré et que son essor s'organise progressivement sous la forme d'un ordre juridique spontané* » (Florian Grisel, *L'arbitrage international ou le droit contre l'ordre juridique : application et création du droit en arbitrage international*, éd. Fondation Varenne, diff. LGDJ, coll. des thèses n° 49, Paris, 2011).

J'aimerais traiter trois sous-questions qui me paraissent résumer le débat dans lequel nous sommes impliqués : 1) Que reste-t-il de l'ordre juridique national ou étatique lorsqu'un litige est soumis à l'arbitrage ? 2) Les tribunaux nationaux doivent-ils désormais suivre les décisions des tribunaux arbitraux ? 3) L'arbitrage d'investissement est-il encore plus menaçant pour la souveraineté étatique que l'arbitrage du commerce international ?

1. Que reste-t-il de l'ordre juridique national lorsqu'un litige est soumis à l'arbitrage ?

Je crains qu'il ne reste plus grand chose de cet ordre juridique. Si nous partons du principe posé par la Cour de cassation française (cf. première citation *supra*), c'est-à-dire le fait qu'une sentence arbitrale internationale est « *une décision de justice internationale* », nous sommes contraints de constater que cette affirmation par la plus haute juridiction française entraîne un certain nombre de conséquences sur le rôle de l'arbitre par rapport au droit applicable au fond du litige.

La première conséquence, qui me paraît faire consensus dans les milieux de l'arbitrage, consiste à dire que le tribunal arbitral n'a pas à statuer sur le droit déclaré applicable au fond du litige comme le ferait un juge de l'État dont le droit est appliqué. L'arbitre n'a pas de *for*, il n'appartient pas à un ordre juridique donné. Au moins, il n'appartient à aucun ordre juridique national. Et, s'il appartient à un ordre juridique, c'est à l'ordre juridique du commerce international, à supposer qu'un tel ordre existât.

Si le tribunal arbitral n'a pas à mettre ses pas dans ceux d'un juge étatique, même lorsqu'il juge d'une question soumise à ce droit étatique, c'est aussi parce que, dans la plupart des systèmes juridiques – et la France a montré la voie en la matière – le « *mal jugé au fond* » par le tribunal arbitral n'est pas contrôlé *a posteriori*. Ce contrôle n'existe ni au stade du recours à l'encontre de la sentence, ni à l'occasion de la reconnaissance ou de l'exécution de la sentence. En droit français, deux possibilités existent de revenir indirectement à un contrôle du fond, mais elles sont toutes deux appliquées de manière extrêmement limitée.

Tout d'abord, il est possible que le juge du contrôle constate que le tribunal arbitral n'a pas respecté la mission qui lui avait été confiée. Mais, si en théorie, ce motif de recours ou de non reconnaissance/exécution peut autoriser le juge à regarder comment le tribunal arbitral a statué sur le fond du litige, la jurisprudence montre qu'il ne s'agit pas de revoir la motivation juridique, mais uniquement de comparer les points de droit soumis au tribunal arbitral et ceux qu'il a effectivement jugés.

En second lieu, l'ordre public devrait permettre de contrôler l'application du droit par le tribunal arbitral, mais l'évolution du droit français de l'arbitrage montre que ce contrôle est devenu extrêmement étroit, si bien que seules les violations les plus criantes peuvent entraîner soit l'annulation de la sentence (si l'on est dans le cadre d'un recours) soit sa non reconnaissance ou sa non exécution. Cette jurisprudence fait maintenant l'objet de la critique d'une partie de la doctrine (je renvoie au colloque du CREDIMI à Dijon récemment publié¹¹⁵), certains demandant à la Cour de cassation de revenir à un contrôle plus effectif et un peu plus large. Il n'est pas impossible que si le Tribunal des conflits a décidé comme il l'a fait dans l'affaire *INSERM*¹¹⁶, c'est en grande partie parce qu'il a craint que l'ordre public administratif, qui pouvait être en jeu dans ce dossier, ne soit, en réalité, pas du tout contrôlé s'il décidait que le contrôle devait être exercé par la Cour de cassation.

En conclusion sur ce point, nous devons donc constater que le droit français limite considérablement la possibilité pour le juge de contrôler l'éventuel mal jugé par le tribunal arbitral, si bien que l'État s'est dépouillé de la seule occasion qu'il pouvait avoir de contrôler le respect de son ordre juridique.

Aux États-Unis, on constate que le mépris manifeste à l'égard de la loi (« *manifest disregard of the law* »), que la Cour suprême fédérale a admis en tant que contrôle des sentences arbitrales, correspond à un contrôle très limité, à supposer qu'il existât encore car la Cour semble avoir annoncé un revirement à cet égard.

2. – Les tribunaux nationaux doivent-ils désormais suivre les décisions des tribunaux arbitraux qui auraient une valeur de précédent ?

Cette deuxième question est beaucoup plus controversée que la première. Je n'ai encore jamais lu de doctrine sur cette question et, à ma connaissance, elle n'a jamais été posée à une juridiction française. Là encore, si nous prenons au sérieux la déclaration de la Cour de cassation dans l'affaire *Putrabali*¹¹⁷, il me semble que la réponse doit être positive au moins dans certains cas. Plusieurs hypothèses doivent donc être étudiées. Tout d'abord, si le tribunal arbitral a statué sur une question soumise à un droit national, il n'y a pas de raison pour un juge étatique de suivre cette décision puisque le « *juge naturel* » de chaque ordre juridique national est le juge appartenant au système judiciaire de ce même État. L'arbitrage, en tant que justice privée tolérée et organisée par l'État, n'a pas à dicter au juge national sa conduite sur l'interprétation d'une norme juridique tirée de l'ordre juridique de cet État.

En revanche, si un tribunal arbitral s'est prononcé sur une question de droit international, de *lex mercatoria*, de droit du commerce international, de droit des investissements, à partir du moment où nous considérons le tribunal arbitral comme une juridiction internationale, existe-t-il une raison pour qu'un juge étatique n'ait pas à suivre cette décision lorsqu'il est confronté à la même question ?

115. Centre de recherche sur le droit des marchés et des investissements internationaux (Credimi), *L'ordre public et l'arbitrage*, actes du colloque des 15 et 16 mars 2013, éd. LexisNexis, coll. travaux du Credimi, Paris, 2014.

116. Tribunal des conflits, 17 mai 2010, *INSERM c. Fondation Letten F. Sausgstad*, n° C3754.

117. Cour de Cassation, n° 05-18.053, 29 juin 2007, *Société PT Putrabali Adyamulia c. Société Rena Holding et Société Moguntia Est Épices*.



Poser la question, c'est y répondre au moins en théorie. Sauf que, en l'état de l'arbitrage aujourd'hui, il ne nous paraît pas possible d'admettre cette conclusion pour les raisons suivantes : (i) chaque tribunal arbitral statue pour lui-même, même ceux qui le font sous l'égide d'une institution arbitrale, si bien qu'aucune véritable « *jurisprudence arbitrale* » ne peut exister, même si cette expression est de plus en plus utilisée dans les milieux de l'arbitrage¹¹⁸ ; (ii) à supposer même qu'une pratique arbitrale se soit établie, elle devrait être, d'une part, suffisamment et largement reconnue – ce qui pour le moment n'est pas le cas – et, d'autre part, publiée ce qui n'est que très partiellement le cas aujourd'hui. Même les grandes institutions d'arbitrage ne publient que quelques extraits de sentences et réservent le reste de leurs décisions à quelques groupes d'initiés. Il est donc encore extrêmement difficile d'identifier des tendances utiles pour permettre que les solutions arbitrales puissent être considérées par les juges nationaux lorsqu'ils sont confrontés à des questions identiques que celles déjà jugées par l'arbitrage.

3 – L'arbitrage d'investissement est-il encore plus menaçant pour la souveraineté étatique que l'arbitrage du commerce international ?

L'arbitrage d'investissement, plus récent dans l'évolution du règlement des différends internationaux, présente d'autres défis pour la souveraineté étatique. Il y a été fait allusion dans les présentations d'ouverture de ce colloque.

La notion d'investissement retenue ici est celle généralement admise par un grand nombre de traités bilatéraux d'investissement ou dans les enceintes internationales, que ce soit l'OCDE ou l'OMC (même si cette dernière ne s'occupe pas à proprement parler d'investissements). Il est bien connu que l'investissement international met en présence des intérêts privés (ceux de l'investisseur), des intérêts publics (ceux de l'État en tant qu'organisation politique) et des intérêts collectifs (ceux des peuples).

Il peut paraître étrange de séparer les intérêts publics de l'État et ceux du peuple qu'il administre. Malheureusement, il est avéré que certains gouvernements n'agissent pas dans l'intérêt de leur peuple dans l'intérêt propre de ses membres ainsi que le montre toutes les études récentes sur l'état endémique de corruption qui sévit dans de nombreuses régions du monde. L'OCDE vient d'organiser la semaine de l'intégrité (« *integrity week* ») dont les débats ont montré toutes les difficultés posées par la corruption tant dans la gestion des investissements étrangers que pour l'arbitrage propre à cette matière.

Pour l'observateur extérieur, il est étonnant que les États aient renoncé à leurs prérogatives en acceptant de soumettre à l'arbitrage les litiges qui pouvaient naître des investissements étrangers sur leur territoire. La question est donc celle de savoir pourquoi les États ont agi ainsi.

On trouve l'origine de ce mode de règlement des différends (État hôte/investisseur étranger) dans le traité de 1968 entre les Pays-Bas et l'Indonésie, alors que le

118. Voyez le dialogue qui s'est instauré entre Jean-Michel Jacquet et l'auteur de ces lignes. C. Kessedjian, « La pratique arbitrale », in *Mélanges en l'honneur du Professeur Jean-Michel Jacquet*, Lexis-Nexis, 2013, pp. 121-127.

tout premier traité bilatéral d'investissement conclu en 1959 entre l'Allemagne et le Pakistan ne comportait qu'une clause d'arbitrage interétatique, l'entreprise en litige étant représentée dans le contentieux par l'État dont elle est ressortissante grâce au mécanisme de la protection diplomatique.

Je me suis donc demandé pourquoi l'État néerlandais avait adopté ce système très particulier, permettant à l'entreprise d'agir directement contre l'État hôte, sans passer par le truchement de la protection diplomatique. Dans la littérature spécialisée, il est commun de lire qu'en adoptant ce mécanisme d'arbitrage public/privé, les États ont voulu dépolitiser le système. Je ne conteste pas cet aspect qui est certainement l'une des raisons ayant présidé à l'adoption de ce mécanisme. Mais je soupçonne l'État néerlandais d'avoir eu un objectif beaucoup plus pragmatique. En réalité, ce que l'État néerlandais a voulu faire, c'est de privatiser les coûts du contentieux. L'État faisait néerlandais a estimé qu'il avait rempli ses obligations de protection de ses investisseurs à l'étranger en signant le traité. Une fois ce traité signé, s'il y avait un conflit entre l'investisseur et l'État hôte, l'investisseur devait alors prendre ses responsabilités, conduire ce contentieux lui-même et en payer le coût. Il n'y avait aucune raison pour que l'État d'origine fasse les frais d'un contentieux survenant entre l'un de ses investisseurs et l'État hôte. Enfin, une troisième raison a trait à l'état du droit international en 1968. La Convention de Washington avait été adoptée trois ans plus tôt, permettant ainsi de donner un cadre satisfaisant à ce nouveau mécanisme d'arbitrage¹¹⁹.

Cette explication permet de relativiser la perte de souveraineté qui s'ensuit. Cela permet également de minimiser le débat extrêmement houleux auquel nous assistons avec le projet très controversé de Partenariat transatlantique de commerce et d'investissement (« *Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)* »). Certes, la controverse va bien au-delà des dispositions en matière de règlement des différends. Mais l'histoire du développement de l'arbitrage en matière d'investissements étrangers nous apprend que ce qu'il y a à craindre n'est pas le mécanisme en lui-même, mais les termes du traité, notamment en matière de régulation, les tribunaux arbitraux n'hésitant pas, si le traité le permet, à écorner les pouvoirs de régulation de l'État hôte. Un juge national aurait probablement plus d'hésitation à aller dans cette direction. C'est pourquoi, on doit être encore plus vigilant dans la rédaction du traité lorsque le règlement des différends passe par des tribunaux arbitraux, que ce soit sous l'égide du Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI), d'autres institutions d'arbitrage ou de manière *ad hoc*.

En d'autres termes, si la souveraineté des États est écornée, c'est avant tout par les termes du traité sur le fond de la protection des investissements étrangers et beaucoup plus que par le seul mécanisme d'arbitrage connu depuis 1968. Il est possible que les développements récents aient dépassé ce que les États avaient envisagé à l'origine. Toutefois, ce n'est pas le principe même de l'arbitrage d'investissement qui doit être revu, mais son aménagement dans le cadre de traités qui, sur le fond, devraient mieux protéger le rôle de régulateur des États, notamment

119. Le Centre international pour le règlement des différends relatifs aux investissements (CIRDI) a été créé par la convention de Washington du 18 mars 1965.

dans une perspective plus respectueuse des intérêts collectifs des populations, passant probablement par une meilleure application et un meilleur encadrement de la responsabilité sociétale des entreprises¹²⁰.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Décidément tout est affaire de perspective et les arbitres se sentent aussi maîtres chez eux. Il est intéressant de constater que les juges nationaux s'inclinent facilement et cela m'intrigue beaucoup. Je souhaiterais ajouter deux choses. La première, c'est que contrairement à vous, je pense qu'il existe non pas une, mais des jurisprudences internationales ; par exemple, sur des problèmes particuliers, il y a aussi des jurisprudences arbitrales internationales. La deuxième, c'est que si dans les années 1960 on a promu l'arbitrage privé international, ce n'est pas seulement pour des raisons financières, mais plutôt par méfiance pour les ordres juridiques nationaux des États du Tiers-monde ; ce qui revient non pas à réduire leur souveraineté, mais leur compétence souveraine. Je crois que c'était une façon pour les États développés de dire que ces gens-là ne savent pas ce qu'est une justice indépendante. Maintenant nous en subissons l'effet boomerang car nous sommes aujourd'hui, à l'instar des pays du Tiers-monde, du côté des défenseurs.

Koen Lenaerts

Président de la Cour de justice de l'Union européenne

Pour introduire mes propos, je vais vous raconter une anecdote. Un journaliste allemand du journal *Süddeutsche Zeitung* m'a demandé juste après ma désignation en tant que vice-président de la Cour de justice de l'Union européenne : « *Wer hat das letzte wort ? Luxemburg, Straßburg oder Karlsruhe ?* ». Qui a le dernier mot ? Luxembourg, Strasbourg ou Karlsruhe ? De sorte que tout le reste de l'interview a consisté à expliquer pourquoi cette question était mal formulée.

Pour ma part, la réponse était : pour ce qui est de la Loi fondamentale (Constitution) allemande, Karlsruhe a le dernier mot. Pour ce qui est du droit de l'Union européenne, la Cour de justice de l'Union européenne a le dernier mot. Et pour ce qui est de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour européenne des droits de l'homme a le dernier mot. Et mon opinion n'a pas changé depuis.

Chacune a la responsabilité ultime pour dire le droit qui lui est propre. C'est le reflet, au niveau juridictionnel, du principe d'attribution. C'est l'État de droit dans son expression ultime interprété par le juge. Mais, comme Andreas Paulus l'a dit, je m'y réfère également pour que tout se fasse dans le respect réciproque des différents droits en présence. Pour paraphraser le débat Breyer/Scalia¹²¹, tenu à l'*American University* il y a dix ans, on peut se demander également dans quelle mesure nous devons prendre en compte les parcelles avoisinantes à notre terrain juridique. C'est le grand défi actuel du débat européen, avec M. Breyer à une extrémité et M. Scalia à l'autre.

120. Depuis le prononcé de cette conférence, la Commission européenne a proposé qu'un tribunal permanent soit établi dans le cadre du TTIP, qui aurait en charge le règlement des différends entre investisseurs et État hôte, en lieu et place du système d'arbitrage connu aujourd'hui.

121. Débat entre Stephen Breyer et Antonin Scalia.

Comme le vice-président Sauvé l'a dit, le paradigme dans lequel nous raisonnons actuellement est le paradigme du développement du droit en réseau. C'est le paradigme du pluralisme juridique ; et à l'échelle de l'Union européenne c'est l'évidence même avec vingt-huit États membres. Nous avons même plus de vingt-huit systèmes juridiques ; pour ne prendre que le cas du Royaume-Uni, celui-ci en a déjà plusieurs, le droit étant différent en Écosse et en Angleterre, de même la Belgique possède une certaine forme de pluralité, etc. Nous avons donc plus de systèmes juridiques que d'États membres. Nous avons vingt-quatre langues officielles et beaucoup de langues non officielles. Nous avons des pluralismes juridique, culturel et sociologique. Ce que fait la Cour de justice dans cet ensemble, et dans un autre cadre la Cour de cassation française, c'est ce que Mireille Delmas-Marty, professeur au collège de France, a désigné lors du cinquantenaire de l'arrêt *Van Gend en Loos*¹²² célébré à la CJUE, comme l'ordonnement du pluralisme juridique. Là est la vraie valeur ajoutée de l'Union européenne en conformité avec le principe de *subsidiarité*.

Au-delà des politiques communes (politique agricole, politique de la concurrence, etc.), il existe de plus en plus de règles qui sont, en réalité, des règles d'ordonnement logique dans le respect mutuel entre les différents systèmes nationaux au sein de l'Union européenne. C'est tout l'espace de liberté, de sécurité et de justice. Ce sont les règlements Bruxelles I, Bruxelles II, Rome I, Rome II, Rome III, Rome IV ; c'est le mandat d'arrêt européen ; c'est l'ensemble de ces instruments qui visent à faire interagir en cohérence commune les différences nationales, et cela sans les essuyer. C'est donc gérer, vers une finalité commune, la diversité. En cela, l'Union européenne est unie dans sa diversité. Elle n'est pas comme aux États-Unis une *nation indivisible*. C'est là toute la différence de finalités entre les deux ordres juridiques considérés. Cette réalité de base présentée de façon schématique a son reflet dans le dialogue de juge à juge.

Hier, mon collègue académique Denys Simon disait : « *le renvoi préjudiciel n'est pas vraiment un dialogue de juge à juge, c'est plutôt un croisement de monologue, mais ordonné* ». On peut discuter des termes de cette phrase, mais je pense quand même qu'il s'agit d'un dialogue de juge à juge entre les juridictions nationales et la CJUE. Le renvoi préjudiciel est la *clé de voûte* du système juridictionnel du droit de l'Union.

Effectivement la CJUE, d'une manière croissante ces dernières années, a mis l'accent sur le fait que la responsabilité, non seulement pour l'application du droit de l'Union, mais également pour l'interprétation du droit de l'Union, est partagée entre elle et les juridictions nationales. Le vieux paradigme qui consistait à répéter à mes étudiants pendant des décennies à l'université de Louvain que la CJUE interprète le droit de l'Union, et que le juge national l'applique, a bien évolué ! Application et interprétation sont d'ailleurs souvent proches, de sorte que le juge national est coresponsable du droit de l'Union et soumet à la CJUE l'interprétation qu'il tient du droit de l'Union.

Le juge national, comme le juge Paulus l'a déjà dit, doit en quelque sorte adapter, décliner, le droit de l'Union dans le contexte national. C'est le sens du nouvel

122. CJCE, aff. 26/62, 5 février 1963, *van Gend & Loos c. administration fiscale néerlandaise*, EU:C:1963:1.



article 94 du règlement de procédure de la CJUE¹²³. En faisant un renvoi préjudiciel, le juge national doit expliquer à la Cour de justice : les faits établis dans l'affaire, le cadre juridique tant procédural que matériel du droit national, les raisons qui le conduisent à s'interroger sur des points précis du droit de l'Union, et aussi (et surtout) la réponse qu'il donnerait lui-même sur ce point.

Or, force est de constater que dans la tradition française, mais aussi belge, nous avons peu cette habitude. Nous posons une question et nous nous arrêtons là. C'est une chance ratée. Il faut donc raisonner sur ce qui nous paraît cohérent comme la Cour constitutionnelle allemande l'a fait dans son premier renvoi préjudiciel¹²⁴.

Pourquoi est-ce si important ? Parce que le juge de renvoi a une chance unique de tracer le cadre à l'intérieur duquel la CJUE va interpréter de manière finale ce qu'est le droit de l'Union. Ce faisant, le juge national peut ainsi, par son action, déterminer les limites du débat judiciaire qui va se tenir devant la Cour de justice.

Il faut savoir que le débat judiciaire est très structuré devant la CJUE. Lorsqu'une ordonnance de renvoi est envoyée à la Cour, elle est immédiatement traduite dans les vingt-quatre langues de l'Union et signifiée à l'ensemble des États membres qui font des observations écrites et/ou orales. Si une juridiction de renvoi pré-raisonne un point de droit européen, les États membres, la Commission européenne, le Conseil et le Parlement européen, si un de leur acte est en cause, vont participer au débat sur l'interprétation du droit de l'Union tel qu'enclenché par le juge de renvoi. C'est ça le dialogue. Et la CJUE possède cette *exigence de controverse* vis-à-vis des affaires qu'elle a à connaître, à l'instar des États-Unis où existe le concept du « *case or controversy requirement* ». Si l'on suit ce schéma, la CJUE aura *in fine* un meilleur arrêt à rendre parce que la qualité de motivation dudit arrêt dépend de la qualité du débat judiciaire qui, lui-même, dépend de la qualité de l'ordonnance de renvoi.

Et c'est ainsi que le dialogue de juge à juge peut être appelé comme tel parce que chacun joue son rôle avec des frontières qui ne sont pas toujours fixes, frontières entre ce que font les uns et les autres avec quand même cette limite que la CJUE ne va jamais établir et apprécier les faits, dire ou apprécier le droit national, raison pour laquelle le plus souvent, dans nos arrêts préjudiciels, nous traçons un cadre juridique à l'intérieur duquel les juridictions nationales vont établir et apprécier de manière définitive les faits de l'affaire, ainsi qu'appliquer et décliner dans le cas de l'espèce ce qu'a dit pour droit la CJUE.

Deuxième axe pour la discussion. Tout ce que nous disons en droit de l'Union, est évidemment la parole définitive du droit de l'Union, sauf si une juridiction nationale refait un renvoi et essaye de nous amener à infléchir notre position – ce qui arrive –. Et c'est tout à fait légitime. C'est aussi une composante du dialogue de juge à juge. Mais l'autorité de nos arrêts d'interprétation est l'autorité de *la chose interprétée*. La chose interprétée c'est, tout simplement, la norme ou le principe de droit de l'Union que nous interprétons. L'arrêt est obligatoire de la même manière

123. V. dans le *Règlement de procédure de la Cour de justice* du 25 septembre 2012 (JO L 265 du 29 septembre 2012), sous le Titre troisième – Des renvois préjudiciels, Chapitre premier – Dispositions générales, l'article 94 intitulé : Contenu de la demande de décision préjudicielle.

124. V. CJUE, Gde Ch., aff. C-62/14, 16 juin 2015, *Gauweiler e.a.*, EU:C:2015:400.

dans les vingt-huit États membres, et non pas uniquement dans l'État membre où se trouve la juridiction nationale qui a fait le renvoi. Cela a plusieurs implications.

D'abord, comme le président Pellet l'a rappelé dans son introduction, c'est une chose que notre arrêt soit obligatoire, cela en est une autre qu'il soit exécutoire. Et je suis tout à fait d'accord avec lui en ce que l'opérationnalisation de nos arrêts préjudiciels, fruit de ce dialogue de juge à juge auquel participe l'ensemble des États membres et des institutions européennes, présuppose que ces arrêts doivent être acceptés et loyalement mis en œuvre par la juridiction nationale. L'autorité de la chose interprétée doit se mériter chaque jour. C'est la primauté d'application du droit de l'Union. Nous devons être légitimes pour convaincre.

La légitimité de notre Cour passe par deux canaux : d'abord, par la saisine. C'est toujours un juge national qui trace le cadre à l'intérieur duquel le débat va se dérouler et où la motivation de nos arrêts va se situer. D'où le renvoi préjudiciel comme une chance énorme. Il faut cesser pour les juridictions suprêmes de penser en termes d'obligations de renvoi. Il faut résonner en termes d'*opportunité* et de *chance* de renvoi ; parce que si la cour suprême française ne le fait pas, les autres cours le feront. Le droit se développant en réseau, la question nous arrivera de toute façon et ce qui se passera c'est que d'autres juridictions saisiront l'opportunité de tracer le cadre pour cette question. En cela, le renvoi préjudiciel est une chance à saisir.

C'est la raison pour laquelle nous disons toujours que les questions préjudicielles ne sont recevables que dans la mesure où elles contribuent concrètement à la solution d'un litige au principal. On raisonne comme un juge de « *Common law* », sans donner des avis hypothétiques et généraux, car l'on souhaite contribuer à la résolution d'un cas concret ; et l'on procède par petits pas, c'est-à-dire d'un cas à l'autre, et ça pour l'ensemble des questions de droit de l'Union. En termes quantitatifs, nous ne sommes pas tout à fait une cour constitutionnelle de premier ordre, mais plutôt une cour suprême qu'elle soit judiciaire ou administrative. C'est une cour suprême pour l'ensemble des matières du droit de l'Union. Nos arrêts constitutionnels se résument à moins d'un dixième de nos arrêts par an. C'est souvent mal compris parce que l'on voit inévitablement le triangle dans les colloques académiques : Strasbourg, Luxembourg, Karlsruhe. Certes, cela est pour nous un volet très important mais un volet quantitativement limité. Nos affaires dites « *normales* » sont avant tout des affaires touchant au droit de l'Union, et pas constitutionnelles ou impliquant des droits fondamentaux. Tel est notre quotidien. Nos interlocuteurs habituels pour la France, ce n'est pas le Conseil constitutionnel mais le Conseil d'État, la Cour de cassation et toutes les juridictions de première instance ou d'appel.

Ensuite, le deuxième élément de légitimité, c'est la motivation des arrêts – ce que les allemands appellent « *die Akzeptanz* ». C'est l'acceptabilité de nos arrêts. Il faut que la motivation s'exprime de manière transparente, quitte à rendre le juge vulnérable à la critique. Cette motivation doit plonger ses racines dans les traditions constitutionnelles et juridiques communes aux États membres. Il s'agit donc d'une interprétation du droit de l'Union certes, mais il ne faut pas oublier que le droit de l'Union est à beaucoup d'égards lacunaire ! Les textes prévoient des concepts ou

font appels à des principes non autrement définis. D'ailleurs l'article 19 du traité sur l'Union européenne assigne comme mission à la CJUE de dire le droit en interprétant et en appliquant le traité. Le droit est donc désigné comme quelque chose d'autre et de plus englobant que les règles du traité.

Pour conclure, je crois que le dialogue préjudiciel le plus effectif est celui où le juge national de renvoi participe à l'œuvre d'interprétation de la CJUE, permet un débat le plus riche possible par rapport à sa propre prise de position, et permet à la CJUE de motiver dans le cadre strictement défini de la saisine un arrêt qui sera acceptable dans les ordres juridiques nationaux qui devront opérationnaliser l'arrêt.

Deux exemples pour démontrer cela. Dans l'arrêt *Tests-Achats*¹²⁵ la Cour constitutionnelle belge a expliqué pourquoi elle pensait qu'une disposition donnée d'une directive était invalide au regard du principe d'égalité hommes-femmes. Cela a donné lieu à un débat auquel quinze États membres ont participé, et la CJUE a finalement suivi cette invalidité préconisée par la Cour constitutionnelle belge. Dans l'affaire *Bressol*¹²⁶ concernant des étudiants français s'inscrivant dans les universités belges (francophones), la Belgique, devant l'afflux massif dans certaines filières médicales, applique des règles restrictives d'accès ; la Cour constitutionnelle de Belgique demande à la CJUE si de telles mesures sont ou non compatibles avec le principe de libre circulation. La réponse était évidemment non. Mais pouvait-il y avoir éventuellement des exceptions? Nous esquissons un cadre très strict de conditions en vue desquelles pour certains cursus médicaux et paramédicaux, il y a quand même des raisons de santé publique qui peuvent conduire à faire certaines restrictions. La question fut donc renvoyée à la Cour constitutionnelle qui applique dans les faits et dans les législations nationales ce cadre. Et, sur les neuf cursus en cause, cette Cour dit que pour six d'entre eux le droit de l'Union avait été violé, mais pas pour les trois autres cursus. Ce sont des exemples d'interactions fluides entre le droit de l'Union et le droit des États membres. J'espère vous avoir convaincu que lorsque l'on parle de dialogue de juge à juge, c'est de cela qu'il s'agit dans le cadre du droit de l'Union européenne.

Alain Pellet

Professeur à l'université de Paris ouest Nanterre La Défense

Il me semble que nous pouvons généraliser ce que vous avez dit : alors que les décisions des juridictions nationales bénéficient de la force exécutoire, les décisions de toutes les juridictions internationales, y compris d'ailleurs les arbitres, n'ont pas cette force, donc cette de force de persuasion. La notion d'acceptabilité est beaucoup plus importante ; c'est pour cela que le Conseil d'État ne juge pas utile de motiver ses décisions davantage que par quelques phrases obscures puisque, de toute façon, elles seront appliquées. Les juridictions internationales ne peuvent pas se le permettre. On critique souvent la Cour internationale de justice pour ses très longs arrêts, mais il faut qu'elle se justifie aux fins de faciliter l'acceptabilité de sa décision.

125. CJUE, Gde Ch., aff. C-236/09, 1^{er} mars 2011, *Association belge des Consommateurs Test-Achats e.a.*, EU:C:2011:100.

126. CJUE, Gde Ch., aff. C-73/08, 13 avril 2010, *Nicolas Bressol e.a. et Céline Chaverot e.a. c. Gouvernement de la Communauté française*, EU:C:2010:181.

Échanges avec la salle

Question – *Ma question s'adresse au juge Breyer. Vous avez évoqué le concept de courtoisie, pouvez vous nous expliquer le sens de la courtoisie aujourd'hui ? Et cette courtoisie, est-elle votre conception ou celle de la Cour suprême des États-Unis ?*

Stephen Breyer

C'est difficile pour moi de démêler ma propre perception de celle de la Cour, parce que je pense souvent que ce sont les mêmes. Là où je trouve une réponse directe à cette question, c'est dans le cas du droit antitrust ou de l'affaire Morrison¹²⁷, où la Cour s'est prononcée à l'unanimité. Le sens du concept de courtoisie, c'est qu'il faut bien analyser les tenants et les aboutissants des affaires et, surtout, avoir une connaissance des lois étrangères et de leur fonctionnement dans leurs pays d'origine pour savoir qui a raison. C'est pour cela qu'il faut connaître ce qui se passe au-delà des frontières. Et ce n'est pas une question de débat entre le juge Scalia et moi ; il n'y a pas d'autre choix si l'on veut bien juger.

Question – *J'ai une question pour le président Lenaerts. Récemment, dans une communication au Comité français de droit international privé, Mme le juge Maitrepierre suggérait la chose suivante : quand une question préjudicielle est posée à la Cour, pour le moment seuls les États ont la possibilité de participer au dialogue, et l'on se rend compte, d'une part, que les États profitent de moins en moins souvent de cette opportunité – la France en est un exemple – et, d'autre part, que la position de l'État ne représente pas toujours la difficulté des juges à faire ce travail que vous avez indiqué sur la traduction dans le système juridique des États membres. Comme vous l'avez très bien dit, le dialogue ne se fait, pour le moment, qu'avec une seule juridiction des États membres, or vos décisions sont obligatoires erga omnes, donc pour les autres vingt-sept États membres. Qu'en pensez-vous ? Et cela a-t-il déjà été discuté au sein de la Cour ?*

Koen Lenaerts

Il y a en fait deux aspects dans cette question. Il est vrai que seuls les États peuvent déposer des observations écrites ou orales lorsqu'il y a audience. C'est le texte de l'article 23 du statut de la Cour de justice qui fait partie du droit primaire, sans doute parce que les États considèrent parler au nom de l'État membre constitutif. On voit là la souche ancrée dans le droit international de toute la construction européenne. C'est un traité qui opère comme une Constitution au sens matériel du terme, mais cela reste un traité. C'est pour cette raison que les États membres se sont réservé le droit de parler à travers leur organe exécutif, qui est celui qui s'exprime normalement au nom de l'État dans les relations internationales. Mais, comme on l'a entendu du premier président de la Cour de cassation Bertrand Louvel, il y a une fonction judiciaire et une fonction diplomatique qui sont quelque part en train de se fondre l'une

127. Cour suprême des États-Unis, aff. 561 U.S. 247 (2010), *Morison v. National Australia Bank Ltd.*

dans l'autre. De ce fait, je m'aperçois que certaines évolutions peuvent, sur le plan académique, être considérées comme souhaitables. Sinon, il faudrait alors changer les règles.

Le deuxième aspect est de savoir s'il est intéressant de faire cela. Je dirais plutôt non, car je pense qu'il est important que l'État parle d'une seule voix, parce que par exemple si une juridiction peut participer à notre débat – de façon hypothétique, mais je m'inscris dans la logique suggérée par la question –, il serait tout à fait envisageable que son Gouvernement vienne et dise autre chose. Maintenant cela arrive déjà pour les juridictions de renvoi : dans un renvoi préjudiciel actuellement pendant devant la CJUE par une juridiction bien connue de la République fédérale d'Allemagne, le Gouvernement allemand a présenté des observations qui ne coïncident pas en tout point avec les suggestions opérées par la juridiction de renvoi. Cet aspect des choses est normal car la juridiction de renvoi agit comme juge indépendant, alors que le Gouvernement représente l'État en tant que tel.

Quant aux États membres non participants, je pense que le système actuel est assez équilibré. Pourquoi ? Vous avez raison, ainsi que Mme la juge Maitrepierre, sur le fait que les États membres ne sont pas toujours à l'unisson avec ce qui se vit au sein de la juridiction suprême. Un exemple : l'affaire Landtová¹²⁸ où la République tchèque a présenté une position autre que celle de sa Cour constitutionnelle, mais une position qui était en phase avec celle de sa Cour suprême. Il s'agissait là d'une tension entre juridictions suprêmes d'un État membre concerné qui, d'ailleurs, et sans entrer dans les détails, existe aussi assez largement dans d'autres États membres. Quelle sont, en ce cas, les possibilités d'action pour l'État membre en question ?

Je crois qu'il est important pour nous d'avoir un interlocuteur unique, et cela ne peut être que le Gouvernement. Mais quelle est la solution au problème réel que vous soulevez ? Pour moi, le remède est que l'ensemble des juridictions des États membres aient la possibilité de nous interroger. Avec la nécessité pour nous de limiter notre interprétation préjudicielle aux nécessités de l'affaire pendante devant le juge de renvoi. J'insiste sur ce point parce que l'on a souvent l'impression que la CJUE fait des prononcés généraux et abstraits en interprétant le droit de l'Union, de sorte que cela fasse un peu taille unique pour tous les États membres. Ce n'est pas le cas ! Nous opérons comme un juge de Common law, à très petits pas, en collant à l'affaire, ce qui constitue une étape indispensable pour avancer. Les juridictions des autres États membres vont alors partir de ce cas d'espèce et se dire : nous avons à traiter un cas légèrement différent, notre législation est légèrement différente et votre décision n'est pas entièrement adéquate ici, pour telle(s) raison(s), aussi suggérons-nous d'infléchir ou de distinguer votre jurisprudence, voire de la nuancer sur tel(s) point(s). C'est ça le débat, et c'est le seul mécanisme dont on dispose. Et je reste convaincu que les États membres ne sont pas prêts de modifier le droit primaire dans le sens de faire participer directement des juridictions plurielles, avec parfois plusieurs juridictions d'un seul État membre parlant à sa place.

128. CJUE, aff. C-399/09, 22 juin 2011, *Marie Landtová c. Česká správa sociálního zabezpečení*, EU:C:2011:415.

Question – *Pour rebondir sur la première question et la réponse du juge Breyer. J'ai été frappé, dans l'arrêt de la Cour suprême auquel il a été fait allusion, Kiobel v. Royal Dutch Petroleum¹²⁹, par l'argumentation développée à propos de la question du principe de courtoisie. On voit bien dans cette affaire, extrêmement intéressante, que la Cour suprême, en lien direct avec le thème de cette première table ronde a eu une conscience aigüe des enjeux de souveraineté au regard de la globalisation économique et de la globalisation du droit. Dans cette affaire, vous avez eu une argumentation extrêmement poussée sur les enjeux économiques qui étaient sous-jacents, puisqu'il s'agissait de la responsabilité d'une société multinationale en matière de droits de l'homme, et où existaient des enjeux en termes de compétences du juge américain qui risquait de se transformer en juge universel pour toutes les affaires de droits de l'homme engageant des entreprises multinationales. Votre argumentation reposait sur le fait que le juge d'un État, aussi puissant soit-il, ne peut pas devenir un juge universel, alors même que la globalisation l'y pousserait ; parce qu'il y a cet enjeu de souveraineté et le principe de courtoisie internationale qui impose que lorsque le lien de rattachement de l'affaire avec le lieu où la juridiction a été saisie est faible, il faut remettre la compétence à un autre juge. Je voulais revenir sur vos propos parce que cette affaire m'a paru extrêmement symptomatique des enjeux de la globalisation face au rôle du juge et à l'appréciation de sa compétence. Qu'en pensez-vous ?*

Stephen Breyer

Je suis d'accord sur le fait qu'il s'agit d'un grand problème, notamment pour l'avenir proche. Mais le principe de courtoisie, par exemple, ne va pas tout résoudre. Il s'agit d'un problème plus général. Nous sommes de plus en plus proches les uns des autres dans le monde, du fait de la globalisation, sur les droits de l'homme, mais aussi sur beaucoup d'autres sujets. Il faut donc trouver des approches ou des règles pour assurer que lorsqu'un tribunal national généralise des principes, il faut que ceux-ci soient en accord avec ces règles globales. Voilà le problème, et je n'ai pas de réponse toute faite. C'est pourquoi j'ai précisé, dans le cas de l'Alien Tort Statute, qu'il ne fallait justement pas faire d'ingérence, mais harmoniser.

Il n'existe pas de Cour suprême mondiale. Donc chaque tribunal doit penser seul. Il doit se demander comment ses décisions vont être mises en œuvre de manière harmonieuse par les tribunaux d'autres pays au regard des mêmes principes. Voilà la question, et je crois que sa réponse ne concerne pas que les tribunaux. Aux États-Unis, je dirais que les juristes sont, à l'instar de Dieu, divisés en trois parties : les magistrats, les professeurs et les avocats membres du barreau. Ce système fonctionne bien lorsque ces trois parties sont en harmonie. Les magistrats tranchent une affaire et en donnent économiquement les raisons. Les professeurs critiques – parfois un peu trop – et mettent en perspective ce qui a été décidé. Enfin, les avocats lisent, interprètent ce que cela implique pour leurs affaires et présentent au juge le résultat. C'est un cercle vertueux. Je redis donc aux professeurs exactement ce que vous avez dit : maintenant, c'est à

129. Cour suprême des États-Unis, aff. 569 U.S. (2013), *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*

vous, et pas seulement à nous ! Nous avons cinquante États remplis de juges, et le dialogue existe assidument. En revanche, entre les professeurs et le Barreau, sans même mentionner leurs expériences dans d'autres pays, ce dialogue est très imparfait. Je prône donc cette coopération globale entre les trois parties de notre profession, afin que tout un chacun puisse travailler en commun sur cette problématique.

Question - *Ce débat sur la souveraineté et la globalisation ne concerne-t-il pas aussi, de façon plus matérielle, les enjeux économiques entre États, et entre intérêts privés et intérêts publics ? On a parlé d'arbitrage de ces systèmes de dérivation qui n'ont pas simplement un intérêt procédural – juger plus rapidement, plus simplement – mais aussi un intérêt à affirmer un droit spécifique souvent constitué de façon privatisée à partir de ce que l'on appelle aujourd'hui le droit souple, et qui peut se substituer à des droits fondamentaux que les États et leurs juges ont collectivement contribué à mettre en place. À cet égard, que peuvent les juges nationaux et internationaux ? Est-ce qu'il n'y a pas une partie de cette souveraineté qui nous échappe, et des garanties que nous n'arrivons pas à assurer ?*

Andreas Paulus

L'un de nos devoirs est de trouver un équilibre entre les droits et les intérêts des parties, y compris les droits économiques. Car nous avons besoin d'une vue sur les effets économiques de nos décisions, même si cela est assez difficile. C'est pourquoi nous devons nous baser sur le droit. Cet effort d'équilibre est néanmoins central à notre jurisprudence sur les droits fondamentaux pour la cour de Karlsruhe, mais je suis sûr que c'est la même chose pour les autres cours. Il y a des aspects économiques différents dont certains peuvent s'exprimer en droit et d'autres non. On protège seulement les intérêts qui sont reconnus par le droit, a fortiori si des droits constitutionnels sont en jeu. On a donc un œil sur les aspects économiques s'ils se traduisent en droit ; mais pas un pouvoir économique concernant les effets économiques de nos décisions. Nous ne sommes pas les juges de l'économie car c'est le rôle du législateur et du Gouvernement.

Alain Pellet

On doit apprendre, selon les mots du président Lenaerts, à gérer cette diversité, même si je continue à penser que c'est l'un des rôles des professeurs que de contribuer à l'ordonner et d'être des faiseurs de système.

Deuxième table ronde

Application et force juridique de la norme internationale

Sommaire

Présentation des intervenants	61
Problématique de la deuxième table ronde	63
Actes.....	67