

LABORATOIRE DE THEORIE DU DROIT, EA 892

CENTRE DE RECHERCHE EN MATIERE PENALE, EA 32-41

L'EMERGENCE D'UNE CULTURE JUDICIAIRE EUROPEENNE

Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen

établi sous la coordination de

Jean-Louis BERGEL, professeur

Jean-Yves CHEROT, professeur

Sylvie CIMAMONTI, professeur

Marie-Françoise MERCADIER,
maître de conférences

Rapport final mai 2009

Recherche réalisée avec le soutien de la Mission de recherche Droit et Justice

L'EMERGENCE D'UNE CULTURE JUDICIAIRE EUROPEENNE

Avancées et difficultés d'une culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen

L'équipe de recherche est composée de

Laurent BENOITON, doctorant au Centre de recherche juridique
(Université de La Réunion), chargé d'enseignement à l'Université de La
Réunion

Jean-Louis BERGEL, professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Laboratoire
de théorie du droit

Jean-Yves CHEROT, professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Laboratoire
de théorie du droit

Sylvie CIMAMONTI, professeur à l'Université Paul Cézanne Aix-Marseille III, Centre de
recherche en matière pénale Fernand Boulan EA 32-41

Marie-Françoise MERCADIER, maître de conférences à l'Université de Provence, Atelier
de méthodologie juridique

Xavier PHILIPPE, professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Institut Louis
Favoreu - GERJC, équipe de l'UMR 6201

Emmanuel PUTMAN, professeur à l'Université Paul Cézanne, Aix-Marseille III, Centre
Pierre Kayser

Le présent document constitue le rapport scientifique d'une recherche réalisée avec le
soutien du GIP Mission de recherche Droit et Justice (convention n° 27.04.23.39).

Son contenu n'engage que la responsabilité de ses auteurs.

Toute reproduction, même partielle, est subordonnée à l'accord de la Mission.

Sommaire

Liste des signes et principales abréviations

Introduction

Chapitre 1. – La signification chez les acteurs de l'espace judiciaire européen de la culture judiciaire européenne comme culture de la coopération et la compréhension mutuelle

Section 1. – L'apport des outils de facilitation de la coopération judiciaire à la culture judiciaire européenne et internationale

Section 2. – Le rôle de la formation des juges et procureurs dans la culture judiciaire européenne

Section 3. – Les relations entre spécialisation et progrès de la culture de la compréhension mutuelle

Conclusions

Chapitre 2. – La politique de la culture judiciaire commune

Section 1. – Les bases de l'action de l'Union européenne en faveur d'une politique de la culture judiciaire européenne commune : la modélisation du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour au service d'une culture judiciaire commune

Section 2. – Les actions en faveur de l'émergence d'une culture judiciaire européenne commune

Section 3. – Culture judiciaire européenne commune et culture judiciaire propre à l'espace judiciaire européen

Chapitre 3. – La planification de la confiance mutuelle et de la reconnaissance mutuelle dans les grands instruments de l'espace judiciaire européen

Section 1. – La planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière civile et commerciale

Section 2. – La planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière pénale

Conclusions générales

Bibliographie

Annexes

Table des matières

Liste des sigles et principales abréviations

Act.	Actualités
Aff.	Affaire
Ass.	Assemblée
BICC	Bulletin d'information de la Cour de cassation
Bruxelles I	Règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 <i>concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale</i>
Bruxelles II bis	Règlement de n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 <i>relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale</i>
c.	contre
CCJE	Conseil Consultatif de Juges Européens
CCPE	Conseil Consultatif de Procureurs Européens
CE	Communauté européenne
CEDH	Convention européenne des droits de l'homme
Cf.	Confer
CEPEJ	Commission européenne pour l'efficacité de la justice
CJCE	Cour de Justice des Communautés Européennes
chron.	chronique
Concl.	Conclusions
Cour EDH	Cour européenne des droits de l'homme
D.	Dalloz
dir.	direction
GACEDH l'homme	Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de
Gr. ch.	Grande chambre
IPE	Injonction de payer européenne
JAI	Justice et Affaires intérieures

JCP	Jurisclasseur périodique (Semaine juridique)
JDI	Journal du droit international
JIRS	Juridiction interrégionale spécialisée
JO	Journal officiel
EAW	European Arrest Warrant
ENM	Ecole Nationale de la Magistrature
Eurojust	
LGDJ	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
JTDE	Journal des Tribunaux. Droit Européen
LPA	Les Petites Affiches
MAE	Mandat d'arrêt européen
obs.	observations
<i>op. cit.</i>	<i>opere citato</i>
PE	Parlement européen
préc.	précité
PUAM	Presses universitaires d'Aix-Marseille
PUF	Presses universitaires de France
Rappr.	Rapprocher
Résolution DH	Résolution Droits de l'homme
REFJ	Réseau européen de formation judiciaire
Rev. Crit. DIP	Revue critique de droit international privé
RIDC	Revue internationale de droit comparé
RIDP	Revue internationale de droit pénal
RJE	Réseau Judiciaire Européen
RJECC	Réseau Judiciaire Européen en matière civile et commerciale
RPDP	Revue pénitentiaire et de droit pénal
RRJ	Revue de la recherche juridique

RSC	Revue de sciences criminelles
RTD civ.	Revue trimestrielle de droit civil
RTDH	Revue trimestrielle des droits de l'homme
RUDH	Revue universelle des droits de l'homme
TCE	Traité instituant la Communauté européenne
TEE	Titre exécutoire européen
TUE	Traité sur l'Union européenne

1. - Le programme. L'appel à l'émergence d'une culture judiciaire européenne est régulièrement évoqué et évoqué de façon de plus en plus pressante comme le montrent les programmes des Institutions de l'Union européenne, comme ceux d'ailleurs du Conseil de l'Europe. L'objectif de cette recherche est de montrer les difficultés et avancées dans l'émergence d'une culture judiciaire dans l'espace judiciaire européen.

Pour avancer sur cette question et selon le programme qui avait été présenté en réponse à l'appel à projets, la méthode utilisée a été de chercher, dans le contexte de la coopération judiciaire au sein de l'espace judiciaire européen, quelle était ou quelles étaient la ou les significations qui étaient données et reconnues à la notion de culture judiciaire européenne par les acteurs, notamment par les magistrats, et notamment par les magistrats parmi les plus engagés dans la coopération judiciaire européenne et internationale.

Nous avons travaillé avec des magistrats impliqués dans la coopération judiciaire européenne en matière pénale comme en matière civile et commerciale, des magistrats de liaison, des procureurs d'Eurojust, un magistrat chargé de mission pour le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, les procureurs d'une juridiction interrégionale spécialisée, des représentants d'écoles de formation, avec le secrétaire général de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) et les membres des équipes, magistrats ou chercheurs, travaillant pour la CEPEJ. Les résultats de la première table ronde tenue à Aix-en-Provence le 28 septembre 2007 ont été confirmés par les contacts entrepris ensuite, notamment lors de la rencontre organisée dans le cadre d'un colloque de deux jours à la Faculté de droit d'Aix-Marseille, dans le cadre de ce projet de recherche, les 16 et 17 janvier 2009¹.

Le rapport a validé l'intérêt d'une démarche d'ordre pragmatique, celle consistant à chercher chez les acteurs le sens même de la référence à la culture judiciaire européenne et à dialoguer avec eux sur l'analyse des difficultés dans le fonctionnement de la coopération au sein de l'espace judiciaire européen. Sans doute avons-nous conscience que les significations comme les analyses peuvent changer selon les catégories d'acteurs, et même au sein d'une catégorie d'acteurs, celle des magistrats, en fonction de leur engagement plus ou moins fort dans la coopération judiciaire européenne et internationale. Pour autant, même si nous n'avons pas pu (sauf contacts limités²) étendre le champ des contacts avec d'autres acteurs et si, parmi les magistrats, seuls ceux parmi les plus fortement engagés dans l'espace judiciaire européen ont été contactés, nous estimons qu'il était légitime de privilégier les expériences et les significations données par ces magistrats parmi les plus

¹ « L'émergence d'une culture judiciaire européenne ? », actes à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM en janvier 2010.

² Pour l'un d'entre nous, par exemple, avec les huissiers.

impliqués dans le fonctionnement quotidien de la coopération judiciaire européenne en matière pénale et en matière civile et commerciale.

2. - La culture judiciaire de la compréhension mutuelle, facteur premier de la coopération judiciaire européenne. Le premier séminaire de travail avec les magistrats engagés dans l'Europe de la coopération judiciaire et dans le fonctionnement des réseaux judiciaires, comme les autres contacts et travaux menés avec eux, a permis de se rendre compte que les différences qui pouvaient exister entre les systèmes judiciaires, si elles pouvaient naturellement constituer des obstacles à la coopération judiciaire, notamment dans la mise en œuvre des mécanismes d'entraide judiciaire en matière pénale, ne constituaient en réalité pas les premières raisons ou les facteurs premiers (en tous cas pas les seuls) des difficultés de la coopération judiciaire européenne (ou internationale). Si des difficultés pouvaient apparaître, elles tenaient plus à la méconnaissance par les acteurs ou par certains des acteurs des autres systèmes judiciaires, elles tenaient donc à ce que l'on appelle souvent une absence ou une insuffisance de « compréhension mutuelle » entre systèmes judiciaires, à l'absence de ressources permettant de développer une réceptivité aux autres systèmes ou au manque de réflexes pour utiliser les ressources existantes. En fait, la coopération judiciaire fonctionne dès lors que se développe chez les magistrats impliqués dans la coopération judiciaire européenne (et plus largement la coopération judiciaire internationale) une culture de la compréhension mutuelle, de la connaissance et de la reconnaissance des autres, un réflexe pour utiliser les ressources disponibles concernant les autres systèmes judiciaires, et le réflexe de mener un travail en commun avec les magistrats de liaison, avec les procureurs d'Eurojust, ou les points de contact des réseaux judiciaires européens. Cette culture de la coopération et de la reconnaissance mutuelle est d'autant plus développée que l'on est présence de juridictions spécialisées engagées dans la coopération européenne et internationale.

La culture judiciaire européenne est ainsi comprise de la part des acteurs les plus engagés dans la coopération judiciaire européenne, qu'elle concerne la coopération entre Etats membres de l'Union européenne ou la coopération entre Etats parties du Conseil de l'Europe (et plus largement la coopération internationale), comme une culture de la « compréhension mutuelle », fondée sur la connaissance et la reconnaissance mutuelle des systèmes, voire selon les termes employés par certains magistrats sur la « bienveillance mutuelle » envers chacun des systèmes judiciaires et juridiques des Etats participants à l'espace judiciaire européen. Lorsque les moyens de finaliser les objectifs de l'espace judiciaire européen passent par les chemins de la culture judiciaire, c'est de la culture de la connaissance de l'autre, de sa reconnaissance, de l'attention à ce qui est le cœur de son fonctionnement dont il est d'abord principalement question. On ne conçoit plus une justice cloisonnée et aveugle à son contexte européen et international.

3. - Dimension horizontale et dimension verticale de la coopération judiciaire européenne. Une stratégie de recherche. Naturellement cette dimension horizontale de la coopération entre juges ne peut pas ne pas s'appuyer d'une dimension verticale³ : la

³ Voir les mots employés sur ce point par Marie-Laure NIBOYET, « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », communication, *BICC*, n° 631 du 15 déc. 2005.

coopération transfrontière entre juges suppose des instruments normatifs conférant ce pouvoir de coopération et un socle de principes communs partagés par les systèmes judiciaires.

L'analyse de la culture judiciaire européenne dans l'espace judiciaire européen ne peut donc pas ne pas être aussi saisie dans l'analyse de ces instruments normatifs, eux-mêmes en synergie.

Mais pour dérouler le fil et construire notre étude, nous avons suivi d'abord l'idée que la culture judiciaire européenne (et en même temps aussi la culture judiciaire internationale) est d'abord une culture de la coopération, de la compréhension et de la reconnaissance mutuelle entre systèmes judiciaires.

Cette approche s'est révélée très dynamique, créant des problématiques permettant de saisir des enjeux importants et centraux de l'espace judiciaire européens.

4. - Le lien entre la culture judiciaire de la compréhension mutuelle et la culture judiciaire commune. Naturellement, le lien entre la culture judiciaire comme culture de la compréhension et de la reconnaissance mutuelle et le socle de principes communs formant une culture judiciaire commune, issus des dispositions pertinentes de la Convention européenne des droits de l'homme, développés et précisés dans divers contextes peut être mis en évidence assez aisément, au point que parfois les deux significations de la culture judiciaire européenne, culture de la compréhension et de la reconnaissance mutuelle et culture judiciaire commune autour de principes procéduraux communs tendent à se rapprocher.

La culture judiciaire commune ou le sentiment d'appartenance à une culture commune facilite la compréhension mutuelle entre systèmes. Réciproquement, la culture de la compréhension mutuelle est elle-même une des sources de la culture commune quand elle permet, en obligeant à prendre en considération les exigences des autres systèmes judiciaires, de diffuser des pratiques et des modèles communs.

La culture judiciaire européenne est donc aussi une culture judiciaire commune, un socle commun de principes et de pratiques, destinés à servir de base à des actions législatives, à la mise en œuvre des clauses d'ordre public dans les mécanismes de la reconnaissance mutuelle, à l'évaluation comparée des systèmes judiciaires en Europe, fondant le sentiment d'appartenance à une culture judiciaire commune ou partagée, malgré les différences entre systèmes judiciaires et permettant de fonder la compréhension mutuelle et la confiance mutuelle.

Il apparaît que la « culture judiciaire commune » ou la « culture judiciaire européenne commune », largement fondée sur le socle des principes de justice contenus dans la Convention européenne des droits de l'homme, appelée à se développer, à être précisée et, au-delà des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme, à faire l'objet de réformes législatives au niveau des Etats sur la base de recommandations du Conseil de l'Europe ou de législations de l'Union européenne, n'avait pas vocation à harmoniser les systèmes judiciaires nationaux et encore moins à faire disparaître les traditions et cultures judiciaires nationales. La « modélisation » du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme qui contribue à former le socle de principes dont le contenu définit la

culture judiciaire commune n'est pas destinée à remplacer les traditions et cultures judiciaires nationales. Il ressort notamment de l'analyse de la modélisation du procès équitable que la Cour européenne ne met pas en cause les aspects parmi les plus structurants des cultures judiciaires, ceux en relation historique directe avec les cultures juridiques nationales, comme les modes de motivation des décisions de justice, les formes de délibéré, et, en un mot, ce que l'on appelle les styles judiciaires⁴.

Le Conseil européen et la Commission européenne rappellent presque toujours que l'« émergence d'une culture judiciaire commune » et le développement de la confiance mutuelle se réaliseront *dans le respect des cultures et des traditions judiciaires nationales*. Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 constate, que « *dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des Etats membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits* ». Le Programme de La Haye du 13 décembre 2004⁵ prévoit que « *la coopération judiciaire dans les matières tant pénales que civiles pourrait être encore développée en renforçant la confiance mutuelle et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des Etats membres et sur l'unité par le droit européen* ». Ce programme précise, à titre préliminaire, qu'il « *est fondé sur les principes généraux que sont la subsidiarité, la proportionnalité et la solidarité et sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres* ».

5. - Le lien entre la culture judiciaire européenne comme culture de la compréhension mutuelle et les instruments de l'espace judiciaire européen. Il est possible aussi de voir un lien assez net et étroit – les mots sont d'ailleurs proches, sinon identiques – entre la culture de la compréhension mutuelle et la politique ou la culture de la « confiance mutuelle » qui est au cœur de la politique de construction de l'espace judiciaire européen notamment dans l'espace de liberté, de sécurité et de justice de l'Union européenne.

La Commission européenne ou le Conseil européen associent leur politique en faveur de l'émergence d'une culture judiciaire européenne, en particulier comme culture de la reconnaissance mutuelle entre systèmes judiciaires, à la politique de la confiance mutuelle, considérée elle-même comme un point majeur dans la construction de l'espace judiciaire européen permettant de développer la reconnaissance et l'exécution mutuelle des décisions tant en matière pénale qu'en matière civile et commerciale. En ce sens, le programme visant à développer ces différents aspects de la culture judiciaire européenne dans le cadre de l'Union européenne est un des éléments de la construction de la « confiance mutuelle », pierre de touche de l'espace judiciaire de l'Union tant en matière civile et commerciale qu'en matière pénale. La « confiance mutuelle » est présentée comme une conquête,

⁴ Les différences de culture judiciaire nationales qui peuvent paraître les plus marquées (différence dans le mode de motivation et le raisonnement judiciaire par exemple) car elles ont souvent construit les différences entre les cultures juridiques se trouvent être celles qui posent le moins de difficultés lorsqu'il s'agit de coopérer ou de reconnaître les décisions. Peut-être faut-il aussi relativiser des différences qui apparaissent souvent maintenant comme purement formelles. Voir les observations de Mitchel de S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial deliberations : a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, 2004, sur les rapprochements, au-delà des différences formelles, dans les modes de raisonnement des juges en Europe.

⁵ Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre 2004, 16054/04-JAI 559.

toujours à développer, à renforcer, en référence à une action forte en direction des professionnels pour une meilleure connaissance des systèmes juridiques des Etats membres, le développement de « facilitateurs » dans la connaissance mutuelle des systèmes judiciaires, une évaluation des systèmes judiciaires en référence aux normes du procès équitable établies par la Cour européenne des droits de l'homme, etc. Se dessine un lien fort et direct entre la confiance mutuelle et les différents éléments de l'émergence d'une culture judiciaire européenne, par référence aux éléments d'une culture de la connaissance et de la reconnaissance de l'autre.

Cependant le sens et la portée de la confiance mutuelle telle que comprise dans certains instruments ou dans la jurisprudence de la Cour de justice peuvent se révéler assez peu compatibles avec la culture de la compréhension et de la reconnaissance mutuelle entre systèmes judiciaires. Au nom de la confiance mutuelle, la Cour de justice peut faire produire aux règles de compétence une portée si rigide qu'elle écarte toute possibilité de coopération raisonnable entre juges pour leur permettre de faire face ensemble à des stratégies critiquables des plaideurs (*forum shopping*). Une certaine verticalité des principes mêmes du droit communautaire, privilégiant l'efficacité et l'effet utile de ses règles, peut justifier ce changement dans la conception même de la confiance mutuelle, loin de l'idée de culture de la coopération entre juges.

Naturellement, les choses sont à nuancer, selon les domaines de la coopération judiciaire, selon que l'on est dans le domaine de la coopération en matière civile et commerciale ou dans le domaine de la coopération en matière pénale et, au sein même du domaine de la coopération en matière civile et commerciale, selon que l'on se trouve dans le champ du règlement Bruxelles I (règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 *concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale*) ou dans le champ du règlement Bruxelles II bis (règlement (CE) n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale*).

6. - Le lien entre la culture judiciaire européenne comme culture judiciaire commune et les instruments de l'espace judiciaire européen. Dès lors que les programmes sur l'espace judiciaire européen, comme les textes qui en sont issus, développent le mécanisme de la reconnaissance mutuelle, le principe de confiance mutuelle intervient pour appeler à vérifier le respect du socle des principes qui forment la culture judiciaire commune de telle sorte que la confiance soit « éprouvée » avant de permettre de faire fonctionner la reconnaissance mutuelle. Mais on peut aussi passer à une conception de la confiance mutuelle comme une confiance présumée, une confiance « décrétée », jouant de façon automatique. Cette confiance décrétée n'est plus conditionnée par le respect de principes communs et donc décrochée de la politique destinée à favoriser l'approfondissement et la précision des principes procéduraux communs. Cette confiance présumée est affirmée par la Cour de justice, de manière incantatoire, comme le fondement même du système tant dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale que dans celui de la coopération pénale.

Par ailleurs, la politique de la confiance mutuelle peut conduire dans certains cas à s'écarter d'un approfondissement d'une culture judiciaire commune pour aller vers un droit procédural propre destiné, au moins dans les relations transnationales, à remplacer les

règles procédurales nationales et malmener l'idée même de cultures et de traditions judiciaires nationales que l'idée d'une culture judiciaire commune ne conduit pas en principe à écarter.

7. - *Plan du rapport.* Convaincus que c'est d'abord dans la direction d'une culture de la compréhension mutuelle et de la coopération, incluse dans une signification plus large en faveur d'une culture judiciaire internationale, qu'il faut d'abord chercher, avec les acteurs eux-mêmes, le sens de la culture judiciaire européenne, c'est bien par la révélation de cette signification de la culture judiciaire européenne comme culture de la compréhension mutuelle que nous commencerons (*Chapitre 1*). Nous examinerons, ensuite, la politique de la culture judiciaire européenne comme culture commune, c'est-à-dire les actions des institutions de l'Union destinées à la développer et à la rendre effective, mais aussi, parce que ces actions se renforcent et s'appuient mutuellement, les actions menées dans le cadre du Conseil de l'Europe (*Chapitre 2*). Nous examinerons, enfin, le sens que peut avoir l'appel à une culture judiciaire européenne dans ce que nous avons appelé l'« économie » des grands instruments de l'espace judiciaire que construit l'Union européenne dans la mesure où ils font appel à la méthode de la reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale comme en matière civile et commerciale et qu'ils en appellent à une notion proche de la culture judiciaire européenne, la notion de confiance mutuelle entre systèmes judiciaires des Etats membres (*Chapitre 3*).

Chapitre 1. – La signification chez les acteurs de l'espace judiciaire européen de la culture judiciaire européenne comme culture de la coopération et de la compréhension mutuelle.

8. - Connaissance et compréhension des systèmes judiciaires. Dans la pratique et dans l'action entreprise au sein de l'espace judiciaire européen, la réalité telle qu'elle est comprise par les acteurs est que la connaissance des systèmes, plus encore, dans toutes ses dimensions, la « compréhension mutuelle » des systèmes juridiques et judiciaires est au centre de ce qui est reconnu comme la *culture judiciaire européenne* et que l'émergence et le développement de cette culture judiciaire européenne comme culture de la coopération européenne et internationale est un des ingrédients essentiels du développement de l'espace judiciaire européen.

9. - Diversité des systèmes judiciaires. La diversité des systèmes judiciaires peut être naturellement source de difficultés dans le développement de l'espace judiciaire européen. Mais à y regarder de plus près, on peut aussi penser que la difficulté à avancer dans la coopération judiciaire européenne et internationale est surtout favorisée par la méconnaissance par les acteurs des autres systèmes judiciaires et juridiques et par l'absence ou une insuffisance de ce que l'on peut appeler une culture de la coopération internationale. Au centre de l'espace judiciaire commun, on doit voir émerger la capacité des magistrats d'un système judiciaire à se placer d'emblée et par réflexe à la place des magistrats appartenant aux autres systèmes judiciaires, en prenant en compte les exigences des autres systèmes. C'est cette capacité, ces réflexes construits sur la compréhension mutuelle et la réceptivité mutuelle qui constituent les bases de la culture de l'espace judiciaire européen.

Les différences entre systèmes judiciaires et juridiques constituent autant de richesses que de freins au développement de l'espace judiciaire européen. Mais est-ce devoir admettre que la diversité est source de difficulté ? On peut sans doute discuter sur les relations entre diversité et blocages ou freins dans le développement de l'espace judiciaire européen. Mais ne faut-il pas plutôt penser que les difficultés rencontrées dans le fonctionnement de l'espace judiciaire européen et international sont surtout favorisées par la méconnaissance par les acteurs de ce que sont les autres systèmes judiciaires et juridiques et par la difficulté pour les magistrats à se placer d'emblée et par réflexe à la place des autres en prenant en compte leurs propres exigences ?

10. - Méconnaissance des systèmes judiciaires. C'est dans le manque ou l'insuffisance d'une telle culture de la coopération et non dans la diversité des systèmes judiciaires, qu'un certain nombre d'acteurs voient les raisons mêmes des insuffisances de la coopération judiciaire⁶. Comme l'observe Mme Joana Gomes-Ferreira dans son rapport général pour la

⁶ Il n'en reste pas moins que les différences entre systèmes juridiques peuvent constituer des freins substantiels à la coordination et la coopération judiciaire européenne par exemple lorsque la coopération et la coordination entre deux Etats est rendue plus difficile lorsqu'il manque une double incrimination pour les faits. La question de la double incrimination est traitée de façon à ne pas entraver l'espace judiciaire européen dans les décisions cadres que sont les décisions cadre sur le mandat d'arrêt européen et sur le mandat d'obtention de preuves.

Conférence européenne des procureurs des 4 et 5 juin 2007⁷, « ainsi, et avant tout, la culture de la coopération ou plutôt son absence crée de vrais problèmes. Le manque de culture judiciaire européenne ou une certaine résistance pratique qui peut amener à ce que des procédures de coopération soient systématiquement reléguées par les procédures internes, cause effectivement des dégâts en ce qui touche la coopération internationale ». Elle ajoute que souvent « il ne s'agit pas de l'incompatibilité des systèmes, mais seulement d'une méconnaissance mutuelle qui porte préjudice à la façon dont la demande est soit rédigée, soit exécutée ». L'avis n°(2007) 1 du Conseil Consultatif des Procureurs Européens (CCPE) sur « les moyens d'améliorer la coopération internationale dans le domaine pénal », qui fait suite notamment à cette étude, déplore aussi de son côté parmi les éléments faisant obstacle au nécessaire développement de l'entraide judiciaire en matière pénale « le manque de culture de coopération judiciaire et une certaine résistance pratique » qui « conduit à ce que des procédures de coopération passent systématiquement après les procédures internes ».

Dans la pratique et dans l'action entreprise, la réalité telle qu'elle est comprise et donc telle qu'elle s'impose aux acteurs est que la connaissance des systèmes, plus encore, dans toutes ses dimensions, la « compréhension mutuelle » des systèmes juridiques et judiciaires est au centre de la matière et la clef où il faut trouver l'avènement de la culture judiciaire européenne commune.

11. - Culture (de la coopération) judiciaire européenne et internationale. En tant que culture de la coopération judiciaire et de la compréhension mutuelle dans la coopération judiciaire internationale, la culture judiciaire européenne s'inscrit parfaitement, lorsqu'il est question plus précisément de l'Union européenne, dans une culture du fédéralisme et du pluralisme et rejoint plus largement ce sur quoi est fondée l'Union européenne, c'est-à-dire la confiance dans les lois et les systèmes de chacun des membres de l'Union. Mais, l'émergence d'une culture judiciaire européenne peut être regardée comme un élément d'une culture judiciaire dépassant de loin la seule coopération au sein de l'espace judiciaire de l'Union européenne ; elle est en relation étroite avec les questions et les problèmes de l'entraide et de la coopération judiciaire dans l'espace européen plus vaste du Conseil de l'Europe et tout autant avec la coopération judiciaire internationale. L'avènement d'une culture judiciaire européenne ne peut pas être dissociée de l'avènement d'une culture judiciaire internationale. D'ailleurs, les instruments permettant de faire émerger une culture judiciaire européenne au sens de la culture de la coopération judiciaire, notamment la formation des magistrats, les échanges de magistrats (en particulier les magistrats de liaison), comme la spécialisation des juridictions, sont communs et même peuvent être utilement partagés au service de l'émergence d'une culture judiciaire européenne et internationale.

12. - Facteurs de l'émergence d'une culture judiciaire européenne et internationale de la coopération et de la compréhension mutuelle. L'émergence de cette culture judiciaire européenne et internationale comme culture de la coopération, de la compréhension mutuelle ne vient pas automatiquement de la seule mise en place des instruments de

⁷ « Moyens d'améliorer la coopération internationale dans le domaine pénal », Conseil de l'Europe, CPE(2007) 01.

l'entraide internationale ; elle est en relation étroite avec certains facteurs essentiels au développement, à l'apprentissage et à la diffusion de cette culture de la coopération : dès lors qu'il est question de connaissance et de compréhension mutuelle des systèmes juridiques et judiciaires, il faut mettre l'accent sur la formation des magistrats, sur l'existence de facilitateurs comme les magistrats de liaison ou les magistrats travaillant au sein de structures telle qu'Eurojust, comme sur la spécialisation des juridictions. On peut alors lorsque ces facteurs sont présents, voir, à travers des illustrations, comment se manifeste au quotidien et de façon concrète la culture de la coopération.

13. - Pluralité des facteurs. Nous laisserons ici de côté une bonne partie des raisons qui concourent à l'échec ou au succès de la coopération judiciaire internationale et européenne, même si elles peuvent parfois avoir quelques rapports avec la culture de la coopération.

Ainsi ne développerons-nous pas les problèmes de coopération judiciaire qui apparaissent nécessairement lorsque les pays requis reçoivent des demandes d'entraide trop nombreuses pour des faits de faible importance tout simplement parce que les magistrats de certains pays, liés par le principe de légalité des poursuites (comme la Turquie), ne peuvent pas sélectionner les demandes ou lorsque certains Etats requis n'attachent plus d'importance à certains types de délinquance de masse qui se déroulent sur le territoire et sont lassés de recevoir des commissions rogatoires internationales⁸.

Nous présupposons presque par construction que cette culture de la coopération judiciaire comme culture de la compréhension ne peut se construire efficacement et se développer que lorsqu'en vertu d'accords régionaux ou bilatéraux ou d'instruments propres à l'Union européenne il existe une possibilité de contacts directs d'autorité judiciaire à autorité

⁸ Dans son avis n° (2007) 1 sur « les moyens d'améliorer la coopération internationale dans le domaine pénal », le Conseil consultatif des procureurs européens souligne que « de nombreux éléments sont mis en avant comme faisant obstacle au nécessaire développement de l'entraide judiciaire en matière pénale et comme causes de délais excessifs dans les procédures de coopération internationale, notamment:

- les mécanismes de coopération juridique pan-européens ne sont pas toujours conformes aux enjeux et aux attentes actuels;
- la rédaction des demandes d'entraide (lacunaires ou comportant trop de détails, non signées ou mal instruites, mal traduites, inexactes ou non conformes à la procédure en vigueur, etc.) peut porter préjudice à la procédure de coopération; le manque de formation, la complexité des procédures, le manque de moyens mis à disposition peuvent notamment en être la cause;
- la transmission des demandes reste trop souvent effectuée par le seul canal diplomatique, bien que la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale et le Deuxième Protocole additionnel à cette Convention rendent possible des contacts direct entre autorités judiciaires compétentes pour présenter et exécuter les demandes; le manque d'informations (coordonnées des autorités compétentes) oblige souvent à passer par les autorités centrales; par ailleurs, il arrive que plusieurs canaux de transmission soient simultanément utilisés, perturbant la bonne application de la procédure de coopération;
- la multiplication des demandes d'entraide est vue comme un facteur contribuant au blocage des procédures, les autorités requises étant surchargées par l'exécution de demandes liées à des affaires parfois mineures ».

judiciaire. Mais ces possibilités peuvent ne pas fonctionner sans que jouent d'autres facteurs. Si la connaissance réciproque et la compréhension mutuelle entre les parties prenantes à la coopération judiciaire européenne ou internationale peuvent être grandement facilitées par l'intervention d'un intermédiaire (*Section 1*), il en ira d'autant plus ainsi que les intéressés par leur formation (*Section 2*), voire leur spécialisation (*Section 3*), se trouvent sensibilisés en la matière.

Section 1. - L'apport des outils de facilitation de la coopération judiciaire à la culture judiciaire européenne et internationale

14. - Contact direct. Une amélioration de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle peut être attendue de la méthodologie du contact direct entre autorités judiciaires qui s'inscrit dans les textes mêmes. Ainsi, l'article 6 de la Convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 a, par exemple, généralisé la faculté de transmission directe des demandes d'entraide⁹. Au-delà, une plus-value concrète est attendue de l'intervention d'outils spécifiques qui seront envisagés dans leur ordre d'apparition sur la scène européenne et internationale¹⁰ : les magistrats de liaison (§1), les points de contact des réseaux judiciaires européens (§2) et Eurojust (§3).

§1. - Les magistrats de liaison

15. - Bonne pratique européenne et internationale. Inspirés du modèle des officiers de liaison de la coopération policière¹¹, les magistrats de liaison ont été créés par accord bilatéral entre la France et trois pays : l'Italie et les Pays-Bas en 1993, les Etats-Unis en 1995, avant de faire l'objet d'une « action commune du 22 avril 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K3 du traité sur l'Union européenne, concernant un cadre d'échange de magistrats de liaison visant à l'amélioration de la coopération judiciaire entre les Etats membres de l'Union européenne »¹² qui entendait ainsi fournir un cadre juridique clair et utile aux initiatives déjà en cours afin d'en accroître l'efficacité et d'en favoriser la coordination.

Le cadre juridique de cette « bonne pratique européenne »¹³ se résume encore aujourd'hui quasiment à cette seule action commune qui dédie les magistrats de liaison, institution originale de magistrats exerçant des fonctions non judiciaires¹⁴ dans un pays autre que le leur, à la compréhension réciproque et à la connaissance mutuelle par le biais de contacts directs. L'échange de magistrats de liaison a en effet pour but principal « d'accroître la rapidité et l'efficacité de la coopération judiciaire, facilitant également une meilleure *compréhension réciproque* des systèmes juridiques et judiciaires des Etats membres »¹⁵. Les

⁹ Cf. article 695-1 du code de procédure pénale.

¹⁰ Antoine MEGIE « Arrêter et juger en Europe. Genèse, luttes et enjeux de la coopération pénale. Généalogie du champ de la coopération judiciaire européenne », *Cultures & Conflits* n° 62 2/2006 p. 11.

¹¹ Antoine MEGIE, *op. cit.*

¹² 96/277/JAI, *JOCE* n° L 105, 27 avril 1996, p. 1.

¹³ Antoine MEGIE, *op. cit.*

¹⁴ Rapport du Conseil supérieur de la magistrature 2000.

¹⁵ Action commune, préc., considérant n° 3 et article premier 3.

fonctions des magistrats de liaison comprennent normalement toute activité en vue de favoriser et d'accélérer, notamment par l'établissement de *contacts directs* avec les services compétents et avec les autorités judiciaires de l'Etat d'accueil, toutes les formes de coopération judiciaire en matière pénale et, le cas échéant, civile¹⁶. Elles peuvent également inclure, sur la base des arrangements conclus entre l'Etat membre d'envoi et l'Etat membre d'accueil, toute activité en vue d'assurer des fonctions d'échange d'informations et de données statistiques, visant à favoriser la *connaissance mutuelle* des systèmes respectifs et des banques de données juridiques des Etats intéressés, ainsi que les relations entre les professions juridiques propres à chacun des Etats¹⁷.

Que ce soit ou non sur cette base¹⁸, la France dispose du réseau de magistrats de liaison le plus développé avec en 2009 treize magistrats de liaison français à l'étranger¹⁹ pour huit magistrats étrangers en France²⁰. Même en se limitant pour l'instant au cadre de l'Union européenne, alors qu'on concevrait aisément et qu'il est régulièrement recommandé²¹ qu'il le soit, l'échange de magistrats de liaison n'est donc pas systématique entre les vingt sept Etats membres ni même forcément réciproque entre deux d'entre eux ; tous les pays ne pouvant ou ne souhaitant pas, pour des raisons d'effectifs comme d'opportunité²², procéder à un tel échanges de magistrats « particulièrement experts en procédures de coopération judiciaire »²³. A la différence des magistrats de liaison étrangers en France installés place Vendôme, leurs homologues français à l'étranger, nommés par arrêté du ministre de la justice et relevant du service des affaires européennes et internationales (SAEI), peuvent avoir pour destination dans le pays d'accueil les locaux du ministère de la justice comme ceux de l'ambassade de France, ce qui n'est pas sans incidence sur leur intégration au quotidien.

¹⁶ Action commune : article 2-1.

¹⁷ Action commune : article 2-2.

¹⁸ V. la carte interactive de la présence française à l'étranger sur le site du ministère de la justice, www.justice.gouv.fr/animation/experts_repartition.swf

¹⁹ Allemagne, Canada, Chine, Croatie, Espagne, Etats-Unis, Italie, Maroc, Pays-Bas, Pologne, Royaume-Uni, Russie.

²⁰ Le Royaume-Uni dispose de trois magistrats de liaison en Europe (à Madrid, Paris et Rome) et deux hors Europe (Etats-Unis, Pakistan). Il y a également trois magistrats de liaison italiens en Europe (Espagne, France, Royaume-Uni).

²¹ V. par exemple : Recommandation REC(2000)19 du Comité des Ministres aux Etats Membres sur le rôle du Ministère Public dans le système de Justice Pénale du 6 octobre 2000, § 38 e) ; Avis N° (2007) 1 du Conseil Consultatif de Procureurs Européens sur "Les moyens d'améliorer la coopération internationale dans le domaine pénal » du 30 novembre 2007, § 39.

²² Guy CANIVET, « La construction de l'espace judiciaire européen », conférence à l'Ecole nationale des greffes du 3 octobre 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation.

²³ Action commune : article premier 1.

16. - Qualificatifs. Cette extrême généralité du support européen et la géométrie variable de sa mise en œuvre, jointe au silence des droits nationaux sur la réception de l'institution des magistrats de liaison (le droit italien n'en dit rien, seules des circulaires²⁴ y font allusion en droit français), a conduit naturellement à rechercher plus précisément auprès des intéressés eux-mêmes la conception qu'ils se font empiriquement de leur rôle dans le cadre de l'émergence d'une culture judiciaire européenne au regard de la confiance et de la compréhension mutuelles. Leurs termes sont à cet égard extrêmement révélateurs.

- Pour Bernard Rabatel, qui fut magistrat de liaison français aux Etats-Unis puis au Royaume-Uni, les magistrats de liaison interviennent comme de véritables « *adaptateurs juridiques* » entre des systèmes différents. Ils ont un rôle de « *facilitateur et d'interprète* » des systèmes judiciaires. Ils contribuent à lever la barrière qui existe trop souvent dans la tête des acteurs des procédures judiciaires et doit être levée « pour laisser la place à la *confiance* »²⁵.

- Pour Emmanuel Barbe, qui fut magistrat de liaison français en Italie puis directeur du service des affaires européennes et internationales au ministère de la justice, « la sphère pénale (droit matériel mais plus encore processuel) constitue assurément le domaine dans lequel les différences entre cultures juridiques sont les plus profondes, et partant pour laquelle la nécessité d'une *interface* se fait le plus sentir »²⁶. « Au-delà des difficultés linguistiques qu'il ne faut pas négliger, le magistrat de liaison résout des problèmes de traduction plus compliqués encore : la traduction d'un système judiciaire vers un autre, qui fait de ce magistrat une sorte de *médiateur culturel* »²⁷.

- Pour Samuel Vuelta Simon, qui fut magistrat de liaison français en Espagne, « diplomate judiciaire, adaptateur entre deux systèmes juridiques, représentant judiciaire, agent de liaison : le magistrat de liaison est à la fois tout cela et beaucoup plus. Il doit être tour à tour un diplomate, un agent, un magistrat oui, mais qui plus est, en mouvement '*proactif*'... C'est à lui qu'il appartient de tisser et de renforcer les liens qui vont ancrer les deux systèmes judiciaires et ceux qui les servent dans des relations de *confiance* ». S'agissant plus précisément du rôle d'adaptateur entre deux systèmes, il précise « sans cesse informer,

²⁴ Cf. circulaire du 31 mai 2005 Crim 05-14/G5-31-05-2005, présentation des dispositions de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité et relatives à l'unité de coopération judiciaire européenne EUROJUST, point 2.3.3 ; circulaire du 23 mars 2009 relative aux équipes communes d'enquête.

²⁵ Bernard RABATEL « Les 'magistrats de liaison' : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé », décembre 2003 et « Le magistrat de liaison 'adaptateur juridique' », *L'observateur de Bruxelles*, n° 66, octobre 2006, p. 16.

²⁶ Emmanuel BARBE « Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison », *L'observateur de Bruxelles*, n° 54, décembre 2003, p. 12.

²⁷ Emmanuel BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La documentation française, collection réflexe Europe, 2007, p. 136.

expliquer, convaincre et par conséquent favoriser la perméabilité des systèmes judiciaires ... *Il ne s'agit plus là de reconnaissance mutuelle, mais plutôt de connaissance mutuelle ...* »²⁸.

- Pour Teresa-Angela Camelio, magistrat de liaison italien en France, le magistrat de liaison est une espèce de puce électronique (*microchip*) familière des données juridiques et technologiques, qui devant l'insuffisance des outils doit souvent faire appel à la courtoisie²⁹.

Encore faut-il illustrer concrètement ces affirmations et qualifications convergentes de ces « intermédiaires précieux de la compréhension réciproque des systèmes judiciaires »³⁰.

17. - Illustrations. Le rôle d'adaptateur, d'interface consiste à faire prendre conscience dans le cadre de la coopération judiciaire entre deux Etats que « ce qui paraît évident ici ne l'est pas là-bas »³¹. Tout particulièrement, les habitudes nationales de rédaction des commissions rogatoires internationales peuvent être source d'une incompréhension ou d'une inadaptation dans le cadre d'une autre culture judiciaire, que le magistrat de liaison va contribuer d'abord à expliquer puis à lever. Et ce, aussi bien du côté de l'autorité d'émission que pour l'autorité d'exécution.

En provenance de l'autorité d'émission, l'incompréhension peut tenir à la généralité de la demande opérée. Une première illustration peut être ainsi tirée à partir de notre culture judiciaire nationale d'une situation que l'on rencontre encore souvent dans l'entraide judiciaire pénale et qui place la demande du juge français sous un éclairage insuffisant ne permettant pas en fait de l'exécuter.

En effet, en s'appuyant sur l'article 81 du code de procédure pénale, dont l'alinéa premier proclame que « le juge d'instruction procède, conformément à la loi, à tous les actes d'information qu'il juge utiles à la manifestation de la vérité », les juges d'instruction au fil du temps ont pris l'habitude, au demeurant enseignée, d'achever leur commission rogatoire destinée à la police ou à la gendarmerie par une formule inspirée de l'article 81 et destinée en fait à couvrir leurs oublis et à stimuler les diligences entreprises par la police judiciaire. Ainsi trouve-t-on fréquemment, après l'énoncé des diligences demandées, la formule : « Plus généralement, bien vouloir procéder à toutes auditions, interpellations, perquisitions, saisies, tous actes utiles à la manifestation de la vérité ».

Cette formule évidemment trouve très vite sa limite lorsqu'elle a vocation à s'appliquer à l'étranger. En effet, cette délégation aux contours mal définis en particulier pour permettre des actes attentatoires à la liberté (perquisitions, saisies, interpellations) se heurte à l'examen subjectif de ce qui est utile, ou perçu comme tel, à la manifestation de la vérité.

²⁸ Samuel VUELTA SIMON « Le rôle du magistrat de liaison dans un pays membre de l'Union européenne : l'Espagne », *RPDP* n° 3 juillet-septembre 2008, p. 493.

²⁹ Intervention à la table ronde des magistrats de liaison du colloque des 16 et 17 janvier 2009 à Aix-en-Provence « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique 2009*, PUAM 2009, à paraître janvier 2010.

³⁰ Guy CANIVET « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *LPA* 5 octobre 2004, p. 45.

³¹ Bernard RABATEL, Journée d'étude d'Aix-en-Provence du 28 septembre 2007.

Ce qui paraît aller de soi pour le juge adressant sa délégation a de fortes chances de n'aller absolument pas de soi pour une autre autorité judiciaire. Par exemple en matière de proxénétisme, après l'énoncé de quelques diligences, surveillances, auditions, interpellations de telle ou telle personne ou de tel ou tel lieu, on peut légitimement penser que la formule quasi magique : « toutes perquisitions, saisies, actes utiles à la manifestation de la vérité » permettra en cas de visites ou d'auditions d'un témoin non suspect mais proche d'une personne suspectée de se livrer au proxénétisme, de provoquer la saisie d'un carnet type carnet de rendez vous, ou d'une liste de tarifs, voire les deux. Dans une commission rogatoire destinée à l'étranger, afin de provoquer la visite, la fouille ou perquisition, d'un lieu sous le contrôle d'une personne non suspecte, il est capital de demander qu'il soit procédé à cette fouille, en précisant que la nature des liens de cette personne non suspecte avec la personne poursuivie permet de supposer que cette dernière a pu y dissimuler, des carnets de notes, des relevés de comptes, de l'argent, des listes de prostituées ou de clients, bref des preuves de son activité illicite, et qu'il importe donc de rechercher ces éléments et de procéder à leur saisie. Faute de ces explications, il n'y a bien souvent à l'étranger aucune raison acceptable allant de soi de procéder à une perquisition et à des saisies chez une personne qui n'est pas la cible directe des investigations.

D'où la nécessité de rappeler souvent dans la phase de préparation d'une commission rogatoire internationale aux autorités judiciaires françaises dans de telles situations de préciser quels actes seraient utiles et pourquoi tels actes sont à effectuer. Evidemment plus la diligence judiciaire à accomplir est éloignée de ce qu'on pourrait appeler la cible procédurale, plus il est important de rassembler quelques éléments en présentant l'utilité ou la nécessité.

Ainsi donc, l'habitude du juge d'instruction français de donner commission rogatoire aux fins de saisie de « tous documents utiles » en relation avec une infraction peut nécessiter une adaptation pour substituer à une formulation très générale réflexe une rédaction précisant bien les éléments demandés dont le magistrat de liaison aura fait comprendre la nécessité. Ce travail aboutit à prendre en partage les éléments prédominants de la culture judiciaire de l'autre.

Il peut en aller de même de la demande de procéder à toute interpellation utile sur l'ensemble du territoire notamment s'il est particulièrement vaste.

Le magistrat de liaison s'emploie donc à combler le fossé culturel séparant les uns des autres, ceux dont la culture judiciaire les incline à viser dans la disposition balai d'une commission rogatoire « tout acte utile à la manifestation de la vérité » et ceux dont la culture judiciaire conduit à expliquer la nécessité de la mesure demandée et ce qu'on en attend précisément.

L'inadaptation peut tenir à la méconnaissance de règles différentes dans l'autre pays ayant toute leur importance comme en matière d'audition. Face à une commission rogatoire demandant de procéder à « l'audition de M. X », s'agit-il de l'audition d'un simple témoin (*witness*) ou d'un suspect (*suspect or target*) nécessitant alors la présence ou à tout le moins la convocation de son avocat (à la différence de la France où une telle personne peut notamment être auditionnée seule par le juge d'instruction avant même sa mise en examen)? Telle demande d'audition doit-elle intervenir sous serment ou pas ?

Dans d'autres cas, c'est par exemple l'audition d'une personne comme simple témoin qui ne pourra pas être menée avec utilité dans le cadre d'une commission rogatoire internationale sans la médiation du magistrat de liaison, dès lors que dans le pays requérant l'audition d'un témoin ne peut être valide que si la preuve est faite que l'avocat du mis en cause a été régulièrement convoqué. Face à une commission rogatoire faiblement présentée à cet égard, l'intervention du magistrat de liaison consiste alors d'abord à faire prendre conscience du caractère essentiel du respect de cette condition procédurale s'inscrivant dans une autre culture judiciaire, puis à trouver une solution consistant en l'espèce à ce que, sur convocation par l'autorité judiciaire étrangère requérante la mieux à même à y procéder dans les délais sans erreur linguistique ou juridique, l'avocat du mis en examen soit convié à assister à l'audition du témoin concerné effectuée non pas par les services de police (subdélégués de la commission rogatoire) qui pourraient s'en trouver heurtés au regard de leur propre culture professionnelle, mais directement par un juge d'instruction français. Dans un cas de ce type, le rôle du magistrat de liaison français à l'étranger a été déterminant pour faire comprendre la nécessité de l'adaptation de la procédure en France, puis permettre d'en convenir les modalités et aboutir finalement au versement à la procédure d'une audition éclairante sans risque de contestation puisqu'effectuée dans les formes judiciaires exigées par le code de procédure pénale tchèque.

Il en va de même lorsque c'est un représentant de l'autorité judiciaire de l'Etat membre requérant qui doit être autorisé à assister à la déposition d'un témoin.

Une telle expérience est à même d'induire un progrès dans la culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle, les parties concernées en retenant pour l'une la nécessité d'expliquer en amont ses exigences procédurales, pour l'autre l'intérêt de ne pas les méconnaître à peine d'effectuer des diligences qui ne serviraient à rien et pourraient être frappées de nullité et de se voir demander de les effectuer à nouveau en respectant cette fois les règles procédurales de l'Etat requérant.

Cela apparaît d'autant plus nécessaire, ainsi que l'ont particulièrement souligné les magistrats de liaison, que certains instruments de coopération judiciaire prévoient expressément la possibilité que la demande soit exécutée conformément aux règles de procédure de l'Etat requérant plutôt que celles du pays du requis. Tel est le cas notamment de l'article 4 de la Convention établie par le Conseil relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000³² opérant un

³² V. Circulaire du 23 janvier 2006 relative à l'applicabilité à la France de la convention relative à l'entraide judiciaire en matière pénale entre les Etats membres de l'Union européenne du 29 mai 2000 et de son protocole du 16 octobre 2001 entre ces mêmes Etats, CRIM 2006-01 G5/23-01-2006 ; article 694-3 du code de procédure pénale « Les demandes d'entraide émanant des autorités judiciaires étrangères sont exécutées selon les règles de procédure prévues par le présent code.

Toutefois, si la demande d'entraide le précise, elle est exécutée selon les règles de procédure expressément indiquées par les autorités compétentes de l'Etat requérant, à condition, sous peine de nullité, que ces règles ne réduisent pas les droits des parties ou les garanties procédurales prévus par le présent code. Lorsque la demande d'entraide ne peut être exécutée conformément aux exigences de l'Etat requérant, les autorités compétentes françaises en informent sans délai les autorités de l'Etat requérant et indiquent dans quelles conditions la demande pourrait être exécutée. Les autorités françaises compétentes

renversement de perspective par rapport à l'article 3 de la Convention européenne d'entraide judiciaire en matière pénale du 20 avril 1959 selon lequel les formes de l'acte d'entraide sont celles du pays requis. Il en va de même en matière de reconnaissance mutuelle³³.

Un certain nombre de conclusions semblent pouvoir être tirées de ces illustrations.

18. - Culture du résultat. Il apparaît tout d'abord que l'action menée par les magistrats de liaison dans une logique bilatérale opérationnelle s'inscrit pour eux dans une « culture du résultat ». Ils se définissent eux-mêmes comme des magistrats en charge d'apporter une réponse, une solution concrète – un résultat – à des demandes judiciaires exprimant des blocages. Cette culture du résultat, qui peut à leur égard confiner à « une forme de corporatisme »³⁴, se traduit dans une affaire donnée par la formation d'une sorte de « contrat de procédure »³⁵ informel incluant la définition de l'objectif, du résultat escompté, et des moyens pour l'atteindre. C'est dans ce cadre de recherche d'une efficacité procédurale que peuvent par exemple s'inscrire, avant l'envoi d'une demande officielle, des courriers ou rendez-vous du magistrat de liaison destinés à expliquer de part et d'autre ce qui peut être demandé, obtenu, ou une commission rogatoire provisoire, préparatoire.

19. - Réciprocité. Cette culture du résultat conduit les magistrats de liaison à prendre le temps nécessaire à une meilleure connaissance et compréhension mutuelle, voire à introduire une certaine idée de réciprocité *a priori* absente de la coopération judiciaire et permet à force de gagner en confiance. Alors qu'elle échappe souvent à l'appréciation des autorités judiciaires, la notion de réciprocité est une donnée habituelle pour un magistrat de liaison³⁶. Cette réciprocité, différente de la posture du donnant / donnant, conduit à faire prendre conscience des différences ou difficultés pouvant exister dans un sens mais aussi dans l'autre pour trouver les moyens d'apporter une réponse à une demande qui semble de prime abord heurter.

Ce résultat dépend donc des progrès de la culture judiciaire européenne prise au sens de culture de la compréhension mutuelle telle que précédemment définie entre les deux parties intéressées qui permettent à leur tour un certain nombre de constats.

et celles de l'Etat requérant peuvent ultérieurement s'accorder sur la suite à réserver à la demande, le cas échéant, en la subordonnant au respect desdites conditions.

L'irrégularité de la transmission de la demande d'entraide ne peut constituer une cause de nullité des actes accomplis en exécution de cette demande ».

³³ V. par exemple : en matière d'exécution des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve article 4-1 décision-cadre du 22 juillet 2003 et article 695-9-14 du code procédure pénale.

³⁴ Jean-Michel PELTIER, Intervention à la table ronde des magistrats de liaison du colloque des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM, janvier 2010.

³⁵ *Idem*.

³⁶ Jean-Michel PELTIER, Journée d'étude d'Aix-en-Provence du 28 septembre 2007.

20. - *Changement de réflexe.* A partir de cultures judiciaires dont les différences ne sauraient plus, à titre de postulat, être considérées comme irréductibles, la culture de la compréhension mutuelle se mesure en quelque sorte à un changement de réflexe. Au réflexe de la rédaction habituelle de la commission rogatoire opérée mécaniquement au regard des seules préoccupations nationales, la culture de la compréhension mutuelle tend à substituer le réflexe d'une rédaction prenant en considération les contraintes issues d'une autre culture judiciaire.

21. - *Rapprochement des pratiques ou des cultures.* La question se pose alors de savoir si cette culture de la compréhension mutuelle induit un simple rapprochement des pratiques dans la seule perspective européenne ou peut conduire à un rapprochement des cultures elles-mêmes. Pour Jean-Michel Peltier, magistrat de liaison en Tchéquie puis en Pologne, on assiste à un « phénomène de circularité » : à partir d'une culture judiciaire qui peut paraître inconciliable, comme l'on tend à un résultat, les partenaires cherchent à dépasser les obstacles en élaborant de nouvelles pratiques judiciaires qui finalement se rapprochent et l'on en revient à une culture. La culture judiciaire européenne conduirait ainsi le magistrat, revenu sur son terrain national, à modifier sa pratique de la même façon³⁷. On peut penser qu'il en va particulièrement ainsi des magistrats les plus habitués et les plus entraînés à la coopération judiciaire européenne et internationale, tels en France ceux des juridictions interrégionales spécialisées (JIRS)³⁸. En termes d'évolution, le rapprochement des pratiques pourrait conduire à un rapprochement des cultures, à une méthodologie des bonnes pratiques pourrait succéder la construction progressive d'une culture.

§2. - Les réseaux judiciaires européens

1. - L'institution et le rôle du Réseau judiciaire européen (en matière pénale)

22. - *Réseau judiciaire européen et culture judiciaire européenne.* Deuxième acteur apparu sur la scène de la coopération judiciaire pénale européenne deux ans après les magistrats de liaison, annoncé par le programme d'action relatif à la criminalité organisée adopté par le Conseil européen en 1997³⁹, le Réseau judiciaire européen (RJE)⁴⁰ a été créé par une action commune du 29 juin 1998⁴¹ récemment abrogée et remplacée par une décision du Conseil du 16 décembre 2008⁴². Il est composé, compte tenu des règles constitutionnelles, des traditions juridiques et de la structure interne de chaque Etat

³⁷ Journée d'étude d'Aix-en-Provence du 28 septembre 2007.

³⁸ Cf. *infra* n° 41 et 42.

³⁹ Recommandation n° 21.

⁴⁰ *European Judicial Network* (EJN), www.ejn-crimjust.europa.eu

⁴¹ Action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne concernant la création d'un Réseau judiciaire européen (98/428/JAI), *JOCE* L 191 du 7 juillet 1998, p. 4.

⁴² Décision 2008/976/JAI du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen, *JOUE* L 348 du 24 décembre 2008, p. 130.

membre, des autorités centrales responsables de la coopération judiciaire internationale, des autorités judiciaires ou d'autres autorités compétentes ayant des responsabilités spécifiques dans le cadre de la coopération internationale⁴³. La désignation par chaque Etat membre⁴⁴ parmi ces autorités de ses points de contact nationaux⁴⁵ dont un correspondant national⁴⁶, en veillant à ce que l'intégralité de son territoire soit effectivement couverte, a abouti à un véritable maillage⁴⁷ de l'espace pénal européen de plus de quatre cents professionnels de la coopération judiciaire.

La contribution du Réseau judiciaire européen à l'émergence d'une culture judiciaire européenne s'inscrit dans un double apport : les points de contact oeuvrent dans le cadre de l'entraide judiciaire à la compréhension mutuelle en utilisant les informations diffusées par le secrétariat du réseau destinées à améliorer la connaissance réciproque.

23. - Points de contact (direct) et compréhension mutuelle. Que ce soit dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière pénale ou plus récemment de la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière pénale, les points de contact du Réseau judiciaire européen incarnent en quelque sorte la plus haute valeur attendue du contact direct pour la coopération judiciaire. Leur définition en atteste : ce sont « des intermédiaires actifs chargés de faciliter la coopération judiciaire entre les Etats membres »⁴⁸. Ils sont à la disposition tout à la fois des autorités judiciaires de leur propre Etat et des points de contact et autorités judiciaires des autres Etats membres, pour leur permettre d'établir les contacts directs les plus appropriés et fournissent aux uns et aux autres les informations juridiques et pratiques nécessaires pour leur permettre d'établir de façon efficace une demande de coopération judiciaire ou pour améliorer la coopération judiciaire en général⁴⁹.

Les réunions plénières régulières des points de contact ont alors plus particulièrement pour objectif de leur permettre « de se connaître et d'échanger leur expérience »⁵⁰, d'offrir une plate-forme de discussion pour les problèmes pratiques et juridiques rencontrés par les Etats membres dans le cadre de la coopération judiciaire⁵¹, l'expérience utile ainsi recueillie au sein du Réseau judiciaire européen étant transmise au Conseil et à la Commission afin de

⁴³ Article 2-1 décision du Conseil du 16 décembre 2008 préc.

⁴⁴ Et également par la Commission pour les domaines qui relèvent de sa sphère de compétence : article 2-7 décision du Conseil du 7 décembre 2008, préc.

⁴⁵ Article 2-2 décision du Conseil du 16 décembre 2008, préc.

⁴⁶ Article 2-3 décision du Conseil du 16 décembre 2008, préc.

⁴⁷ Samuel VUELTA SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4.

⁴⁸ Article 4-1 décision du Conseil du 16 décembre 2008, préc.

⁴⁹ Article 4-2 décision du 16 décembre 2008, préc .

⁵⁰ Article 5-1 a) décision du 16 décembre 2008, préc.

⁵¹ Article 5-1 b) décision du 16 décembre 2008, préc.

servir de base à la discussion d'éventuelles modifications normatives et d'améliorations pratiques dans le domaine de la coopération judiciaire internationale⁵². Propices à l'instauration d'un climat de confiance entre les points de contact, elles permettent une meilleure compréhension du droit étranger⁵³ et font donc progresser la compréhension mutuelle.

Pour remplir ce rôle, les points de contact et plus largement les autorités judiciaires compétentes des Etats membres⁵⁴ bénéficient du soutien logistique du Réseau judiciaire européen par les informations mises à leur disposition sur son site internet⁵⁵ et actualisées en permanence⁵⁶.

24. - Diffusion d'informations et connaissance réciproque. Les différents outils d'entraide judiciaire ainsi mis à disposition *via* l'internet, ou parfois encore un intranet nécessitant un identifiant et un mot de passe⁵⁷, sont des outils d'information et de connaissance indispensables à la mise en oeuvre du principe du contact direct entre autorités judiciaires.

L'atlas permet l'identification de l'autorité locale compétente qui peut recevoir une demande d'entraide et fournit un canal rapide et performant pour la transmission directe des demandes selon la mesure sélectionnée. Il connaît une déclinaison spécifique au mandat d'arrêt européen.

La **liste des points de contact** officialise et mutualise la vieille pratique du carnet d'adresses⁵⁸ en donnant accès par Etat à l'ensemble des coordonnées des autorités judiciaires compétentes.

Les **fiches belges** présentent les informations juridiques et pratiques du système de procédure pénale de chaque Etat de l'Union au regard des mesures le plus souvent demandées dans le cadre de la coopération judiciaire pénale⁵⁹.

⁵² Article 5-2 décision du 16 décembre 2008, préc.

⁵³ Rapport d'activité du réseau judiciaire européen pour l'année 2001.

⁵⁴ Article 7 décision du 16 décembre 2008, préc.

⁵⁵ Article 9-1 décision du 16 décembre 2008, préc.

⁵⁶ Article 8-1 décision du 16 décembre 2008, préc.

⁵⁷ Tel est le cas pour la liste des points de contact.

⁵⁸ Samuel VUELTA SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4.

⁵⁹ 1 : Repérage et interception de (télé) communications ; 2 : Agents et informateurs. Infiltration ; 3 : Examens, fouilles corporelles et expertises ; 4 : Documents. Obtention ; 5 : Biens. Saisie, confiscation et restitution ; 6 : Lieux. Perquisition et descente sur les lieux ; 7 : Témoins, victimes, suspects. Convocation et audition ; 8 : Opérations transfrontalières.

Le *Compendium Wizard* est un système interactif de création et de rédaction d'un formulaire de commission rogatoire ou de mandat d'arrêt européen.

Solon est un glossaire juridique multilingue d'équivalences devant aider à éviter les difficultés de traduction de la terminologie juridique des différents Etats Membres.

Les **instruments internationaux** renvoient sur le site du Conseil de l'Europe aux instruments juridiques pertinents applicables en matière de coopération judiciaire pénale dans l'Union européenne qu'ils soient adoptés par le Conseil ou d'autres instances (Nations-Unies, Conseil de l'Europe, ...) et à une note de transmission concernant les commissions rogatoires disponible dans toutes les langues officielles de l'Union. Celle-ci constitue la suite donnée par le Réseau judiciaire européen aux différentes « déclarations de bonnes pratiques » déposées par les Etats membres⁶⁰ en réponse à l'action commune du 29 juin 1998 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne relative aux bonnes pratiques d'entraide judiciaire en matière pénale⁶¹.

La mise à disposition de ces différents outils entend donc, comme le Parlement européen l'a souligné⁶², permettre une meilleure connaissance du fonctionnement du système judiciaire des autres Etats membres qui contribue à réduire les entraves à l'entraide judiciaire, l'expérience ayant montré qu'elles résultent, pour certaines d'entre elles de la méconnaissance du système judiciaire étranger, voire de la méfiance qu'elle engendre.

Si l'avènement du Réseau judiciaire européen en matière pénale a donc « contribué au développement d'une culture judiciaire fondée sur l'échange de connaissances »⁶³, principalement par ses points de contact, encore convient-il de préciser quelle est l'articulation, comment se règle la coexistence dans ce champ partagé de l'action de cette seconde catégorie d'intervenants avec celle des magistrats de liaison qui l'a précédée.

25. - Points de contact et magistrats de liaison. Egalement qualifiés, d'intermédiaires ou de facilitateurs, les points de contact du Réseau judiciaire européen partagent avec les magistrats de liaison une logique d'action opérationnelle décentralisée et horizontale à caractère flexible ou informel. L'article 2-4 de l'action commune du 29 juin 1998 en avait pris acte en prévoyant que les seconds peuvent, dans la mesure où ils remplissent des fonctions analogues à celles confiées aux premiers, être associés au Réseau judiciaire européen par les Etats membres qui les désignent, selon des modalités à définir par ces Etats, ce qui permettait en quelque sorte aux magistrats de liaison d'avoir cette double casquette.

⁶⁰ Allemagne, Grèce, Espagne, France, Irlande, Italie, Luxembourg, Pays-Bas, Autriche, Portugal, Finlande, Suède, Royaume-Uni.

⁶¹ 98/427/JAI, JOCE L 191 du 7 juillet 1998, p. 1.

⁶² Parlement européen, Commission des libertés et des droits des citoyens, de la justice et des affaires intérieures : un agenda pour l'Europe, Le Réseau Judiciaire Européen en matière pénale (RJE).

⁶³ *Idem.*

Mais les magistrats de liaison sont en tout état de cause beaucoup moins nombreux dans un Etat membre que les points de contact ce qui induit inévitablement un certain nombre de différences.

De ce fait le point de contact correspondant national du Réseau judiciaire européen a pu être comparé à un véritable magistrat de liaison national dans son propre Etat membre⁶⁴, cumulant en quelque sorte les deux sens d'intervention du magistrat de liaison national à l'étranger et du magistrat de liaison étranger dans l'Etat membre en étant à la disposition aussi bien des magistrats nationaux pour une demande d'entraide judiciaire à l'étranger que des magistrats étrangers pour une demande intéressant son pays.

S'agissant des autres points de contact⁶⁵, la moindre étendue de leur spécialisation et expertise dans le champ de la coopération judiciaire pénale comparativement à celle des magistrats de liaison lorsqu'ils existent dans un Etat devrait logiquement conduire à une hiérarchisation dans leur sollicitation respective, ce qui n'est pas toujours le cas⁶⁶. Ainsi que cela a été constaté à propos de la France « les points de contact régionaux du RJE interviennent pour faciliter une grande partie des affaires transnationales courantes, à l'occasion de demandes d'entraide simples pour lever des obstacles liés la plupart du temps à la méconnaissance ou à l'incompréhension. Si les difficultés deviennent difficilement surmontables pour le réseau, ils doivent recourir à d'autres professionnels encore plus spécialisés que sont les magistrats de liaison. Ces derniers vont intervenir dans un second stade plus avancé de la coopération, pour les affaires les plus techniques et les plus urgentes, nécessitant soit des compétences approfondies, soit une connaissance personnelle des acteurs étrangers. Si les magistrats régionaux du RJE disposent à distance, de contacts judiciaires privilégiés à l'étranger, seuls les magistrats de liaison possèdent les 'clés' du pays d'accueil grâce à leur immersion permanente dans son activité judiciaire »⁶⁷.

Les méthodes d'intervention des uns et des autres dans le cadre du contact direct demeurent assez sensiblement différentes. Alors que l'action des magistrats de liaison développe, on l'a vu, une « culture du résultat » dans laquelle ils prennent une part personnelle directe, celles des points de contact reste beaucoup plus proche en amont d'une « culture du formulaire »⁶⁸ mis à disposition par le site *web* du Réseau judiciaire européen à même de permettre l'établissement d'un contact à distance.

⁶⁴ Samuel VUELTA SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4.

⁶⁵ Par exemple, en France, les substituts et avocats généraux désignés comme points de contact au niveau régional des cours d'appel.

⁶⁶ Cf. *infra* n° 31.

⁶⁷ Samuel VUELTA SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4.

⁶⁸ Karima ZOUAOUI, intervention au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », Aix-en-Provence 16 et 17 janvier 2009, à paraître aux *Cahiers de Méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010.

C'est sur ce premier modèle d'un Réseau judiciaire européen en matière pénale qu'a été créé trois ans plus tard un réseau homologue dans le champ de la coopération judiciaire civile : le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale⁶⁹ qui présente *mutatis mutandis* les mêmes caractéristiques au regard de l'émergence d'une culture judiciaire européenne.

2- L'institution et le rôle du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale

26. - Missions. En matière civile, on peut constater, en pratique, l'émergence d'une culture procédurale commune, entendue au sens d'échanges « sur les procédures et les bonnes pratiques » entre professionnels de la justice⁷⁰. Pour faciliter ces échanges en réseau, le Réseau Judiciaire Européen en matière Civile et Commerciale (RJECC) a été créé par une décision du Conseil de l'Union européenne du 28 mai 2001⁷¹.

Entré en vigueur le 1^{er} décembre 2002 dans l'ensemble des Etats membres, il a pour missions de :

-1. favoriser la coopération judiciaire entre les Etats membres dans les litiges transfrontaliers en matière civile et commerciale : échanges d'informations au service des juridictions favorisant une meilleure connaissance des instruments communautaires et des législations nationales, actions de formation, et très souvent, résolution de situations difficiles ;

-2. favoriser l'accès effectif à la justice des personnes confrontées à des litiges transfrontières.

Le Réseau contribue ainsi à renforcer la confiance et la compréhension mutuelle entre les juges européens. Il est composé de points de contact centraux désignés par les Etats membres, qui se réunissent cinq fois par an, des autorités centrales prévues dans les actes communautaires et les accords internationaux auxquels les Etats membres sont parties; des magistrats de liaison, lorsqu'ils possèdent des responsabilités dans le domaine de la coopération civile et commerciale ; et de toute autre autorité judiciaire ou administrative

⁶⁹ *European Judicial Network in civil and commercial matters*, dont le site est géré par la Commission européenne : <http://ec.europa.eu/civiljustice/>

⁷⁰ Karima ZOUAOU, Magistrat, chargée de mission, Point de contact pour le Réseau Judiciaire Européen en matière Civile et Commerciale, intervention à la table ronde des magistrats de liaison et des points de contact, du colloque d'Aix-en-Provence des 16 et 17 janvier 2009, « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010.

⁷¹ Décision du Conseil du 28 mai 2001 relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, 2001/470/CE, JO L 174 du 27 juin 2001, p. 25.

ayant des responsabilités dans le domaine de la coopération judiciaire et dont l'appartenance au réseau est jugée utile par son Etat membre d'appartenance.

Les réunions périodiques des points de contact leur permettent de partager leur expérience, et d'échanger sur les problèmes rencontrés dans le cadre de leur mission, ce qui peut permettre de mettre à jour les « bonnes » voire les « meilleures pratiques » dans le domaine de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Dans sa mission d'information, le Réseau publie également des guides pratiques pour les juges et les praticiens du droit sur l'application des règlements.

S'agissant de l'accès à la justice des citoyens qui constitue le second volet de sa mission, le Réseau a mis en place un site Internet accessible dans toutes les langues de l'Union⁷². Ce site présente des fiches thématiques synthétisant, dans leurs grandes lignes, les différents systèmes juridiques ainsi qu'un atlas judiciaire civil, précisant pour chaque Etat membre, quelles sont les entités requises pour l'application des différents instruments de coopération judiciaire civile.

Comme le remarque Mme Karima Zouaoui⁷³, l'originalité du Réseau réside dans « *la création de contacts appropriés (au sein notamment du forum du Réseau) et de liens entre les points de contact de chaque Etat membre (...); la fonction de veille des évolutions du droit communautaire pour diffusion auprès des juridictions françaises des textes communautaires et de la jurisprudence de la CJCE (...); la fonction d'organisation de formation continue et initiale des juges sur les outils du RJECC en partenariat avec les membres du réseau dans les Cours(...)* ».

27. - Ouverture. Cependant, dans son rapport d'évaluation du fonctionnement du réseau présenté en mai 2006⁷⁴, la Commission a constaté certaines insuffisances dans le fonctionnement du Réseau démontrant la nécessité de renforcer ses capacités. La Commission a donc adopté le 23 juin 2008 une proposition de révision de la décision du Conseil de 2001⁷⁵ visant à renforcer le rôle et les moyens des points de contact désignés par chaque Etat membre, afin d'améliorer l'application effective et concrète par les juges nationaux et par tous les professionnels du droit des nombreux instruments

⁷² <http://ec.europa.eu/civiljustice/>

⁷³ Karima ZOUAOUI : « Le Réseau Judiciaire Européen en matière Civile et Commerciale », in *L'observateur de Bruxelles*, n°70, octobre 2007, p 26.

⁷⁴ Rapport du 16 mai 2006 de la Commission au Conseil, au Parlement européen et au Comité économique et social européen sur l'application de la Décision du Conseil n° 2001/470/CE relative à la création d'un Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, COM (2006) 203 final, SEC (2006) 579 final.

⁷⁵ Proposition du 23 juin 2008 de décision du Parlement et du Conseil modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale, COM(2008) 380 final.

communautaires et internationaux en matière civile adoptés depuis la création du réseau judiciaire.

Les principaux axes de cette réforme portent sur :

- un renforcement des moyens attribués au point de contact principal dans chaque Etat membre « en matière de personnel, de ressources et de moyens modernes de communication, afin de lui permettre de remplir correctement les missions qui lui incombent »⁷⁶.

- L'ouverture du Réseau aux autres professions juridiques (avocats ou avoués, *solicitors* ou *barristers*, huissiers de justice, notaires, syndics) non pas par accès direct et à titre individuel mais par le biais des ordres professionnels concernés de chaque Etat membre, l'objectif étant de favoriser les échanges directs entre les juges des Etats membres chargés de régler des litiges transfrontières et d'y associer tous les professionnels du droit concernés. Il s'agit certainement de l'innovation la plus importante de cette réforme.

- une amélioration de l'information aux citoyens qui passe par une utilisation par les Etats membres des moyens technologiques les plus modernes et le développement de relations entre le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale et le Réseau des Centres européens des consommateurs (ECC-Net)⁷⁷.

L'ouverture concerne également le développement de relations de coopération avec les autres réseaux européens notamment avec le Réseau judiciaire européen en matière pénale⁷⁸, le Réseau européen de formation judiciaire⁷⁹, ou le Réseau des Présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne.

Enfin, on peut évoquer une « internationalisation » du Réseau avec son ouverture aux autres réseaux judiciaires mis en place par des Etats tiers⁸⁰ et aux organisations internationales œuvrant en matière de coopération judiciaire civile⁸¹.

Cette proposition a été approuvée par le Parlement européen le 16 décembre 2008⁸². Elle présente un grand intérêt en matière de coopération judiciaire civile en tendant vers une organisation et une interconnexion entre les différents réseaux, de plus en plus nombreux, qui relie à des degrés divers tous les professionnels du droit. Il paraît préférable pour le

⁷⁶ Article 2 bis.

⁷⁷ http://ec.europa.eu/consumers/redress_cons/index_en.htm

⁷⁸ Cf. *supra* n° 22 et s.

⁷⁹ Cf. *infra* n° 40.

⁸⁰ On peut citer le Réseau latino-américain de Coopération Juridique Internationale (IberRed) et le Réseau de coopération judiciaire Ibéro-Marocain.

⁸¹ Conférence de La Haye de Droit international privé

⁸² P6-TC1.

renforcement de la confiance et de la compréhension mutuelle d'établir des liens entre les différents réseaux que de laisser coexister des réseaux qui s'ignorent.

§3.- Eurojust

28. - Eurojust. Décidée lors du Conseil européen de Tampere en 1999⁸³, Eurojust d'abord mise en place à titre provisoire à Bruxelles en 2001⁸⁴ a été instituée⁸⁵ par une décision du Conseil du 28 février 2002⁸⁶ afin de renforcer la lutte contre les formes graves de criminalité notamment organisée⁸⁷. Organe de l'Union doté de la personnalité juridique⁸⁸ situé à La Haye, Eurojust⁸⁹ est une unité de coopération et de coordination⁹⁰, composée d'un membre national détaché par chaque Etat membre conformément à son système juridique ayant la qualité de procureur de juge ou d'officier de police ayant des prérogatives équivalentes⁹¹, qui peut agir particulièrement dans le cadre des enquêtes et des poursuites concernant deux Etats membres ou plus soit par l'intermédiaire d'un ou plusieurs de ses membres nationaux⁹², soit en tant que collègue les comprenant tous⁹³.

29. - Eurojust et magistrats de liaison. Longtemps présentée comme une plateforme de « super magistrats de liaison »⁹⁴, Eurojust ne saurait s'y réduire aujourd'hui et certainement encore moins à l'avenir⁹⁵.

⁸³ Conclusions § 46. Communication de la Commission du 22 novembre 2000 concernant la création d'Eurojust (2000/799/JAI).

⁸⁴ Décision du Conseil du 14 décembre 2000 instituant une Unité provisoire de coopération judiciaire (2000/799/JAI). V. Circulaire du 25 mai 2001, Création d'une unité provisoire de coopération judiciaire (Pro-Eurojust) et modalités de coopération avec cette instance, CRIM 2001-09 F5/25-05/2001.

⁸⁵ Michel MANGENOT « Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de création d'Eurojust (1996-2004) », *Cultures & Conflits* n°62 (2/2006) p 43.

⁸⁶ 2002/187/JAI. Cette décision a été transposée en France par l'article 17 de la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité dans les articles 695-4 à 695-9 du code de procédure pénale qui a fait l'objet d'une circulaire d'application du 31 mai 2005 Crim-05-14/G5-31-05-2005.

⁸⁷ Article 4.

⁸⁸ Article 1^{er}.

⁸⁹ www.Eurojust.europa.eu

⁹⁰ Article 3.

⁹¹ Article 2.

⁹² Article 6.

⁹³ Articles 7 et 10.

⁹⁴ Olivier DE BAYNAST, intervention au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », Aix-en-Provence 16 et 17 janvier 2009, à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010. En ce sens, la communication de la Commission précitée du 22 novembre

Il est indéniable qu'une certaine superposition est à même d'exister entre les deux institutions. Celle-ci est d'ailleurs officiellement évoquée par l'article 26-6 de la décision de 2002 qui prévoit au titre des relations avec les partenaires qu'Eurojust peut coopérer, au cas par cas, avec les magistrats de liaison des Etats membres⁹⁶, et la circulaire d'application française ajoute qu'une étroite articulation entre ces deux instruments de coopération permet à la fois d'éviter une double saisine inutile et de favoriser une meilleure information réciproque sur les dossiers d'entraide en cours. A cet égard, la culture judiciaire européenne passe donc aussi à travers le quotidien d'Eurojust⁹⁷.

Il faut d'ailleurs observer que, dans les dossiers bilatéraux concernant des Etats n'ayant pas procédé à un échange réciproque de magistrats de liaison, c'est bien Eurojust qui est amenée par l'intermédiaire de ses membres nationaux à remplir ce rôle. On peut en prendre pour illustration une affaire relevant à l'information judiciaire de la juridiction interrégionale spécialisée de Marseille où, face à l'annonce en fin de matinée de l'arrivée d'un conteneur contenant plusieurs tonnes de résine de cannabis à Anvers et en l'absence de magistrat de liaison en Belgique, c'est en quelques minutes par un simple contact avec l'adjoint du représentant de la France à Eurojust qui a contacté son homologue belge, que le juge d'instruction JIRS de Marseille a pu entrer en contact avec un magistrat du parquet d'Anvers parlant français.

Si Eurojust peut donc partager avec les magistrats de liaison une logique opérationnelle bilatérale dans laquelle vient s'inscrire l'émergence d'une culture judiciaire européenne, sa spécificité réside au-delà dans la prise en compte du multilatéral dans l'opérationnel⁹⁸ conduisant à le saisir dans les affaires les plus complexes impliquant au moins trois Etats membres. Il s'agit alors pour Eurojust, par une coordination en amont, de substituer à la juxtaposition de plusieurs approches bilatérales, une véritable approche multilatérale en obtenant un changement de réflexes des magistrats nationaux.

Une autre différence tient à un changement de perspective. Tandis que l'action des magistrats de liaison en faveur de l'émergence d'une culture judiciaire européenne s'inscrit dans une perspective horizontale informelle, celle d'Eurojust met en œuvre une perspective institutionnelle verticale et centralisée.

2000 concernant la création d'Eurojust indiquait que « L'institution d'une table ronde centrale des fonctionnaires ou des magistrats de liaison apportera probablement une certaine valeur ajoutée ... ».

⁹⁵ Aux termes de la proposition de décision du Conseil du 15 février 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI, 5613/08.

⁹⁶ L'article 27-3 prévoit au surplus la possibilité de détachement de magistrats de liaison d'Etats tiers auprès d'Eurojust.

⁹⁷ François FALLETTI, intervention au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », Aix-en-Provence 16 et 17 janvier 2009, à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010 ; « Chronique d'Eurojust : Où en est Eurojust ? », *RIDP 2005 3-4*, vol. 73, p. 551.

⁹⁸ Voir, par exemple, à propos de l'affaire du naufrage du *Prestige* : Emmanuel BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La documentation française, Collection réflexe Europe, p. 138.

30. - Eurojust et points de contact du Réseau judiciaire européen. Le concours commun d'Eurojust et du Réseau judiciaire européen à l'édification d'une culture judiciaire européenne apparaît de façon similaire. Outre un donné acte tiré d'un article de la décision instituant Eurojust⁹⁹ accentué par l'installation du secrétariat du réseau dans les locaux d'Eurojust, on relèvera surtout que pour la communication de la Commission l'ayant précédée « Eurojust devrait devenir un lieu de mise en commun de compétences et d'expériences, où s'établissent des contacts personnels et directs avec les points de contact du réseau judiciaire européen et, le cas échéant, avec les autorités nationales chargées des poursuites ».

La multiplication, pour ne pas dire l'empilement de ces nouveaux acteurs de la coopération judiciaire, tous parties prenantes à l'émergence d'une culture judiciaire européenne voire plus largement internationale¹⁰⁰ mais dans des perspectives - on l'a vu - différentes, est apparue ces dernières années comme devant faire l'objet d'une clarification.

31. - Une clarification nécessaire. Indéniables facteurs d'émergence d'une culture judiciaire européenne, les magistrats de liaison, les réseaux judiciaires européens et Eurojust doivent néanmoins le plus souvent être sollicités pour apporter leur plus-value¹⁰¹. Or, paradoxalement, leur existence souffre toujours d'un déficit de connaissance chez les magistrats nationaux dans les différents Etats membres génératrice d'un défaut de sollicitation, et leur superposition est à même, en tout état de cause, d'engendrer chez eux une certaine confusion et perplexité sur leur rôle et leur valeur ajoutée respectifs¹⁰², pouvant parfois conduire à une triple activation simultanée. Si l'étude de leurs rapports apparaît contemporaine de leur apparition sur la scène de la coopération judiciaire¹⁰³,

⁹⁹ Article 26-2.

¹⁰⁰ La proposition de décision du Conseil du 15 février 2008 sur le renforcement d'Eurojust et modifiant la décision 2002/187/JAI, 5613/08 prévoit ainsi la possibilité pour Eurojust de détacher des magistrats de liaison auprès d'un Etat tiers qui auraient des fonctions équivalentes à celles des magistrats de liaison actuellement en poste à Eurojust.

¹⁰¹ Jean-Paul JEAN, intervention au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », Aix-en-Provence 16 et 17 janvier 2009, Cahiers de méthodologie juridique 2009, PUAM à paraître janvier 2010.

¹⁰² François FALLETTI, intervention au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », Aix-en-Provence 16 et 17 janvier 2009, Cahiers de méthodologie juridique 2009, PUAM à paraître janvier 2010.

¹⁰³ V. par exemple, Philippe LABREGERE « Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération », in Vers un espace judiciaire pénal européen *Towards a European Judicial Criminal Area*, Gilles de KERCHOVE et Anne WEYENBERGH (ed), Institut d'études européennes, Université de Bruxelles, 2000, p. 101.

l'heure semble donc être à la clarification et à la simplification des relations entre ces différents « partenaires »¹⁰⁴.

La récente décision du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le Réseau judiciaire européen¹⁰⁵ a ainsi entendu clarifier les relations de ce dernier tant avec Eurojust postérieure à sa création qu'avec les magistrats de liaison qui l'avaient en revanche précédé.

L'article 10 rappelle¹⁰⁶ que le Réseau judiciaire européen et Eurojust entretiennent des relations privilégiées, fondées sur la concertation et la complémentarité, en particulier entre les points de contact d'un Etat membre, le membre national d'Eurojust de ce même Etat membre et les correspondants nationaux du Réseau judiciaire européen et d'Eurojust.

L'article 2-6 prévoit l'association des magistrats de liaison (et non plus sa simple possibilité¹⁰⁷) à la composition du réseau lorsqu'ils ont été nommés dans un Etat membre et remplissent des fonctions analogues à celles confiées aux points de contact, officialisant ainsi une intégration qui avait été anticipée par la pratique de mutualisation suivie par certains Etats membres consistant à désigner leurs magistrats de liaison comme points de contact de leur réseau national¹⁰⁸.

Elle organise surtout au profit de l'une comme des autres l'accès aux télécommunications sécurisées mis en place pour le travail opérationnel des points de contact du Réseau judiciaire européen¹⁰⁹.

Un autre intérêt de cette décision du 16 décembre 2008, comme d'ailleurs d'autres textes récents¹¹⁰, est de mettre davantage en exergue le lien entre les différents facteurs d'émergence de la culture judiciaire européenne. Il en va ainsi de la conjugaison entre contact direct et formation dans l'article 4-3 qui assigne une nouvelle fonction aux points de contact direct du Réseau judiciaire européen (en matière pénale) en prévoyant qu'à leur niveau respectif, ils participent à l'organisation des sessions de formation sur la coopération judiciaire à l'intention des autorités de leur Etat membre, le cas échéant en coopération avec le Réseau européen judiciaire de formation et promeuvent cette organisation.

¹⁰⁴ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 23 octobre 2007 sur le rôle d'Eurojust et du Réseau Judiciaire européen dans le cadre de la lutte contre le crime organisé et le terrorisme dans l'Union européenne, COM(2007) 644 final.

¹⁰⁵ 2008/976/JAI.

¹⁰⁶ V. déjà article 26 décision du Conseil du 28 février 2002 instituant Eurojust.

¹⁰⁷ Cf. *supra* n° 25.

¹⁰⁸ Par exemple la France et le Royaume-Uni : Samuel VUELTA-SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4.

¹⁰⁹ Article 9-2.

¹¹⁰ Cf. *supra* n° 27.

Section 2. - Le rôle de la formation des juges et procureurs dans la culture judiciaire européenne

§1. - La formation des juges et procureurs : une question d'intérêt européen

32. - Formation : exigences générales. La question de la formation des juges et des procureurs est maintenant depuis longtemps une question d'intérêt européen et international. La reconnaissance de l'importance de la formation des magistrats est affirmée comme complément ou garantie des principes inhérents à leur indépendance et leur impartialité dans les Principes fondamentaux de l'ONU relatifs à l'indépendance de la magistrature adoptés en 1985, dans la recommandation n° R(94)12 du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe du 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges et encore dans la Charte européenne sur le statut des juges de juillet 1998¹¹¹. Les magistrats ne doivent pas compter sur des sources externes pour acquérir ou conserver un niveau de compétence élevé¹¹².

Si la diversité des systèmes de formation relève naturellement des traditions juridiques et judiciaires nationales qu'une politique européenne n'a pas vocation à modifier et si elle est pleinement reconnue, tous les textes européens expriment néanmoins que la formation devrait, quelle que soit la diversité des systèmes institutionnels nationaux, être reconnue comme essentielle au regard de la nécessité d'améliorer non seulement les compétences des acteurs du service public de la justice mais également le fonctionnement même de ce service public. « Si l'obligation de formation est évidente lorsque les juges sont recrutés au début de leur carrière professionnelle, la question de sa nécessité se pose lorsque le choix du juge s'opère parmi les meilleurs juristes bénéficiant d'une grande expérience comme dans les pays de *common law* »¹¹³. De l'avis du Conseil consultatif des juges européens (CCJE), une formation initiale doit être envisagée pour les deux groupes de juges. L'exercice des fonctions judiciaires constitue pour tous une nouvelle profession, comportant une approche particulière dans de nombreux domaines.

La résolution de 2002 instituant la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) dispose que « la formation initiale et en cours d'emploi est un droit et un devoir pour tous ceux concourant au service judiciaire et une exigence essentielle pour que la justice remplisse ses missions » et que « la formation doit être garantie en tenant compte des instruments internationaux adoptés au Conseil de l'Europe en la matière ».

¹¹¹ DAJ/DOC (98) 23.

¹¹² Voir Raffaele SABATO, « La place des écoles de la Magistrature dans le système judiciaire et leur rôle dans la formation des magistrats. Le Réseau de Lisbonne et l'avenir de la formation professionnelle des magistrats dans une Europe élargie », rapport général de la 6^{ème} réunion du réseau de Lisbonne, Bucarest, le 19 novembre 2003.

¹¹³ Avis n° 4 du Conseil consultatif des juges européens du 27 novembre 2003 à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe sur la formation initiale et continue appropriée des juges, aux niveaux national et européen.

33. - Formation et espace judiciaire européen : exigences spécifiques. Au-delà des exigences générales de la formation, les textes européens mettent tous en évidence le caractère plus particulièrement indispensable de la formation des juges et des procureurs aux instruments de l'espace judiciaire européen et plus largement à la compréhension mutuelle des systèmes judiciaires différents.

L'avis n° 9 du Conseil consultatif de Juges Européens (CCJE) du 10 novembre 2006 sur le rôle des juges nationaux dans l'application effective du droit international et européen « note que les systèmes juridiques nationaux doivent de plus en plus souvent traiter des questions juridiques de nature internationale, ce qui s'explique à la fois par la mondialisation et par la tendance croissante du droit international et européen à s'intéresser davantage aux relations entre les personnes qu'aux relations entre les Etats. Compte tenu de cette évolution, il est nécessaire de modifier la formation, la pratique et même la culture judiciaires, pour que les juges nationaux puissent rendre la justice en répondant aux besoins et aux aspirations du monde moderne et en respectant les principes juridiques déjà reconnus par les Etats démocratiques ».

La communication du 29 juin 2006 de la Commission européenne sur la formation judiciaire dans l'Union européenne¹¹⁴ souligne que « l'adoption du traité d'Amsterdam et l'inscription dans celui-ci du nouvel objectif de création d'un espace de liberté, de sécurité et de justice a fait de la formation judiciaire un enjeu nouveau ». Tout en rappelant que « la nécessité de disposer dans l'UE d'une formation de haut niveau pour les professionnels de la justice existe depuis longtemps car la bonne application du droit communautaire repose largement sur les systèmes judiciaires nationaux » et que « la connaissance de cette matière par les juges, les procureurs et les avocats est, depuis toujours, essentielle pour la bonne application de la législation communautaire et le plein respect des libertés fondamentales reconnues par le traité », la Commission met en avant le fait que « la justice qui n'était jusqu'ici qu'un moyen de faire appliquer le droit communautaire sur le territoire de la Communauté, est devenue un objectif en soi ». « L'amélioration de la coopération judiciaire est désormais un but à atteindre. La formation judiciaire apparaît comme un instrument indispensable ».

Tant dans le cadre du Conseil de l'Europe avec le réseau dit de Lisbonne¹¹⁵ que dans le cadre de l'Union européenne autour de diverses actions et programmes du Parlement et de la Commission ou encore au niveau de l'action des organismes de formation dans les Etats membres que ceux-ci agissent pour leur part ou dans le cadre d'un réseau européen de formation judiciaire qu'ils ont eux-mêmes créé en 2000 sous la forme d'une association¹¹⁶, une politique de la formation européenne des juges et des procureurs a été mise en place. L'importance de la formation des professionnels de la justice a suscité la mise en place par les institutions de l'Union européenne de divers programmes généraux ou spécifiques de

¹¹⁴ COM(2006) 356 final.

¹¹⁵ http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/default_fr.asp

¹¹⁶ Cf. *infra* n° 40.

formation et d'échanges dont le programme GROTIUS, en 1996¹¹⁷, constituant la mise en place d'un cadre pour des actions de formation, d'information, d'études et d'échanges au bénéfice des praticiens de la justice de nature « à améliorer la compréhension réciproque des systèmes juridiques et judiciaires des Etats membres, à faire prendre conscience des convergences entre eux et par là à réduire les obstacles à la coopération judiciaire entre Etats membres », et le programme AGIS¹¹⁸, regroupant en 2002, les programmes STOP¹¹⁹ et Falcone¹²⁰. Plus récemment, le programme-cadre « Droits fondamentaux et justice »¹²¹ vise, dans ses volets « justice civile » et « justice pénale », le renforcement des échanges entre les autorités judiciaires et des moyens consacrés à la formation judiciaire.

Dans sa communication au Parlement européen et au Conseil du 29 juin 2006 sur la formation judiciaire dans l'Union européenne, la Commission privilégie trois types d'actions :

« - l'amélioration de la connaissance des instruments juridiques adoptés par l'Union et par la Communauté, notamment dans les domaines où des pouvoirs spécifiques sont confiés aux juges nationaux ;

- l'amélioration des compétences linguistiques afin de permettre aux autorités judiciaires de communiquer directement entre elles comme le prévoient la plupart des instruments ;

- le développement d'une connaissance des systèmes juridiques et judiciaires des Etats membres permettant d'apprécier leurs besoins respectifs dans le cadre de la coopération judiciaire ».

Elles interfèrent avec la culture judiciaire européenne dans les deux sens du terme, la culture commune comme la culture de la coopération européenne et internationale.

§2. - Le rôle de la formation des magistrats dans l'émergence d'une culture judiciaire commune

34. - C'est souvent principalement sous l'angle de sa contribution à la culture judiciaire européenne comme *culture judiciaire commune*, plus spécialement sous l'angle de sa contribution à faire émerger le *sentiment d'appartenance commune* à une même culture judiciaire qu'est présenté le rôle de la formation. En invoquant le plan d'action visant à mettre en

¹¹⁷ Action commune 96/636/JAI du 28 octobre 1996 adoptée par le Conseil sur la base de l'article K.3 du traité sur l'Union européenne, établissant un programme d'encouragement et d'échanges destiné aux praticiens de la justice (Grotius), JO L 287 du 8 novembre 1996.

¹¹⁸ Décision 2002/630/JAI du Conseil du 22 juillet 2002 établissant un programme-cadre concernant la coopération policière et judiciaire en matière pénale (AGIS), JO L 203, 1^{er} août 2002, p. 5.

¹¹⁹ JO L 322 du 12 décembre 1996.

¹²⁰ JO L 99 du 31 mars 1998.

¹²¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 6 avril 2005 établissant pour 2007-2013 un programme « droits fondamentaux et justice » COM(2005) 122 final, JO C 211 du 30 août 2005, p 6.

œuvre le programme de La Haye¹²², la communication de la Commission sur la formation judiciaire dans l'Union européenne « souligne le lien étroit entre confiance mutuelle et constitution d'une "culture judiciaire européenne" que la formation doit contribuer à renforcer. *Cette culture judiciaire européenne repose sur le sentiment d'appartenance à un même espace que doivent partager les professionnels de la justice des Etats membres.* Au-delà de la diversité et de la richesse des systèmes judiciaires nationaux, cet espace se caractérise en particulier par des valeurs fondamentales communes incarnées notamment dans la Convention de sauvegarde des Droits de l'Homme et des Libertés fondamentales et dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, et par un corpus juridique partagé incluant le droit communautaire comme le droit de l'Union. *Le développement du principe de reconnaissance mutuelle, qui conduit à exécuter rapidement et simplement dans chaque Etat membre les décisions de justice prises dans les autres Etats membres, exige le renforcement de ce sentiment d'appartenance commune en même temps qu'il contribue à le consolider* ».

De même, le Parlement européen a souligné « le rôle clef de la formation judiciaire dans le développement d'une culture judiciaire commune ainsi que d'une culture des droits fondamentaux au sein de l'Union européenne, notamment à travers l'action du Réseau Européen de Formation Judiciaire »¹²³.

L'importance de la formation dans la contribution à l'émergence d'une culture judiciaire commune telle que mise en évidence notamment par la Communication de la Commission de 2006 sur la formation judiciaire dans l'Union, ne peut pas occulter le rôle tout aussi essentiel mais peut-être plus ciblé que la formation des magistrats doit remplir pour permettre ou accompagner l'avènement d'une culture judiciaire de la coopération européenne et internationale.

§3. - Le rôle de la formation des magistrats dans le développement d'une culture judiciaire de la coopération européenne

35. - Formation et capacité des magistrats au changement de réflexes. Cette culture de la coopération doit non seulement se fonder sur la connaissance des instruments qui permettent la coopération, mais aussi sur la capacité à reconnaître et à être réceptif aux autres systèmes judiciaires.

La formation aux instruments internationaux, européens et aux droits étrangers doit être la clef de la compréhension mutuelle entre magistrats appartenant aux différents systèmes judiciaires impliqués dans la coopération européenne et internationale. Les liens entre culture de la coopération et culture commune ne sont naturellement pas sans importance. C'est aussi parce que la connaissance des systèmes étrangers permet de mesurer que, malgré leur différences, ils participent tous à la mise en œuvre des mêmes principes du procès équitable et de valeurs communes, que l'acceptation de la coopération en sera renforcée.

¹²² JO C 198 du 12 août 2005, p. 1.

¹²³ P6-TA (2005) 0030, JO C 304 E du 1^{er} décembre 2005, p. 109.

Il n'en reste pas moins vrai qu'il ne s'agit pas seulement de faire émerger le sentiment d'appartenance à une culture commune, mais de faire apparaître de façon plus technique et professionnelle la capacité des juges et des procureurs, du moins ceux parmi les plus impliqués dans la coopération européenne et internationale, à l'acquisition de réflexes liés à la coopération, à rechercher de bonnes informations, à rechercher des adaptations destinées à obtenir un résultat efficace, à l'apprentissage des méthodes permettant de connaître les instruments pertinents de la coopération, etc.

36. - Formation initiale et formation continue. Peut-être faut-il dans les objectifs de la formation et dans la programmation des formations distinguer comme le suggère la communication de la Commission sur la formation judiciaire dans l'Union européenne précitée. Elle relève que « des distinctions doivent être effectuées selon le niveau de développement de la formation initiale dans chaque Etat membre. De manière générale, on peut considérer que la formation initiale doit notamment permettre de donner aux futurs professionnels le sentiment de l'appartenance à un même espace de droit et de valeurs. En revanche, la formation continue doit permettre à des professionnels déjà expérimentés de s'approprier les instruments adoptés dans l'Union européenne. Elle doit d'abord être ciblée sur les professionnels impliqués dans la coopération judiciaire, sans bien sûr écarter un objectif plus général de dissémination des connaissances »¹²⁴.

Naturellement, une telle distinction entre un public général au stade de la formation initiale des magistrats et un public plus ciblé au stade de la formation continue dans un cadre plus volontaire qui peut avoir sa pertinence, ne peut pas constituer une ligne étanche et générale. Dès lors qu'il est question de connaissance et de compréhension mutuelle des systèmes juridiques et judiciaires, la formation des magistrats devient un des vecteurs majeurs dans l'émergence d'une culture judiciaire européenne comme d'une culture judiciaire internationale. Et les institutions en charge de la formation deviennent, selon l'expression employée par Samuel Vuelta Simon, « des acteurs tactiques de premier plan pour atteindre les objectifs »¹²⁵.

§4. - L'action des structures de formation en faveur des objectifs

37. - A défaut pour l'instant d'une véritable formation commune, que certains appellent de leurs vœux au nom de la culture judiciaire commune sous la forme d'un institut d'études judiciaires européen (IEJE)¹²⁶ plutôt que d'une école européenne de la magistrature (EEM) à même de susciter un certain nombre de réactions hostiles¹²⁷, formations initiale et

¹²⁴ Point 28 de la communication.

¹²⁵ Samuel VUELTA SIMON intervention au colloque d'Aix-en-Provence des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM à paraître janvier 2010.

¹²⁶ Dont relèveraient pendant un certain nombre de mois les magistrats en charge des questions européennes.

¹²⁷ Robert BADINTER communication à la Cour de cassation, Cycle Procédure pénale 2006, Septième conférence « L'avenir : vers une justice européenne ? », 22 juin 2006.

continue continuent de relever pour l'essentiel des structures nationales de formation auxquelles s'ajoutent un certain nombre de structures européennes.

38. - Ecoles nationales de formation. Au titre des structures nationales, l'Ecole Nationale de la Magistrature en France (ENM), aujourd'hui dirigée par des magistrats ayant effectué une part prépondérante de leur carrière antérieure dans les sphères européenne et internationale¹²⁸, témoigne d'une indéniable sensibilité à ces deux dernières dimensions dans la formation judiciaire¹²⁹. Elle s'est ainsi engagée dans une réforme de la formation initiale et continue qui entend contribuer à ce stade à l'émergence chez les magistrats d'une culture de la coopération et d'un réflexe européen. La mission de l'école est de faire des magistrats des « magistrats européens ». Cela se traduit sur les trois dimensions de la formation du magistrat européen, formation à la connaissance des systèmes juridiques et judiciaires des autres Etats membres de l'espace judiciaire européen, formation à la connaissance des langues et formation au droit communautaire et international. Il s'agit de donner à l'auditeur et au magistrat la référence à l'espace judiciaire européen. Le droit européen et le droit international privé font désormais partie des épreuves d'admission à l'entrée à l'ENM. Ces deux matières font l'objet d'enseignements spécifiques. L'ENM a renforcé sa formation en anglais et relevé les coefficients d'entrée de l'épreuve de langue pour les concours d'entrée¹³⁰. Il existe aussi désormais un stage extérieur offrant une possibilité de stage à l'étranger dans l'esprit de la logique d'acquisition précoce d'une culture judiciaire internationale et européenne. En plus des stages obligatoires pour les auditeurs, dans le cadre de la formation continue, il existe des programmes d'échanges supplémentaires, tels que ceux organisés par le Réseau européen de formation judiciaire¹³¹. C'est dans ce contexte aussi que l'école envisage le développement de la participation de magistrats européens à la formation par l'échange de magistrats formateurs sur une longue durée. Ainsi un procureur espagnol sera mis en place à Paris à l'ENM pour prendre part aux formations de l'école et réciproquement un magistrat français en Espagne¹³².

Une fois dit que « l'Union européenne n'a pas à interférer dans l'organisation des systèmes nationaux de formation qui reflète les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres »¹³³, ou que « la responsabilité d'offrir une formation initiale et une formation

¹²⁸ Jean-François THONY, Directeur de l'ENM et Samuel VUELTA SIMON, Directeur adjoint, directeur de la formation continue et du département international.

¹²⁹ V. par exemple le colloque « Quel avenir pour la formation des magistrats et des personnels de justice au sein de l'Union européenne ? » organisé par l'ENM à Bordeaux les 21 et 22 juillet 2008.

¹³⁰ V. décret n° 2008-1551 du 31 décembre 2008 relatif à l'Ecole nationale de la magistrature, *JORF* n°0001 du 1er janvier 2009, p.70 texte n° 45.

¹³¹ Cf. *infra* n° 40.

¹³² Sur tous ces points, le rapport de Samuel VUELTA SIMON, « La compréhension mutuelle. Le rôle des échanges de magistrats et de la formation européenne des magistrats », actes du colloque d'Aix-en-Provence des 16 et 17 janvier 2009, « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010.

¹³³ COM(2006) 35§ final préc.

continue de qualité incombe en premier lieu aux Etats membres »¹³⁴, il existe donc déjà une évidente mise en perspective européenne, verticale comme horizontale, des formations nationales. La Commission déclare ainsi soutenir « évidemment tout effort allant dans le sens d'accroître le contenu européen des programmes nationaux de formation judiciaire, car elle le considère comme un élément clé pour développer une véritable culture judiciaire européenne »¹³⁵. S'y ajoutent un certain nombre de structures européennes.

39. - Structures européennes de formation. En complément des structures nationales, trois structures pour l'essentiel oeuvrent à l'échelle européenne à l'émergence d'une culture judiciaire entendue comme culture commune et culture européenne et internationale : deux organismes de droit privé l'Institut Européen d'Administration Publique (*European Institute of Public Administration*, EIAP) de Maastricht qui a ouvert en 1992 à Luxembourg le Centre européen de la magistrature et des professions juridiques¹³⁶, l'Académie de droit européen *Europäische Rechtsakademie* (ERA) fondée à Trèves en 1992¹³⁷ d'une part, et le Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ ; *European Judicial Training Network*, EJTN)¹³⁸ d'autre part. Tout en partageant le point de vue du Parlement européen quant à la nécessité de rationaliser les structures existantes et d'éviter les double-emplois, la Commission européenne, sans l'exclure à moyen terme, n'est pas pour l'instant favorable à la proposition formulée par celui-ci de création d'une académie judiciaire européenne qui exigerait la mise en place d'une nouvelle agence communautaire et préfère que la formation judiciaire au niveau européen soit organisée de manière coordonnée et équitable entre les différents acteurs¹³⁹ parmi lesquels le REFJ bénéficiaire depuis 2006 du monopole pour la mise en œuvre de programmes d'échanges tient une place essentielle.

40. - Réseau Européen de Formation Judiciaire (REFJ). Sous présidence française de l'Union européenne qui a présenté une initiative en ce sens¹⁴⁰ soulignant que la formation des membres des corps judiciaires des Etats membres « apparaît comme l'une des conditions de la réussite de l'espace judiciaire européen »¹⁴¹ et « contribue également à la

¹³⁴ Résolution du Parlement européen du 9 juillet 2008 sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen, Point 7 : Réponse à ces requêtes et prévisions (du Parlement européen) sur les actions que la Commission a mises ou entend mettre en œuvre, P6_TA-PROV(2008)0352.

¹³⁵ *Ibidem*.

¹³⁶ www.eipa.nl

¹³⁷ www.era.int

¹³⁸ www.ejtn.net

¹³⁹ Résolution du Parlement européen sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen, préc.

¹⁴⁰ Initiative de la République française en vue de l'adoption d'une décision du Conseil instituant un réseau européen de formation judiciaire, JO C 018 du 19 janvier 2001, p. 9.

¹⁴¹ Considérant 3.

création d'une véritable culture judiciaire européenne»¹⁴², a été créé le 13 octobre 2000 le Réseau Européen de Formation Judiciaire en tant qu'association internationale sans but lucratif de droit belge dont le siège est à Bruxelles regroupant la majeure partie des institutions chargées de la formation des juges et procureurs au sein des Etats membres¹⁴³. Ce réseau devrait améliorer la compréhension mutuelle des systèmes juridiques des Etats membres parmi les juges et les procureurs, et renforcer la mise en œuvre pratique de la coopération judiciaire au sein de l'Union européenne. Il a acquis la personnalité juridique en juin 2003, et bénéficie de subventions au titre du programme civil et du programme AGIS. Le réseau concentre ses activités sur les matières pénale et civile. Ses objectifs sont les suivants:

- accroître la connaissance mutuelle des systèmes légaux et judiciaires;
- améliorer la connaissance des instruments européens et internationaux ;
- échanger les expériences et identifier les besoins en matière de formation;
- encourager la coordination des programmes de formation judiciaire organisés par les Etats membres;
- réaliser des cours de formation pour les membres du corps judiciaire.

Le réseau a établi un programme d'activités visant à :

- la connaissance des systèmes judiciaires européens et des mécanismes de coopération ;
- les aptitudes linguistiques;
- l'organisation de stages et d'échanges;
- l'élaboration de programmes de formation pour le corps judiciaire et pour les formateurs eux-mêmes¹⁴⁴.

Les formations ainsi proposées se réclament expressément de l'émergence d'une culture judiciaire européenne. On peut en juger à travers les deux formations spécifiques proposées par le REFJ en mai 2009. L'offre de séminaire sur la coopération judiciaire en matière pénale en Europe à travers le langage juridique souligne que « La formation du langage juridique sur le thème de la coopération judiciaire internationale en matière pénale s'avère être d'un intérêt particulier pour les juges européens qui désirent créer une culture juridique européenne commune. Une bonne maîtrise de cette terminologie juridique de l'anglais est d'autant plus nécessaire pour les juges devant assurer la gestion efficace et rapide des commissions rogatoires et d'autres outils relatives à la coopération judiciaire en matière pénale, permettant ainsi d'offrir une assistance judiciaire expéditive, appropriée et sans embûche. De plus, au vu du nombre de plus en plus croissant de procédures judiciaires qui requièrent ce type de coopération, il semble d'autant plus urgent de fournir une formation propre à cette matière ». Dans le même sens, la proposition de séminaire permanent d'étude comparée des systèmes judiciaires européens et de coopération judiciaire internationale à travers le langage juridique (espagnol juridique) affirme que « La formation linguistique juridique et la connaissance des systèmes judiciaires et légaux français, anglais,

¹⁴² Considérant 4.

¹⁴³ Outre la participation d'ERA en qualité de membre et l'association du Réseau de Lisbonne (Conseil de l'Europe) en qualité d'observateur.

¹⁴⁴ Voir le plan stratégique 2007-2013 du Réseau adopté à l'unanimité sur le site www.refj.eu

italien et espagnol s'avèrent particulièrement intéressantes pour les magistrats européens afin de créer une culture judiciaire commune européenne. Le développement d'une connaissance des systèmes juridiques et judiciaires des Etats membres permettant d'apprécier leurs besoins respectifs dans le cadre de la coopération judiciaire. En particulier, pour les magistrats qui doivent faire en sorte que les litiges présentant un élément transfrontalier ainsi que la coopération judiciaire internationale avec ces pays se déroulent de façon correcte et rapide. Améliorer cette formation devient de plus en plus urgent à en juger par l'accroissement notable des procédures judiciaires qui exigent ce type de coopération ».

Si ces formations de courte durée¹⁴⁵ ne posent pas de véritable problème de remplacement des participants ni de coût¹⁴⁶, il pourrait en aller différemment du coût inhérent au remplacement temporaire des juges qui participent à des programmes d'échanges (dont depuis 2007 des stages de longue durée – entre trois mois et un an – à la Cour de justice des communautés et Eurojust) sur lequel le Parlement européen et la Commission s'interrogent et ne disposent pas encore de données fiables¹⁴⁷. La formation en tant que facteur d'émergence de la culture judiciaire européenne ne doit induire ni à l'évidence directement pour les intéressés ni même indirectement pour leurs institutions judiciaires nationales un coût qui pourrait s'avérer dissuasif ... surtout en l'état d'une culture encore trop faiblement affermie pour en percevoir la nécessité. Il y a là une particularité spécifique à la formation qui ne se présente pas pour les autres facteurs d'émergence de la culture judiciaire européenne.

¹⁴⁵ En l'espèce 10-15 mai 2009.

¹⁴⁶ Elles donnent lieu à la perception par les participants d'une indemnité pour les frais de transport et à prise en charge des frais de séjour par l'organisation.

¹⁴⁷ Résolution du Parlement européen sur le rôle du juge national dans le système juridictionnel européen, préc.

Section 3. - Les relations entre spécialisation et progrès de la culture de la compréhension mutuelle

41. - Spécialisation des magistrats et des structures. Un des facteurs parmi les plus importants qui permet le développement d'une culture de la coopération, au moins dans les domaines de la coopération en matière pénale est celui de la spécialisation de certains magistrats ou de certaines structures, la spécialisation étant alors un élément pouvant jouer d'autant plus facilement qu'il entraîne aussi l'utilisation au plus haut point des rouages essentiels de la coopération et de la construction d'une culture de la coopération que sont les magistrats de liaison ou les facilitateurs que peuvent être aussi les procureurs travaillant au sein d'Eurojust. Dans une réponse adressée au nom de la France au questionnaire¹⁴⁸ envoyé par le bureau du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE)¹⁴⁹, Olivier de Baynast soulignait que la spécialisation de certains magistrats ou de certaines structures est un « facteur de succès dans la coopération internationale », en relevant - mentionnant d'ailleurs des structures créées souvent très récemment - que les succès de la coopération en matière pénale étaient le fait des liens entre le parquet antiterroriste allemand, la direction nationale antimafia italienne, les juridictions interrégionales spécialisées françaises, l'*audiencia nacional* espagnol, la *prokuratura* de la fédération de Russie. C'est au sein de ces structures que « les magistrats finissent peu à peu par trouver des correspondants très rompus aux questions de coopération internationale et parlant des langues étrangères ». Il ajoutait qu'« en revanche, l'absence de spécialisation, même dans de grandes juridictions, la méconnaissance des langues et des pratiques et une absence de culture judiciaire commune, voire de confiance entre les autorités judiciaires continuent à hypothéquer la coopération judiciaire entre pays européens, à un moindre degré il est vrai entre pays membres de l'Union européenne, notamment aussi grâce au programme d'échange entre magistrats organisés par la Commission ». Les structures spécialisées sont en quelque sorte une base pour accumuler des ressources et des connaissances et pour gérer la coopération transfrontière et la coordination. Le fait est que ces structures traitent des affaires de grande criminalité qui ont pour un très fort pourcentage en général une dimension transnationale¹⁵⁰, ce qui les incite à réfléchir à des méthodes de coopération et à inscrire la coopération internationale au cœur de leurs pratiques.

42. - Illustration : spécialisation et adaptation de la coopération européenne. Pour prendre un exemple du progrès immédiat produit sur la coopération européenne par la création de structures spécialisées, on peut citer le cas de demandes de mesures conservatoires sur des immeubles situés au Royaume-Uni dans le cadre d'une information judiciaire suivie à la juridiction interrégionale spécialisée de Marseille dans une affaire de trafic de stupéfiants.

¹⁴⁸ Questionnaire sur l'amélioration de la coopération internationale dans le domaine pénal, élaboré à la réunion de Strasbourg le 12 décembre 2006.

¹⁴⁹ www.coe.int/ccpe/fr

¹⁵⁰ Selon les données que nous avons pu recueillir, plus de 80% des dossiers de la juridiction interrégionale spécialisée de Marseille ont une dimension internationale.

Après des premiers contacts peu fructueux au second semestre 2005, la coopération judiciaire européenne s'est débloquée lorsque le magistrat instructeur JIRS a eu comme interlocuteur au Royaume-Uni une nouvelle agence créée au premier semestre 2006, la *Serious Organized Crime Agency* (SOCA). Cela a permis, notamment par le déplacement en Angleterre, en juillet 2006, du magistrat instructeur et du magistrat du parquet chargé du suivi de l'information, d'identifier et/ou de poursuivre notamment par remises sur exécution de mandats d'arrêts européens, les principaux tenants du trafic de stupéfiants en cause.

Le magistrat instructeur parallèlement a demandé à ses interlocuteurs de la SOCA (par des commissions rogatoires internationales, précédées, accompagnées et suivies d'échanges directs par messagerie électronique en anglais), de déterminer les avoirs possédés par les personnes mises en examen ou faisant l'objet de mandats d'arrêts européens ; la saisie d'avoirs criminels étant une des missions prioritaires assignées à la SOCA, ces diligences ont été effectuées avec rapidité, exhaustivité et précision et ont permis de révéler que certaines des personnes mises en examen ou faisant l'objet de mandats d'arrêt européens étaient propriétaires de biens immobiliers situés au Royaume-Uni. La décision ayant été prise de mettre en œuvre des mesures conservatoires sur ces biens en vue de leur confiscation, restait à déterminer le meilleur et surtout le plus sûr cadre d'action à cette fin. La juridiction spécialisée ne pouvait pas faire application des dispositions de la décision cadre du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve (et de la loi 2005-750 du 4 juillet 2005 la transposant aux articles 695-9-1 et suivants du code de procédure pénale) parce qu'on n'était pas dans l'hypothèse d'un gel de biens confiscables au sens de la décision-cadre et au demeurant que, vérification faite auprès du magistrat français de liaison au Royaume-Uni, cet Etat n'avait pas encore transposé la décision-cadre. Les contacts avec les autorités au Royaume-Uni permettaient de penser qu'elles se contenteraient d'une commission rogatoire internationale du magistrat instructeur demandant aux autorités du Royaume-Uni de mettre en œuvre des mesures conservatoires sur les biens en cause. En réalité une autre solution a été adoptée, plus complexe mais permettant de construire une procédure de coopération sur des bases plus solides. Celle-ci a consisté à recourir au dispositif de l'article 706-103 du code de procédure pénale en l'adaptant, ce texte ayant manifestement été conçu pour des biens situés sur le territoire national (son dernier alinéa donne compétence au juge des libertés sur « l'ensemble du territoire national ») sur la base du schéma suivant : ordonnance de soit-communié du juge d'instruction au parquet, requête du parquet JIRS de Marseille au juge des libertés et de la détention (JLD), ordonnance du JLD « autorisant, à la diligence du ministère public, la prise, avec l'accord et par l'intermédiaire des autorités britanniques, de mesures conservatoires, sur les biens mobiliers et immobiliers » des deux mis en examen ; demande d'entraide pénale adressée par le parquet JIRS de Marseille aux autorités judiciaires britanniques (la SOCA), pour mise en œuvre de cette décision du JLD.

L'accord s'est fait en faveur de cette seconde solution, au terme d'un certain nombre d'arguments déterminants dans le cadre de la coopération judiciaire européenne et internationale : solution plus protectrice des droits des personnes poursuivies, par l'intervention d'un magistrat du siège autre que le juge d'instruction ; parallélisme des formes dans l'ordre interne et dans l'ordre international, la même solution devant prévaloir pour un cas de figure identique quel que soit le lieu de situation des biens concernés, sur le territoire national ou à l'étranger ; existence d'un principe paraissant pouvoir être dégagé à

cet égard de l'article 695-9-7 du code de procédure pénale selon lequel « Le procureur de la République, les juridictions d'instruction, le juge des libertés et de la détention et les juridictions de jugement compétents, en vertu des dispositions du présent code, pour ordonner une saisie de biens ou d'éléments de preuve, sont compétents pour prendre, dans les mêmes cas et conditions, des décisions de gel visant des biens ou des éléments de preuve situés sur le territoire d'un autre Etat membre de l'Union européenne et pour établir les certificats afférents à ces décisions. ». Cependant, en conscience du fait que le dispositif français de l'article 706-103 du code de procédure pénale (qui concerne la préhension de biens sans rapport avec les infractions poursuivies) est plutôt quelque peu exorbitant par rapport aux dispositifs de la plupart des autres Etats qui concernent avant tout les biens liés aux infractions poursuivies, il a été décidé de se référer aussi dans les différents actes de mise en œuvre précités aux dispositions de la convention du Conseil de l'Europe relative au blanchiment, au dépistage, à la saisie et à la confiscation des produits du crime, faite à Strasbourg le 8 novembre 1990 notamment les articles 11 (obligation de l'Etat requis d'ordonner des mesures provisoires) et 13 3 (prévoyant la confiscation en valeur - soit la valeur correspondant au montant du produit de l'infraction - sur des biens eux-mêmes sans rapport avec l'infraction).

Cette solution, arrêtée de façon consensuelle dans le cadre de contacts informels et l'exécution des demandes de mesures conservatoires par les autorités britanniques (*Home office, Crown prosecution organised crime division*) dans le cadre de relations directes (notamment par mail et téléphone) avec le parquet de Marseille, a pu être obtenue en à peine plus de deux mois (entre l'envoi de la demande d'entraide traduite et le retour des pièces d'exécution soit une décision de « *restraint order prohibiting disposal of assets* » afférente à deux biens immobiliers prise par une *Crown Court* britannique).

Au-delà d'une telle illustration ponctuelle concrète, la juridiction interrégionale spécialisée de Marseille a pu nous confirmer le lien très étroit entre la spécialisation et le développement que ce que les magistrats présents dans cette structure nomment eux-mêmes « le développement du réflexe international ». Si la détection d'un phénomène criminel en France se rattache à une organisation criminelle dans un pays étranger, les autorités de cet Etat doivent en être informées pour être à même de se positionner, et selon leurs indications, « il n'y a pas de demande d'entraide adressée à une autorité étrangère lorsque cela est possible sans contact préalable avec cette autorité ou avec le magistrat de liaison compétent dans le but d'être renseigné sur les spécificités du système judiciaire étranger, notamment les exigences spécifiques de motivation pour certains actes jugés particulièrement attentatoires aux libertés ».

43. - Conclusion 1. Des facteurs en synergie. Comme cela a déjà été constaté à plusieurs reprises, les facteurs de la culture judiciaire de la coopération sont naturellement en synergie.

Les structures spécialisées procèdent à un recours systématique aux magistrats de liaison et aux procureurs d'Eurojust. Les magistrats de liaison sont présentés par la juridiction interrégionale spécialisée de Marseille « comme l'échelon de base de facilitation de l'entraide », et cela « même si pour les procédures les plus complexes impliquant plusieurs Etats membres, le recours à Eurojust peut se révéler plus efficace ». Pour reprendre les termes des magistrats de cette juridiction interrégionale, le rôle des magistrats de liaison est

« d'assurer la pédagogie des autorités judiciaires étrangères compétentes en matière de criminalité organisée et de grande délinquance financière pour leur faire comprendre qu'en France les juridictions interrégionales spécialisées sont leurs interlocuteurs naturels. Il convient de noter les déplacements réguliers des principaux magistrats de liaison à la juridiction interrégionale de Marseille aussi bien des magistrats français à l'étranger, notamment ceux installés en Italie, aux Pays-Bas et en Espagne que des magistrats de liaison étrangers exerçant en France pour des réunions de travail. La juridiction interrégionale spécialisée de Marseille a défini une pratique d'activation des magistrats de liaison à partir des contacts fréquents avec les autorités italiennes (parquet antimafia) et avec les autorités espagnoles. Dès qu'une affaire démarre et qu'elle a une dimension dans un pays étranger, s'il y a un magistrat de liaison, il a vocation à être informé des faits, soit par envoi par mail de la fiche de suivi de la procédure soit le cas échéant par la transmission officielle en procédure ».

44. - Conclusions 2. Le rapport étroit entre culture de la compréhension mutuelle entre systèmes et culture judiciaire commune. Le sentiment de l'existence de standards partagés facilite la coopération. Le sentiment d'appartenance à une culture judiciaire commune fondée sur des standards communs éloigne certaines réticences intellectuelles, morales ou psychologiques qui pourraient freiner la coopération judiciaire et le fait pour les magistrats de s'engager dans la reconnaissance mutuelle de leurs systèmes différents, dès lors qu'ils participent des mêmes principes. Dans sa réponse au questionnaire du bureau du Conseil Consultatif des Procureurs Européens¹⁵¹, le rapport français écrit par Olivier de Baynast mentionne le fait que « l'absence de culture judiciaire commune voire de confiance entre les autorités judiciaires continue à hypothéquer la coopération judiciaire entre pays européens » en précisant cependant que cela était vrai « à moindre degré entre pays membres de l'Union européenne ». Au colloque d'Aix des 16 et 17 janvier 2009, Olivier de Baynast a par ailleurs insisté sur l'importance d'une politique active au sein même de l'Union européenne en faveur du développement des mesures destinées à assurer l'effectivité des principes de la culture judiciaire commune et mis en garde contre une politique de l'espace judiciaire européen qui mettrait trop en avant les principes d'efficacité et de sécurité avant les principes de liberté¹⁵². Les doutes qui peuvent exister sur le partage, dans certains cas, de ces standards peuvent être soit explicitement soit implicitement une raison pour certains des acteurs de ne pas développer la coopération et de ne pas donner suite à une attitude générale de réceptivité et de coopération.

En même temps, nous l'avons déjà noté¹⁵³, le développement dans la coopération de la connaissance mutuelle, de la reconnaissance et de la compréhension mutuelle ne peut que permettre un phénomène d'acculturation et au-delà même de l'adoption, dans la coopération, des règles de l'Etat requérant, de façon plus ou moins limitée, c'est à une

¹⁵¹ Conseil de l'Europe. Questionnaire sur l'amélioration de la coopération internationale dans le domaine pénal, Strasbourg, le 21 décembre 2006 ccpe-bu/doc2006/06

¹⁵² « L'émergence d'une culture judiciaire européenne ? », colloque Aix-en-Provence, des 16 et 17 janvier 2009, à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM, en janvier 2010.

¹⁵³ Voir supra, n° 21.

diffusion plus large de pratiques et de modèles communs que conduit la culture de la connaissance et de la compréhension mutuelle, contribuant pour sa part à l'émergence d'une culture judiciaire commune. Dans un tel espace où circulent décisions, jugements ou titres exécutoires, il est logique pour chacun des systèmes judiciaires de « regarder » les autres. Regarder pour comparer, pour s'inspirer, pour s'évaluer et évaluer les autres à la hauteur de standards de « qualité » de la justice. Dans ce processus, il n'y a pas d'ailleurs toujours que les magistrats impliqués dans la coopération transfrontière qui participent de cette acculturation, mais aussi les autres professions judiciaires comme le public et les citoyens.

La prise en considération des exigences d'un système étranger peut confiner à l'exigence de respecter les standards les plus élevés de justice. Dans certains cas, la prise en considération des exigences des autres Etats peut être sur certains des points eux-mêmes mis en évidence par certains des instruments de la coopération judiciaire mise en exergue par les instructions des autorités judiciaires centrales.

C'est ce que l'on peut observer en France pour l'application des dispositions de l'article 23 du règlement Bruxelles II bis qui énonce les motifs de non reconnaissance. Selon l'article 23 du règlement, « une décision en matière de responsabilité parentale n'est pas reconnue » notamment « si la reconnaissance est manifestement contraire à l'ordre public de l'Etat membre requis eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant et si, sauf en cas d'urgence, elle a été rendue sans que l'enfant, en violation des règles fondamentales de procédure de l'Etat membre requis, ait eu la possibilité d'être entendu ». L'article s'inspire des dispositions de la convention de Bruxelles ; mais le texte même du règlement explicite le contenu de l'exception d'ordre public qui était laissé à la discrétion des Etats membres et précise le contenu de l'ordre public international. Les précisions portent tant sur le fond (intérêts supérieurs de l'enfant) que sur l'ordre public procédural (droit procéduraux de l'enfant, c'est-à-dire au droit d'être entendu dans une procédure le concernant). Ces précisions ont été réclamées par l'Allemagne pour des raisons d'ordre constitutionnel. Mais ce qui importe ici ce sont les conséquences concrètes et pratiques qui ont été tirées par certains Etats membres qui n'avaient pas jusque-là marqué une intention particulière d'aller très avant dans le droit à l'audition de l'enfant, comme la France. Une circulaire de la direction des affaires civiles du 16 mars 2007, qui répond à un souci d'effectivité des décisions françaises, invite à bouleverser ici la pratique procédurale nationale, malgré le principe d'autonomie procédurale. D'une part, elle indique qu'« à peine de s'exposer à un refus de reconnaissance dans l'espace judiciaire européen, l'ensemble des décisions françaises relatives à la responsabilité parentale doit comporter une motivation spécifique sur la question de l'audition de l'enfant, qu'il ait été ou non procédé à l'audition de l'enfant au cours de la procédure. Dans la mesure où le caractère transfrontalier de la procédure peut ne se révéler qu'après son prononcé, cette obligation de motivation concerne toutes les décisions relatives à l'autorité parentale et aux modalités de son exercice ». La même logique se retrouve pour les droits purement procéduraux, c'est-à-dire à l'audition directe de l'enfant par le juge. « Le règlement ne modifie pas les procédures nationales applicables en matière d'audition de l'enfant. Dans ses conditions, la circonstance selon laquelle la juridiction française n'a pas procédé elle-même au recueil de la parole de l'enfant ne doit pas constituer un obstacle à la reconnaissance. La nouvelle rédaction de l'article 388-1 laisse subsister pour le juge la faculté de ne pas entendre de l'enfant et de faire recueillir sa parole

par un tiers. Toutefois, ce recours à l'audition indirecte doit désormais être justifié par l'intérêt de l'enfant », de telle sorte que le principe est l'audition directe¹⁵⁴.

Une autre illustration vient illustrer le phénomène d'acculturation. Peu de juges ou de procureurs français ignorent aujourd'hui, que le placement en garde à vue d'un témoin contre lequel n'existe aucune charge ou dont on sent bien qu'il est peu probable qu'il fasse l'objet de poursuites n'est pas possible à l'étranger. Ou alors il faut lui notifier des charges lui indiquant clairement qu'il est susceptible d'être poursuivi ou même qu'il est dans la phase préliminaire des poursuites. Cette idée qu'on ne retient pas une personne contre son gré, sans avocat, sans commencement de soupçons ou de charges fait son chemin au plan national et c'est si vrai que dans de très nombreux exemples la nécessité de tel ou tel placement en garde à vue est contestée dans la presse ou par l'opinion. Cette évolution résulte sans nul doute de la confrontation avec d'autres cultures judiciaires et contribue à l'émergence de données communes dans ce domaine.

Le mandat d'arrêt européen par les contacts fréquents qu'occasionnent les très nombreuses remises aux partenaires devient un outil imposant à chaque cour d'appel une communication directe avec l'autorité judiciaire des autres Etats Membres à un degré et un rythme inconnu jusqu'alors. Cela constitue un élément d'acculturation commune.

¹⁵⁴ V. Décret n° 2009-572 du 20 mai 2009 relatif à l'audition de l'enfant en justice, *JORF* n° 0119 du 24 mai 2009, p. 8649.

Chapitre 2. – La politique de la culture judiciaire commune

45. - Le développement de l'espace judiciaire européen n'aurait pas pu avoir lieu sans le partage de standards communs, les standards du procès équitable devant un juge impartial et les standards d'accès à la justice, et sans que ces standards n'aient été développés et précisés par la Cour européenne des droits de l'homme.

De la même façon que la reconnaissance par la Cour de justice des Communautés européennes à partir des arrêts *Stauder* (CJCE, 12 novembre 1969, aff. 29-69) et *Internationale Handelsgesellschaft* (CJCE, 11 décembre 1970, aff. 11-70) qu'elle était chargée du rôle de gardien et de garant, dans le cadre de ses compétences, des droits fondamentaux dans les Communautés européennes a permis l'acceptation par les cours constitutionnelles nationales de l'intégration normative du droit communautaire dans les Etats membres, la reconnaissance par le droit de l'Union des droits du procès équitable a été aussi un des éléments permettant le développement des méthodes de reconnaissance mutuelle comme base de la construction juridique de l'espace judiciaire européen et comme un ingrédient de la confiance mutuelle et plus précisément en dehors même des règles communes sur les compétences et les règles de reconnaissance des jugements et des décisions, un ingrédient de la compréhension et de la bienveillance mutuelle.

45 bis. - Les programmes du Conseil européen et de la Commission en faveur d'actions concernant l'émergence d'une culture judiciaire commune et le sentiment d'appartenance à une culture commune. Aussi, les programmes du Conseil européen et de la Commission prévoient-ils une action forte en direction des professionnels pour une meilleure connaissance des normes européennes, une évaluation des systèmes judiciaires en référence aux normes du procès équitable établies par la Cour européenne des droits de l'homme et le développement de règles procédurales minimales. Dans le programme de La Haye¹⁵⁵, le Conseil européen indique que « la coopération judiciaire dans les matières tant pénales que civiles pourrait être encore développée en renforçant la confiance mutuelle et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des Etats membres et sur l'unité par le droit européen ». Il est précisé que dans une Union européenne élargie, « la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevés » et que « afin de faciliter la pleine mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle, il faut mettre en place un système d'évaluation objective et impartiale de la mise en œuvre des politiques de l'UE dans le domaine de la justice et, dans le même temps, respecte pleinement l'indépendance du pouvoir judiciaire et soit compatible avec tous les mécanismes européens existants. Dans sa communication du 2 juin 2004¹⁵⁶ sur l'Espace de Liberté de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations, la Commission est bien consciente que « la reconnaissance mutuelle exige une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle » et « une action forte en direction des professionnels pour assurer l'effectivité de la politique judiciaire européenne continuera à être nécessaire ».

¹⁵⁵ JO C 53 du 3 mars 2005, p. 1

¹⁵⁶ COM(2004)401 final.

Dans le point de cette communication concernant l'espace judiciaire en matière civile et commerciale, la Commission souligne que dans le domaine très important de l'exécution proprement dite des décisions judiciaires, « seules des procédures d'exécutions rapides et effectives peuvent permettre aux citoyens et aux entreprises l'exercice réel de leurs droits » et que « l'approfondissement de la reconnaissance mutuelle nécessite d'accroître la confiance réciproque entre les Etats membres y compris par l'adoption de certains standards minimaux de procédure ». Dans le point de la communication relatif à la promotion d'une politique pénale cohérente, la Commission rappelle *l'importance de « renforcer la confiance mutuelle en assurant à tous les citoyens européens une justice de qualité fondée sur des valeurs communes* : afin d'assurer la confiance mutuelle entre les autorités judiciaires nationales, une série de mesures devraient notamment porter sur : la définition des garanties fondamentales, les conditions d'admissibilité des preuves et des mesures visant à renforcer la protection des victimes. L'amélioration de la formation des professionnels de la justice et un travail sur l'évaluation des systèmes judiciaires contribueront à renforcer la confiance mutuelle ». Dans la communication *sur le programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années ; un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice*¹⁵⁷ la Commission souligne à nouveau qu'« un espace européen de justice ne constitue pas seulement un espace dans lequel les décisions judiciaires obtenues dans un Etat membre sont reconnues et exécutées dans d'autres Etats membres, mais plutôt un espace dans lequel un accès effectif à la justice est garanti en vue de l'obtention et de l'exécution des décisions judiciaires ». Elle en déduit que « pour ce faire, l'Union ne doit pas seulement envisager des dispositions relatives à la compétence, à la reconnaissance et au conflit de lois, mais également des mesures permettant d'instaurer une confiance mutuelle entre les Etats membres, en créant des normes procédurales minimales et en garantissant un niveau élevé de qualité des systèmes judiciaires, notamment concernant l'équité et le respect des droits de la défense. La confiance mutuelle peut être renforcée grâce à l'émergence progressive d'une culture judiciaire européenne », prônée par le programme de La Haye, sur la base de la formation et de la constitution de réseaux ». La Communication sur le programme de La Haye de 2005 précise que « pour ce qui est de la justice pénale, le rapprochement de la législation et la création de normes minimales concernant plusieurs aspects du droit procédural (se rapportant par exemple au principe *non bis in idem*, à l'utilisation des éléments de preuve ou aux jugements par défaut) joueront un rôle important pour renforcer la confiance mutuelle et parvenir à la reconnaissance mutuelle ».

45 ter. - Plan du chapitre. Les bases de la politique en faveur du renforcement de la culture judiciaire commune se trouvent dans les standards du procès équitable devant un juge impartial et dans les standards d'accès à la justice tels qu'ils ont été développés par la Cour européenne des droits de l'homme. Même si ce rapport n'a pas pour objet de restituer la jurisprudence de la Cour européenne sur le procès équitable¹⁵⁸, le rappel des éléments les plus saillants de la modélisation du procès équitable par la Cour européenne des droits de

¹⁵⁷ COM(2005) 184 final.

¹⁵⁸ Voir en complément dans les annexes le rapport particulier établi par Laurent BENOITON (annexe n° 3), la liste des arrêts pertinents de la Cour européenne sur l'article 6 de la Convention et le procès équitable et les substantiels extraits des arrêts la Cour européenne sur les standards du procès équitable.

l'homme (*Section 1*) offre une base nécessaire à la compréhension de la politique en faveur du développement d'une culture judiciaire commune (*Section 2*) et permet, enfin, de mesurer ce qu'est une culture judiciaire commune, une culture qui respecte en principe les cultures et les traditions judiciaires nationales et offrant la possibilité de se demander en quoi elle est encore présente dans le développement de principes procéduraux propres à une coopération transfrontière (*Section 3*).

Section 1. – Les bases de l’action de l’Union européenne en faveur d’une politique de la culture judiciaire européenne commune : la modélisation du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour au service d’une culture judiciaire commune

46. - La Cour européenne des droits de l’homme n’a jamais fait référence elle-même à l’existence de l’émergence d’une culture judiciaire commune ou d’une culture judiciaire européenne commune. On ne trouve pas trace des termes de « culture judiciaire commune » ou de « culture judiciaire européenne » dans ses arrêts¹⁵⁹. Il en est de même pour la notion de « culture juridique » commune ou européenne¹⁶⁰.

Pour autant, si la culture judiciaire commune peut se définir comme un « socle de principes et de pratiques sur lequel se constitue progressivement un Europe de la justice » (texte de l’appel à projet de la mission Droit et Justice) ou si encore en se plaçant du point de vue des citoyens on peut faire état du sentiment d’appartenir à un espace où la justice est plus équitable, c’est bien la modélisation du procès équitable par la Cour européenne des droits de l’homme, œuvre reprise par les juridictions nationales et par la Cour de justice des Communautés européennes qui constitue sans nul doute un des éléments parmi les plus importants de cette culture judiciaire commune. On le mesurera sur des points de son action qui peuvent être considérés comme les plus caractéristiques des éléments structurants des traditions judiciaires nationales.

47. - *Les avancées d’une culture judiciaire commune sur les bases de l’article 6-1 de la CEDH.* La Cour n’intervient pas ouvertement dans les cultures judiciaires nationales. Cependant, à travers l’examen de certaines des manifestations importantes des cultures judiciaires nationales, sur des points que la Cour juge essentiels au procès équitable, elle établit des standards d’une culture commune. On citera ici de façon cursive¹⁶¹, quelques-unes des avancées les plus significatives de la constitution des standards d’une culture judiciaire partagée.

Si la Cour retient une appréciation souple de la motivation, elle a parfois tendance à se comporter en « quatrième degré de juridiction »¹⁶², ce qui a fait l’objet de critiques de la part de juges dissidents et de la doctrine, dans la mesure où elle va au-delà de son office. En témoignent les opinions dissidentes des juges L.-E. PE’TTTTI et R. BERNHARD’I, jointes respectivement aux arrêts *Higgins et autres contre France* et *Ruiz-Torija contre Espagne*.

¹⁵⁹ Ledit constat a été rendu possible grâce notamment au moteur de recherche Hudoc, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l’homme : www.echr.coe.int.

¹⁶⁰ Si dans l’arrêt *Indra contre Slovaquie* (Cour EDH, 1^{er} février 2005, § 44, disponible en langue anglaise uniquement), on découvre l’expression « culture juridique européenne » (European legal culture), c’est le Gouvernement lui-même, et non la Cour, qui l’évoque, pour affirmer, dans un litige où le requérant alléguait la violation du droit à être entendu par un tribunal impartial dans le cadre d’une action en contestation de son licenciement, qu’une absence non autorisée du travail constituait un motif de licenciement « bien établi et reconnu dans la culture juridique européenne ».

¹⁶¹ Voir les analyses plus complètes dans le rapport de Laurent BENOITON, « Culture judiciaire commune et principes communs du procès », en Annexe de ce rapport.

¹⁶² F. SUDRE, obs. sous Cour EDH, *Dulaurans c. France*, JCP G 2001, I 291, p. 191.

L'arrêt *Dulaurans contre France* du 21 mars 2000¹⁶³ a suscité un émoi dans la communauté des juristes. Elle concerne la non-admission de moyens nouveaux devant la Cour de cassation. Inscrite à l'article 619 du NCPC¹⁶⁴, cette règle est d'origine jurisprudentielle¹⁶⁵. Dans l'arrêt *Dulaurans*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la Cour de cassation avait commis une « *erreur manifeste d'appréciation* » et s'était fondée sur une « *constatation manifestement inexacte* » en considérant le moyen de la requérante comme nouveau¹⁶⁶. Ici, la Cour européenne des droits de l'homme contrôle la procédure devant la Cour de cassation et le fond du droit. Cette condamnation aurait pu, du reste, être plus ancienne, l'affaire *Marc Fouquet* n'ayant donné lieu qu'à un règlement amiable entériné par la Cour dans un arrêt de 1996¹⁶⁷. La Cour a, à nouveau, appliqué cette règle pour déclarer cependant irrecevable une affaire dans laquelle elle a considéré qu'il « *était inévitable* (en l'espèce) *que le moyen de cassation en question soit considéré comme nouveau par la Cour de cassation* »¹⁶⁸. Les auteurs s'accordent à dire qu'il y a un contrôle plus poussé aujourd'hui de la Cour sur l'obligation de motivation des décisions de justice¹⁶⁹. Le président de la Cour, Jean-Paul COSTA, s'est récemment prononcé pour le renforcement du contrôle de la motivation de certaines décisions juridictionnelles nationales dans son opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Léger contre France* du 11 avril 2006¹⁷⁰, à propos des décisions des juridictions statuant en matière de libération conditionnelle. Selon lui, « *notre Cour a le droit et le devoir d'exercer un contrôle sur les décisions de telles juridictions (...) parce que la motivation (des juges nationaux) pourrait facilement être stéréotypée ou dénuée de pertinence et qu'il faut donc la contrôler* ».

On ne peut pas non plus ne pas rappeler l'importante jurisprudence sur l'interdiction de la présence au délibéré des formations de jugement du ministère public, compris lato sensu et incluant le commissaire du gouvernement près les juridictions administratives en France. La présence du Ministère public¹⁷¹ au délibéré est radicalement exclue, qu'elle soit active ou

¹⁶³ Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, JCP G 2001, I 291, obs. F. SUDRE ; D. 2000, p. 883, note T. CLAY.

¹⁶⁴ L'article dispose comme suit : « *Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation. Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire : 1° Les moyens de pur droit ; 2° Les moyens nés de la décision attaquée* ».

¹⁶⁵ Cass. Req., 22 novembre 1942, JCP 1943, II 2444.

¹⁶⁶ Arrêt *Dulaurans* préc., § 38.

¹⁶⁷ Cour EDH, 31 janvier 1996, *Fouquet c. France* (règlement amiable) ; Comm. EDH, Rapport du 12 octobre 1994, *Marc Fouquet c. France*, req. n° 20398/92 (violation de l'article 6 § 1 CEDH).

¹⁶⁸ Cour EDH, déc. 29 août 2000, *Jahnke et Lenoble c. France*, JCP G 2000, II 10434, p. 2242, note A. PERDRIAU.

¹⁶⁹ J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », D. 2001, pp. 932-934 ; P. TITIUN, « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur la motivation des décisions internes », in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, *Mélanges Rolv Ryssdal*, Carl Heymans Verlag KG, 2000, pp. 1403-1408.

¹⁷⁰ Cour EDH, 11 avril 2006, *Léger c. France*, RSC 2007, p. 134, obs. F. MASSIAS.

¹⁷¹ On vise ici le « Ministère public » lato sensu, la définition englobant le commissaire du gouvernement près les juridictions administratives françaises. Mentionnons ici l'ouvrage tiré d'un colloque retenant

passive, que le Ministère public ait voix consultative ou qu'il n'intervienne pas au cours du délibéré. Fixée depuis l'arrêt *Borgers contre Belgique* du 30 octobre 1991¹⁷², cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est de loin la plus critiquée, les juges dissidents et la doctrine s'insurgeant contre la part trop belle qui y est laissée aux apparences.

On pourrait multiplier les exemples de jurisprudences par lesquelles la Cour « façonne » le droit du procès. Les exemples retenus démontrent l'émergence d'une culture judiciaire commune née d'une interprétation dynamique des principes du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme, puis purement et simplement reprise par les juridictions nationales. Ils traduisent l'édification d'un mode de résolution judiciaire des litiges commun à tous les Etats, mettant en défaut les pratiques et méthodes des juges nationaux. Les autres garanties sont également concernées par ce mouvement. L'ultime exemple de l'incursion de la garantie de publicité des débats dans des contentieux qui jusqu'alors étaient gouvernés par l'écrit est patent. Très critiques à cet égard, certains auteurs administrativistes ont eu l'occasion de préciser que le caractère écrit de la procédure juridictionnelle administrative faisait pourtant partie « *de la nature profonde du juge administratif et (de) sa culture* »¹⁷³, contraint de modifier ses pratiques traditionnelles, aujourd'hui renouvelées sous couvert d'équité.

L'intégration de la théorie des apparences dans le droit procédural français constitue un bel exemple de greffe juridique¹⁷⁴ d'un élément caractéristique de la culture judiciaire de *common law* dans un droit de culture romano-germanique. Les nouvelles règles excluant le Ministère public du délibéré des formations de jugement judiciaires et administratives, ainsi que les récents arrêts du Conseil d'Etat et le décret du 6 mars 2008 sur le cumul des fonctions consultatives et contentieuses¹⁷⁵, le démontrent.

48. - Les conséquences normatives des décisions de la Cour européenne des droits de l'homme dans les Etats. On doit, ce qui ne fait pas le plus souvent l'objet d'une observation systématique, être attentif, au-delà des cas qui ont été jugés, aux nombreuses conséquences que la jurisprudence de la Cour a pu avoir, dans les législations des Etats parties.

cette acception : I. PINGEL-LENUZZA et F. SUDRE, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2003.

¹⁷² Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, série A, n° 214-A ; *GACEDH*, *op. cit.*, 2005, n° 28, p. 280 ; *JDI* 1992, p. 797, note E. DECAUX ; *RUDH* 1992, p. 6, obs. F. SUDRE.

¹⁷³ B. BLANCHET et P. NERENHAUSEN, « Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique ? », *AJDA* 2007, p. 1912.

¹⁷⁴ Sur cette expression, voir A.-J. ARNAUD, « Greffe juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 273.

¹⁷⁵ CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Metal et autres*, *Rec.* p. 83, ccl. A. SEBAN ; CE, Sect., 6 octobre 2000, *Soc. Habib Bank Limited*, *Rec.* p. 433 ; *JCP G* 2001, II 10459, concl. F. LAMY ; CE, Ass., 4 juillet 2003, *Dubreuil*, *RFDA* 2003, p. 713, concl. M. GUYOMAR ; Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, *JORF* 7 mars 2008, p. 4244.

Des changements normatifs ont eu lieu pour remédier aux constats de violation de l'exigence de motivation. Un premier exemple concerne la Grèce, qui a inscrit l'exigence de motivation des décisions de justice dans sa Constitution à la suite d'arrêts de condamnation répétés rendus par la Cour européenne des droits de l'homme¹⁷⁶. L'article 93 alinéa 3 de la Constitution issu de la révision d'avril 2001 prévoit en effet que « *les décisions judiciaires s'appuient sur un raisonnement détaillé* ». Par ailleurs, une nouvelle loi de 2001 a modifié les articles litigieux dans toutes ces affaires¹⁷⁷ et plusieurs exemples de jurisprudence font état du nouvel état d'esprit des juridictions nationales grecques¹⁷⁸. Un second exemple concerne la Belgique, où une loi du 19 novembre 1992 a exigé la motivation des décisions du Conseil de l'ordre des avocats de refus de réinscription au barreau ou d'inscription sur la liste des avocats stagiaires suite aux arrêts *H. et De Moor contre Belgique*¹⁷⁹.

Les divers constats de violation en ce qui concerne le cumul des fonctions judiciaires ont conduit les Etats, par l'intermédiaire de leurs autorités législatives, réglementaires et/ou juridictionnelles, à modifier leur droit dans les hypothèses de cumul jugé prohibé par la Cour européenne des droits de l'homme :

- dans l'affaire *De Cubber contre Belgique* précitée, était en cause le cumul de fonctions de l'un des assesseurs d'une juridiction pénale qui avait instruit l'affaire auparavant. La Cour de cassation belge a rapidement exécuté l'arrêt européen par un arrêt du 23 janvier 1985, *Lomry et Marchal*, dans lequel elle s'aligne sur la jurisprudence européenne¹⁸⁰. Les arrêts *Piersack* et *De Cubber* contre Belgique ont eu des incidences sur la jurisprudence des

¹⁷⁶ Voir par exemple : Cour EDH, 17 octobre 2000, *Karakasis c. Grèce* ; 15 janvier 2004, *Sakkopoulos c. Grèce* ; 7 avril 2005, *Alija c. Grèce*.

¹⁷⁷ La loi n° 2915 du 29 mai 2001, qui porte modification des articles 535 et 536 du CPP grec, exige que les juridictions répressives motivent leurs décisions après avoir entendu les personnes concernées dans le cadre d'une procédure en indemnisation d'une détention provisoire. Voir ici la Résolution DH(2003)6 du Comité des ministres du 24 février 2003 rendue dans l'affaire *Karakasis c. Grèce*, *Annuaire de droit européen* 2003, vol. I, p. 343, chron. L. SERMET (dir.).

¹⁷⁸ Arrêts de la Cour de cassation de Grèce n° 7/2005 (chambre plénière) et n° 629/2005, cités dans l'Annexe de la résolution DH(2007)104 du Comité des ministres du 20 juin 2007, relative à l'arrêt *Papageorgiou c. Grèce et douze autres arrêts c. Grèce*, à propos plus précisément de l'arrêt *Nastos contre Grèce* du 30 mars 2006.

¹⁷⁹ Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, *JTDE* 1988, p. 422, obs. P. LAMBERT ; Cour EDH, 23 juin 1994, *De Moor c. Belgique*, série A, n° 292-A ; *AJDA* 1995, p. 139, chron. J.-F. FLAUSS ; *JTDE* 1994, p. 713, obs. P. LAMBERT.

¹⁸⁰ Cour de cassation de Belgique, 23 janvier 1985, *Lomry et Marchal*, *Pasicrisie belge* 1985, I, p. 595 ; in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, O. de SCHUTTER et S. van DROOGHENBROECK, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 53, obs. S. van DROOGHENBROECK.

juridictions d'autres Etats membres telles que la Cour suprême de Chypre¹⁸¹ et le Tribunal constitutionnel espagnol¹⁸².

- à la suite de l'affaire *Huber contre Suisse* précitée, le Code de procédure pénale zurichois a été modifié, le 1^{er} septembre 1991. Le nouvel article 61 du code précise que le fonctionnaire chargé de l'enquête soumet sa demande tendant à ordonner la détention provisoire à un juge pénal en la justifiant et en joignant les pièces nécessaires pour prendre la décision. Le Procureur de district n'a donc plus le pouvoir de prononcer le placement en détention provisoire. De même, à la suite de l'affaire *D.N. contre Suisse*¹⁸³, dans laquelle la Cour avait remis en cause l'impartialité de la Commission de recours administratifs du canton de Saint-Gall statuant sur une demande de libération d'un établissement psychiatrique, la pratique a changé au sein de ladite Commission : désormais, le juge spécialisé auditionne la personne concernée, remet son expertise et participe à l'audience, mais ne participe plus aux délibérés et à la prise de décision.

- postérieurement à l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo contre Espagne* du 6 décembre 1988, qui avait sanctionné l'absence d'impartialité des juges au cours d'une procédure pénale, une loi organique du 28 décembre 1988 (loi n° 7/1988) portant modification du Code de procédure pénale espagnol a nettement séparé les fonctions judiciaires d'instruction et de jugement¹⁸⁴.

- l'arrêt *Alimena contre Italie* du 19 février 1991 avait remis en cause l'équité de la procédure pénale italienne du fait du cumul de fonctions judiciaires. Le nouveau Code de procédure pénale entré en vigueur le 24 octobre 1989 a supprimé le juge d'instruction et confié les pouvoirs d'enquête au Ministère public¹⁸⁵. Par ailleurs, le contrôle de la légalité des enquêtes préliminaires a été confié à un magistrat du siège.

- l'arrêt *Hauschildt contre Danemark* du 24 mai 1989 a, quant à lui, été exécuté de manière rapide par l'Etat danois¹⁸⁶ : les articles 60 à 62 de la loi sur l'administration de la justice modifiée le 13 juin 1990 prévoient une séparation des fonctions d'instruction et de jugement, à l'exception des procédures simplifiées spéciales (en cas d'aveu du prévenu par exemple).

¹⁸¹ Cour suprême de Chypre, 20 novembre 1985, *Pastellopoulos contre République, Cyprus Law Reports* 1985-2, p. 165 (inconstitutionnalité des articles 103 et 104 du Code pénal et de justice militaire au regard de l'article 30 § 2 de la Constitution interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH).

¹⁸² Tribunal constitutionnel espagnol, 12 juillet 1988, n° 145, *Recueil officiel des arrêts et décisions XXI*, p. 573 (incompatibilité l'article 2 al. 2 de la loi organique n° 10 du 10 novembre 1980 sur les audiences de flagrant délit avec l'article 24 § 2 de la Constitution interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH, en ce qu'il prévoyait un exercice successif par le même magistrat, dans la même affaire, des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond).

¹⁸³ Cour EDH, 29 mars 2001, *D.N. c. Suisse*.

¹⁸⁴ Résolution DH(94)84 du Comité des ministres du 16 novembre 1994 relative à l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*.

¹⁸⁵ Résolution DH(92)29 du Comité des ministres du 15 juin 1992 relative à l'arrêt *Alimena c. Italie*.

¹⁸⁶ Résolution DH(91)9 du Comité des ministres du 13 février 1991 relative à l'arrêt *Hauschildt c. Danemark*.

- l'arrêt *Tierce et autres contre Saint-Marin* du 25 juillet 2000 concernait le cumul des fonctions du « *Commissario della legge* », cumul abrogé par la loi n° 83/1992¹⁸⁷. La règle du non-cumul a au demeurant été inscrite dans le nouveau Code de procédure pénale de Saint-Marin par les lois n° 144 et n° 145 du 30 octobre 2003.

- après que l'arrêt *Findlay contre Royaume-Uni* du 25 février 1997 ait mis en évidence le cumul prohibé des fonctions exercées par « l'officier convocateur » de la Cour martiale, une nouvelle loi sur les forces armées de 1996 a supprimé ce cumul et divisé les fonctions judiciaires en trois organes distincts¹⁸⁸.

- à la suite de l'arrêt *Pfeifer et Plankl contre Autriche* du 25 février 1992, ayant sanctionné le cumul de fonctions d'instruction et de jugement de deux juges d'un tribunal régional autrichien, le ministre fédéral de la Justice a adressé une circulaire datée du 20 juin 1992 aux Procureurs généraux et aux Présidents de cour d'appel quant aux exigences de la jurisprudence européenne¹⁸⁹.

L'aide juridictionnelle est prévue par la Convention en matière pénale. Le droit d'accès au tribunal ne doit pas être limité par un obstacle financier. Bon nombre d'arrêts ont sanctionné les Etats sur ce point¹⁹⁰. La Cour européenne des droits de l'homme a même précisé la nécessité pour les Etats de mettre en place une assistance judiciaire en matière civile lorsque les contentieux le justifient¹⁹¹.

Les Etats ont donc mis en place dans leur système juridique un mécanisme poussé d'assistance judiciaire, touchant la plupart du temps les deux matières civile et pénale.

En France, la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique s'applique en matière pénale, civile et administrative ; En Irlande, a été ajouté aux côtés du régime d'assistance en matière pénale déjà existant, un régime d'assistance judiciaire et de consultation en matière civile, en vigueur depuis 1980 ; En Belgique, après l'affaire *Aerts*, le bureau d'assistance judiciaire a amendé sa pratique dès septembre 1998 et le système a été réformé par une loi de novembre 1998. Ce nouveau système a été jugé efficace par la Cour¹⁹² ; Au Royaume-Uni, suite aux arrêts *Granger* et *Boner*¹⁹³, le système écossais a été modifié deux fois par la loi de

¹⁸⁷ Résolution DH(2004)3 du Comité des ministres du 24 février 2004 relative à l'arrêt *Tierce et autres c. Saint-Marin*.

¹⁸⁸ Résolution DH(98)11 du Comité des ministres du 18 février 1998 relative à l'arrêt *Findlay c. Royaume-Uni*.

¹⁸⁹ Résolution DH(92)64 du Comité des ministres du 15 décembre 1992 relative à l'arrêt *Pfeifer et Plankl c. Autriche*.

¹⁹⁰ Cour EDH, 28 mars 1990, *Granger contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang contre France* ; Cour EDH, 28 octobre 1994, *Boner contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 26 septembre 2000, *Biba contre Grèce*.

¹⁹¹ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32 ; *AFDI* 1980, p. 323, chron. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 187, chron. P. ROLLAND ; Cour EDH, 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*, *D.* 1998, Act. 38, obs. F. ROLIN.

¹⁹² Cour EDH, déc. 9 juillet 2002, *Debeffe c. Belgique*.

¹⁹³ Arrêts précités.

1986 sur l'aide judiciaire en Ecosse et la loi de 1995 sur la justice pénale. S'agissant de la Grande Bretagne elle-même, suite à l'arrêt *Benham contre Royaume-Uni* du 10 juin 1996, un nouveau règlement sur la portée de l'assistance et du conseil en matière juridique a été adopté en 1997 ; En Grèce, après les affaires *Twalib* et *Biba*¹⁹⁴, sanctionnant l'absence d'aide judiciaire devant la Cour de cassation grecque statuant en matière pénale, une loi du 3 juin 1999 a modifié le Code de procédure pénale grec et a prévu l'obligation pour le tribunal d'octroyer d'office une assistance judiciaire gratuite à l'accusé qui n'a pas les moyens d'engager un avocat.

La jurisprudence sur la présence du ministère public au délibéré des formations de jugement a entraîné un changement de pratique juridictionnelle au sein des juridictions nationales et a modifié le rôle du Ministère public dans les procédures juridictionnelles¹⁹⁵. En Belgique, la loi du 14 novembre 2000 a abrogé la règle de l'assistance du Ministère public au délibéré suite aux arrêts *Borgers* et *Van Orshoven*¹⁹⁶, que ce soit en matière civile ou en matière pénale. Au Portugal, le Procureur général n'assiste plus au délibéré des formations de la Cour suprême depuis le décret-loi du 25 septembre 1996, suite à l'arrêt de la Cour du 20 février 1996, *Lobo Machado contre Portugal*. En France, en matière civile et pénale, après les affaires *Slimane-Kaïd II contre France*¹⁹⁷ et autres, une nouvelle pratique juridictionnelle a été inaugurée suivant laquelle les avocats généraux ne participent plus au délibéré. Ces affaires viennent d'être clôturées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en mars 2008¹⁹⁸. En contentieux administratif, suite aux arrêts *Kress*, *Martimie* et autres, le Gouvernement a pris un décret, le 1^{er} août 2006, afin de tirer les conséquences de ces arrêts : le commissaire du Gouvernement n'est plus présent au délibéré des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Il demeure présent au délibéré devant le Conseil d'Etat, sauf si les parties demandent qu'il n'y assiste pas.

¹⁹⁴ Cour EDH, 9 juin 1998, *Twalib c. Grèce* ; Cour EDH, 26 septembre 2000, *Biba c. Grèce*.

¹⁹⁵ Voir notamment l'étude réalisée sur ces diverses réformes par J.-L. NADAL, « La Convention européenne et la Cour de cassation », *RIDC* 2008, pp. 337-345.

¹⁹⁶ Cour EDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c. Belgique*.

¹⁹⁷ Cour EDH, 27 novembre 2003, *Slimane-Kaïd II c. France*.

¹⁹⁸ Résolution DH(2008)13 du Comité des ministres du 27 mars 2008, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Slimane-Kaïd c. la France* et 5 autres affaires relatives au droit à un procès équitable devant la Cour de cassation.

Section 2. – Les actions en faveur de l'émergence d'une culture judiciaire européenne commune

48 bis. - Dans ce domaine, comme d'ailleurs dans d'autres domaines de l'espace judiciaire, l'action de l'Union européenne s'appuie sur les actions du Conseil de l'Europe. Elles ne peuvent être dissociées, le renvoi par les institutions de l'Union aux actions du Conseil de l'Europe et aux « instances » de travail et de propositions au sein du Conseil de l'Europe étant constant.

§1. - *Les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe*

49. - La culture judiciaire commune, en rapport avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme, trouve un développement important dans les recommandations du Conseil des ministres du Conseil de l'Europe. Il existe un véritable corps de règles contenu dans les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l'Europe. Les textes pertinents adressés aux Etats membres par le Comité des ministres intéressant la matière processuelle sont les suivants¹⁹⁹.

a) L'exécution des décisions de justice

- Recommandation (2003)17 du 9 septembre 2003 en matière d'exécution des décisions de justice ;
- Recommandation (2003)16 du 9 septembre 2003 sur l'exécution des décisions administratives et juridictionnelles dans le domaine du droit administratif ;
- Recommandation n° R(99)7 du 23 février 1999 sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants.

b) L'aide juridictionnelle

- Résolution (76)5 du 18 février 1976 concernant l'assistance judiciaire en matière civile, commerciale et administrative ;
- Résolution (78)8 du 2 mars 1978 sur l'assistance judiciaire et la consultation juridique ;
- Recommandation (81)7 du 14 mai 1981 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice ;
- Recommandation (93)1 du 8 janvier 1993 relative à l'accès effectif au droit et à la justice des personnes en situation de grande pauvreté.

c) Le droit à un recours effectif

- Recommandation (95)5 du 7 février 1995 sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement ;

¹⁹⁹ Il existe une étude des institutions du Conseil de l'Europe sur le suivi de ces instruments de *soft law*. Par ailleurs, l'utilité du droit recommandatoire et du droit résolutoire est réelle car la Cour européenne des droits de l'homme cite régulièrement ces textes dans sa jurisprudence.

- Recommandation (98)13 du 18 septembre 1998 sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ;
- Recommandation (2004)6 du 12 mai 2004 sur l'amélioration des recours internes.

d) Les autres domaines du procès équitable

- Recommandation (84)5 du 28 février 1984 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice ;
- Recommandation (87)18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale ;
- Recommandation (94)12 du 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges ;
- Recommandation (2000)19 du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.

§2. - Les avis du Conseil Consultatif de Juges Européens et du Conseil consultatif de Procureurs Européens

50. - Avis du CCJE. Le Comité des Ministres du Conseil de l'Europe a créé en 2000 le **Conseil Consultatif de Juges Européens** (CCJE). L'action du CCJE s'inscrit dans le cadre de la mise en œuvre du droit à un tribunal indépendant et impartial énoncé dans l'article 6 de la Convention européenne des Droits de l'Homme, dans le but de renforcer la prééminence du droit et la protection effective des droits de l'homme au sein des Etats démocratiques. C'est d'abord un organe consultatif placé auprès du Comité des ministres du Conseil de l'Europe dont la mission consiste à élaborer des avis consultatifs sur des questions permettant de développer dans le respect de la prééminence du droit, les principes d'indépendance, d'impartialité et de qualité de la justice.

Conformément à son mandat, il a rendu onze avis :

Avis N° 1 (2001) sur les normes relatives à l'indépendance et l'immovibilité des juges,

Avis N° 2 (2001) sur le financement et la gestion des tribunaux²⁰⁰,

Avis N° 3 (2002) sur l'éthique et la responsabilité des juges,

Avis N° 4 (2003) sur la formation des juges²⁰¹,

Avis N° 5 (2003) sur les règles et pratiques relatives aux nominations à la Cour européenne des Droits de l'Homme,

Avis N° 6 (2004) sur le procès équitable dans un délai raisonnable,

²⁰⁰ Avis n° 2 (2001) du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) à l'attention du Comité des Ministres du Conseil de l'Europe relatif au financement et à la gestion des tribunaux au regard de l'efficacité de la justice et au regard des dispositions de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme

²⁰¹ Voir sur cet avis, *supra*, n° 32.

Avis N° 7 (2005) sur « Justice et société »,

Avis N° 8 (2006) sur "Le rôle des juges dans la protection de l'Etat de droit et des droits de l'homme dans le contexte du terrorisme",

Avis N° 9 (2006) sur "Le rôle des juges nationaux dans l'application effective du droit international et européen",

Avis N° 10 (2007) sur "Le Conseil de la Justice au service de la société",

Avis N° 11 (2008) sur "La qualité des décisions de justice"²⁰².

Le prochain avis du CCJE (avis n° 12, 2009) portera sur les relations entre juges et le ministère public et il sera établi après concertation avec le Conseil Consultatif de Procureurs Européen.

Le CCJE peut également fournir une assistance pratique en vue d'aider les Etats membres à se conformer aux normes du Conseil de l'Europe concernant les juges.

51. - Avis du CCPE. Le **Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE)** du Conseil de l'Europe a été créé en 2005 par décision des délégués des Ministres afin d'institutionnaliser la Conférence annuelle des Procureurs généraux d'Europe (CPGE). Le Comité des Ministres, ainsi que son Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC), reconnaissent l'importance d'associer étroitement les Ministères Publics de ses Etats membres à ses travaux visant le développement de politiques et d'instruments juridiques communs relatifs à leur fonctionnement et à leurs activités professionnelles. A la différence d'Eurojust, le CCPE n'est pas une structure de coopération opérationnelle. Il est là pour conseiller le comité des Ministres et en premier lieu pour promouvoir la Recommandation (2000) 19 du Comité des ministres sur le rôle des Ministères publics dans le système de justice pénale²⁰³.

Le CCPE a notamment émis un avis sur la coopération en matière pénale dont nous nous sommes souvent inspirés, d'autant plus qu'il a été rendu après exploitation de réponses très précises et très complètes de la part des Etats à un « questionnaire sur l'amélioration de la

²⁰² Voir *infra*, n° 55.

²⁰³ Le CCPE, composé de procureurs de haut niveau de tous les Etats membres, s'est vu confier le mandat suivant pour 2006 :

- a. Elaborer un programme cadre d'action générale pour les travaux du CCPE, devant être approuvé par le Comité européen pour les problèmes criminels (CDPC) et le Comité des Ministres ;
- b. Rédiger des avis à l'attention du CDPC sur les difficultés liées à la mise en œuvre de la Recommandation Rec(2000)19 sur le rôle du Ministère Public dans le système de justice pénale ;
- c. Sur demande ponctuelle du Comité des Ministres, du CDPC ou de tout autre organe du Conseil de l'Europe, rédiger des avis sur des questions relatives au Ministère Public ;
- d. Promouvoir la mise en oeuvre de la Recommandation Rec(2000)19 notamment par l'organisation de conférences sur des thèmes d'intérêt commun pour la profession

coopération internationale dans le domaine pénal », élaboré à la réunion de Strasbourg le 12 décembre 2006²⁰⁴.

Le CCPE donne un contenu à la jurisprudence de la Cour EDH. Il travaille sur trois sujets, les relations entre le rôle des juges et des procureurs (il doit rendre un avis commun avec le Conseil consultatif des juges européens, destiné à faire partager aux procureurs et aux juges les valeurs communes aux magistrats²⁰⁵), la justice des mineurs et l'application des règles pénitentiaires européennes, un aspect important du contenu concret des droits et qui peut donner un contenu concret à la reconnaissance mutuelle. Avec le CCPE, le Conseil de l'Europe peut être considéré comme reprenant l'initiative et ouvrant une nouvelle période de son histoire pour devenir un acteur essentiel de l'espace judiciaire européen.

§3. – Les initiatives des institutions de l'Union européenne pour préciser et garantir des droits « concrets et effectifs »

52. - La ligne directrice du Conseil européen de Tampere. La Convention européenne des droits de l'homme reste la référence majeure des paramètres permettant aux institutions de l'Union européenne de construire la confiance mutuelle et sur cette base la politique de reconnaissance mutuelle des décisions finales notamment en matière pénale qui est la clef de la construction de l'espace de justice de l'Union. Dans sa conclusion n° 33 du sommet de Tampere, le Conseil européen estimait qu'il fallait faire en sorte que non seulement le traitement des suspects et les droits de la défense ne pâtissent pas de l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, mais encore que les sauvegardes procédurales soient renforcées. Pour le Conseil européen « la pierre angulaire de toute réflexion dans ce domaine reste la convention européenne des droits de l'homme de 1950 et, en particulier, ses articles 5, 6 et 7 », sans préjudice de la référence à d'autres conventions du Conseil de l'Europe sur la protection des droits de l'homme²⁰⁶. Mais, dans la conception que la Cour européenne des droits de l'homme se fait elle-même de ces droits procéduraux comme des droits concrets et effectifs, le Conseil envisageait que « certains aspects spécifiques du droit procédural pourraient néanmoins être détaillés davantage, par exemple les conditions dans lesquelles les conseils juridiques et l'interprétation sont prévus. Il en va de même pour certains procédures particulières comme les procédures simplifiées pour les cas de flagrant délit ou les procédures par défaut ».

²⁰⁴ Et auquel nous avons pu avoir un accès privilégié avec l'autorisation du Secrétaire général de la CEPEJ qui assure le secrétariat du CCPE, et l'accord du bureau du CCPE.

²⁰⁵ Organisée conjointement par le CCPE et le CCJE en coopération avec l'Ecole Nationale de la Magistrature (ENM), la Conférence européenne des juges et des procureurs aura lieu du 30 juin au 1er juillet 2009 à Bordeaux (France) sur le thème "L'exercice des missions des juges et des procureurs : complémentarité et/ou autonomie". Les résultats de cette Conférence viendront nourrir les travaux préparatoires concernant l'Avis 2009 à adopter par le CCPE et le CCJE sur le même thème.

²⁰⁶ Il est ainsi souvent fait état de la convention de 1970 du Conseil de l'Europe sur la valeur internationale des jugements répressifs par exemple dans la mesure où elle comporte des dispositions relatives aux jugements rendus par défaut.

53. - Des intentions aux actes. Une telle ligne directrice a été ensuite reprise dans les communications de la Commission, des propositions de la Commission ou des recommandations du Parlement européen, sans pour le moment avoir pu donner lieu à des résultats législatifs effectifs. Après le Livre vert de la Commission du 19 février 2003 sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans les procédures pénales dans l'Union européenne²⁰⁷, la Commission a déposé en avril 2004 une proposition de décision-cadre relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne. Celle-ci vise à assurer que les personnes mises en cause dans les procédures pénales bénéficient de droits minimaux définis et identifiés dans tous les Etats membres de l'Union, en matière d'accès à l'avocat et aux interprètes traducteurs, de droit à la communication, notamment avec les autorités consulaires, d'information sur les droits et de protection des personnes vulnérables. Et la Communication de la Commission du 19 mai 2005²⁰⁸ sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres indique qu'il ne s'agit là que d'une première étape. Trois domaines devront faire l'objet de travaux : la présomption d'innocence, le recueil de la preuve pénale, les décisions *in absentia*.

Les échecs de ces projets n'empêchent pas les institutions de l'Union de poursuivre cette ligne politique et d'envisager même d'étendre les textes de l'Union à d'autres garanties, comme en témoigne le très récent et intéressant rapport de la Commission des libertés civiles, de la justice et des affaires intérieures contenant une proposition de recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur la mise en place d'un espace de justice pénale dans l'Union européenne²⁰⁹. « Pour produire tous ses effets, le principe de reconnaissance mutuelle passe dans une large mesure par la création d'une culture judiciaire européenne commune fondée sur la confiance mutuelle, sur des principes communs, sur la coopération et sur un certain niveau d'harmonisation – par exemple dans la définition de certains crimes et en matière de sanctions – et par une véritable protection des droits fondamentaux, notamment en ce qui concerne les droits procéduraux, les normes minimales applicables aux conditions de la détention et à son réexamen, les droits des détenus et les mécanismes de recours accessibles aux particuliers ».

Nous renvoyons sur ces initiatives, ces projets et pour l'instant aux blocages dont ils sont victimes dans la négociation au sein du Conseil, aux développements qui y sont consacrés dans la section 2 du chapitre 3²¹⁰.

§4. – L'évaluation et la qualité de la justice au service de l'émergence d'une culture judiciaire commune

54. - Consécration de l'importance de l'évaluation de la qualité de la justice au sein

²⁰⁷ COM(2003) 75 final.

²⁰⁸ COM(2005) 195 final.

²⁰⁹ Rapport du 8 avril 2009 doc. A6-0262/2009.

²¹⁰ Voir *infra*, n° 116.

de l'Union européenne. La communication de la Commission sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres du 19 mai 2005²¹¹ développe l'idée « *que procéder à une évaluation plus générale des conditions dans lesquelles sont élaborées les décisions de justice afin de s'assurer qu'elles répondent à des standards de qualité élevés permettant de renforcer la confiance mutuelle entre systèmes judiciaires, sans laquelle la reconnaissance mutuelle ne pourra fonctionner, suppose une action plus globale et à plus long terme. Le programme de La Haye affirme le principe selon lequel « la confiance mutuelle doit reposer sur la certitude que tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité les plus élevées* ».

S'agissant de fortifier la confiance mutuelle par la certitude que les systèmes judiciaires qui produisent des décisions pouvant être exécutées sur tout le territoire de l'Union respectent des standards de qualité élevés, cette évaluation doit permettre d'appréhender les systèmes judiciaires nationaux dans leur globalité. La crédibilité et l'efficacité d'un système judiciaire doivent faire l'objet d'une appréciation d'ensemble, portant à la fois sur les mécanismes institutionnels et sur les aspects procéduraux. C'est là assurément une démarche délicate qui doit respecter les principes de subsidiarité et de proportionnalité ainsi que l'indépendance du judiciaire. Cet exercice devra permettre de produire des rapports réguliers, élaborés selon des critères stricts d'indépendance et de transparence, mettant particulièrement en lumière les bonnes pratiques ».

La lecture de l'ensemble de la communication révèle un lien entre cette action d'évaluation de la qualité de la justice avec les actions destinées à renforcer le sentiment de partager une culture judiciaire commune. Cette action d'évaluation est placée dans le point 3.2. intitulé « *renforcer la confiance mutuelle par des mesures d'accompagnement pratiques* » alors que par ailleurs cette communication a commencé par distinguer deux types d'actions visant à renforcer la confiance mutuelle. Selon ce texte, « le renforcement de la confiance mutuelle est la clef du bon fonctionnement de la reconnaissance mutuelle. C'est un des messages importants du programme de La Haye qui implique, d'une part, une action législative visant à assurer un niveau élevé de protection des droits des personnes sur le territoire de l'UE et, d'autre part, *une série d'actions pratiques envers les professionnels de la justice visant à renforcer chez eux le sentiment de partager une « culture judiciaire commune* ». On peut donc penser que la Commission place parmi les « actions pratiques visant à renforcer le sentiment de partager une culture judiciaire commune » les mesures d'accompagnement pratiques parmi lesquelles figurent les actions d'évaluation de la qualité de la justice.

La Communication de la Commission du 4 février 2008 relative à la création d'un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'UE en matière de justice²¹², reconnaît qu'il « est essentiel pour l'UE de maintenir une cohérence avec les activités du Conseil de l'Europe tout en évitant de recouper les travaux de la Commission européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ). La coopération entre la Commission et la CEPEJ devrait être poursuivie et elle pourrait inclure des initiatives communes visant à améliorer la qualité de la justice et renforcer la confiance mutuelle. Le Forum contribuera à cette coopération, par exemple, en exploitant les résultats des travaux de la CEPEJ et en travaillant avec elle de manière constructive. Un représentant de la CEPEJ devrait participer au Forum ».

²¹¹ COM(2005) 195 final.

²¹² COM(2008) 38 final.

A ce stade, on remarquera que la multiplication des données d'évaluation et de mesure des critères ainsi que des organes de réflexion, que ce soit au sein de l'Union européenne ou du Conseil de l'Europe donnent lieu à une analyse combinée dont la CEPEJ s'inspire pour mener à bien ses études. D'une façon générale, si cette dernière constitue l'organe reconnu d'évaluation et de mesure de la qualité et de l'efficacité de la justice, elle ne fonctionne pas en circuit fermé. Au contraire, elle s'enrichit des travaux et réflexions des autres organes qui forment ainsi une sorte de cercle de réflexion et d'évolution permanente. Cette assise multidimensionnelle renforce sa crédibilité.

55. - Les instruments de mesure de la culture judiciaire européenne : nécessité logique de la comparaison ou données statistiques

La *qualité de la justice* est essentiellement mesurée au regard des infrastructures existantes (qualité du service public de la justice) et de l'aptitude des professionnels du droit à remplir leurs fonctions au regard des exigences de leur fonction, de la pratique et de la déontologie professionnelle. La qualité n'est pas mesurée en termes de productivité pure mais également en termes de capacité du système judiciaire à répondre aux besoins pour lesquels il a été créé.

L'*efficacité de la justice* consiste à mesurer le degré de satisfaction qu'apporte le service public aux différents acteurs du système. Loin d'être une mesure purement mathématique, elle intègre aujourd'hui l'efficacité sociale et économique. Comme pour les autres services publics, l'efficacité de la justice a mis en place des indicateurs d'évaluation.

La qualité et l'efficacité de la justice constituent des préoccupations indispensables au développement d'une réflexion relative à la culture judiciaire européenne commune. Il faut pourtant pouvoir les mesurer tant en termes quantitatifs que qualitatifs ! En quoi cette construction de « critères de communication » – nécessairement graduelle – présente-t-elle certaines spécificités dans le cadre européen ? L'alchimie du succès ne réside pas seulement dans la collecte et l'analyse des informations recueillies mais également dans la pédagogie et la politique de communication qui entourent les propositions issues de l'analyse de ces résultats. Cette comparaison et ces regards croisés sont institutionnalisés par l'action de la CEPEJ (*Commission Européenne pour l'Efficacité de la Justice*) qui relève du Conseil de l'Europe²¹³. Les travaux de la CEPEJ permettent de mesurer à partir de critères et d'indicateurs de plus en plus sophistiqués et précis ce que représentent l'efficacité et la qualité de la justice. En termes de construction d'une « culture judiciaire européenne commune », ces instruments de mesure constituent des outils fondamentaux pour déterminer d'une part si on parle bien de la même chose, d'autre part pour établir des ponts de passage entre les systèmes judiciaires eux-mêmes en intégrant -et relativisant- les disparités inévitables existant entre eux.

56. - La Commission Européenne Pour l'Efficacité de la Justice. Les travaux menés par la CEPEJ sur ce sujet - issus de son dernier rapport de 2008 - se sont concentrés

²¹³ Qui elle-même travaille en coordination et en collaboration avec d'autres organes consultatifs tels le Conseil consultatif de juges européens (CCJE).

autour des thèmes d'efficacité et de qualité de la justice²¹⁴ et plus précisément sur les critères d'évaluation susceptibles d'être retenus. S'il apparaît nécessaire de distinguer les questions relatives à « l'accès au juge » de la « gestion du système judiciaire » proprement dite ainsi que des réponses qui peuvent y être apportées, la mesure de la qualité de la justice et de son efficacité répond à un certain nombre d'exigences précises : l'évaluation de l'indépendance du pouvoir judiciaire ; son efficacité globale (tant du point de vue de l'accès que du point de vue de l'efficacité des structures) et enfin – ce n'est pas le moindre rôle - le renforcement du lien social opéré par l'intervention du juge (constitue-t-elle un réel facteur d'apaisement des conflits ?). La mesure de ces exigences implique des choix méthodologiques parfois complexes pour permettre des comparaisons pertinentes entre les différents systèmes.

Les éléments d'évaluation de la qualité et de l'efficacité de la justice sont nombreux et varient suivant la nature du contentieux et des requérants. Cela va de l'aide judiciaire à l'information des usagers dans les tribunaux en passant par la publicité des coûts d'une action judiciaire. De nombreux critères pragmatiques sont retenus et utilisés pour effectuer ces mesures. D'une façon générale, la CEPEJ reprend quatre grands chapitres dans ses méthodes d'évaluation qui sont : 1) *l'accès à la justice* ; 2) *la qualité du système judiciaire et son évaluation* ; 3) *les modes alternatifs de règlement des litiges* ; 4) *le rôle du juge dans la mise en œuvre des principes définis par la Convention européenne des droits de l'Homme et la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme*

Les objectifs de la CEPEJ à travers ces missions d'évaluation sur l'efficacité et la qualité de la justice poursuivent un triple objectif destiné à favoriser l'emprunt, la perméabilité et la lisibilité des différents systèmes : 1) la connaissance des normes applicables, tant dans leur production que dans leur diffusion ; 2) la prévention de la multiplication des contentieux judiciaires par la détection des causes permettant de résoudre les contentieux hors du cercle judiciaire²¹⁵ ; 3) une meilleure définition et coordination des politiques publiques de la justice en termes de qualité pour les usagers. Le rôle de la CEPEJ consiste à cet égard à réfléchir au développement d'outils permettant aux Etats de rationaliser leurs politiques en matière de justice²¹⁶. La qualité de la justice n'est plus uniquement perçue comme un instrument d'évaluation destiné à fournir aux Etats une photographie comparée des performances de leurs systèmes respectifs mais vise également à leur faire prendre conscience de la nécessité d'envisager la justice en termes managériaux. Il ne s'agit pas d'appréhender le « service public de la justice » en termes de rentabilité mais de mesurer la qualité du service rendu. La définition de ces exigences contribue à la définition d'outils

²¹⁴ V. le rapport 2008 « Systèmes judiciaires européens », Les Etudes de la CEPEJ n°11, « Efficacité et qualité de la justice », Editions du Conseil de l'Europe 2008.

²¹⁵ V. sur ce point notamment, L. CADIET « Case Management judiciaire et déformalisation de la procédure » in *Une administration pour la justice*, RFAP 2008, n°125, pp.133-150

²¹⁶ On citera le projet mené par le centre SATURN de la CEPEJ (évaluation du « temps judiciaire » et notamment des « temps morts » au cours d'un litige qui allongent considérablement la durée de la procédure), les politiques d'évaluation de la justice pour offrir un service de qualité aux usagers (définition des critères d'évaluation pour la promotion et la qualité de la justice), la détermination de « bonnes pratiques » pour améliorer la qualité de la justice, la réalisation d'enquête de satisfaction.

communs à l'espace judiciaire européen ainsi qu'à la fixation de standards communs à partir desquels les Etats doivent concentrer leurs efforts pour harmoniser leur degré d'exigence au regard de l'accès à la justice et l'efficacité de la justice. Dans la perspective d'une définition future d'un espace judiciaire européen, ces instruments doivent favoriser la lisibilité entre systèmes judiciaires et renforcer la confiance mutuelle entre les systèmes.

57. - Un allié naturel de choix dans le cadre européen et une référence pivot : la Convention européenne des droits de l'homme, langage commun des Etats du Conseil de l'Europe - A cet égard, la CEPEJ - relevant du Conseil de l'Europe - s'est logiquement inspirée de la Convention européenne des droits de l'homme – et notamment de l'article 6²¹⁷ – ainsi que des critères définis par la Cour pour fixer son propre seuil d'exigence et déterminer des critères communs d'accès et d'efficacité de la justice²¹⁸. La Convention européenne des droits de l'Homme est devenue non seulement un langage commun de tous les Etats membres mais également un standard de référence en termes de qualité et d'efficacité. Ainsi, à titre d'exemple, les violations de l'article 6 de la CEDH pour dépassement du délai raisonnable de jugement restent la première cause de condamnation des Etats par la Cour, manifestant ainsi un défaut d'efficacité des systèmes judiciaires²¹⁹. La référence à l'article 6 dépasse même les standards classiques qui y sont contenus (délai raisonnable, tribunal impartial et indépendant...) : la gestion du système judiciaire est elle-même évaluée au regard des exigences de l'article 6 un peu comme s'il s'agissait d'un outil de gestion de type *PFR*²²⁰. Cette référence à la Convention européenne des droits de l'homme est devenue le standard commun de lecture des exigences en matière de qualité et d'efficacité de la justice. Elle constitue le point de repère que la jurisprudence de la Cour européenne précise et enrichit.

58. - Un exemple. Les efforts entrepris pour mesurer l'efficacité de l'accès à la justice. La Convention européenne des droits de l'homme ainsi que la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme sont ainsi prises comme normes de référence dans l'ensemble des travaux comparatifs portant sur l'accès, l'efficacité et la qualité de la justice. A titre d'exemple, l'accès à la justice est mesuré suivant le standard de la Cour européenne des droits de l'homme en termes d'accès « concret et effectif ». Sont ainsi pris en considération les conditions concrètes d'accès (proximité des tribunaux, accessibilité aux personnes dépourvues de connaissances, information et aiguillage du public...), l'accès à

²¹⁷ Bien qu'il ne s'agisse pas du seul article de la Convention européenne des droits de l'homme qui puisse servir de référence (v. par exemple article 13), il joue un rôle majeur en raison de la multiplicité des critères qu'il contient -et qui ont été interprétés par la Cour – pour évaluer la qualité et l'efficacité de la justice.

²¹⁸ V. en ce sens l'exemple cité par Philippe BOILLAT et Stéphane LEYENBERGER sur l'exigence de respect des standards de la Cour européenne des droits de l'homme « L'Administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil de l'Europe » in *Une administration pour la Justice, RFAP* 2008, n° 125, *op.cit.* p.55.

²¹⁹ V. sur ce point, le rapport de la CEPEJ, *op. cit.* p.260.

²²⁰ *Planning for Results*. Il s'agit d'un outil de planification et de gestion financière permettant d'anticiper et de planifier les actions au regard de standards prédéterminés.

l'aide judiciaire, la protection des personnes vulnérables, la possibilité pour le requérant ou la personne défendant sa cause de pouvoir s'exprimer dans sa langue. De façon synthétique, les travaux menés par la CEPEJ ont mis en évidence trois critères d'évaluation d'accès à la justice : l'accès intellectuel, l'aspect financier et l'aspect matériel.

L'aspect intellectuel ne doit pas se limiter à une information pratique mais permettre l'accès à la connaissance du droit applicable et inclure la possibilité pour les usagers d'être informés sur les mécanismes de règlement alternatif des litiges, en utilisant au besoin les nouvelles technologies de l'information et de la communication. Cet aspect de l'accès à la justice conduit à développer un ensemble de bonnes pratiques qui trouvent dans l'Union européenne un système d'information permanent et permet de proposer un ensemble de mesures et de simplifications des procédures.

L'aspect financier de l'accès à la justice est lié à l'ensemble des coûts auxquels doit faire face le justiciable pour que sa cause soit entendue. Le coût des services judiciaires s'entend non seulement du coût réel mais également de l'aide que l'Etat est susceptible d'apporter aux justiciables. Les travaux de la CEPEJ relatifs à l'aide judiciaire démontrent une analyse affinée de cette question prenant en considération non seulement la somme globale allouée par le budget de la justice à ce poste mais également les modalités de répartition de cette aide : l'aide est-elle consacrée prioritairement aux affaires les plus complexes ne s'adressant ainsi qu'à un nombre restreint de bénéficiaires ou au contraire s'agit-il d'une aide largement et souplement distribuée auquel cas son montant sera relativement limité et obligera les bénéficiaires à chercher des sources de financement complémentaires (y compris des assurances par exemple). L'aspect financier doit également être mesuré à l'aune du niveau moyen de revenu dans l'Etat considéré et du coût moyen général de l'action en justice (incluant tous les frais). Les implications de l'aspect financier de l'accès à la justice doivent également tenir compte de la sélectivité des critères retenus : certaines affaires dénuées d'intérêt d'un point de vue contentieux risquent de se heurter à un refus de financement qui empêchera le justiciable de pouvoir plaider sa cause.

L'aspect matériel de l'accès à la justice est également important. Il n'est guère possible de parler d'accès à la justice si les lieux de justice, leur accessibilité et répartition géographique ne sont pas à la portée réelle des justiciables. Ceci impose la prise en considération de multiples critères tels la distance à parcourir, la possibilité matérielle de mettre en œuvre des procédures d'urgence, le développement de modes alternatifs de règlement des différends. Les recherches de la CEPEJ ont mis en exergue trois types de réformes permettant de faciliter cet accès matériel à la justice : le remplacement de la procédure orale par la procédure écrite dans les hypothèses les plus simples ; la suppression de certaines phases et enfin la simplification de la procédure. L'accès matériel a également porté sur la protection de certaines personnes et notamment les victimes de viols et d'agression sexuelle, au travers de procédures adaptées et destinées à éviter les nouveaux traumatismes. Ces hypothèses sont révélatrices des efforts mis en œuvre par les Etats pour permettre à ces personnes vulnérables d'avoir accès à la justice en allant au devant des justiciables et en leur fournissant un espace sûr et sécurisé dans lequel elles pourront bénéficier d'un accueil et d'une écoute qui les mettront en confiance.

L'ensemble de ces aspects relatifs à l'accès à la justice démontre toute la complexité du processus et la difficulté d'appréhender de façon complète et rationnelle un phénomène qui

se pose dans chaque Etat en des termes différents. Néanmoins et sans minimiser les difficultés propres à chaque contexte, les travaux de la CEPEJ démontrent qu'une harmonisation est possible et permettent de mesurer les différents efforts entrepris pour qu'une amélioration soit constatée dans les différents Etats du Conseil de l'Europe.

59. - Une Convention européenne des droits de l'homme omniprésente. Bien que les standards fournis par la Convention européenne des droits de l'homme et leur interprétation par la Cour européenne soient largement utilisés pour mesurer l'accès et la qualité de la justice²²¹, cette solution ne suffit cependant pas à elle seule. En effet, si elle permet la détermination d'un langage commun dans tous les aspects de l'évaluation de la qualité et de l'efficacité de la justice, y compris dans l'administration de la justice, elle impose aux Etats de rechercher les meilleurs moyens d'adapter leur système judiciaire à ces exigences. Les facteurs économiques et sociaux rentreront inévitablement en ligne de compte dans cette adaptation des exigences de la Convention au contexte national.

60. - Les critères supplétifs d'évaluation de l'efficacité de la justice : la production du résultat judiciaire. Il est ainsi nécessaire de prendre en considération d'autres critères permettant d'évaluer l'administration de la justice à l'aune des exigences d'accès et d'efficacité. Les travaux récents sur ces sujets démontrent une remise en cause de l'approche traditionnelle en la matière²²². Si la justice ne peut être considérée comme un simple mécanisme assimilable à une chaîne de production, la démarche judiciaire implique néanmoins un phénomène de « production d'un résultat judiciaire » que les Etats ne veulent plus laisser non évalué²²³, et cela souvent dans un contexte de restriction budgétaire. Dès lors, l'appréciation de l'accès au juge et de la qualité de la justice rendue implique une redéfinition de la démarche globale incluant les objectifs, les moyens et les résultats.

61. - Critères récurrents en matière d'évaluation de la gestion du système judiciaire. Cette démarche est différente suivant les Etats et leur mode d'administration de la justice. On recense néanmoins un certain nombre de constantes : le ou les organes administratifs chargés de la gestion du recrutement et de la carrière des juges et du personnel judiciaire, la détermination des besoins et des moyens disponibles ainsi que les méthodes d'allocation des moyens aux besoins (gestion des ressources humaines, adaptabilité des moyens aux défis rencontrés, capacité de réactivité face à ces défis...), l'existence de particularismes des cultures judiciaires (supposés ou réels).

²²¹ Quoique l'objet des présents développements soit davantage de s'interroger sur le rôle joué par l'évaluation des systèmes judiciaires sur le développement d'une culture judiciaire européenne, il n'est pas possible ici de rendre compte de l'importance et de la richesse que représente la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme en termes de standard d'évaluation. V. pour plus de détails sur le contenu de cette jurisprudence la section précédente de ce chapitre.

²²² V. en ce sens J-P. JEAN et H. PAULIAT, *op. cit.* p. 44 et s ; v. égal. C. VIGOUR « Politiques et magistrats face aux réformes de la justice en Belgique, France et Italie » in *Une administration pour la justice*, RFAP 2008, n° 125, pp.21-31.

²²³ Ce sont des questions souvent statistiques mais qui permettent de donner une idée assez précise du seuil d'exigence requis par l'Etat : combien de décisions rend un juge ? En combien de temps ? Avec quels moyens ? ...

62. - *Susciter une réflexion globale entre les Etats sur les moyens permettant une meilleure efficacité des systèmes judiciaires au profit des destinataires de la justice.*

Ces questions ont fait l'objet d'une réflexion individuelle des Etats confrontés aux défis de l'évolution de leurs systèmes judiciaires. Si tous les Etats-membres du Conseil de l'Europe ne sont pas placés sur un pied d'égalité (notamment ceux d'Europe de l'Est hors Union européenne), ceux de l'Union européenne ont ancré leurs réflexions depuis plusieurs années dans une démarche volontariste de réforme visant à une meilleure efficacité en termes de service rendu aux destinataires du système judiciaire : l'utilisateur n'est plus un spectateur passif mais devient un acteur formulant ses propres exigences. Ce parcours n'est toutefois pas sans embûches car les éléments d'une telle politique managériale de la justice obligent à intégrer les mêmes données pour pouvoir procéder à des analyses comparées efficaces (le budget de la justice inclut-il par exemple le parquet ou celui-ci relève-t-il d'un budget séparé ?). L'étude des moyens et méthodes employés pour transformer l'approche de la justice aboutit ainsi à une démarche différente suivant les Etats. L'existence de moyens propres à la connaissance de ces éléments reste cependant favorable à une analyse « transétatique » des solutions retenues par chaque système judiciaire. Si chacun s'accorde à reconnaître que la *culture judiciaire nationale* joue un rôle important dans les réponses à apporter aux transformations de l'administration de la justice, les solutions – tout en restant focalisées sur les défis rencontrés par chaque Etat et qui ne sont pas nécessairement les mêmes – conduisent à la recherche de la satisfaction d'objectifs communs d'accès et d'efficacité du système judiciaire. On assiste ainsi à la naissance de « concepts judiciaires nomades » adoptés pour leur lisibilité et leur rationalité partagée par un groupe croissant d'Etats européens.

63. - *Les différents niveaux d'évaluation de la qualité de la justice : quel type de qualité faut-il privilégier ?* La détermination des critères d'évaluation destinés à la qualité de la justice ne suffit pas à identifier les éléments communs d'une « bonne justice » ou d'efficacité du système judiciaire. La difficulté réside ici dans l'élément (ou les éléments) sur lesquels l'analyse s'opère. Trois niveaux différents peuvent ainsi être décelés : la *qualité globale du système judiciaire* (perception synthétique de la justice), la *qualité du procès* et la *qualité de la décision judiciaire*.

64. - *Efficacité et qualité de la justice : pour quoi faire et pour qui ?* Les travaux de la CEPEJ ainsi que les travaux scientifiques sur le sujet font ressortir deux éléments : la complexité de l'évaluation ; la nécessité de choisir les éléments pertinents pour répondre aux objectifs finaux que l'évaluation s'est fixée. En fonction du but recherché par l'évaluation, les critères retenus en termes de qualité de la justice ne seront pas les mêmes. Cette dimension doit être gardée à l'esprit lorsqu'il s'agit de formuler un jugement global sur la perméabilité des systèmes judiciaires et sur leur capacité à s'interpénétrer. Rapportée à l'émergence d'une culture judiciaire européenne commune telle qu'elle a été définie antérieurement, la comparaison et l'évaluation des systèmes judiciaires ne peuvent se comprendre sans intégrer la perspective de la reconnaissance et de la confiance mutuelle. Comme l'a rappelé Jean-Paul Jean, le dénominateur commun à toute culture judiciaire est

« de dire le droit et d'être compris des destinataires »²²⁴ ! La culture judiciaire ne peut se contenter de comparaisons de structures et de procédures. Elle doit intégrer cet *élément de confiance* qui permet à chaque juge même s'il ne comprend pas nécessairement toutes les subtilités propres à un système judiciaire de le reconnaître comme correspondant au même degré d'exigence que celui existant dans son propre système.

65. - Une efficacité du service public de la justice tournée vers les bénéficiaires. Les textes font régulièrement mention de ces deux piliers de la confiance mutuelle que sont la « compréhension mutuelle » entre autorités judiciaires et la certitude que « tous les citoyens européens ont accès à un système judiciaire satisfaisant aux exigences de qualité des plus élevées » (programme de la Haye), sachant que l'idée de qualité de la justice renvoie à des actions d'évaluation. Le travail de la CEPEJ poursuit cet objectif et par son action s'inscrit dans cette perspective de confiance mutuelle et de compréhension mutuelle. Si dans de nombreux cas, il s'agit encore d'une culture de la coopération, le développement de la compréhension mutuelle puis de la confiance mutuelle favoriseront l'émergence d'une culture commune à moyen terme. De ce point de vue, l'efficacité de la justice bénéficie du mouvement général d'interactions et de communications entre les systèmes judiciaires.

66. - Pas de justice sans évaluation de la qualité et de l'efficacité du système judiciaire. L'évaluation et la comparaison des systèmes judiciaires en termes de qualité et d'efficacité ne constituent pas un exercice uniquement intellectuel. Elles permettent de faire évoluer les mentalités, contribuent à une politique de communication entre les différents systèmes et leurs acteurs et permettent à chacun d'entre eux de se repérer dans un espace qu'ils n'ont pas nécessairement l'habitude de fréquenter. Alors que cet aspect pourrait sembler uniquement informatif, il constitue en réalité l'une des clefs du développement de la « culture de la coopération judiciaire », traçant la voie à la naissance potentielle d'une « culture commune » entre certains Etats. Si chaque culture judiciaire nationale demeure, elle ne peut s'envisager sans prise en considération des autres solutions développées par les Etats partenaires ou voisins. La perméabilité des informations (ainsi que leur compréhension *in situ*) influe inexorablement sur les réflexions et les méthodes de jugements, quelle que soit la culture à laquelle appartient le juge qui fournit cet effort de réflexion sur les autres systèmes. Elle permet également au-delà de la qualité réelle de la justice de donner une meilleure visibilité à ces éléments d'évaluation.

67. - La complexité de la méthodologie et la nécessité de rigueur dans l'évaluation des systèmes judiciaires. Les difficultés de la comparaison ne sont pas propres à l'évaluation de l'accès à la justice, mais imposent prudence et analyse globale du système afin de pouvoir en tirer des conclusions pertinentes. Tous les systèmes judiciaires ne se ressemblent pas en dépit de certains traits communs. Selon les mots de Jean-Paul Jean, président du groupe de travail de la CEPEJ ayant conduit à l'élaboration du rapport 2008, il faut « comparer ce qui est comparable » : l'alignement de chiffres portant sur le nombre de juges, de juridictions, d'administrateurs travaillant au sein du système judiciaire ou d'avocats est sans utilité s'il n'est pas rapporté au nombre d'habitants, au rôle joué par chacun de ces acteurs, à la

²²⁴ J-P. JEAN « Efficacité et qualité de la justice » in colloque d'Aix-en-Provence « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? » des 16 et 17 janvier 2009, à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM, janvier 2010.

conception que l'Etat se fait de son propre système judiciaire. Les *cultures d'origine* (c'est-à-dire le rôle traditionnellement joué par la justice au sein d'un Etat) sur lesquelles reposent les éléments d'analyse du système judiciaire jouent ainsi un rôle déterminant pour évaluer la réalité de l'accès à la justice et l'efficacité du système judiciaire²²⁵. La difficulté de l'exercice ne repose pas uniquement sur l'identification et la quantification des éléments indicateurs mais également sur la qualification de chacun d'entre eux. A des données objectives se mêlent des données subjectives que seule une connaissance approfondie de chaque système judiciaire permet de comprendre et de prendre en considération.

Ainsi, à titre d'exemple, si l'on compare deux pays différents en taille et en culture d'approche de la justice comme la France et les Pays-Bas, on constate qu'en dépit d'un même système juridique (droit continental), la France reste ancrée – malgré une volonté de transformation – sur une culture « centralisatrice et jacobine » de la justice alors que les Pays-Bas ont opté pour une nouvelle culture, fondée sur une « approche managériale de la justice » (*new public management*) comme cela est le cas pour l'ensemble de l'action publique et des services publics où doivent prédominer rationalité et efficacité. Si la tendance générale est aujourd'hui tournée vers une plus grande maîtrise des coûts y compris au sein du service public de la justice, ceci ne signifie pas que tous les Etats soient enclins à utiliser les mêmes méthodes et visent les mêmes objectifs. La perception managériale de la justice ne peut s'intégrer de façon identique à celle qui existe pour d'autres services publics non régaliens.

68. - Traduction et traitements des données brutes recueillies par les organismes d'évaluation et d'analyse : les critères de lisibilité. On assiste ainsi à une sorte de conflit permanent quant à la pertinence et la lisibilité des termes de référence²²⁶, renforcé par la volatilité et la faible fiabilité des données recueillies dans certains Etats²²⁷. Ceci doit toutefois conduire les institutions chargées de la collecte et du traitement de ces données à poursuivre leurs recherches en vue d'élaborer des instruments de mesures de fonctionnement des juridictions²²⁸. Ces instruments doivent concilier deux impératifs : la simplicité et la pertinence. L'évolution de ces indicateurs gagne également en pertinence lorsque les acteurs du système procèdent à des échanges d'information et de

²²⁵ V. en ce sens J-P. JEAN et H. PAULIAT 'An evaluation of the quality of justice in Europe and its developments in France' *Utrecht Law Review Volume 2, Issue 2 (December) 2006, p. 44*, <http://www.utrechtlawreview.org/>

²²⁶ V. en ce sens le numéro spécial de la *Revue Française d'Administration Publique*, « Une administration pour la justice », RFAP n° 125, juin 2008 qui comporte de précieux développements nationaux et comparés sur l'évaluation de la justice ainsi que ces réflexions substantielles sur les évolutions générales ayant frappé l'évaluation de l'administration de la justice.

²²⁷ Tel est notamment le cas pour certains pays d'Europe de l'Est pour lesquels il est très difficile d'obtenir des informations fiables.

²²⁸ Les Etats-Unis ont ainsi adopté un système d'évaluation des performances des juridictions fondé sur 10 indicateurs. V. égal. R. Messick, 'Reducing Court Delays: Five Lessons from the United States', *PREM Notes*, No. 34, December 1999, World Bank; E. Buscaglia and M. Dakolias, *Comparative International Study of Court Performance Indicators: A Descriptive and Analytical Account*, 1999.

fonctionnement sur leur propre système. Plus les données sont transparentes et comprises des observateurs extérieurs, plus grande sera la facilité de comparer les données recueillies.

69. - Lien entre la fiabilité de la méthodologie employée et la pertinence des résultats recueillis. L'objectif avoué de cette rigueur quant à la méthodologie employée est de fournir une plus grande lisibilité des données recueillies par les organes chargés de les traiter. Les Etats européens peuvent ainsi à travers une connaissance exacte de la méthodologie employée mieux comprendre les systèmes environnants mais également accroître le degré de confiance qu'ils peuvent avoir à leur égard.

70. - Contribution des autorités politiques à l'émergence d'une culture judiciaire commune. Le renforcement de l'efficacité de la justice ne peut être laissé à la responsabilité du seul pouvoir judiciaire. La naissance d'une culture judiciaire partagée – à défaut d'être immédiatement commune - passe par une volonté politique nécessaire pour donner l'impulsion de cette dimension nouvelle. Cela signifie concrètement que la naissance d'une telle culture commune passe par l'obligation pour les gouvernements et parlements, agissant à l'échelle nationale ou dans le cadre d'organisations régionales, de promouvoir et de favoriser le développement de cette culture judiciaire commune. Tel est tout d'abord le cas des réformes judiciaires qui sont engagées à la suite d'une réflexion sur la refonte du système dans son ensemble²²⁹. Tel est ensuite le cas des réflexions d'ensemble qui s'engagent sur les réformes du système judiciaire au sein des assemblées interparlementaires (comme celles du Conseil de l'Europe) cherchant à insuffler l'idée de réformes communes. Tel est enfin le cas des décisions prises par les représentants des exécutifs nationaux siégeant au sein d'organismes régionaux comme le Comité des ministres du Conseil de l'Europe ou le Conseil des ministres de l'Union européenne. En fin de compte, le développement d'une culture commune ne pourra se faire sans une dynamique concertée des acteurs du service public de la justice et une volonté politique combinée des Etats de promouvoir cette culture commune.

²²⁹ V. sur ce point le rapport précité de la CEPEJ « Systèmes judiciaires européens », *op.cit.* pp. 250 et s, 2008.

Section 3. – Culture judiciaire européenne commune ou culture judiciaire propre à l'espace judiciaire européen

71. - Culture judiciaire européenne commune et cultures judiciaires nationales. C'est en principe à une culture judiciaire européenne commune, c'est-à-dire respectant les cultures et traditions judiciaires nationales, que fait référence la politique de l'Union européenne dans le domaine de la justice. Le Conseil européen et la Commission européenne rappellent presque toujours que l'« émergence d'une culture judiciaire commune » se réalisera *dans le respect des cultures et des traditions judiciaires nationales*. Le Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999 constate, que « *dans un véritable espace européen de justice, l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des Etats membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits* ». Le Programme de La Haye du 13 décembre 2004²³⁰ prévoit que « *la coopération judiciaire dans les matières tant pénales que civiles pourrait être encore développée en renforçant la confiance mutuelle et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des Etats membres et sur l'unité par le droit européen* ». Ce programme précise, à titre préliminaire, qu'il « *est fondé sur les principes généraux que sont la subsidiarité, la proportionnalité et la solidarité et sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres* ». Et les projets de la Commission de développer notamment en matière de justice pénale des droits procéduraux concrets et effectifs sur la base des principes de la Convention européenne des droits de l'homme ou d'autres Conventions du Conseil de l'Europe relatives aux droits de l'homme, dès lors que « *la reconnaissance mutuelle exige une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle* », n'ont pas « *pour objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres* »²³¹.

Nous avons déjà observé ce souci de prendre en compte les cultures judiciaires nationales dans les méthodes d'évaluation de la qualité et de l'efficacité de la justice²³². Cela doit se comprendre en relation avec la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme qui construit une jurisprudence sur le procès équitable et l'accès à la justice dans le respect des traditions et cultures judiciaires nationales (§1).

72. - Culture judiciaire propre à l'espace civil européen. Cette première observation ne doit pas cependant cacher, autre aspect de la construction de l'espace judiciaire dans l'Union européenne, le fait que l'Union se tourne aussi vers des principes procéduraux « *propres* », spécifiques à la mise en œuvre de la reconnaissance mutuelle de certaines décisions sans considération pour les traditions et cultures judiciaires nationales (§2). Si cela reste cantonné à la mise en place de mécanismes de reconnaissance mutuelle de certaines décisions en matière civile et commerciale, on peut se demander si cela annonce une évolution ou si, plus simplement et plus certainement, cela reflète un certain pragmatisme

²³⁰ Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre 2004, 16054/04-JAI 559.

²³¹ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 2 juin 2004 « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final.

²³² Voir *supra* n° 67.

dans une construction qui résout des problèmes concrets dans un contexte de contraintes et de réserves étatiques et qui ne connaît pas nécessairement les conditions d'une doctrine cohérente.

§1. – Le respect des traditions judiciaires nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme

73. - Marge nationale d'appréciation. Les notions de « traditions juridiques nationales », de « coutumes » ou de traditions culturelles, comme celle de « marge nationale d'appréciation » sont principalement utilisées par la Cour européenne pour l'application des articles 8, 10, 11 et 14 de la CEDH, mais elles ne sont pas sans importance dans le contexte de l'application et de l'interprétation de l'article 6 de la Convention, au moins dans l'interprétation de certaines des garanties de l'article 6 de la CEDH.

74. - Plus grande marge nationale d'appréciation et respect des cultures judiciaires nationales : illustrations. On peut observer que là où elle peut jouer, le recours à cette marge d'interprétation s'explique le plus souvent par la volonté de la Cour de respecter les cultures nationales et notamment, dans certains cas, les cultures judiciaires nationales, même si cette expression n'est pas utilisée.

La garantie de motivation des décisions de justice est implicite dans l'article 6 § 1 CEDH (la Cour l'a mise à jour pour la première fois dans son arrêt du 30 novembre 1987, *H. c. Belgique* : à propos de la motivation des décisions de refus de réinscription au barreau prises par le Conseil de l'Ordre des avocats). Mais la Cour retient une appréciation souple de l'exigence de motivation. Elle n'exige pas une motivation détaillée des décisions de justice, ni une réponse détaillée à chaque argument. Elle estime que le juge doit répondre à cette obligation selon « les circonstances de l'espèce ». On retiendra en particulier ce très intéressant *obiter dictum* consacré par les arrêts *Ruiz Torija* et *Hiro Balani* contre Espagne du 9 décembre 1994. Le recours (implicite) à la marge d'appréciation, dans le cadre d'un contrôle à déterminer au cas par cas, s'explique directement par le respect dans ce domaine de la motivation du style judiciaire national marqué par les cultures juridiques et de que la Cour nomme dans cet arrêt les « coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts ».

« L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce » (Cour EDH, 9 décembre 1994, *Ruiz-Torija c. Espagne*, série A, n° 303-A, § 29 ; *Hiro Balani c. Espagne*, série A, n° 303-B, § 27).

En matière d'accès aux tribunaux, la première référence explicite à la marge nationale d'appréciation a été l'œuvre de l'arrêt *Ashingdane contre Royaume-Uni* (Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, série A, n° 93, § 57). En matière d'immunité « parlementaire », la Cour conclut à l'absence de violation de l'article 6 § 1. En se fondant sur

« les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire »,

elle juge que :

« *A la lumière de l'ensemble des données, la Cour conclut que l'application d'une règle consacrant une immunité parlementaire absolue ne saurait être considérée comme excédant la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour limiter le droit d'accès d'une personne à un tribunal* » (Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni*, § 87).

La référence à « une plus grande marge d'appréciation » pour que l'Etat « puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays », trouve également application en matière de droit à un recours effectif. S'agissant, par exemple, du droit à un recours effectif pour se plaindre du délai excessif d'une procédure juridictionnelle (ce droit a été consacré par un grand arrêt de la Cour : Cour EDH, Gr. ch., 26 septembre 2000, *Kudla c. Pologne*²³³), la Cour laisse à l'Etat une marge d'appréciation pour créer un tel recours. Elle propose une alternative à l'Etat : soit ce dernier met en place un recours indemnitaire, un recours en réparation du préjudice subi par le requérant du fait du délai déraisonnable de jugement, soit il met en place un recours préventif destiné à accélérer une procédure en cours. Mais la marge nationale d'appréciation n'est pas si courte et ne se réduit pas à cette simple alternative. Elle joue encore lorsqu'il s'agit d'organiser un recours indemnitaire, en réparation de la violation du droit à un délai raisonnable. L'arrêt *Scordino contre Italie* du 29 mars 2006 définit clairement le jeu de la marge nationale d'appréciation ici :

« *La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler dans l'arrêt Kudla (précité, §§ 154-155) que, dans le respect des exigences de la Convention, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la façon de garantir aux individus le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention. (...) Lorsqu'un Etat a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays* »²³⁴.

En matière d'aide juridictionnelle, la Cour laisse également aux Etats une certaine marge d'appréciation (par exemple, Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32, § 26), mais ici on ne note pas de mise en relation de cette application de la marge d'appréciation avec des considérations qui pourraient être tirées des cultures judiciaires nationales.

75. - Moindre marge nationale d'appréciation et remise en cause des cultures nationales : le cas de la garantie d'impartialité. Le jeu de la marge nationale d'appréciation est fluctuant selon la garantie du procès concernée. Si la marge d'appréciation joue un rôle certain dans la mise en œuvre de certaines garanties de l'article 6

²³³ RTDH 2002, p. 179, obs. J.-F. FLAUSS ; GACEDH, 2005, *op. cit.*, n° 37, p. 372 ; JDI 2001, p. 191, obs. P. TAVERNIER ; AJDA 2000, p. 1012, chron. J.-F. FLAUSS ; RTD civ. 2001, p. 442, chron. J.-P. MARGUENAUD.

²³⁴ Cour EDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie* (n° 1), §§ 188-189.

de la Convention, dans d'autres garanties, il apparaît qu'une place moindre lui est laissée. Tel est le cas pour la garantie d'impartialité puisque la Cour européenne des droits de l'homme (Cour EDH, Cour plénière, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 55 et § 59) semble considérer que lorsqu'il s'agit de « l'autorité et (de) l'impartialité du pouvoir judiciaire », le pouvoir national d'appréciation est réduit et le contrôle européen, à l'inverse, plus étendu. Aussi, l'exemple le plus marquant (mais aussi le plus connu) d'une mise en cause des traditions judiciaires et juridiques nationales concerne la jurisprudence de la Cour sur présence du Ministère public au délibéré des formations de jugement, sachant que la Cour européenne des droits de l'homme retient une même acception des termes « présence », « participation » et « assistance » du Ministère public au délibéré. La présence du Ministère public, on vise ici le « Ministère public » *lato sensu*, la définition englobant le commissaire du gouvernement près les juridictions administratives françaises, au délibéré est radicalement exclue, qu'elle soit active ou passive, que le Ministère public ait voix consultative ou qu'il n'intervienne pas au cours du délibéré. Fixée depuis l'arrêt *Borgers contre Belgique* du 30 octobre 1991 (Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, série A, n° 214-A²³⁵), cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est de loin la plus critiquée, les juges dissidents et la doctrine s'insurgeant contre la part trop belle qui y est laissée aux apparences et la remise en question de cultures juridiques nationales.

Relevons quand même que la Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la possibilité de renoncer à la garantie d'impartialité dans plusieurs arrêts (CEDH, *Bulut contre Autriche* du 22 février 1996 (Cour EDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*²³⁶. Voir également les trois autres jurisprudences en la matière : Cour EDH, déc. 23 février 1999, *Suovaniemi et autres contre Finlande* ; Cour EDH, 8 février 2000, *McGonnell contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne*).

Cela peut permettre un certain aménagement à la mise en cause des cultures nationales, comme le Conseil d'Etat français semble le penser, notamment dans son arrêt du 25 mai 2007, *M. Courty* (légalité du décret du 1^{er} août 2006 sur le Commissaire du gouvernement). D'autres juridictions nationales ont reconnu aussi avec la Cour le droit à renonciation dans l'application du principe d'impartialité : Voir aussi *Hoge Raad* (Cour de cassation des Pays-Bas), 24 octobre 1995 ; Tribunal fédéral suisse, 15 septembre 1997, *S.I. Ch. B. A. SA c. Canton de Vaud* ; Cour de cassation française, Ass. plén., 24 novembre 2000, *Mme Delpech c. Soc. Delpech et fils*²³⁷).

Il faut ajouter que si le principe d'impartialité ne supporte pas l'application de la marge nationale d'appréciation, les conséquences que la Cour européenne en déduit peuvent, dans certains cas, être suffisamment modestes pour laisser une marge de manœuvre aux Etats comme le montre la question *du cumul des fonctions judiciaires* où la position de la Cour

²³⁵ *GACEDH, op. cit.*, 2005, n° 28, p. 280.

²³⁶ *Justices* janvier-mars 1997, p. 206, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; *RTDH* 1996, p. 640, obs. P. MARTENS.

²³⁷ *Gaz. Pal.* 12-13 janvier 2001, p. 24. Arrêts cités par Philippe FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 235.

européenne des droits de l'homme a connu une évolution. Elle est passée d'une conception stricte tenant à l'interdiction du cumul des fonctions judiciaires, issue des arrêts *Piersack* et *De Cubber* contre Belgique de 1984 (Cour EDH, 26 octobre 1984, *Piersack c. Belgique* et *De Cubber c. Belgique*, série A, n° 85 et n° 86²³⁸), à une conception moins rigide qui est, depuis l'arrêt *Hauschildt contre Danemark* du 24 mai 1989 (Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, série A, n° 154²³⁹), celle de « l'indifférence de principe au cumul de fonctions »²⁴⁰. Il faut désormais une attitude subjectivement partielle du juge pour que le cumul soit prohibé. Il convient de rechercher si « les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées ». Le cumul de fonctions en lui-même ne suffit pas.

§2. – Vers des principes procéduraux propres à l'espace judiciaire de l'Union européenne

76. - Renvoi. On ne peut ici qu'annoncer des développements à venir dans le chapitre 3²⁴¹. Dans sa Communication sur l'« Espace de liberté, de sécurité et de justice » du 2 juin 2004²⁴² la Commission admettait que la confiance mutuelle autorisant le développement plus avant de la reconnaissance mutuelle dans certains domaines ne pouvait pas être uniquement acquise à partir de la référence à une culture judiciaire commune et aux standards de la culture commune et qu'il convenait que « l'approfondissement de la reconnaissance mutuelle nécessite d'accroître la confiance réciproque entre les Etats membres, y compris par l'adoption de certains standards minimaux de procédure ». La Commission faisait référence ici à la nécessité de mettre en place « des procédures d'exécution rapides et effectives » permettant « aux citoyens et aux entreprises l'exercice réel de leurs droits ».

Comme cela sera précisé dans le chapitre 3, auquel nous renvoyons donc largement, toute une série d'instruments communautaires ne se bornent pas, comme les règlements « Bruxelles 1 » et « Bruxelles II bis », à élaborer un droit international privé européen dans le domaine traditionnel de la compétence internationale des juridictions et de la circulation de leurs décisions, mais construisent un véritable droit judiciaire privé européen, en vue de la circulation d'informations, d'actes ou de titres, mais pour une certaine part déjà relatif à l'adoption de règles de procédure civile communes fussent-elles minimales.

On peut citer des directives, comme la directive « accès à la justice » relative à l'aide judiciaire (directive 2008/8/CE du 27 janvier 2003) et la directive « médiation » (directive 2008/52/CE du 21 mai 2008) et des règlements relatifs à la signification et la notification des actes (règlement CE 1348/2000 du 29 mai 2000 et règlement CE n° 1393/2007 du 13

²³⁸ *JDI* 1986, p. 1072, obs. P. TAVERNIER.

²³⁹ *JDI* 1990, p. 727, obs. P. TAVERNIER ; *AFDI* 1991, p. 585, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *GACEDH*, Paris, PUF, 2005, n° 29, p. 295.

²⁴⁰ F. SUDRE, et al. , *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^e éd., 2005, p. 300.

²⁴¹ Voir *infra*, n° 97 et s.

²⁴² COM(2004) 401 final.

novembre 2007), à l'obtention de preuves (règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004), à l'injonction de payer européenne (règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001), au titre exécutoire européen (règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004), à l'injonction de payer européenne (Règlement CE n° 1896/2006 du 12 décembre 2006), au règlement des petits litiges (règlement CE n° 861/2007 du 11 juillet 2007). Le simple énoncé de cette liste laisse apparaître que l'enjeu est bien l'harmonisation ou l'adaptation des droits nationaux de procédure aux difficultés particulières suscitées par les litiges transfrontières et n'est plus seulement le partage d'une culture judiciaire commune.

Chapitre 3. – La planification de la confiance mutuelle et de la reconnaissance mutuelle dans les grands instruments de l'espace judiciaire européen

77. - *Une Europe de la justice, nouvel objectif de l'Union* - L'émergence d'une culture judiciaire européenne participe à l'évidence de la construction de l'Europe de la justice passée du statut de moyen de faire appliquer le droit communautaire sur le territoire de la communauté à celui de fin, d'objectif en soi depuis le traité d'Amsterdam, de l'espace judiciaire européen, en termes d'efficacité comme d'effectivité, même si l'expression n'apparaît toujours pas dans le glossaire d'Europa²⁴³.

78. - *Quelle économie de la reconnaissance et de la confiance mutuelle ?* Parce qu'une harmonisation et *a fortiori* une unification des législations affectant les cultures judiciaires nationales²⁴⁴ en vue d'un modèle européen de justice peut être ressentie en des termes parfois décrits comme une aliénation²⁴⁵, c'est au niveau plus modeste en liaison avec les notions de confiance et reconnaissance mutuelles que l'émergence d'une culture judiciaire européenne s'inscrit désormais officiellement dans les textes relatifs à l'espace judiciaire européen. Il s'agit donc d'une culture judiciaire européenne adossée aux principes de reconnaissance et de confiance mutuelles dans la construction de l'espace judiciaire européen.

Ces instruments de la reconnaissance mutuelle ne sauraient être étudiés ici en eux-mêmes mais pour ce que leur économie et leur fonctionnement est à même de révéler dans leurs rapports avec la politique de la culture judiciaire européenne.

Le concept de confiance mutuelle est au cœur de l'économie des textes sur l'Europe de la justice et en étroite relation avec les actions en faveur d'un développement d'une culture judiciaire européenne telles qu'entreprises dans l'Union européenne. Mais les rapports entre « confiance mutuelle » et « culture judiciaire européenne » ne sont pas univoques.

D'une part, il est fait appel à une politique visant à faire « *émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des Etats membres et sur l'unité par le droit européen* » dans le but de « renforcer » la « confiance mutuelle »²⁴⁶. La culture judiciaire commune constitue notamment le corollaire du sentiment d'appartenance à un espace partageant des valeurs communes, s'agissant aussi bien des justiciables, des professionnels de la justice que des institutions. Sous cet angle, la culture judiciaire s'accommode de la

²⁴³ http://europa.eu/scadplus/glossary/index_fr

²⁴⁴ Alessandro BERNARDI « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *Mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas 2006*, p. 955.

²⁴⁵ Geer CORSTENS, « Vers une justice pénale européenne ? », *Mélanges offerts à Jean Pradel, Cujas 2006*, p. 1033.

²⁴⁶ Programme de La Haye du 13 décembre 2004, Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre 2004, 16054/04-JAI 559, paragraphe 3.2 « accroître la confiance mutuelle » p 27. Ce programme précise, à titre préliminaire, qu'il « *est fondé sur les principes généraux que sont la subsidiarité, la proportionnalité et la solidarité et sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres* » (II. Orientations générales, 1. Principes généraux, p 4.)

diversité des traditions nationales et la confiance mutuelle se nourrit de la compréhension mutuelle des différents acteurs de l'espace judiciaire. Ainsi que cela a déjà été décrit, des actions auprès des professionnels (actions de formation notamment) comme des actions visant à faciliter la compréhension mutuelle comme des actions visant à développer les principes procéduraux sont menées par l'Union pour contribuer à faire émerger et se développer une culture judiciaire européenne comme un des volets majeurs de la politique de la confiance mutuelle qui sous-tend elle-même la reconnaissance mutuelle.

Mais, d'autre part, la politique de l'Union suppose que la confiance ne soit pas seulement un objectif à atteindre mais qu'elle existe *a priori* : confiance entendue au sens de « sécurité juridique », prévisibilité des règles de compétence et de libre circulation des jugements en matière civile, confiance dans l'« égalité de traitement » de tous les justiciables, confiance dans les garanties offertes par le « procès européen ». Cette confiance présumée est affirmée par la Cour de justice, de manière incantatoire, comme le fondement même du système tant dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale que dans celui de la coopération pénale²⁴⁷. En ce sens, la diversité des traditions nationales ne doit pas constituer un obstacle à l'élaboration d'« un véritable espace européen de justice »²⁴⁸ dans lequel, selon les orientations du Conseil européen de Tampere, « l'incompatibilité ou la complexité des systèmes juridiques et administratifs des États membres ne devraient pas empêcher ou dissuader les particuliers et les entreprises d'exercer leurs droits »²⁴⁹.

79. - Le sens de la référence à un espace judiciaire européen. Plan du chapitre. La notion d'« espace » apparaît avec la création du volet politique de l'Union dans le traité de Maastricht. Plus particulièrement, l'« espace de sécurité, de liberté et de justice » va être fixé comme objectif par le traité d'Amsterdam. Les finalités mêmes du recours à la notion d'« espace » mettent en lumière les points communs entre ses diverses déclinaisons dans les textes de l'Union européenne : « Espace économique européen », « Espace Schengen », « Espace de liberté, de sécurité et de justice », « Espace judiciaire européen ». En effet, il ne semble pas, *a priori*, que la notion d'« espace » puisse être réductible à sa seule dimension

²⁴⁷ Dans le domaine de la coopération judiciaire civile, la Cour de justice affirme que : « C'est la confiance mutuelle qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétences, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application du règlement sont tenues de respecter, et la renonciation corrélative par les États membres à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions rendues dans le cadre de procédures d'insolvabilité » (arrêts du 9 décembre 2003, *Gasser*, C-116/02, Rec. p. I-14693, point 72, et du 27 avril 2004, *Turner*, C-159/02, Rec. p. I-3565, point 24). Dans le domaine de la coopération pénale, le même lien de nécessité entre confiance mutuelle et fonctionnement des instruments de la coopération pénale est établi : « Dans ces conditions, le principe *ne bis in idem*, consacré à l'article 54 de la CAAS, qu'il soit appliqué à des procédures d'extinction de l'action publique comportant ou non l'intervention d'une juridiction ou à des jugements, implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des États membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres États membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente » (CJCE, 11 février 2003, affaires jointes C-187/01 et C-385/01, *Gözütok et Brügge*, point 33).

²⁴⁸ Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, point 28.

²⁴⁹ Conseil européen de Tampere des 15 et 16 octobre 1999, point 28.

géographique, elle comporte une double dimension évolutive dans le temps et dans l'espace territorial. En ce sens, l'«Espace économique européen», l'«Espace Schengen», l'«Espace de liberté, de sécurité et de justice» apparaissent comme des notions à géométrie variable : ils ne coïncident pas matériellement et territorialement entre eux et avec l'Union européenne et la Communauté européenne. Leur création est issue d'un processus intergouvernemental, de la coopération intergouvernementale. La notion d'espace désigne donc un processus évolutif, un cadre souple, dans le temps et dans l'espace, comme le montrent les accords de Schengen et la coopération judiciaire civile et commerciale et l'extension progressive de leur domaine et leur transfert dans le pilier communautaire. C'est une notion fonctionnelle, un processus.

L'« espace judiciaire », par sa souplesse, constitue « un instrument de gestion et de rencontre des différences. En effet, il se construit dans un contexte de diversité des droits processuels nationaux »²⁵⁰. En « *ne heurtant pas de front la souveraineté des Etats, l'espace (serait) un terreau favorable au développement de modes de coopération novateurs. L'espace se superpose aux frontières sans les abolir en mettant avant tout l'accent sur une appartenance à un ensemble géographique commun* »²⁵¹. Cet espace, en dépit de sa souplesse est donc organisé, il répond à une « rationalité politique »²⁵², celle du principe de confiance mutuelle sur lequel repose un système de compétences uniformes et de libre circulation des jugements.

Par son caractère fonctionnel, on pressent que l'espace judiciaire européen n'est pas un espace d'uniformité procédurale et qu'il sera modulé, « à plusieurs vitesses », selon son objet, coopération judiciaire civile ou coopération pénale, la première ayant été transférée dans le pilier communautaire par le traité d'Amsterdam, la seconde relevant de la coopération intergouvernementale. La coexistence entre traditions nationales et culture judiciaire commune, le recours aux mécanismes de la compréhension mutuelle ne peuvent se conjuguer que sur des modes divers. De même que si l'espace, cadre souple, autorise le « développement de modes de coopération novateurs » comme celui du réseau, les rapports entre mécanismes d'intégration et de coopération ne s'associeront pas dans les mêmes proportions en matière civile et commerciale (*Section 1*) et en matière pénale (*Section 2*).

²⁵⁰ Horatia MUIR WATT : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale » in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », Anne-Marie LEROYER, Emmanuel JEULAND (dir.), *Dalloz*, 2004 p 1, spéc. p 2.

²⁵¹ V. LAMANDA : « Nouveaux modes de coopération dans l'Espace judiciaire européen : libre circulation et réseaux », conférence organisée dans le cadre du Cycle de conférences en Droit européen de la Cour de cassation, 2007 publié sur CD-Rom multimédia par Droit in-situ.

²⁵² Horatia MUIR WATT : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale », *op. cit.* p 1.

Section 1. Planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière civile et commerciale

80. - La culture judiciaire en matière civile et commerciale n'est pas que le résultat d'un métissage de normes européennes et internationales déjà présentes dans les droits nationaux. Une telle analyse méconnaîtrait la volonté politique des institutions de l'Union européenne de construire une « Europe judiciaire », avec l'objectif affirmé par le traité d'Amsterdam de développer « un espace de liberté, de sécurité et de justice ». La construction de cet espace est affirmée de manière constante comme un moyen de renforcer la libre circulation des personnes. Par conséquent, sans négliger l'apport considérable des sources européennes et internationales à l'édification d'une culture judiciaire commune, on peut avancer l'hypothèse selon laquelle se manifeste une méthode propre à l'espace communautaire, programmée ou planifiée dans ses instruments et appuyée de façon plus générale sur les principes d'effectivité et d'effet utile du droit communautaire.

81. - *Les méthodes propres à engendrer une culture judiciaire commune.* Ces méthodes s'inscrivent dans le cadre défini par l'article 65 CE qui prévoit que le Conseil peut prendre des « mesures relevant de la coopération judiciaire dans les matières civiles ayant une incidence transfrontière (...) et dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur ». La lecture des alinéas b) et c) de l'article 55 CE évoquant l'objectif de « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les Etats membres en matière de conflits de lois et de compétence » et d' « éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles des procédures civiles applicables dans les Etats membres », on comprend aisément que le « gène du droit commun » ne saurait être celui d'un droit uniformisé ou unifié, d'une culture judiciaire européenne destinée à se substituer aux traditions nationales²⁵³. La notion de « compatibilité » implique (de manière implicite) « la reconnaissance d'une marge nationale d'appréciation et l'idée d'un seuil »²⁵⁴. Cette marge d'appréciation évoque donc davantage l'idée d'un rapprochement, d'une convergence des procédures nationales, au sens de « tendre vers un but commun ». L'harmonisation des procédures autour de principes directeurs communs s'accorde avec le principe de subsidiarité et avec le respect d'un « droit à la différence »²⁵⁵. On relèvera cependant que la plupart des instruments de la coopération judiciaire civile et commerciale sont des règlements, qui évoquent, par définition, l'idée de règles communes s'insérant directement dans les ordres juridiques nationaux.

²⁵³ Cette uniformisation avait d'ailleurs été écartée par le rapport Storme. Celui-ci avait soumis à la Commission, en 1993, un projet de proposition de directive pour le rapprochement des législations et des dispositions des États membres relatives à certains aspects de procédure en matière civile (Marcel STORME (éd.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne- Approximation of judiciary law in the European Union*, Dordrecht/Boston/Londres, 1995). Le projet prévoyait, selon les domaines, l'harmonisation, l'établissement de principes généraux ou encore de simples normes minimales.

²⁵⁴ M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, vol. 52, n°4, p 753, spéc. p 758.

²⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, M.-L. IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *op. cit.*

82. - Un changement dans la notion et l'utilisation de la référence à la confiance mutuelle. Sur le plan politique, le Conseil de Tampere (15 et 16 octobre 1999), relayé par le programme de La Haye de 2004 établissant un plan d'action pour 2005-2010, affirment l'objectif de fonder sur la confiance mutuelle entre Etats membres une généralisation de la reconnaissance mutuelle, c'est-à-dire la suppression, à terme, de l'exequatur. Et l'on retrouve inscrit, programmé dans les règlements pris par les institutions communautaires, ce principe de « la confiance mutuelle » destiné à permettre une généralisation de la libre circulation des jugements²⁵⁶. Mais, d'objectif dans les actes politiques et les règlements en matière de coopération judiciaire civile et commerciale, la confiance mutuelle devient le fondement juridique des règles de compétence et de reconnaissance des jugements dans la jurisprudence de la Cour, comme le montrera l'analyse des règlements. Du même coup, le procès européen ne peut être analysé dans sa seule dimension horizontale, mais aussi et surtout dans une dimension verticale de plus en plus marquée.

²⁵⁶ Ainsi, le règlement Bruxelles I concernant la compétence, la reconnaissance et l'exécution des jugements en matière civile et commerciale vise dans ses considérants 16 à 18, « la confiance réciproque dans la justice au sein de la Communauté ». Le règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité précise dans son considérant n° 22, « *le présent règlement devrait prévoir la reconnaissance immédiate des décisions relatives à l'ouverture, au déroulement et à la clôture d'une procédure d'insolvabilité (...). La reconnaissance des décisions rendues par les juridictions des États membres devrait reposer sur le principe de confiance mutuelle. A cet égard, les motifs de non reconnaissance devraient être réduits au minimum nécessaire* ». Le lien entre reconnaissance automatique et confiance mutuelle est clairement souligné et la limitation du pouvoir de contrôle du juge de l'Etat requis affirmée. Le règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale prévoit dans son considérant n° 21 que: « *La reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un Etat membre devraient reposer sur le principe de la confiance mutuelle et les motifs de non-reconnaissance être réduits au minimum nécessaire* ». Le règlement (CE) n° 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer va encore plus loin dans l'affirmation de la confiance mutuelle. Selon le considérant n° 27 de ce règlement « *une injonction de payer européenne délivrée dans un État membre et devenue exécutoire devrait être traitée, aux fins de l'exécution, comme si elle avait été délivrée dans l'Etat membre dans lequel l'exécution est demandée. La confiance mutuelle dans l'administration de la justice dans les États membres fait qu'une juridiction d'un Etat membre peut considérer que toutes les conditions de délivrance d'une injonction de payer européenne sont remplies pour permettre l'exécution de l'injonction dans tous les autres États membres, sans contrôle juridictionnel de l'application correcte des normes minimales de procédure dans l'Etat membre où l'injonction doit être exécutée* ».



83. - La dimension verticale du procès européen dans le cadre de la coopération en matière civile. Si la procédure civile a longtemps constitué « (...) l'un des rochers les plus solides sur lequel s'est édifiée la territorialité du droit »²⁵⁷, le développement des échanges internationaux qui s'est accompagné d'une mondialisation du droit ne pouvait confiner la procédure à son seul cadre national. Marie-Laure Niboyet met l'accent sur le fait que le phénomène de « mondialisation » ou de « globalisation » du droit²⁵⁸ exprime une « double dimension horizontale et verticale du phénomène étudié : une dimension horizontale, parce qu'on suit le déroulement du procès dans tous les pays où il est susceptible d'émerger, et parce qu'il y a une coopération transfrontière de juge à juge ; *mais aussi une dimension verticale car, comme toutes les questions de procédure, elle suppose un instrument normatif conférant ce pouvoir de coopération transfrontière et surtout une idée de mise en ordre d'éléments dispersés, de coordination des procédures locales* »²⁵⁹. On retrouve cette double dimension dans l'espace judiciaire européen dès les premières fondations posées par la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. *S'agissant de la dimension horizontale* du procès européen, les développements précédents ont montré que la coopération transfrontière de juge à juge reposait pour une large part, sur l'échange réciproque de « bonnes pratiques », sur les mécanismes de la compréhension mutuelle, engendrant un fonds commun culturel²⁶⁰.

Sur le plan vertical, celui de ses instruments normatifs, l'émergence d'une culture judiciaire commune apparaît de prime abord comme un « enchevêtrement de normes »²⁶¹. On n'insistera plus ici sur les normes issues du « procès équitable » de la Convention européenne des droits de l'homme et des autres instruments internationaux de protection des droits fondamentaux²⁶², ni sur les mécanismes empruntés au droit international privé, mais sur les règlements communautaires inspirés en tout ou partie de la coopération intergouvernementale développée au sein de la Conférence de La Haye²⁶³ et qui instituent

²⁵⁷ Serge GUINCHARD, Frédérique FERRAND : « Procédure civile. Droit interne et droit communautaire », *Dalloz*, 28^{ème} édition, p 31.

²⁵⁸ Marie-Laure NIBOYET : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », *Bulletin d'information de la Cour de cassation n° 631 du 15 décembre 2005, Communication*.

²⁵⁹ Marie-Laure NIBOYET : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », *op. cit.*

²⁶⁰ Voir notamment le chapitre 1 du rapport. Sur ces points, Voir aussi l'introduction générale du rapport.

²⁶¹ Mireille DELMAS-MARTY (dir.) : « Variations autour d'un droit commun », *Premières rencontres de l'UMR de Droit comparé de Paris, Société de législation comparée*, Paris, 2002.

²⁶² Cf. *supra* chapitre 2.

²⁶³ La Communauté a mis en place les instruments de la coopération judiciaire en s'inspirant partiellement ou en totalité des Conventions de La Haye. Sans prétendre à l'exhaustivité, on citera la Convention de La Haye du 1^{er} mars 1954 relative à la procédure civile, du 15 novembre 1965 relative à la signification et la notification à l'étranger des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile ou commerciale, du 18 mars 1970 sur l'obtention des preuves à l'étranger en matière civile ou commerciale, du 2 octobre 1973

des règles de compétence et des règles de reconnaissance et d'exécution des jugements en matière civile et commerciale.

L'interprétation de ces règles de compétence et de circulation des jugements s'appuie sur le principe communautaire de l'effectivité des voies de droit nationales devant le juge national. De telle sorte que même si la Cour de justice rappelle que les grands instruments de l'espace judiciaire européenne civile et commerciale n'ont « *pas pour effet d'unifier les règles de procédures* »²⁶⁴, elle juge aussi que « *l'application des règles de procédures nationales ne saurait porter atteinte à leur effet utile* », ici, dans cette espèce, à l'effet utile des règles posées par la Convention de Bruxelles, et plus précisément que « *le juge ne saurait appliquer en l'espèce des conditions de recevabilité prévues par le droit national qui auraient pour effet de limiter la mise en œuvre des règles de compétences prévues par la Convention* »²⁶⁵. De même, la Cour de justice juge qu'il est impossible de laisser le droit national déterminer, pour l'application du règlement n° 1348/2000 *relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale*, si le principe même de la possibilité de remédier à l'absence de traduction est admis. Un tel renvoi sur ce point aux droits nationaux « *empêcherait toute application uniforme du règlement, dès lors qu'il n'est pas exclu que les États membres prévoient à cet égard des règles divergentes* »²⁶⁶. Pour la Cour, « interpréter le règlement en ce sens

sur la loi applicable aux obligations alimentaires, du 19 octobre 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants, du 20 mai 1980 sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et le rétablissement de la garde des enfants, du 25 octobre 1980 sur les aspects civils de l'enlèvement international d'enfants. On notera cependant, dans la rédaction des règlements relatifs à la coopération judiciaire, le souci de démarquer procès européen et procès international. Contrairement à la règle de la suprématie de la norme internationale sur la norme communautaire posée dans l'arrêt *International Fruit* (CJCE, 12 décembre 1972, affaires jointes 21 à 24/72, Rec. 1219), les règlements font prévaloir leurs dispositions sur celles des Conventions de La Haye dans le cadre d'un litige communautaire. Ainsi, il ressort de l'article 20 du règlement 1348/2000 du 29 mai 2000 sur la signification et la notification des actes qu'il ne concerne que la transmission des actes entre États membres, la Convention de La Haye de 1965 sur la signification et la notification des actes des actes judiciaires et extrajudiciaires à l'étranger devant s'appliquer entre un État membre qui a ratifié la Convention et un État tiers. De même, l'article 61 du règlement Bruxelles II bis prévoit que son champ d'application couvre les hypothèses où l'enfant a sa résidence habituelle sur le territoire d'un État membre et à celle de la reconnaissance et de l'exécution d'une décision rendue dans un autre État membre, même si l'enfant a sa résidence habituelle dans un État tiers mais qui est partie à la Convention de La Haye de 1996 concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l'exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants. Cependant, dès lors que le litige est international, les Conventions de La Haye retrouvent leur efficacité, dont l'intérêt certain réside dans les mécanismes de coopération et d'entraide, notamment en matière de protection de l'enfant et de déplacement illicite d'enfants.

²⁶⁴ CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur*, C-365/88, point 17.

²⁶⁵ *Ibidem*, point 20.

²⁶⁶ CJCE, 8 nov. 2005, *Leffler*, C-443/03, point 44. Cette affaire concernait l'application du règlement CE n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale et notamment sur l'absence de dispositions dans le règlement prévoyant les modalités à suivre dans le cas d'un refus opposé par le défendeur de répondre à la signification en l'absence de traduction de l'acte.

qu'il commande la possibilité de remédier à l'absence de traduction en tant que conséquence uniforme au refus de l'acte au motif que cet acte n'est pas rédigé dans une langue officielle de l'Etat membre requis ou dans une langue de l'Etat membre d'origine comprise du destinataire de l'acte ne remet pas en cause l'importance du droit national et le rôle du juge national »²⁶⁷. Mais la Cour a toutefois précisé que les modalités du droit national « ne peuvent être moins favorables que celles concernant des droits qui trouveraient leur origine dans l'ordre juridique interne et qu'elles ne peuvent rendre en pratique impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire. (...) Le principe d'effectivité doit conduire le juge national à n'appliquer les modalités procédurales prévues par son ordre juridique interne que dans la mesure où elles ne mettent pas en cause la raison d'être et la finalité du règlement »²⁶⁸. Comme l'a écrit Mme l'avocat général Kokott, « l'effet utile » des instruments en matière de coopération judiciaire civile impose aux Etats membres de ne pas « adopter des mesures susceptibles de (le) compromettre (...). (La réglementation communautaire) impose à la liberté des législateurs nationaux des limites extérieures qui peuvent être franchies si le droit national concerné met en cause l'effet utile du règlement »²⁶⁹.

Faut-il insister sur le fait qu'au-delà de la référence à l'effectivité et à l'effet utile du droit communautaire et ici des textes sur la coopération en matière civile et commerciale, sans que cette jurisprudence implique nécessairement une harmonisation, c'est une certaine disparité des droits procéduraux nationaux qui est remise en cause²⁷⁰ et que la jurisprudence que l'on vient de citer peut venir à l'appui du progrès dans la culture judiciaire européenne en facilitant la compréhension mutuelle²⁷¹ ?

84. - La signification de la « reconnaissance mutuelle » dans la coopération judiciaire civile et commerciale. Avant d'aborder cette étude, il paraît nécessaire de s'interroger sur le mécanisme de la « reconnaissance mutuelle », présent à des degrés divers dans tous les instruments de la coopération judiciaire civile et élevé au rang de « pierre angulaire » de l'espace européen de justice par le Conseil de Tampere. Il semblerait que l'on puisse distinguer la « reconnaissance » au sens du droit international privé et la reconnaissance mutuelle dans l'espace judiciaire européen sur deux points, celui de leur fondement et de

²⁶⁷ *Ibidem*, point 49.

²⁶⁸ *Ibidem*, point 50.

²⁶⁹ Conclusions présentées le 18 juillet 2007 dans l'affaire C-175/06.

²⁷⁰ Comme le révèle bien la rédaction de l'arrêt de la Cour dans l'affaire C-443/03, arrêt *Leffler*, précité, point 44.

²⁷¹ Les principales divergences entre droits procéduraux nationaux concernent l'introduction de la procédure (notamment la signification et la notification des actes) ; l'administration de la preuve, la recherche des preuves dans le système anglais de l'« adversary system » incombant aux parties alors que dans les droits continentaux, la recherche des faits incombe au juge. A cet égard, R. STÜRNER (« Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet de l'American Law Institute et d'Unidroit », *RIDC* 2000, vol. 52, p 845) remarque que « cette divergence structurelle ne facilite pas la compréhension mutuelle et provoque des malentendus dans le cadre de l'entraide judiciaire en matière de preuve ».

leur mise en œuvre, même si l'on peut observer un certain rapprochement entre les deux notions.

Sans entrer dans les détails d'une analyse de ces concepts²⁷², on observera que la méthode de la reconnaissance en droit international privé demeure attachée à la fragmentation de l'espace juridictionnel international, à la souveraineté juridictionnelle des Etats que manifeste *l'imperium* du juge à travers la réception du jugement étranger dans l'ordre requis par la procédure d'exequatur,²⁷³ et ce, en dépit de l'assouplissement des conditions de contrôle du juge de l'Etat requis²⁷⁴. Il nous semble que la reconnaissance mutuelle dans l'espace judiciaire européen s'inspire davantage de la construction prétorienne de cette notion développée dans le cadre du marché intérieur.²⁷⁵ La Commission a souligné que la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle dans le marché intérieur « *n'est pas*

²⁷² Sur la reconnaissance, voir notamment : P. LAGARDE : « Reconnaissance, mode d'emploi », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2007 ; P. MAYER : « La distinction des règles et des décisions en droit international privé », *Dalloz*, 1973 ; « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde*, p. 547 ; H. PEROZ : « La réception des jugements étrangers dans l'ordre juridique français », *LGDJ*, 2005.

²⁷³ Rappelons que par la reconnaissance, « *l'Etat requis accueille dans son propre réseau d'autorités et de juridictions les effets que le jugement ou l'acte produit dans le pays d'origine. (...) La reconnaissance a un effet déclaratoire, non constitutif de droits, puisqu'elle se limite à recevoir ce qui a été constitué à l'étranger. N'étant pas créatrice de droits et ayant seulement pour objet la décision étrangère et non le fond du litige, elle ne peut conduire à modifier la décision étrangère, mais seulement à accepter ou à refuser, en tout ou en partie, ce qui a été décidé* » (François RIGAUX, Marc FALLON : « Droit international privé », *Précis de la Faculté de Droit de l'Université Catholique de Louvain*, troisième édition, éditions LARCIER, p 421).

²⁷⁴ Voir le principe d'équivalence s'agissant du contrôle portant sur la compétence législative dans l'arrêt *Munzer* du 7 janvier 1964 (Cass. Civ. 7 janvier 1964, *GA dip*, 4^{ème} éd., n° 41) et l'abandon de la condition du contrôle de la loi appliquée par le célèbre arrêt *Cornelissen* rendu le 20 février 2007 (Cass. Civ. 1^{ère}, 20 février 2007). Si l'atteinte portée à la souveraineté juridictionnelle par la suppression du contrôle de la loi appliquée est manifeste, il n'en demeure pas moins que les conditions auxquelles reste soumise la procédure d'exequatur reflètent la pérennité du pouvoir souverain des juges nationaux sur le plan du droit international privé. Dans l'arrêt *Cornelissen*, la Cour de cassation décide ainsi que « *pour accorder l'exequatur hors de toute convention internationale, le juge français doit s'assurer que trois conditions sont remplies, à savoir la compétence indirecte du juge étranger, fondée sur le rattachement du litige au juge saisi, la conformité de l'ordre public international de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi ; (...) le juge de l'exequatur n'a donc pas à vérifier que la loi appliquée par le juge étranger est celle désignée par la règle de conflit de lois française* ». La réserve précisée par la Cour, « hors de toute convention internationale » exprime clairement que l'allègement ou la suppression de la procédure d'exequatur ne peuvent intervenir que dans un contexte où les Etats se font mutuellement confiance.

²⁷⁵ En l'absence d'une réglementation commune de la production, « *tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché de tout autre Etat membre. Même si elles sont indistinctement applicables aux produits nationaux et importés, des réglementations techniques et commerciales ne peuvent créer des entraves que si elles sont nécessaires pour satisfaire à des exigences impératives, et poursuivent un but d'intérêt général, dont elles constituent la garantie essentielle. Ce but doit être de nature à primer les exigences de la libre circulation des marchandises qui constitue l'une des règles fondamentales de la Communauté* » (CJCE, 20 février 1979, 120/78, *Cassis de Dijon*). Voir également la communication de la Commission sur les suites de l'arrêt *Cassis de Dijon*, *JOCE* n° C-256/2, du 3/10/1980.

d'application strictement automatique, mais (qu') elle est conditionnée par le « droit de regard » qu'exerce l'Etat membre de destination sur l'équivalence du degré de protection offert par le produit qu'il examine par rapport à celui prévu par ses propres règles nationales»²⁷⁶. Rapporté à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale, ce principe d'équivalence nous semble un élément fondamental de la confiance mutuelle et de la compréhension mutuelle sans laquelle la reconnaissance mutuelle ne peut être mise en œuvre. La reconnaissance mutuelle de l'équivalence des autres systèmes juridiques et judiciaires nationaux n'exclut pas l'harmonisation mais en limite la portée aux seules « exigences essentielles ». Elle permet l'expression d'un « droit à la différence » par la reconnaissance mutuelle, entre les juges nationaux, de l'équivalence des garanties offertes par les autres procédures nationales. On peut donc considérer que si le droit international privé et le droit de l'espace judiciaire européen poursuivent l'objectif de coordonner des droits nationaux divergents, « le droit communautaire cherche surtout à neutraliser l'effet de la frontière au sein du marché intérieur et non à en régler les conséquences, comme le droit international privé »²⁷⁷. Ainsi, de l'exception d'ordre public ou du caractère inconciliable de la décision avec une décision rendue dans l'Etat membre requis marquant éventuellement les limites de la reconnaissance dans les règlements Bruxelles I et II bis, on s'achemine vers une exécution de plein droit, une reconnaissance mutuelle absolue dans les règlements postérieurs au Programme de La Haye, comme le règlement 805/2004 du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées,²⁷⁸ une circulation « sans frontières » des jugements, comme le montreront les développements suivants.

85. - Plan de la section. Le règlement (CE) n°44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (dit « Bruxelles I ») constitue le fondement de la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. Il remplace, pour toutes les procédures engagées après le 1^{er} mars 2002, la Convention de Bruxelles de 1968 sur la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. C'est la raison pour laquelle, bien que des questions communes sur les règles de compétences et les principes de reconnaissance mutuelle et de circulation des décisions puissent se poser de façon plus générale, il nous a paru nécessaire de séparer l'étude du règlement Bruxelles I d'abord (§1), celle du règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale (dit « Bruxelles II bis »), ensuite (§2), puis l'analyse de la nouvelle génération de règlements où les schémas sur lesquels sont fondées Bruxelles I et Bruxelles II bis sont dépassés (§3).

²⁷⁶ Voir premier rapport sur l'application du principe de reconnaissance mutuelle dans les marchés de produits et de services.

²⁷⁷ M.-L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE de LA PRADELLE : « Droit international privé », *LGDJ* 2007 p 64.

²⁷⁸ *JOCE* 2004, L 143. Selon son article 5, « une décision qui a été certifiée en tant que titre exécutoire européen dans l'Etat membre d'origine est reconnue et exécutée dans les autres Etats membres, sans qu'une déclaration constatant la force exécutoire soit nécessaire et sans qu'il soit possible de contester la reconnaissance ».

§ 1. - Economie de la confiance mutuelle dans le règlement dit Bruxelles I, règlement n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 22 décembre 2000

86. - Le rapport de la Commission au Parlement européen, au Conseil et au Comité économique et social européen du 21 avril 2009, concernant l'application du règlement Bruxelles I²⁷⁹, fait état d'une appréciation en général positive de cet instrument par les juges et les praticiens. Le règlement serait considéré « comme un instrument hautement performant, qui a facilité les procès transfrontaliers au moyen d'un système efficace de coopération judiciaire reposant sur des règles de compétence complètes, une coordination des procédures parallèles et la circulation des décisions »²⁸⁰. Néanmoins, le rapport établi par les professeurs B. Hess, T. Pfeiffer et P. Schlosser²⁸¹ sur lequel se fonde le rapport de la Commission met en lumière certains dysfonctionnements ou mécanismes susceptibles d'être améliorés qui ont conduit la Commission à lancer une consultation auprès des milieux intéressés dans un Livre vert sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001²⁸² : outre la question de l'opportunité de la suppression de l'exequatur, le rapport de la Commission et le Livre vert abordent le problème du fonctionnement du règlement dans l'ordre juridique international, des questions de compétences, notamment les difficultés soulevées par les règles de litispendance et de connexité, en particulier dans le domaine de la propriété intellectuelle, les élections de for et les difficultés liées à la libre circulation des mesures provisoires. Ces difficultés portent un éclairage particulier sur la coexistence harmonieuse entre culture judiciaire commune et traditions juridiques nationales lorsque la culture commune s'impose comme un droit unifié, sans laisser une marge d'appréciation aux Etats.

Un système uniforme et impératif des règles compétences a conduit la Cour à donner à l'effet utile du règlement Bruxelles I des conséquences extrêmes en ce qui concerne tant l'application dans l'espace de ces règles que les problèmes procéduraux liés à la question des compétences. La rigidité du système tel que compris par la Cour fait produire à l'idée de confiance mutuelle des conséquences discutables et qui éloignent peut être de l'idée de référence à une culture judiciaire européenne faite de compréhension et de reconnaissance mutuelle des systèmes judiciaires différents et fondée sur la coopération entre juges (1). Mais un système plus souple de reconnaissance mutuelle permet à la Cour de chercher à éprouver la confiance mutuelle, dans des conditions conformes à l'idée d'une culture judiciaire européenne faite de confiance partagée et de compréhension mutuelle (2).

²⁷⁹ COM (2009) 174 final.

²⁸⁰ Rapport de la Commission, p 4.

²⁸¹ Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, Study JLS/ C4/ 2005/03 http://ec.europa.eu/dgs/justice_home/evaluation/dg_coordination_evaluation_annexe_en.htm

²⁸² Livre vert sur la révision du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009, COM (2009) 175 final.

1. – Un système uniforme et impératif de règles de compétences : de la confiance mutuelle imposée à la rupture de la confiance ?

87. - *Les conséquences dans l'application dans l'espace des règles de compétence du règlement Bruxelles I.* Le champ d'application matériel du règlement Bruxelles I, concerne les litiges se posant en matière civile et commerciale, à l'exception des matières fiscales, douanières ou administratives, quelle que soit la nature de la juridiction saisie. La notion de matière civile et commerciale a reçu une définition autonome, elle concerne les litiges ne mettant pas en cause l'intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique²⁸³. Si cette définition pose régulièrement des problèmes d'interprétation, compte tenu des divergences nationales en ce domaine²⁸⁴, les difficultés sont accentuées s'agissant de déterminer le champ d'application spatial du règlement, difficultés sur lesquelles la jurisprudence la plus récente de la Cour jette encore un voile de confusion.

En premier lieu, l'interprétation autonome par la Cour de justice des dispositions de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I, la mise en lumière de leur « effet utile » a fait sortir très tôt ces instruments de la logique de compromis et de négociation propre à la coopération intergouvernementale, leur conférant ainsi une application uniforme.

²⁸³ Voir rapport de Marie-Françoise MERCADIER sur le règlement Bruxelles I, en annexe du présent rapport.

²⁸⁴ CJCE, 14 octobre 1976, Affaire 29/76, Rec. 1541 et 14 juillet 1977, affaires jointes 9 et 10/77, *Eurocontrol*, Rec. 1517, points 3 et 5. Dans ces affaires était en cause une action en recouvrement de créances intentée par Eurocontrol (Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne) à l'encontre de la compagnie aérienne allemande L.T.U. La Cour affirme que « pour l'interprétation de la notion « matière civile et commerciale » aux fins de l'application de la Convention du 27 septembre 1968 (...) il convient de se référer non au droit d'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention, et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux ».

Cette jurisprudence a été confirmée de manière constante, voir notamment, CJCE., 16 décembre 1980, *Rüffer*, 814/79, Rec. p. 3807, point 7; 14 novembre 2002, *Baten*, C-271/00, Rec. p. I-10489, point 28; 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, C-266/01, Rec. p. I-4867, point 20, 18 mai 2006, *ČEZ*, C-343/04, Rec. p. I-4557, point 22 ; 15 février 2007, *Lechouritou*, C-292/05, point 29. S'agissant des affaires ne mettant pas en cause l'« intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique », il s'agit, notamment, de « recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme national ou international de droit public en vertu de l'utilisation des installations et services de celui-ci, notamment lorsque cette utilisation est obligatoire et exclusive » ; lorsque « le taux des redevances, les modes de calcul et les procédures de perception sont fixées de manière unilatérale vis-à-vis des usagers ». Cependant, la distinction établie par la Cour entre « matière publique » et « matière civile » n'est pas très nette et dans une décision récente concernant l'application du règlement n° 2201/2003 à une décision de prise en charge et de placement d'un enfant qui relève du droit public en Finlande, la Cour va jusqu'à affirmer que la notion de « matières civiles » « peut même comprendre des mesures qui, du point de vue du droit d'un État membre, ressortissent au droit public » (CJCE, 27 novembre 2007, C-435/06, « C », point 51).

Ensuite, de l'affirmation du caractère impératif des règles de compétence du système de Bruxelles I, la Cour infère leur application à un litige entre un défendeur domicilié dans un Etat membre et un demandeur domicilié dans un pays tiers²⁸⁵ ou à un contentieux dont les critères de rattachement se trouvent dans un pays tiers en vertu de compétences exclusives (articles 22 et 23 du règlement)²⁸⁶.

Depuis l'avis 1/03 du 7 février 2006 rendu à propos de la négociation de la nouvelle convention de Lugano, on sait que la Communauté dispose d'une compétence exclusive sur le plan externe. La justification apportée par la Cour à l'exclusivité des compétences communautaires sur le plan externe repose sur un certain artifice, consistant à considérer le règlement Bruxelles I comme un système complet de règles de compétence directe, et ce, en contradiction avec le renvoi opéré par l'article 4 du règlement aux règles nationales s'agissant des litiges externes. C'est ainsi que dans l'affaire *Owusu*²⁸⁷, le juge anglais avait décidé de faire application de ses règles nationales de compétence directe, les éléments de fait et de preuve du délit se situant sur le territoire d'un Etat tiers. Seul le caractère impératif du système de compétence mis en place par la Convention de Bruxelles I (et par le règlement Bruxelles I) est propre à garantir le respect du principe de sécurité juridique qui constitue l'un des objectifs de ce système²⁸⁸. S'agissant du champ d'application spatial du système Bruxelles I, il n'y a donc pas lieu de distinguer selon que le litige est intracommunautaire ou qu'il concerne un litige entre un Etat membre et un Etat tiers. A cet égard, annonçant l'approche extensive suivie dans l'affaire *Apostolides*²⁸⁹, M. l'Avocat général P. Leger déclarait dans ses conclusions sur l'affaire *Owusu* : « *l'espace judiciaire institué par la convention de Bruxelles est un espace à géométrie variable qui est susceptible – selon les circonstances et les dispositions concernées de ladite convention – d'être réduit à des rapports juridiques impliquant plusieurs Etats contractants ou de se déployer à l'échelle mondiale dans le cadre de litiges se rattachant à un Etat contractant et à un, voire plusieurs Etats tiers* »²⁹⁰. Cette approche extensive est confirmée dans l'arrêt *Apostolides* du 28 avril 2009 dans lequel la Cour affirme que le règlement Bruxelles I s'applique à une décision rendue par une juridiction chypriote siégeant dans la zone effectivement contrôlée par le gouvernement chypriote mais concernant un immeuble situé dans la zone contrôlée par la Turquie.

Or, en l'état actuel, si la Cour s'appuie sur le principe de parallélisme des compétences internes et externes pour transposer, sur le plan externe, l'interprétation rigide des règles de compétences qu'elle développe sur le plan interne, des problèmes identiques risquent de se poser, notamment dans les cas de litispendance ou de l'existence d'une clause attributive de juridiction. Ces difficultés pourraient être encore accentuées si l'on considère que

²⁸⁵ CJCE 13 juillet 2000, C-412/98, *Josi*.

²⁸⁶ Avis 1/03 du 7 février 2006, Convention de Lugano.

²⁸⁷ CJCE 1^{er} mars 2005, *Owusu*, C-281/02.

²⁸⁸ Voir points 37 et 38.

²⁸⁹ CJCE 28 avril 2009, C-420/07.

²⁹⁰ Conclusions présentées le 14 décembre 2004, C-281/02, point 120.

l'application unilatérale du règlement Bruxelles I à des litiges externes prive les Etats membres de toute possibilité de négocier des instruments conventionnels avec les pays tiers, dans un contexte international qui ne repose pas, *a priori*, sur la confiance mutuelle. Il conviendrait de modifier ou d'adapter le règlement Bruxelles I sur plusieurs points²⁹¹.

88. - Les conséquences sur le régime procédural des règles de compétence. En présence de traditions judiciaires divergentes, l'interprétation des critères du système Bruxelles I par les juridictions nationales pourrait conduire à une application variable selon les Etats membres. Pour contourner ces risques, la Cour a écarté, dès les premières décisions concernant la Convention de Bruxelles, le principe de l'interprétation stricte des traités au profit d'une lecture communautaire de la Convention²⁹². Dès lors qu'elle constate une divergence dans l'interprétation des termes de la Convention et du règlement, la Cour écarte donc d'emblée tout renvoi au droit national de l'un ou l'autre des Etats concernés et pose une définition communautaire: « (...) *Cette interprétation (autonome) s'inspire du souci d'assurer dans le cadre du droit communautaire l'égalité et l'uniformité des droits et obligations qui découlent de la Convention pour les Etats contractants et les personnes intéressées ; (...) le principe de la sécurité juridique dans l'ordre communautaire*²⁹³ et les objectifs poursuivis par la Convention en vertu de l'article 220 du traité, sur lequel elle se fonde, exigent une application uniforme dans tous les Etats membres des notions et qualifications juridiques dégagées par la Cour dans le cadre de la Convention »²⁹⁴.

Cette interprétation autonome trouve donc son origine dans la recherche de l'« effet utile » des instruments Bruxelles I et le souci d'assurer le respect des grands principes du droit communautaire que sont l'égalité de traitement et le principe de sécurité juridique. Ces notions autonomes poursuivent donc une fonction, celle de fixer la mesure nécessaire du rapprochement des droits procéduraux nationaux prévue par l'article 65 TCE, dans la perspective d'une application uniforme des instruments du procès dans un cadre européen. La Cour a dégagé des « notions autonomes » concernant quasiment tous les critères posés par la Convention et le règlement relatifs à leur champ d'application (« matière civile et commerciale ») et aux règles de compétence (« matière contractuelle », « créancier d'aliments », « matière délictuelle et quasi-délictuelle », « lieu où le fait dommageable s'est produit », « succursale », « consommateur », ...)²⁹⁵. Mais au-delà de l'application des principes de droit communautaire de l'égalité de traitement et de sécurité juridique, la Cour a ainsi pu poser les fondements du procès équitable : égal accès au juge, égalité des

²⁹¹ Voir le rapport de A. NUYTS : « Study on Residual Jurisdiction », General Report, 3 septembre 2007, http://ec.europa.eu/justice_home/doc_centre/civil/studies/doc_civil_studies_en.htm

²⁹² CJCE 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, 29/76, Rec. p 1553, spé. p 1558.

²⁹³ Souligné par nous.

²⁹⁴ CJCE 14 juillet 1977, *Bavaria Fluggesellschaft c/ Eurocontrol*, affaires jointes 9/77 et 10/77, Rec. 1517, point 4. En ce sens, voir notamment, CJCE 16 décembre 1980, *Riiffer*, 814/79, Rec. p. 3807, point 7; 14 novembre 2002, *Baten*, C-271/00, Rec. p. I-10489, point 28; 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TIARD*, C-266/01, Rec. p. I-4867, point 20, 18 mai 2006, *ČEZ*, C-343/04, Rec. p. I-4557, point 22 ; 15 février 2007, *Lechouritou*, C-292/05, point 29.

²⁹⁵ Pour une analyse plus approfondie de ces notions, voir rapport de Marie-Françoise MERCADIER, sur « l'économie et le fonctionnement du système Bruxelles I » en annexe.

justiciables face au système procédural, prévisibilité des règles de procédure et de compétences.

Cependant, l'uniformisation réalisée par les notions autonomes, qui relèvent d'une approche casuistique et pragmatique, est insuffisante en elle-même à permettre la coexistence harmonieuse du droit commun institué par le règlement Bruxelles I et des traditions procédurales nationales, faute d'une harmonisation, en amont, des règles de conflits de lois ou du droit matériel. S'agissant des conflits de lois, la voie de l'harmonisation a été ouverte avec l'adoption des règlements Rome I et Rome II en matière contractuelle et en matière délictuelle. Un cadre commun de référence en droit des contrats est en cours d'élaboration. L'ensemble de ces règles n'exprime pas, cependant, une cohérence suffisante pour justifier, en l'absence de règles communes de lutte contre les abus procéduraux, l'interprétation rigide des règles de compétence que fait prévaloir la Cour dans les conflits de procédure. Or, c'est sans doute dans le domaine des conflits de procédure que les risques d'abus procéduraux, de course au tribunal déloyale, sont les plus nombreux et que la confiance dans les règles communes est nécessaire. Ainsi, a-t-on pu écrire que « les multiples enjeux substantiels et procéduraux du choix de la juridiction compétente expliquent que les parties tentent de profiter de la disparité des systèmes juridictionnels et d'introduire dans des pays différents des procédures parallèles. »²⁹⁶ Ces risques de « *forum shopping malus* »²⁹⁷ constitueraient un véritable « *fléau du contentieux privé international* ». C'est également en ce domaine que les « armes » procédurales nationales pour combattre ce « *fléau du contentieux* » marquent l'opposition entre les systèmes de *common law*, notamment leurs procédures *anti-suit*²⁹⁸, et les systèmes de droit continental.

Selon le rapport de la Commission sur l'application du règlement Bruxelles I, les règles de compétence seraient appliquées dans un nombre relativement restreint d'affaires, compris entre moins de 1% pour l'ensemble des affaires civiles et 16% dans les régions frontalières. Mais ces statistiques reposent sur des données recueillies entre 2003 et 2005 et elles ne précisent pas le nombre d'affaires portant sur des contentieux relatifs aux conflits de procédure²⁹⁹. Il n'en demeure pas moins que les conflits de procédure constituent l'expression même de la disparité des procédures nationales, les parties étant incitées indirectement à engager une *course au for* pour saisir en premier lieu une juridiction plus favorable à leurs intérêts.

Cela suscite des difficultés particulières en cas de litispendance : régie par les articles 27, 29 et 30 du règlement (articles 21 et 23 de la Convention de Bruxelles), elle suppose qu'un

²⁹⁶ Marie-Laure NIBOYET, Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE: « Droit international privé », *LGDJ* 2007, p. 332.

²⁹⁷ P. de VAREILLES-SOMMIERES : « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Travaux du Comité français de droit international privé (éd. du CNRS)*, 1998-1999, p. 49.

²⁹⁸ Les procédures d'injonction dites « *anti suit* » sont adressées au défendeur en vue de lui faire interdiction d'introduire ou de poursuivre la procédure devant la juridiction étrangère. Si le défendeur ne respecte pas l'injonction, il s'expose à des poursuites pour outrage au tribunal (« *contempt of court* »).

²⁹⁹ Voir page 3 du rapport de la Commission du 21 avril 2009.

même litige (ce qui signifie une identité de parties, d'objet et de cause) est soumis à deux juges différents, ce qui risque d'entraîner une contrariété de décisions et l'impossibilité d'exécuter l'une des décisions rendues.

Contrairement au droit français de la litispendance internationale, il n'appartient pas au juge de vérifier la compétence du juge premier saisi, en faveur duquel il est appelé à se dessaisir si sa compétence est établie. Il doit surseoir à statuer dans l'attente d'une vérification de sa compétence par le juge premier saisi. Cette règle est impérative et se justifie, selon les termes de l'arrêt *Turner* du 27 avril 2004³⁰⁰, par le principe de confiance mutuelle. La Cour affirme ainsi qu'« *il est inhérent à ce principe de confiance mutuelle que, dans le champ d'application de la convention, les règles de compétence de la convention, qui sont communes à toutes les juridictions des Etats contractants, puissent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacune d'entre elles* »³⁰¹. Par conséquent, le principe de confiance mutuelle « (...) *interdit au juge, sauf cas particuliers (...), de contrôler la compétence d'un juge d'un autre Etat contractant* »³⁰².

Or, en pratique, l'interprétation rigide par la Cour des règles relatives à la litispendance peut entraîner des ruptures dans la confiance mutuelle dans trois hypothèses : celle de la combinaison d'une action dénégatoire et de la mise en œuvre de la litispendance, celle dans laquelle le juge second saisi bénéficie d'une compétence exclusive et l'hypothèse dans laquelle le juge second saisi est compétent en vertu d'une clause attributive de juridiction, les deux dernières hypothèses pouvant être regroupées. Ces incertitudes ont conduit dans certaines affaires le juge anglais à utiliser ses instruments nationaux que sont les *injonctions anti-suit*, créant une rupture de la confiance mutuelle.

Les actions dénégatoires, « *qui permettent, éventuellement avant même la naissance du litige, de faire constater par le juge une situation juridique donnée* »³⁰³, peuvent faire ainsi échec par exemple, à une demande en responsabilité intentée par la victime devant un for saisi en second lieu ou à une action en contrefaçon. En admettant de telles actions, il existe un risque certain de *course au for* pour l'assureur ou le contrefacteur souhaitant échapper à la sanction. A cet égard, certains spécialistes en droit de la propriété intellectuelle n'hésitent pas à dénommer ces actions, actions « *torpilles* ». ³⁰⁴ A la suite du rapport présenté par B. Hess, T. Pfeiffer et P. Schlosser³⁰⁵, la Commission consacre des développements spécifiques dans son rapport et dans le Livre Vert, à ce type d'actions dans le domaine de la propriété industrielle : « le contentieux en matière de propriété industrielle est l'un des domaines dans lesquels des parties ont cherché à anticiper l'exercice de la compétence d'une juridiction en engageant

³⁰⁰ CJCE 27 avril 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner*, point 24.

³⁰¹ Point 25 de l'arrêt *Turner*.

³⁰² Point 28 de l'arrêt *Turner*.

³⁰³ H. GAUDEMET-TALLON : « Compétence et exécution des jugements en Europe », *L.G.D.J.*, 2002 ; p. 265.

³⁰⁴ P. VERON, *Rev. du dr. de la propriété intellectuelle*, mars 2001, n° 121, p 4.

³⁰⁵ Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States, *op. cit.*

une procédure devant une autre juridiction qui est généralement, mais pas toujours, incompétente, de préférence dans un Etat où la procédure pour statuer sur la compétence et/ou sur le fond, est lente. De tels stratagèmes (« torpillage ») peuvent être particulièrement abusifs si la première procédure vise à obtenir une déclaration de non-responsabilité, empêchant ainsi efficacement l'autre partie d'engager la procédure au fond devant une juridiction compétente »³⁰⁶. Le « torpillage » peut concerner non seulement une décision déclaratoire mais également le « gel » d'une action en contrefaçon par une demande reconventionnelle fondée sur l'invalidité alléguée du brevet. Et ainsi que le souligne la Commission, « comme la procédure concernant la validité d'un brevet doit être engagée devant les juridictions de l'Etat membre dans lequel le brevet a été enregistré, la juridiction saisie de l'action en contrefaçon est contrainte de surseoir à statuer dans l'attente de l'issue de l'action relative à la validité du brevet. Cela peut entraîner des retards importants »³⁰⁷. Le Livre Vert sur la révision du règlement propose, s'agissant de la coordination des procédures parallèles en contrefaçon, « de renforcer la communication et l'interaction entre les juridictions saisies parallèlement et/ou d'exclure l'application de cette règle en cas de décision déclaratoire négative »³⁰⁸. *En d'autres termes, il s'agirait de faire jouer les mécanismes de coopération entre juges qui pourraient reposer sur le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.* Cette solution, en introduisant une certaine souplesse par le mécanisme du réseau et de la coopération permettrait, selon nous, une coexistence plus harmonieuse des procédures nationales et la lutte contre l'exploitation abusive de leurs disparités. En ce qui concerne la coordination des procédures en contrefaçon et en nullité, la Commission estime que « la création d'un système unifié de règlement des litiges en matière de brevets pourrait remédier aux problèmes, sans qu'il soit nécessaire de modifier le règlement »³⁰⁹. Cette solution nous paraît plus critiquable dans la mesure où un nouvel instrument pourrait contribuer à une fragmentation de l'espace judiciaire.

La deuxième faille du système Bruxelles I peut se révéler *lorsque le juge second saisi est exclusivement compétent en vertu de l'article 22 du règlement ou d'une clause attributive de juridiction*, hypothèse qui se posait dans l'arrêt *Gasser* du 9 décembre 2003³¹⁰. Même dans le cas où cette litispendance est le fruit de manœuvres dilatoires, la Cour réaffirme que « l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent »³¹¹, cette interprétation stricte étant nécessaire à

³⁰⁶ Rapport de la Commission du 21 avril 2009, p 7.

³⁰⁷ Rapport de la Commission du 21 avril 2009, p 8.

³⁰⁸ Livre Vert, *op. cit.* p 6.

³⁰⁹ Livre Vert, *op. cit.* p 7.

³¹⁰ CJCE, 9 décembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH et MIS AT Srl, RCDIP* 2004, note H. MUIR WATT, D. 2004. 1046, note BRUNEAU, *Europe* février 2004. 22 note L. IDOT .

³¹¹ Point 54 de l'arrêt *Gasser*.

assurer la sécurité juridique et la protection de la partie jugée plus vulnérable, la réalité de son consentement devant être vérifiée par le juge premier saisi³¹². Comme l'écrit Horatia Muir-Watt³¹³, « (...) on voit poindre (...) dans la justification donnée par la Cour à la priorité du critère chronologique de l'article 21, une certaine suspicion à l'égard du juge élu (...) Cependant, outre le fait qu'il n'est pas démontré pourquoi, dans un système fondé sur la confiance mutuelle et sur la faveur aux élections de for, le juge élu ne serait pas lui-même qualifié pour déjouer les abus, il semble bien que les comportements déloyaux sont largement encouragés par la primauté du critère chronologique. L'objectivité que présenterait celui-ci est largement sujette à caution ».

On comprend aisément que ces abus de procédures aient réveillé des réflexes nationalistes et le juge anglais n'a pas tardé à utiliser les **procédures d'injonction « anti suit »** pour contrer l'ouverture d'une procédure à l'étranger avec l'intention déloyale d'entraver une procédure déjà pendante³¹⁴ ou pour protéger la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage, pourtant exclue du champ d'application de la Convention et du règlement Bruxelles I³¹⁵. Dans les deux cas, la Cour s'est opposée à la mise en œuvre de procédures *anti-suit*, celles-ci étant contraires au principe de confiance mutuelle en vertu duquel un juge n'est pas autorisé à contrôler la compétence du juge d'un autre Etat contractant³¹⁶. L'interdiction découlant d'une procédure d'injonction *anti suit*, a pour effet, selon la Cour « de porter atteinte à la compétence de (cette juridiction) pour résoudre le litige. En effet, dès lors que le demandeur se voit interdire d'intenter une telle action par une injonction, force est de constater l'existence d'une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle, avec le système de la convention »³¹⁷. Dans le même sens, confirmant les positions de Mme l'Avocat général Juliane Kokott³¹⁸, la Cour a décidé, dans l'arrêt du 10 février 2009³¹⁹, que « l'adoption, par une juridiction d'un Etat membre, d'une

³¹² Point 50 de l'arrêt *Gasser*.

³¹³ H. MUIR-WATT : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale » in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », Anne-Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), *Dalloz*, « Actes », 2004, p.1 et s., spéc. p 4.

³¹⁴ CJCE 27 avril 2004, C-159/02, *Gregory Paul Turner*, op. cit. Voir *Rev. crit. DIP* 2004.654, note H. MUIR WATT ; R. CARRIER, « Anti suit injunction: la C.J.C.E. met fin à un anachronisme (à propos de l'arrêt de la CJCE du 27 avril 2004) », *DMF*, 2004. 403.

³¹⁵ CJCE, 10 février 2009, C-185/07, *Allianz SpA c/ West Tankers*.

³¹⁶ *Ibidem*, points 25 et 26.

³¹⁷ *Ibidem*, point 27.

³¹⁸ Conclusions de Mme Juliane KOKOTT, 4 septembre 2008, *Allianz SpA c/ West Tankers*, C-185/07. Dans ses conclusions, Mme l'Avocat général, se fondant sur l'arrêt *Turner*, avait proposé à la Cour de statuer dans le sens suivant : « *Le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, s'oppose à l'injonction par laquelle une juridiction d'un Etat membre interdit à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure judiciaire dans un autre Etat membre au motif qu'une telle procédure viole, de l'avis de cette juridiction, une convention d'arbitrage* ».

³¹⁹ CJCE 10 février 2009, C-185/07, *Allianz SpA c/ West Tankers*.

injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre Etat membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

Or, la « sacralisation » de l'exclusivité de la compétence du juge premier saisi n'est-elle pas susceptible d'entraîner le système Bruxelles I vers une dérive, celle de favoriser des comportements stratégiques³²⁰ ? En ôtant précisément tout effet utile aux clauses attributives de juridiction ou aux clauses d'arbitrage, c'est l'insécurité juridique et la défiance qu'un tel système engendre. Dans son raisonnement, la Cour de justice se fonde sur la prémisse qu'il existe, au préalable, une confiance mutuelle sur laquelle repose le système Bruxelles I. Or, comme cela a été souvent souligné, la confiance mutuelle ne se décrète pas et ajouterons-nous, elle doit se nourrir de la conviction partagée par les juges que les exigences procédurales minimales sont respectées. Comme l'observe Horatia Muir-Watt³²¹, un tel système ignore une « véritable culture du fédéralisme », respectueuse de la diversité. Le système Bruxelles I serait centré sur un critère, celui de l'efficacité, de l'« effet utile ». Or, un tel critère « focalise » et il conviendrait de « réintroduire un paramètre culturel »³²². Tout d'abord, il serait nécessaire de neutraliser les actions dénégatoires qui, en l'état actuel, confèrent à leurs auteurs malveillants un « droit absolu d'accès à la justice »³²³. Ensuite, la confiance mutuelle s'accorderait davantage avec un mécanisme de réseau dont les juges seraient les régulateurs, ce qui conduirait à rechercher des solutions dans un modèle coopératif, au-delà de l'élaboration d'une notion commune de l'abus, comme l'ont suggéré, notamment, Arnaud Nuyts³²⁴ et Marie-Laure Niboyet³²⁵. Ce modèle pourrait s'inspirer du projet de Convention mondiale sur la compétence internationale et les effets des jugements de la Conférence de La Haye³²⁶ : « Le système est le suivant. En principe, le juge saisi en second doit se désister au profit du juge premièrement saisi. Mais le principe ne s'applique pas, si le juge saisi en premier, à la demande de l'une des parties, estime que des

³²⁰ En ce sens, voir l'intervention du professeur Horatia MUIR-WATT au colloque d'Aix-en-Provence des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les Cahiers de méthodologie juridique, *PUAM* janvier 2010.

³²¹ Intervention au colloque des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », *op. cit.*

³²² *Ibidem.*

³²³ *Ibidem.*

³²⁴ A. NUYTS : « L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé) », *Bruylant, LGDJ*, 2003.

³²⁵ Marie-Laure NIBOYET : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) » in *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 631 du 15/12/2005, *Communication*.

³²⁶ Avant-projet de convention sur la compétence et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la commission spéciale le 30 octobre 1999.

circonstances exceptionnelles font apparaître que c'est en réalité le juge saisi en second, qui est le mieux placé pour statuer sur le litige³²⁷. Le mécanisme permet l'articulation de deux décisions prises séparément par les deux juges concernés. L'un sursoit à statuer en attendant la décision prise par l'autre d'accepter de se saisir du litige³²⁸. Un autre critère d'assouplissement consisterait à établir un mécanisme proche de celui de l'article 15 du règlement Bruxelles II bis qui prévoit ainsi le renvoi exceptionnel de l'affaire par le juge saisi à une juridiction mieux placée. Un tel système pourrait être renforcé en prenant appui sur le Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale et en favorisant la coopération entre juges. Cette piste est évoquée dans le Livre Vert sur la révision du règlement Bruxelles I, d'une manière assez laconique : « en ce qui concerne le fonctionnement général de la règle de litispendance, il conviendrait d'examiner si le renforcement de la communication et de l'interaction entre les juridictions saisies de procédures parallèles et/ou l'exclusion de l'application de cette règle en cas de décision déclaratoire négative pourraient remédier aux problèmes actuels ». Cependant, le rapport de B. Hess, T. Pfeiffer, et P. Schlosser³²⁹, constate des tensions importantes, dans tous les Etats membres consultés, découlant de l'interprétation rigide par la Cour des règles de litispendance et propose l'introduction de mécanismes correcteurs fondés sur une coopération entre les juges saisis.

2. - La prise en compte « du paramètre culturel »³³⁰ dans les mécanismes de reconnaissance mutuelle : L'émergence d'une culture judiciaire commune par la convergence des principes du « procès équitable »

89. - Les considérations qui précèdent expriment que le seul jeu des forces centripètes est inapte à engendrer une culture judiciaire commune. L'effet pervers le plus remarquable d'un tel système est la méfiance qu'il inspire. Les mécanismes de reconnaissance mutuelle qui permettent une circulation en réseau du concept de procès équitable démontrent que c'est par l'ouverture, la communication dans l'espace judiciaire européen, que s'édifie une culture judiciaire commune, dans la confiance mutuelle et la compréhension mutuelle, celle-ci tenant en partie dans une acceptation des différences. La notion de « procès équitable » a été intégrée dans l'espace judiciaire européen, sur les plans vertical et horizontal. Le concept de « procès équitable » a été intégré, de manière verticale « descendante »³³¹, dans les ordres juridiques des Etats membres, ses composantes (droit au juge, délai raisonnable, droit à l'exécution...) étant inscrites dans les règlements en matière de coopération judiciaire civile et commerciale. Mais on ne peut négliger le fait que ce concept était déjà présent, sous cette dénomination ou une autre, dans les ordres juridiques

³²⁷ Article 21 de l'avant-projet de convention mondiale de La Haye.

³²⁸ Marie-Laure NIBOYET : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », op. cit.

³²⁹ Report on the Application of Regulation Brussels I, op cit, p 180 et s.

³³⁰ H. MUIR-WATT, intervention au colloque des 16 et 17 janvier 2009, Aix-en-Provence, op. cit.

³³¹ Sur la notion d'intégration verticale ascendante et descendante, voir notamment Mireille DELMAS-MARTY (dir.), *Critique de l'intégration normative*, PUF, « les voies du droit », 2004.

et procédurales des Etats membres, de par leur adhésion à la Convention européenne des droits de l'homme et aux instruments internationaux de protection des droits de l'homme. Cette intégration verticale et horizontale du concept de « procès équitable » constitue le ferment de la confiance mutuelle. Elle institue cet « *a priori* », cette présomption que chaque système procédural offre des garanties équivalentes au justiciable, en vertu desquelles les jugements étrangers vont pouvoir circuler et être exécutés sur le territoire national, en dépit de l'absence d'harmonisation des procédures.

La confiance dans le procès européen concerne tout d'abord la protection des droits fondamentaux dégagée dans le cadre de la mise en œuvre des libertés du Marché intérieur, édifiant progressivement un ordre public communautaire. La considération de cet ordre public communautaire pénètre le procès européen par le biais du principe de primauté, et connaît une expansion corrélative à celle de la citoyenneté. Il n'y a pas dissociation de l'ordre public communautaire dans le cadre du Marché intérieur et de l'ordre public communautaire dans la circulation des jugements, mais interconnexion. Cet ordre public communautaire se nourrit de la Convention européenne des droits de l'homme mais pas de manière exclusive. Si la Cour a souligné que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect* », elle précise que ces droits découlent « *des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les Etats membres ont coopéré ou adhéré* » et que « *la CEDH revêt, à cet égard, une signification particulière* »³³². Elle rappelle que le Pacte international relatif aux droits civils et politiques « *figure au nombre des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme dont elle tient compte pour l'application des principes généraux du droit communautaire* »³³³ ainsi que la Convention relative aux droits de l'enfant. Au fil de sa jurisprudence, la Cour a pu ainsi reconnaître le droit à la liberté d'expression, le droit à la vie privée, l'intérêt supérieur de l'enfant.

L'ordre public communautaire s'intègre dans l'espace judiciaire civil dans l'interprétation des motifs, prévus par l'article 34 du règlement, qui pourraient être opposés par le juge de l'Etat requis pour refuser cette reconnaissance : contrariété de la décision à l'ordre public de l'Etat requis, absence de notification en temps utile de l'acte introductif d'instance au défendeur défaillant, caractère inconciliable de la décision avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat membre requis. Il convient de relever que le règlement Bruxelles I a considérablement simplifié la procédure d'exequatur par rapport à la Convention de Bruxelles. C'est au greffier en chef du tribunal de grande instance que revient désormais la « constatation de la force exécutoire » du jugement, au terme d'un contrôle de régularité formelle du jugement dont l'exécution est demandée : applicabilité du règlement, respect des droits de la défense en cas de jugement par défaut. Mais la principale

³³² Voir, notamment, arrêt du 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925, point 41; avis 2/94 du 28 mars 1996, Rec. p. I-1759, point 33; arrêts du 6 mars 2001, *Connolly/Commission*, C-274/99 P, Rec. p. I-1611, point 37; du 22 octobre 2002, *Roquette Frères*, C-94/00, Rec. p. I-9011, point 25; du 12 juin 2003, *Schmidberger*, C-112/00, Rec. p. I-5659, point 71, et du 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, point 33.

³³³ Voir, notamment, arrêts du 18 octobre 1989, *Orkem/Commission*, 374/87, Rec. p. 3283, point 31; du 18 octobre 1990, *Dzodzi*, C-297/88 et C-197/89, Rec. p. I-3763, point 68, et du 17 février 1998, *Grant*, C-249/96, Rec. p. I-621, point 44).

innovation concerne l'inversion du contentieux : priorité est donnée à la décision d'exequatur, à charge, pour le défendeur d'élever le contentieux en appel.

En pratique, selon le rapport de la Commission sur l'applicabilité du règlement du 21 avril 2009, « en ce qui concerne la procédure d'exequatur existante, l'étude générale montre que, lorsque la demande est complète, la procédure en première instance devant les juridictions des Etats membres tend à durer, en moyenne, de sept jours à quatre mois. Toutefois, lorsque la demande est incomplète, la procédure est plus longue. Les demandes sont souvent incomplètes et les autorités judiciaires demandent des informations complémentaires, en particulier des traductions. Il est accédé à la plupart des demandes de déclaration constatant la force exécutoire (entre 90% et 100 %). Seulement 1 à 5% des décisions font l'objet d'un recours »³³⁴. Les recours les plus fréquents seraient fondés sur l'absence de signification ou de notification correcte (article 34§ 2). Le motif d'ordre public est fréquemment invoqué, mais rarement accepté par les juridictions. Il n'en demeure pas moins que la mise en œuvre de la clause d'ordre public comme motif de non reconnaissance des jugements étrangers a contribué, pour une large part, à l'émergence de principes communs au procès européen en matière civile.

La Cour a affirmé de manière constante que « *la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels* »³³⁵. Par conséquent, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat membre, il lui incombe néanmoins « *de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat contractant* »³³⁶. Partant, la réserve de l'ordre public n'est admissible que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental³³⁷. La prohibition de la révision au fond de la décision étrangère a pour conséquence que l'atteinte à l'ordre public de l'Etat requis ne peut viser que la violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique³³⁸. Or, la Cour a affirmé dans l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000 que, dans la considération de cet ordre public de fond, entre également en compte, outre l'ordre public de l'Etat requis, la protection des droits fondamentaux de la Communauté³³⁹. Par conséquent, les droits fondamentaux faisant partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour en déduit qu'une juridiction a le droit de refuser de reconnaître un jugement qui a été élaboré en violation manifeste de ces droits. Il y a donc bien intégration

³³⁴ Rapport de la Commission, *op. cit.* p 4.

³³⁵ CJCE 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, Rec. p. I-2237, point 20, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935, point 21, 11 mai 2000, *Renault*, C-38/98, Rec. p. I-2973, point 26.

³³⁶ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, point 23, 11 mai 2000, *Renault*, point 28.

³³⁷ Arrêts *Krombach*, point 37, et *Renault*, point 30.

³³⁸ *Ibidem*.

³³⁹ CJCE 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, point 40.

verticale des droits fondamentaux dans l'ordre du procès européen (de l'ordre communautaire du Marché intérieur, de la Convention européenne des droits de l'homme et des instruments internationaux de protection des droits de l'homme s'intégrant en vertu du principe de primauté) et circulation en réseau, horizontale de ces droits entre les espaces, par un phénomène d'acculturation.

Progressivement, l'intégration dans le procès européen du concept de « procès équitable » conduit à l'émergence d'un ordre public de procédure. Les éléments du procès équitable apparaissent en ordre dispersé dans les divers règlements en matière de coopération judiciaire civile. Mais les interprétations relatives à leurs difficultés d'application posent les strates d'un véritable ordre communautaire procédural. Une lecture transversale des règlements et de leur interprétation par la Cour fait apparaître les principes suivants : égalité des justiciables dans l'accès à la justice, le déroulement du procès et dans l'exécution du jugement, égalité des armes qui implique la recherche d'un équilibre entre le droit d'accès à un juge, un délai d'instruction raisonnable et les droits de la défense (droit de prendre une connaissance effective de l'acte introductif d'instance, en temps utile et de manière, pour le défendeur, à pouvoir assurer sa défense ; la possibilité de pouvoir prendre connaissance de l'acte peut requérir une traduction)³⁴⁰.

Par ailleurs, l'arrêt *Apostolides*³⁴¹ consacre le droit à l'exécution du jugement du point de vue formel quand bien même cette décision ne pourrait concrètement être exécutée en raison de circonstances politiques.

Par conséquent, l'arrêt *Pordéa* rendu par la Cour de cassation française le 16 mars 1999³⁴² a, d'une certaine manière, révélé un ordre public procédural communautaire qui existait déjà, dans les textes. Le mérite de cet arrêt qui concernait le paiement d'une *cautio judicatum solvi*, est d'avoir officiellement consacré d'une part, l'accès au juge comme relevant de l'ordre public procédural international et, d'autre part, l'extension du contrôle de l'ordre public à l'ordre public procédural. La Cour de justice a retenu cette conception large de l'ordre public incluant l'ordre public procédural dans l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000 concernant une action civile exercée dans le cadre d'un procès pénal. Cette affaire a été l'occasion pour la Cour de définir le contenu du droit fondamental à un procès équitable. Ce droit exige que le défendeur puisse assurer sa défense de manière effective, qu'il puisse être entendu à tous les stades de la procédure, s'exprimer à un degré suffisant sur tous les faits et points de droit pertinents et présenter des offres de preuves.

L'affaire *Marco Gambazzi*³⁴³, rendue le 2 avril 2009, enrichit la notion de procès équitable avec la question des sanctions à l'encontre de personnes qui ne se conforment pas à des injonctions juridictionnelles. La Cour commence par rappeler le nécessaire caractère

³⁴⁰ Voir notamment CJCE 8 novembre 2005, C-443/03, *Leffler* ; 9 février 2006, C-473/04, *Plumex*, 14 décembre 2006, *ASML*, C-283/05.

³⁴¹ CJCE 28 avril 2009, C-420/07.

³⁴² Civ. 1^{ère} 16 mars 1999, *D.* 1999, I.R. 101 ; chron. H. MUIR-WATT, *RGDP* 1999.767.

³⁴³ CJCE 2 avril 2009, C-394/07.

contradictoire de la procédure : « (...) les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires (doivent se dérouler) dans le respect des droits de la défense. Toutefois, (...) il suffit, pour que de telles décisions entrent dans le champ d'application de ladite convention, qu'il s'agisse de décisions judiciaires qui, avant le moment où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées dans un Etat autre que l'Etat d'origine, ont fait, ou étaient susceptibles de faire, dans cet Etat d'origine, l'objet, sous des modalités diverses, d'une instruction contradictoire (arrêt du 21 mai 1980, Denilauler, 125/79, Rec. p. 1553, point 13) »³⁴⁴ et le respect des droits de la défense.³⁴⁵ Elle en déduit que l'exclusion du défendeur de toute participation à la procédure constituerait « la restriction la plus grave possible apportée aux droits de la défense. Par conséquent, une telle restriction doit répondre à des exigences très élevées pour ne pas être considérée comme une atteinte manifeste et démesurée à ces droits »³⁴⁶. Par conséquent : « L'article 27, point 1, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (...) doit être interprété de la façon suivante :

le juge de l'Etat requis peut tenir compte, au regard de la clause de l'ordre public visée à cet article, du fait que le juge de l'Etat d'origine a statué sur les prétentions du demandeur sans entendre le défendeur, qui s'était régulièrement constitué devant lui mais qui a été exclu de la procédure par une ordonnance au motif qu'il n'avait pas satisfait à des obligations imposées par une ordonnance prise antérieurement dans le cadre de la même procédure, lorsque, au terme d'une appréciation globale de la procédure et au vu de l'ensemble des circonstances, il lui apparaît que cette mesure d'exclusion a constitué une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à être entendu ».

De l'affirmation par la Cour d'un ordre public communautaire, on s'achemine donc vers la communautarisation de l'ordre public procédural. A cet égard, Pascal de Vareilles-Sommières³⁴⁷, considère qu'« au-delà du droit au procès équitable consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme, et auquel, dans l'affaire Krombach, la Cour de justice des Communautés européennes se réfère expressément dans le cadre du contrôle de l'ordre public, il apparaît que la Cour, en décidant que le juge de l'Etat requis peut tenir compte, dans son contrôle de conformité à l'ordre public international, du fait que le juge de l'Etat d'origine a refusé au défendeur le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement, a bien précisé les exigences proprement communautaires en matière d'ordre public international de procédure. On perçoit ici, non pas seulement un principe européen s'inscrivant dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais bien un principe communautaire s'inscrivant dans le droit international privé communautaire ».

90. - Conclusion. Au vu des considérations précédentes, à la question posée par le Livre Vert sur la révision du règlement Bruxelles I de l'opportunité de supprimer l'exequatur, nous répondrions de manière négative. Le rapport de la Commission admet que les procédures d'exécution se déroulent dans des délais raisonnables, à l'exception de

³⁴⁴ Point 23 des motifs.

³⁴⁵ Point 28 des motifs.

³⁴⁶ Point 33 des motifs.

³⁴⁷ P. de VAREILLES-SOMMIERES : « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, op. cit. p. 91, spéc. p. 101.

juridictions encombrées. Il n'est pas certain que la suppression de l'exequatur accélérerait la procédure auprès de ces juridictions dont l'encombrement peut tenir à d'autres facteurs. Par ailleurs, le motif d'ordre public est rarement retenu mais il a permis de poser, dans l'ordre juridique communautaire, les bases du procès équitable. La notion de « procès équitable », à travers ses cheminements successifs, par les voies de l'intégration et du réseau, produit un phénomène de *feed-back* dans le développement d'une culture judiciaire commune et de la confiance mutuelle. On pourrait rapprocher son rôle moteur de celui que la notion d'« intérêt commun » a joué dans l'achèvement du Marché intérieur.

La notion de « procès équitable » montre aussi l'intérêt des mécanismes souples de coopération et de réseau dans lesquels les juges nationaux apparaissent véritablement comme les régulateurs. Le rôle d'impulsion donné par la Cour de cassation est significatif à cet égard. Comme le constate Pascal de Vareille-Sommières³⁴⁸, « en précisant les exigences procédurales qui ne pourront être opposées au titre de l'ordre public international par un Etat membre aux jugements provenant d'un autre Etat membre, la Cour sera conduite à préciser, indirectement mais automatiquement, à l'Etat membre d'origine du jugement les solutions procédurales qu'il pourra retenir dans l'élaboration de son jugement et qu'un autre Etat membre ne pourra lui reprocher au stade de la reconnaissance ou de l'exécution sur son territoire du jugement en question. Se constituera ainsi une sorte de fonds procédural conforme au droit communautaire de l'ordre public international en même temps qu'un rebut rempli des solutions procédurales incompatibles avec les exigences de ce droit ». La confiance mutuelle est appelée ainsi à se renforcer sur plusieurs plans. Les exigences procédurales communautaires ainsi identifiées sont susceptibles de favoriser la réforme de dispositions procédurales nationales « mises à l'index » de l'espace judiciaire européen et, par un effet de synergie, de développer cette certitude sans laquelle la confiance n'existe pas, que les garanties fondamentales du droit à un procès équitable sont respectées par l'Etat d'origine. Par une interaction de l'intégration normative réalisée par la notion communautaire d'« ordre public international » et de la logique de réseau, l'espace judiciaire civil tend vers une modélisation du procès européen.

Par ailleurs, les défendeurs méritent une protection et, comme le fait observer le professeur M.-L. Niboyet³⁴⁹, « les irrégularités dont sont porteuses les procédures transfrontières sont loin d'être négligeables (...). Ce n'est d'ailleurs nullement une entorse au principe de confiance mutuelle mais simplement la constatation que le contentieux privé transfrontière offre de multiples occasions aux plaideurs de tenter de profiter de l'éloignement de l'autre partie pour chercher à abuser le juge en lui livrant une présentation fallacieuse des faits ». A une justice du Marché intérieur, de l'économie pourrait se substituer une « économie de la justice »³⁵⁰, privilégiant l'efficacité et la circulation des décisions au détriment de la protection des droits fondamentaux. La réserve de l'ordre public, l'émergence d'un droit au

³⁴⁸ P. de VAREILLE-SOMMIERES : « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », op. cit. p. 91, spé. p. 102.

³⁴⁹ M.L. NIBOYET, G. de GEOUFFRE DE LA PRADELLE : « Droit international privé, op. cit. p. 508.

³⁵⁰ L. CADIET : « Introduction générale » in « Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation », Colloque du CREDA, 2007, p. 15, disponible sous : <http://www.creda.ccip.fr>

procès équitable communautaire à laquelle elle participe, constitue cette « marge d'appréciation » pour les Etats, cette « marge d'interprétation » pour les juridictions nationales qui conduisent à une culture judiciaire commune par une « convergence dans l'affrontement »³⁵¹. Comme l'écrit Guy Canivet, loin de constituer une entrave à la libre circulation des décisions nationales, l'exception d'ordre public exercerait une fonction constructive dans l'Europe judiciaire. Ce mécanisme constituerait « une véritable pierre angulaire de la mise en place de cet espace de justice promis par le traité d'Amsterdam. Relais des exigences des normes supranationales, l'ordre public incite en même temps à un dialogue comparatif exigeant »³⁵².

§2. – Economie de la confiance mutuelle en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale : le règlement Bruxelles II bis

91. - Le règlement dit « Bruxelles II bis » (règlement n° 2201/2003 du 27 novembre 2003) *relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale* est en vigueur depuis le 1^{er} mars 2005 et remplace le règlement CE 1347/2000 du 29 mai 2000 dit « Bruxelles II ». Pour une part très importante, le règlement « Bruxelles II bis » n'est pas un instrument de réalisation de l'unité dans et par la diversité des cultures juridiques nationales. Il crée un droit unifié de la compétence juridictionnelle en matière de litiges transfrontaliers concernant les matières matrimoniales et la responsabilité parentale. Mais cela n'implique pourtant pas que le gène du « droit commun », celui de l'union par l'uniformité ait complètement effacé toute influence du gène de la culture commune, celui de l'union dans le respect des différences.

92. - *Un droit unifié de la compétence juridictionnelle en matière de litiges transfrontaliers concernant les matières matrimoniales et la responsabilité parentale.* Précisons que, lorsque certains commentateurs présentent le règlement « Bruxelles II bis » comme le droit commun de l'Union européenne en matière de litiges transfrontières concernant les questions matrimoniales et la responsabilité parentale, l'expression « droit commun » ne renvoie pas tout à fait au contenu qu'on lui donne dans la tradition juridique française³⁵³. Si l'on entend par droit commun la norme applicable à titre résiduel lorsqu'une norme de droit spéciale n'a pas vocation à régir une situation, il faut bien admettre que ce sont les droits nationaux qui assument cette fonction de normes résiduelles en la matière. Ainsi, lorsqu'aucune juridiction d'un Etat membre n'est compétente en vertu des dispositions du règlement « Bruxelles II bis » (article 8 à 13), celui-ci renvoie aux règles de compétence prévues dans chaque Etat membre.

Mais, dans ce contexte, l'expression « droit commun » est employée selon un sens beaucoup plus fort. Elle signifie à la vérité que les Etats membres qui appliquent le

³⁵¹ Guy CANIVET : « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », XVI^{ème} Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 14-20 juillet 2002.

³⁵² Guy CANIVET, *ibidem*, p 8.

³⁵³ Rappr. A. RICHEZ-PONS, « Les règles de compétence énoncées par le règlement Bruxelles II bis », *AJ Famille*, n° 7-8/2005, p. 256 s.

règlement sont désormais dotés, en matière matrimoniale, d'un véritable droit unifié de la compétence juridictionnelle pour les litiges transfrontières. Les chefs de compétence, énoncés aux articles 3 à 5 du règlement, sont impératifs pour les Etats membres, de sorte qu'un époux ne peut être attiré devant les juridictions d'un autre Etat membre que celui désigné par les textes.

Au demeurant, la jurisprudence française n'a guère tardé à tirer toutes les conséquences de ce caractère impératif des règles de compétence édicté par le règlement « Bruxelles II bis », en considérant que le juge national devait relever d'office l'application du règlement³⁵⁴.

Le gène du « droit commun » n'est pas du tout un gène dormant, une potentialité qui se réalisera peut-être un jour, c'est un gène actif qui programme la compétence internationale selon un déterminisme inéluctable. Certes, les traditions juridiques des Etats membres ont été consultées pour élaborer ces règles communes de compétence et c'est ainsi que le choix a été fait de donner un caractère prépondérant au critère de la résidence habituelle des époux en matière matrimoniale, de la résidence habituelle de l'enfant en matière de responsabilité parentale. Cependant, une fois fait, le choix des chefs de compétence n'admet plus que les exceptions énoncées par le règlement lui-même, dans le détail desquelles nous n'entrerons pas, si ce n'est pour signaler la souplesse du renvoi possible à une juridiction « mieux placée pour connaître de l'affaire » (article 15). Cette souplesse n'est de toute manière que la souplesse programmée dans le droit commun unifié de la compétence internationale au sens de l'Union européenne. A cet égard, la place laissée à la diversité des droits nationaux par les articles 7 (en matière matrimoniale) et 14 (en matière de responsabilité parentale) du règlement est, comme on l'a dit, résiduelle, subsidiaire même plus exactement, puisqu'elle ne demeure que dans les cas où les règles prévues par le règlement n'ont pas permis de fonder la compétence des juridictions d'un Etat membre.

La Cour de justice rappelle d'ailleurs que, dès lors que la compétence des juridictions d'un Etat membre est justifiée au regard d'une des dispositions du règlement, il n'est absolument pas possible aux juridictions d'un autre Etat membre de se déclarer compétentes en vertu des dispositions de leur droit national³⁵⁵. Ainsi sont déjoués les comportements procéduriers opportunistes consistant par exemple pour un époux à essayer de « court-circuiter » la compétence impérative du juge saisi par l'autre en vertu du règlement, en portant lui-même une action devant le juge d'un autre Etat³⁵⁶.

Il n'en demeure pas moins que la multiplicité des chefs de compétences (au nombre de sept)³⁵⁷ combinant de manière alternative et non hiérarchisée les critères de la résidence

³⁵⁴ Comp. Cass. 1^{ère} civ. du 22 février 2005, *Rev. Crit. DIP*, 2005, p. 515, obs. E. PATAUT ; 12 déc. 2006, *AJ Famille*, 2007, p. 226, obs. A. BOICHE, 25 avril 2007, *D. 2007*, p. 1431.

³⁵⁵ CJCE 29 novembre 2007, *Sundelind Lopez*, C-68/07, *Europe* janvier 2008, comm. 27, obs. L. IDOT. CJCE 11 juillet 2008, *Rinau*, C-195/08, point 50.

³⁵⁶ Rapp. Cass., 1^{ère} civ. 28 novembre 2007, *AJ Famille* 2008, p. 212, obs. A. BOICHE, où le juge saisi de la sorte n'était pas un juge d'un Etat membre, mais une juridiction algérienne.

³⁵⁷ Voir article 3 du règlement Bruxelles II bis.

habituelle et celui de la nationalité, constituent une véritable incitation à une *course au for*, au *forum shopping*. Ainsi, par exemple, si un couple franco-irlandais résidant en France décide de divorcer, plusieurs fors sont envisageables : si l'épouse rentre en Irlande, les époux pourront demander le divorce soit en Irlande, soit en France avec des conséquences différentes selon que la loi irlandaise ou la loi française sera applicable. Contrairement à la loi française, la législation irlandaise autoriserait un divorce par consentement mutuel après quatre années de séparation³⁵⁸.

L'affaire C-168/08³⁵⁹ actuellement pendante montre comment « l'aveuglement [du règlement] face aux conflits de lois » ou sa « négation des conflits de lois », critiqués par la doctrine, peuvent effectivement favoriser une course au tribunal entre les époux. Au lieu de réfléchir à tête reposée avant d'introduire une procédure de divorce, des époux en désaccord risquent d'être incités à saisir rapidement l'une des juridictions compétentes afin de s'assurer les avantages du droit matériel du divorce applicable en vertu du droit international privé du for³⁶⁰. On peut supposer, comme le soutient l'épouse dans cette affaire, que le mari, bien qu'ayant la double nationalité franco-hongroise et ayant vécu vingt ans en France, n'a saisi la juridiction hongroise qu'en vue de se soustraire aux conséquences d'un divorce pour faute en France, s'étant rendu coupable de violences conjugales répétées. Néanmoins, l'avocat général fait prévaloir l'objectif communautaire du règlement, celui de la libre circulation des personnes,³⁶¹ qui implique que des personnes « qui ont exercé leur droit de libre circulation, puissent choisir le for de façon flexible »³⁶². Par conséquent, « il serait inapproprié de compenser l'absence de règles de conflit uniformes par une interprétation des règles de compétence existantes qui irait à l'encontre de leurs objectifs et de leur économie ».

³⁵⁸ Communication de Mme Monique PAPON au Sénat sur « le Livre vert relatif au divorce et sur le Livre vert relatif aux successions et testaments », « justice et affaires intérieures », réunion du 11 avril 2006.

³⁵⁹ Conclusions de l'Avocat général Juliane KOKOTT, 12 mars 2009, C-168/08, *Iaszlo Hadadi c/ Csilla Marta Mesko*, point 47. En l'espèce, deux ressortissants hongrois, après leur mariage en Hongrie, ont émigré en France où ils ont acquis la nationalité française. Vingt ans plus tard, l'épouse déclare avoir été la victime de violences répétées de la part de son mari et après leur séparation, le mari introduit une demande en divorce auprès d'un tribunal hongrois, procédure dont l'épouse souligne n'en avoir eu connaissance que six mois plus tard. Ce tribunal prononce le divorce par jugement définitif alors qu'entre-temps, l'épouse a introduit une demande de divorce pour faute devant la juridiction française. Le juge aux affaires familiales ayant déclaré sa demande irrecevable, l'épouse interjette appel auprès de la Cour d'appel de Paris qui fait droit à sa demande. Le conjoint forme un pourvoi en cassation et la juridiction suprême forme un renvoi préjudiciel portant sur l'interprétation de ce règlement.

³⁶⁰ En effet, l'article 19 du règlement établit une règle de priorité : la juridiction saisie en premier lieu est compétente en cas de saisine de deux juridictions.

³⁶¹ Voir point 56 et suivants des conclusions.

³⁶² Point 58. Et Mme l'Avocat général Juliane KOKOTT ajoute, au point 68, que « (...) si des effets secondaires négatifs, tels que la course au tribunal, posent problème, cela ne concerne pas tant la compétence judiciaire elle-même (...) que l'application du droit hongrois du divorce au lieu du droit français (...) ».

Ces difficultés ont été mises en lumière dans le Livre vert sur le « droit applicable et la compétence en matière de divorce » présenté par la Commission le 14 mars 2005³⁶³. Il démontre également une grande diversité des législations nationales en matière de divorce même si le divorce est autorisé dans tous les Etats membres à l'exception de Malte. Compte tenu de la diversité des règles de conflit de lois³⁶⁴, le Livre vert propose une harmonisation de ces règles. Une proposition de règlement uniformisant les règles de conflit de lois en matière matrimoniale, un règlement Rome III, est toujours en discussion.

93. - Le sens de l'appel à la confiance mutuelle. La confiance mutuelle est le principe explicatif du mécanisme de reconnaissance mutuelle permettant la libre circulation des décisions de justice en matière matrimoniale et de responsabilité parentale³⁶⁵. La Cour de justice a amplifié la formule du considérant 21 de l'exposé des motifs du règlement selon lequel « la reconnaissance et l'exécution des décisions rendues dans un Etat membre *devraient* reposer sur le principe de la confiance mutuelle », en affirmant que ces mécanismes « *doivent* » reposer sur le principe. Le risque d'une telle affirmation, on n'a pas hésité à le relever, est de transformer la nature juridique de la confiance mutuelle, qui pourrait cesser d'être un guide d'interprétation du règlement pour devenir un principe à portée directement normative, une norme juridiquement obligatoire. Il y aurait sans doute là un danger dans la mesure où la confiance mutuelle ne devrait peut-être pas être ainsi décrétée, mais plutôt être vécue et construite par la réciprocité des bonnes pratiques. Pour le dire autrement, si la confiance mutuelle est imposée, on peut craindre que le démon du droit commun unifié n'ait réussi à tenter la Cour de justice dans une matière où elle ne devrait être inspirée que par l'esprit de la culture judiciaire commune.

Néanmoins, ce risque semble pouvoir être minimisé. La confiance mutuelle n'est pas employée comme une technique juridique autonome pour la résolution du litige transfrontière, indépendamment des dispositions pertinentes du règlement. Un tel risque n'est certes pas exclu, mais à la lecture de l'arrêt *Rinau* de la Cour de justice du 11 juillet 2008 (...), il n'apparaît guère que ce pas ait été franchi. S'il est un principe rappelé par le préambule du règlement qui a, vraisemblablement, la valeur d'une norme à portée juridique obligatoire dans l'esprit des juges de la Cour, c'est plutôt le principe du respect de l'intérêt supérieur de l'enfant et de ses droits fondamentaux³⁶⁶. Pour le reste, ce sont les dispositions

³⁶³ COM (2005)82 final.

³⁶⁴ Certains Etats membres déterminent la loi applicable en fonction de facteurs de rattachement afin d'appliquer la loi avec laquelle les époux ont les liens les plus étroits (nationalité, résidence habituelle des époux). D'autres Etats membres appliquent systématiquement la loi du for.

³⁶⁵ A. DEVERS, « La reconnaissance et l'exécution des décisions sous l'empire du règlement « Bruxelles II bis », *AJ Famille*, 7-8/2005, p. 262 s. ; comp. A. BOICHE, « Le divorce en droit international privé », *AJ Famille*, n° 7-8/2005, p. 270.

³⁶⁶ Arrêt *Rinau* précité, point 51 citant à la fois les considérant 12 et 13 de l'exposé des motifs du règlement Bruxelles II bis et l'article 24 de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne.

pertinentes du règlement dans son ensemble³⁶⁷ interprétées de manière à assurer son effet utile³⁶⁸ qui donnent ses assises au raisonnement de la Cour de justice.

L'arrêt n'en est pas moins significatif. La Cour prend tellement le soin de rappeler que le règlement « n'a pas pour objet d'unifier les règles de droit matériel et de procédure des différents Etats membres »³⁶⁹ qu'on ne peut se défendre de penser que, sous couvert de confiance et de reconnaissance mutuelles, un processus d'unification pourrait être subrepticement déclenché. Mais il ne faut pas oublier que la confiance mutuelle est ce qu'en font les autorités judiciaires des Etats membres et qu'envers et contre tout, la culture judiciaire commune ne se décrète pas mais se construit.

Il est possible de le vérifier en observant ce que les jurisprudences nationales font d'un type de notions juridiques, caractéristiques non seulement de la méthode des règlements Bruxelles I et II bis, mais de nombreux instruments communautaires : les notions communautaires autonomes. On sait bien que la Cour de justice, pour l'interprétation du droit communautaire, donne à un certain nombre de notions un contenu propre au contexte communautaire et distinct de celui attribué aux notions désignées par des mots analogues dans les droits nationaux. La Cour EDH en fait d'ailleurs autant pour l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme, de sorte que ces notions de droit communautaire autonome ou européen sont « homonymes » des notions connues par les droits nationaux sans en être « synonymes ». Par exemple, pour délimiter le domaine du règlement « Bruxelles II bis », la Cour de justice définit de manière autonome la « matière civile » et y range une procédure qui, selon le droit national concerné, relève du droit public³⁷⁰.

Les notions communautaires ou européennes autonomes pourraient donc être la négation pure et simple de la diversité des traditions juridiques des Etats membres si les juges nationaux n'assumaient pas leur rôle de juges ordinaires de l'application du droit communautaire et européen. Or il se produit un phénomène significatif de définition des notions communautaires contenues dans le règlement « Bruxelles II bis » par les juges nationaux eux-mêmes. Ainsi la notion de résidence habituelle au sens de l'article 3 du règlement a-t-elle été définie par la Cour de cassation française, qui n'a pas eu besoin d'interroger la Cour de justice pour considérer que cette « notion autonome de droit communautaire » visait le « lieu où l'intéressé a fixé, avec la volonté de lui conférer un caractère stable, le centre permanent de ses intérêts »³⁷¹. Il est vrai que cette définition pouvait s'appuyer sur des précédents communautaires antérieurs à Bruxelles II bis³⁷². Mais

³⁶⁷ Arrêt *Rinau*, point 60.

³⁶⁸ *Ibidem* point 82.

³⁶⁹ *Ibidem*.

³⁷⁰ CJCE 27 novembre 2007, *Korkein Hallinto-Oikus*, C-435/06, *Procédures* février 2008, comm. 45, obs. C. Nourissat.

³⁷¹ Cass, 1^{ère} civ., 14 décembre 2005.

³⁷² CJCE, 29 septembre 1998, *Swaddling c. Adjudication Officer*.

le fait que la définition française ait été reprise par la cour d'appel de Luxembourg et la *High Court* de Londres³⁷³ montre comment les juges nationaux se « saisissent » d'une notion communautaire autonome et se font mutuellement confiance pour l'appliquer en tant que partie intégrante de leur culture juridique et judiciaire commune.

C'est l'acculturation du règlement « Bruxelles II bis » par les juges nationaux qui va lui permettre d'être reçu dans la pratique comme étant autre chose qu'« un droit venu d'ailleurs » (selon l'expression utilisée par Jean Carbonnier) et déconnecté des cultures judiciaires des Etats membres.

Néanmoins, dans une affaire récente, la Cour de justice, rappelant ainsi qu'elle est le juge de l'interprétation uniforme du droit communautaire, a considéré que l'intérêt de l'enfant implique que la notion autonome de « résidence habituelle » dégagée par la Cour de cassation française en matière de désunion, fasse l'objet d'une définition distincte dans les décisions concernant l'enfant. Dans son arrêt du 2 avril 2009³⁷⁴, elle décide que « *la notion de « résidence habituelle », au titre de l'article 8, paragraphe 1, du règlement, doit être interprétée en ce sens que cette résidence correspond au lieu qui traduit une certaine intégration de l'enfant dans un environnement social et familial* »³⁷⁵.

Cependant, l'appropriation de Bruxelles II bis par les autorités judiciaires de ces Etats lorsqu'elles dégagent des notions autonomes, en fera « leur droit », à la faveur d'un sentiment accru d'appartenance de cet instrument à un patrimoine juridique commun. Peut-être cela reviendra-t-il à faire de la nécessité une vertu.

Quoi qu'il en soit, l'évolution en ce sens a d'ores et déjà commencé. En témoigne l'europanisation de la traditionnelle exception d'ordre public. Celle-ci demeure un motif de non reconnaissance, par l'Etat membre requis, de la décision rendue dans un autre Etat membre en matière matrimoniale ou de responsabilité parentale, selon l'article 22 du règlement. Mais son article 25 précise que la reconnaissance ne saurait être refusée « au motif que la loi de l'Etat membre requis ne permet pas le divorce, la séparation de corps ou l'annulation du mariage sur la base de faits identiques ».

En d'autres termes, il sera très exceptionnel que la reconnaissance puisse être refusée au nom de conceptions propres à la tradition et la culture juridiques d'un Etat membre en matière de droit de la famille, alors que l'exception d'ordre public devrait être plus aisément opposable dès l'instant où, par exemple, les procédures dans l'Etat membre d'origine

³⁷³ A. BOICHE, « Le divorce en droit international privé », *AJ Famille* n°7-8/2008, p. 270.

³⁷⁴ Affaire C-523, « A ».

³⁷⁵ « A cette fin, doivent notamment être pris en considération la durée, la régularité, les conditions et les raisons du séjour sur le territoire d'un Etat membre et du déménagement de la famille dans cet Etat, la nationalité de l'enfant, le lieu et les conditions de scolarisation, les connaissances linguistiques ainsi que les rapports familiaux et sociaux entretenus par l'enfant dans ledit Etat. Il appartient à la juridiction nationale d'établir la résidence habituelle de l'enfant en tenant compte de l'ensemble des circonstances de fait particulières à chaque cas d'espèce » (point 44 de l'arrêt du 2 avril 2009).

auraient violé le droit commun européen du procès équitable dont le socle est l'article 6, §1 de la Convention européenne des droits de l'homme. Il est remarquable, enfin, que dans les conditions de la reconnaissance de décisions relatives à l'enfant, la valeur universelle de « l'intérêt de l'enfant » ait été ajoutée. Ainsi, si l'article 41.2 du règlement Bruxelles II bis prévoit que le « droit de visite accordé par une décision exécutoire rendue dans un Etat membre, est reconnu et jouit de la force exécutoire dans un autre Etat membre sans qu'aucune déclaration lui reconnaissant force exécutoire ne soit requise », cette reconnaissance ne peut intervenir que si « l'enfant a eu la possibilité d'être entendu, à moins qu'une audition n'ait été jugée inappropriée eu égard à son âge ou à son degré de maturité »³⁷⁶. Les motifs de non-reconnaissance figurant dans les autres règlements et tenant à l'ordre public sont ici précisés et ajoutent incontestablement une pierre à l'édifice d'une culture judiciaire commune dans un contexte où les procédures nationales affichent de notables différences. Surtout, une telle exigence est de nature à susciter une mise en conformité des législations ou des pratiques nationales dans la mesure où le juge qui n'aura pas procédé à l'audition de l'enfant devra justifier dans son jugement les critères démontrant que l'enfant ne jouissait pas d'un discernement suffisant.

95. - La planification de la compréhension mutuelle. L'enjeu de la compréhension mutuelle en la matière est particulièrement important s'agissant des enlèvements internationaux d'enfants. Lorsqu'un des parents soustrait le ou les enfants au pays de leur résidence habituelle pour se réfugier avec eux dans un autre pays, le juge du pays de refuge, s'il en est requis, doit en principe accorder le retour de l'enfant vers le pays de résidence habituelle. Il peut toutefois le refuser dans le cas, exceptionnel, où il estime que les mesures de protection adéquate de l'enfant ne pourraient pas être prises par les autorités du pays de résidence habituelle. Mais il faut que le juge du pays de résidence habituelle puisse comprendre pour quelles raisons son droit est considéré comme déficient par le juge du pays de refuge. Aussi, le juge du pays de refuge transmet-il au juge du pays de résidence habituelle sa décision accompagnée de tous documents utiles. Le juge du pays de refuge va alors pouvoir recueillir les observations des parties et statuer à nouveau. Dûment éclairé, soit il se rend aux raisons du juge du pays de refuge, soit il n'est finalement pas convaincu par celles-ci et opte pour le retour de l'enfant. Dans ce dernier cas, le juge du pays de refuge devra faire confiance à l'appréciation du juge du pays de résidence habituelle, dont la décision exigeant le retour de l'enfant sera rendue exécutoire selon les dispositions du règlement « Bruxelles II bis »³⁷⁷.

Les praticiens ne manquent pas de souligner le rôle crucial des magistrats de liaison pour la conduite de l'échange d'informations et de l'échange constructif sur l'intérêt de l'enfant entre le juge du pays de refuge et le juge au pays de résidence habituelle³⁷⁸. C'est leur

³⁷⁶ Or, la Charte ne prévoit qu'un droit pour l'enfant « d'exprimer son opinion » au cours d'une audience, droit qui se situe en deçà du « droit à être entendu ».

³⁷⁷ Voir Véronique CHAUVEAU, « Les apports du règlement Bruxelles II bis aux questions posées par les enlèvements d'enfants internationaux », *AJ famille* n° 7-8/2005, p. 285 s.

³⁷⁸ Voir Véronique CHAUVEAU, article précité, p. 286.

compréhension mutuelle qui sera garante de la confiance faite par l'un à la décision de l'autre.

Il importe d'insister sur cette compréhension mutuelle, justement parce que face à une décision du juge du pays de résidence habituelle ordonnant le retour immédiat de l'enfant, le juge du pays de refuge n'a pas d'autre choix que de s'incliner, puisque, selon les termes employés par la Cour de justice, « il n'incombe à la juridiction requise que de constater la force exécutoire de la décision certifiée et de faire droit au retour immédiat de l'enfant »³⁷⁹. Ce constat de force exécutoire est légitime dès l'instant où le juge du pays de refuge a été mis en mesure de comprendre et de faire confiance à la décision de son homologue du pays de résidence habituelle. En des termes généraux, on peut dire que c'est grâce à la compréhension mutuelle que la confiance mutuelle s'avère possible.

96. - Conclusions. L'examen du règlement « Bruxelles II bis » montre donc que la culture judiciaire commune, pétrie de compréhension, de confiance et de reconnaissance mutuelles, n'est ni une culture communautaire assemblée artificiellement de toutes pièces et imposée bon gré mal gré aux Etats membres, « venue de nulle part », ni un puzzle désordonné de cultures nationales, « venues de toutes parts » mais closes à l'intérieur de leurs frontières et vouées à l'incommunicabilité. La « programmation génétique » de la construction européenne fait apparaître des prédispositions au nivellement des différences mais aussi à une unité respectueuse des diversités. Si l'on quitte la génétique pour l'économie, on peut voir ici des applications de deux modèles, celui de l'économie dirigée et celui de l'économie planifiée³⁸⁰ qui coexistent et se complètent sans s'exclure.

On ne saurait par conséquent supposer sans nuances que la culture judiciaire commune soit seulement une alternative au droit judiciaire commun, une voie de repli choisie uniquement après s'être avisé de ce que l'unification des procédures relatives aux litiges transfrontières serait longue et semée d'embûches, tandis que la recherche d'un équilibre et d'un compromis entre unité et diversité pourrait être acceptable et opératoire, en quelque sorte faute de mieux ou en attendant mieux. On croit pouvoir observer une configuration à la fois plus complexe et plus flexible, à la fois programmée et aléatoire, dirigée et planifiée. Les deux aspects sont probablement conjugués. Ils sont plutôt « inter-opératoires » qu'opératoires l'un à défaut de l'autre. Même si la clarté de l'analyse oblige à les isoler, sans doute est-il souhaitable, afin d'en restituer une image fidèle, de ne pas perdre de vue qu'ils font un tout.

§3. - Vers des systèmes où la reconnaissance et l'exécution mutuelles de certaines décisions s'accompagnent de règles procédurales communes et l'avènement d'un droit commun

³⁷⁹ CJCE 11 juillet 2008, *Rinau*, C-195/08.

³⁸⁰ Voir Cyril NOURISSAT, « Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans les règlements Bruxelles II et II bis », actes du colloque d'Aix-en-Provence des 16 et 17 janvier 2009 « *L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ?* », à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM, janvier 2010.

97. - *Vers un autre schéma ?* L'appel à la confiance mutuelle suppose en général la reconnaissance de la diversité des systèmes comme celle de standards communs et donc d'une culture judiciaire commune tout en appelant aussi quand cela est nécessaire à une culture de la coopération reposant sur la compréhension mutuelle des systèmes judiciaires différents et une conception restreinte des exceptions d'ordre public international.

Pourtant, un tel schéma qui sert de base à la construction des règlements Bruxelles I et Bruxelles II bis est en voie d'être sinon dépassé, du moins en voie d'être fortement marqué par une évolution vers un dépassement de cette conception de la confiance mutuelle et vers des systèmes où la reconnaissance et l'exécution mutuelle de certaines décisions s'accompagnent de règles procédurales communes et l'avènement d'un droit commun remplaçant l'appel à une culture judiciaire commune dans le respect des traditions et cultures judiciaires nationales. Dans sa communication du 2 juin 2004 faisant le bilan du programme de Tampere et des futures orientations dans la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice³⁸¹, la Commission tout en indiquant que « le développement de l'espace judiciaire européen n'a ni pour objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres », que l'approche est « fondée sur le principe de proportionnalité et de subsidiarité », précisait que « la reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et de normes minimales afin de renforcer la confiance mutuelle ».

En effet toute une série d'instruments communautaires ne se bornent pas, comme les règlements « Bruxelles I » et « Bruxelles II bis », à élaborer un droit international privé européen dans le domaine traditionnel de la compétence internationale des juridictions et de la circulation de leurs décisions, mais construisent un véritable droit judiciaire privé européen, certes pour une large part encore relatif à la coopération entre les Etats membres en vue de la circulation d'informations, d'actes ou de titres, mais pour une certaine part déjà relatif à l'adoption de règles de procédure civile communes fussent-elles minimales.

Ces instruments sont assez nombreux et ne seront pas tous étudiés ci-après. On peut citer des directives, comme la directive « accès à la justice » relative à l'aide judiciaire (dir. 2008/8/CE du 27 janvier 2003) et la directive « médiation » (dir. 2008/52/CE du 21 mai 2008) et des règlements relatifs à la signification et la notification des actes (règlement CE 1348/2000 du 29 mai 2000 et règlement CE n° 1393/2007 du 13 novembre 2007), à l'obtention de preuves (règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004), à l'injonction de payer européenne (règlement CE n° 1206/2001 du 28 mai 2001), au titre exécutoire européen (règlement CE n° 805/2004 du 21 avril 2004), à l'injonction de payer européenne (Règlement CE n° 1896/2006 du 12 décembre 2006), au règlement des petits litiges (règlement CE n° 861/2007 du 11 juillet 2007). Les règlements sur l'injonction de payer européenne et les petits litiges ont d'ailleurs fait l'objet d'un décret n° 2000-1346 du 17 décembre 2008 les intégrant au Code de procédure civile français³⁸².

³⁸¹ COM(2004) 410 final.

³⁸² Voir *Procédures*, mars 2009, comm. 82, obs. Cyril NOURISSAT.

Le simple énoncé de cette liste laisse apparaître que l'enjeu est bien l'harmonisation ou l'adaptation des droits nationaux de procédure aux difficultés particulières suscitées par les litiges transfrontières et n'est plus seulement le partage d'une culture judiciaire commune.

98. - Des enjeux encore limités. L'idée déjà relativement ancienne d'une directive d'harmonisation des procédures civiles nationales en matière de litiges transfrontières a beau demeurer pour l'heure hypothétique, ce qui ne progresse guère dans le cadre institutionnel de l'Union européenne connaît un regain d'actualité dans le cadre d'une collaboration entre sociétés savantes, le projet AMERICAN LAW INSTITUTE-UNIDROIT de principes et de règles de procédure civile transnationale. Il n'est pas inutile de rappeler que les européens, *via* UNIDROIT, ont dû forcer quelque peu la main aux américains, *via* l'ALI, pour leur faire entendre que la modélisation de la procédure civile dans le « village global » risquait fort d'achopper si on prétendait prendre pour seul et unique modèle celui de la culture judiciaire américaine³⁸³.

Tandis que les enjeux de la culture judiciaire se globalisent, on pourrait être surpris que, dans le « laboratoire » de l'Union européenne, la « formule » du droit judiciaire commun semble d'abord être testée principalement sur des litiges de faible importance, comme le règlement « petits litiges » (règlement CE n°0 861/2007, ci-après « RPL »), ou les litiges portant sur ces créances incontestées comme le règlement « injonction de payer européenne » (ci-après « IPE »). Outre l'aspect d'un droit expérimental, d'abord mené à petite échelle avant d'en amplifier le champ opératoire, la démarche se présente aussi avec une légitimité qui est celle des sociétés démocratiques où l'accès au droit est ouvert à tous, quelle que soit la modestie relative de la cause portée devant le juge.

99. - L'avènement de procédures spécifiques, uniformes ou harmonisées dans le but d'obtenir une décision judiciaire circulant librement. En tout cas, il est assez clair que ces nouveaux instruments ne se contentent plus d'une culture judiciaire façonnée uniquement au moyen de la compréhension, de la confiance et de la reconnaissance mutuelle. Qu'il s'agisse désormais d'aller, par la confiance mutuelle, au-delà de la confiance mutuelle, la lecture du préambule du règlement IPE suffit à le montrer. Le considérant 2 indique que le règlement « vise à éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles de procédure civiles applicables dans les Etats membres ». Le considérant 4 se fonde certes sur « la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle des décisions en matière civile et commerciale », mais en rappelant que, « dans certains domaines », le programme adopté en commun par le Conseil et la Commission le 30 novembre 2000, « prévoit la possibilité d'instaurer dans la Communauté une procédure spécifique, uniforme ou harmonisée, en, vue d'obtenir une décision judiciaire ».

³⁸³ Sur l'ensemble de la question, F. FERRAND (sous la direction de), *La procédure civile mondiale modélisée*, Editions Juridiques et Techniques 2004, coll. Droit et procédures ; voir aussi Emmanuel PUTMAN, « L'élaboration de règles transversales de procédures », in *Europe et mondialisation – Europa und die globalisierung*, PUAM 2006, p. 253 s.

L'observation se précise si l'on se limite à trois règlements communautaires, les règlements « IPE » et « RPL » précités, et le règlement n° 805/2004 du 21 avril 2004 créant un titre exécutoire européen pour les créances incontestées (ci-après le règlement « TEE »).

La comparaison de l'article 1^{er} de chacun de ces règlements est révélatrice. Il s'agit certes toujours d'assurer la « libre circulation des décisions » (règlements « TEE » et « IPE ») ou de faciliter leur reconnaissance et leur exécution (règlement « RPL »), mais surtout de « simplifier, d'accélérer et de réduire les coûts des procédures relatives aux litiges transfrontaliers (formule reprise dans les trois règlements) en supprimant la nécessité de recourir à des procédures intermédiaires dans un Etat membre préalablement à la reconnaissance et à l'exécution du « TEE », de l'« IPE » ou de la décision rendue dans le cadre de la procédure « européenne » et non plus nationale de règlement des petits litiges. Encore les règlements « TEE » et « IPE » ne visent-ils que « l'établissement de normes minimales » auxquelles le règlement « RPL » ne fait plus référence, laissant assez clairement savoir qu'une étape supplémentaire est franchie et qu'il ne s'agit plus de standards procéduraux minimaux, mais d'une procédure européenne complète, livrée « clefs en mains », aux Etats membres.

L'unité d'inspiration et de rédaction des trois textes est au demeurant suffisante pour que cette évolution par étapes successives apparaisse comme programmée dès le premier de ces règlements, le règlement « TEE ». Sous couvert de règles procédurales minimales, les règlements « TEE » et « IPE » ne laissent aux droits procéduraux nationaux qu'une fonction résiduelle et subsidiaire à vrai dire de plus en plus réduite. Sous couvert d'une évolution commune des cultures judiciaires nationales, orientées dans la même direction, c'est une révolution culturelle commune qui se prépare.

Les règles minimales au sens des règlements « TEE » et « IPE » vont au-delà du standard commun du procès équitable et concernent des règles techniques de procédure civile, plus précises que ne sauraient l'être des garanties formulées en termes généraux ou des principes directeurs. Par exemple, les articles 12 et s. du règlement « TEE » exigent, qu'une décision rendue dans un Etat membre d'origine satisfasse à toute une série de conditions relatives à la signification de l'acte introductif d'instance, ainsi qu'aux informations données par cet acte en ce qui concerne les parties, la cause de la demande, la créance visée et les modalités de contestation de cette créance.

On en vient ensuite à se demander si le périmètre réservé aux droits nationaux ne serait pas en voie de se réduire à la portion congrue. Certes, l'article 20 du règlement « TEE » montre bien que le titre exécutoire européen n'est que le sésame ouvrant la voie à des procédures des droits nationaux, plus précisément aux dispositions du droit de l'Etat membre où l'exécution est poursuivie. Mais si l'on prend un autre exemple, celui de la procédure d'opposition permettant de contester une injonction de payer européenne, on s'aperçoit que c'est le règlement « IPE » lui-même qui régit la forme et le délai de cette opposition. L'affirmation selon laquelle (article 16 du règlement « IPE ») les règles ordinaires de l'Etat membre d'origine régissent la procédure d'opposition, peut dès lors passer pour une « politesse » envers un droit national à vrai dire cantonné à un rôle de second plan.

100. - L'effacement de l'exception d'ordre public. Pourtant, la véritable révolution est ailleurs. On sait que des instruments communautaires comme les règlements « Bruxelles I » et Bruxelles II bis » ont déjà rétréci ce bastion des traditions juridiques nationales qu'est l'exception d'ordre public, mais que l'ordre public de l'Etat requis reste le premier motif de non reconnaissance d'une décision sous l'empire de ces règlements (article 34 du règlement « Bruxelles I et article 22 du règlement « Bruxelles II bis »). En revanche, l'exception d'ordre public disparaît purement et simplement des règlements « TEE » et « RPL ». Les motifs de refus d'exécution d'un titre exécutoire européen, d'une injonction de payer européenne ou d'une décision rendue dans une procédure européenne de règlement des petits litiges sont très strictement limités. L'exception d'ordre public n'existant plus, seule demeure à vrai dire une autre exception également connue dans le système des règlements Bruxelles I et Bruxelles II bis. Il s'agit de l'exception d'inconciliabilité. Celle-ci ne peut être opposée que si le « TEE », l'« IPE » ou la décision de « RPL » est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans un Etat membre ou un pays tiers entre les mêmes parties dans la même cause et si cette incompatibilité n'a pas pu être invoquée au cours de la procédure dans l'Etat membre d'origine.

101. - Un cap est franchi avec le règlement « petits litiges ». Si, enfin, l'on se penche sur le seul règlement « RPL », il apparaît de façon particulièrement nette qu'un cap a été franchi et que l'on est passé au-delà de la confiance mutuelle. Le droit judiciaire privé de chaque Etat membre est encore censé régir les points non précisés dans le règlement, selon l'article 19 de celui-ci, mais la « *capitis diminutio* » infligée aux droits nationaux est d'autant plus flagrante que le préambule du règlement « RPL » se livre à une critique explicite de la qualité insuffisante des législations des Etats membres dans son considérant 7 qui assène en termes fort nets qu'« en raison des distorsions de concurrence créées au sein du marché intérieur par les déséquilibres en termes d'efficacité des outils procéduraux mis à la disposition des créanciers dans les différents Etats membres, il est nécessaire de disposer d'une législation communautaire garantissant des conditions identiques aux créanciers et aux débiteurs dans l'ensemble de l'Union européenne ».

L'heure n'est pas alors au respect des diversités sur fond de confiance mutuelle. D'ailleurs, le décalage entre le règlement « RPL » et les règles françaises de procédures applicables aux petits litiges (notamment devant le juge de proximité) fait apparaître l'introduction du « RPL » dans le Code de procédure civile français par le décret du 17 septembre 2008 comme la greffe d'un corps étranger.

Par exemple, la procédure « RPL » est en principe une procédure écrite et sans audience (article 5 du règlement) alors que la procédure est orale devant les juridictions d'exception qui connaissent en France des petits litiges (article 843 du CPC pour le juge de proximité). Mais, surtout, la question, tout à fait cruciale, du standard de preuve, est conçue de manière fondamentalement différente par l'article 147 du Code de procédure civile français qui, en matière de mesures d'instruction, retient le standard de la preuve « suffisante » (le juge se limite aux mesures d'instruction suffisantes pour la solution du litige) et par l'article 9 du règlement « RPL » qui opte pour un standard de la « preuve indispensable » ou « strictement nécessaire » (le juge détermine l'étendue des preuves indispensables et se limite aux expertises et témoignages strictement nécessaires).

Enfin, peut-on envisager un procès européen sans les mesures d'instruction nécessaires à établir la preuve des faits ? Le règlement n° 1206/2001 CE du Conseil du 28 mai 2001 en matière d'obtention de preuves ouvre une brèche importante dans la territorialité des mesures d'instruction et pose une pierre à l'édifice d'un véritable espace européen de justice. Ce règlement institue une collaboration de juge à juge selon deux modalités : soit le juge requis procédera aux mesures d'instruction sur son territoire, à la demande du juge requérant et, si cela est nécessaire, « selon une forme spéciale » prévue par le droit de l'Etat requérant³⁸⁴ ; soit le juge requérant, après avoir sollicité l'autorisation de l'autorité centrale, procédera lui-même aux mesures d'instruction sur le territoire de l'Etat requis.

On peut ainsi relever dans cette procédure les effets à attacher à la notion « d'espace » associée à celle de culture, aux différences constatées entre mécanismes de droit international privé et droit procédural communautaire. L'espace et la culture ont en commun d'être des concepts souples, évolutifs, et à géométrie variable. L'espace gomme la notion de frontière associée au territoire et constitue donc un « terreau » favorable pour le développement d'une culture commune. La logique du droit communautaire, qui ignore le phénomène de frontières, contrairement au droit international privé conçu pour pallier les difficultés liées à la fragmentation de l'espace international, constitue donc l'instrument privilégié de la construction d'un « marché intérieur de la justice », d'un procès européen.

On a évoqué plus haut, l'image de l'espace judiciaire européen comme celle d'un organisme vivant qui se développe et dont la programmation génétique peut aussi bien favoriser l'émergence d'une culture judiciaire européenne respectueuse des diversités que la construction d'un droit commun de plus en plus unifié où les différences s'estompent. Pour reprendre cette image, on peut dire que les deux gènes, celui de la culture commune et celui du droit commun, sont actifs dans cet organisme, en quelque sorte concurremment et sans s'annihiler ou se neutraliser, puisque c'est par la culture judiciaire européenne que l'on va, au-delà de celle-ci, jusqu'au droit judiciaire européen.

³⁸⁴ Article 10-3.

Section 2. – La planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière pénale

102. - Instruments de reconnaissance mutuelle. S'inscrivant dans le cadre des programmes successifs de Tampere, La Haye et à l'avenir Stockholm, la reconnaissance mutuelle a connu une traduction en matière pénale plus particulièrement avec l'adoption des textes suivants :

- Décision-cadre du Conseil 2002/577/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen,
- Décision-cadre du Conseil 2003/577/JAI du 22 juillet 2003 relative à l'exécution dans l'Union européenne des décisions de gel de biens ou d'éléments de preuve,
- Décision-cadre du Conseil 2005/214/JAI du Conseil concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires,
- Décision-cadre 2006/783/JAI du 6 octobre 2006 relative à l'application du principe de reconnaissance mutuelle des décisions de confiscation,
- Décision-cadre 2008/947/JAI du Conseil du 27 novembre 2008 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux jugements et décisions de probation aux fins de la surveillance des mesures de probation et des peines de substitution,
- Décision-cadre 2008/978/JAI du Conseil du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves visant à recueillir des objets, des documents et des données en vue de leur utilisation dans le cadre de procédures pénales,
- Décision-cadre 2009/315/JAI du Conseil du 26 février 2009 concernant l'organisation et le contenu des échanges d'informations extraites du casier judiciaire entre les Etats membres et Décision du Conseil 2009/316/JAI du 6 avril 2009 relatif à la création du système européen d'information sur les casiers judiciaires (ECRIS) en application de l'article 11 de la décision-cadre 2009/315/JAI.

Les derniers instruments adoptés venant tout juste d'entrer en vigueur, d'autres³⁸⁵ n'ayant donné lieu qu'à de rares applications, c'est surtout par référence au premier instrument de la reconnaissance mutuelle sur le mandat d'arrêt européen qui offre le plus de recul que l'on raisonnera.

103. - Confiance mutuelle décrétée et confiance mutuelle éprouvée. De prime abord, la reconnaissance mutuelle en matière pénale interfère, plus encore qu'en d'autres domaines, avec la nécessité d'une confiance mutuelle entre les Etats membres. Les deux communications successives de la Commission au Conseil et au Parlement relatives à la

³⁸⁵ Telle la décision-cadre de 2003 sur le gel des avoirs.

reconnaissance mutuelle des décisions en matière pénale intervenues en 2000³⁸⁶ et 2005³⁸⁷ sont parfaitement explicites à cet égard. Pour la première : « La reconnaissance mutuelle est un principe largement reconnu comme reposant sur l'idée que, même si un autre Etat peut ne pas traiter une affaire donnée de façon identique, voire analogue à son propre Etat, les résultats sont tels qu'ils sont considérés comme équivalant aux décisions de ce dernier. La confiance mutuelle est déterminante, en ce qui concerne non seulement le caractère approprié des règles des partenaires, mais aussi l'application correcte de ces règles. »³⁸⁸. La seconde lie dès son titre même reconnaissance mutuelle et renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres. Celui-ci est la clef du bon fonctionnement de celle-là³⁸⁹. Il s'agit pourtant de deux acceptions ou conceptions différentes de la confiance mutuelle. Dans le premier cas, la confiance mutuelle apparaît comme nécessairement présumée par la reconnaissance mutuelle, il s'agit d'une confiance mutuelle décrétée³⁹⁰, tandis que dans le second cas c'est la confiance mutuelle éprouvée qui est visée comme devant être entretenue, renforcée.

Les deux conceptions pouvant paraître antinomiques, la question se pose donc de savoir quelle est la place laissée par la première à la seconde, d'autant plus que c'est à celle-ci que se rattache nécessairement la culture judiciaire européenne entendue aussi bien comme culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle³⁹¹ que comme culture européenne commune de principes et valeurs partagés³⁹². La culture de la confiance, s'il s'agit d'une confiance décrétée présumée par une reconnaissance mutuelle teintée d'automatisme, ne semble *a priori* guère propice à la subsistance d'une culture judiciaire pétrie de connaissance réciproque, de compréhension mutuelle et de principes communs.

Cette première impression doit néanmoins être dissipée.

D'abord, à l'échelle globale de la construction européenne en matière pénale se proposant de mener de front adoption des instruments de la reconnaissance mutuelle et renforcement de la confiance mutuelle.

³⁸⁶ Communication du 26 juillet 2000, Reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale, COM(2000) 495 final.

³⁸⁷ Communication du 19 mai 2005 sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres, COM(2005) 195 final.

³⁸⁸ Point 3-1 « Reconnaissance mutuelle ».

³⁸⁹ § 18.

³⁹⁰ Sur cette notion, cf. Olivier De SCHUTTER « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle » in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. de KERCHOVE et A. WEYEMBERGH (éd.), Institut d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, p. 79.

³⁹¹ Cf. *supra* chapitre 1.

³⁹² Cf. *supra* chapitre 2.

Ainsi, les trois programmes de travail annuel « Justice pénale » intervenus depuis 2007³⁹³ ont affiché au titre des résultats escomptés « le renforcement de la confiance mutuelle entre autorités judiciaires des Etats membres et la contribution au développement d'une culture judiciaire européenne, fondés sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des Etats membres » et retenu comme domaine prioritaire de « développer la connaissance réciproque des systèmes judiciaires en vue de créer une culture judiciaire européenne », ce qui renvoie donc à la première signification de celle-ci.

Par ailleurs, le Conseil européen de Tampere, tout en affirmant que la reconnaissance mutuelle devait devenir la pierre angulaire de la coopération judiciaire en matière civile et pénale, demandait également au regard de cette dernière que des travaux soient entamés sur les aspects du droit procédural pour lesquels la fixation de normes procédurales communes est considérée comme nécessaire pour faciliter la reconnaissance mutuelle³⁹⁴. « Si le développement de l'espace judiciaire européen n'a ni pour objectif ni pour conséquence de mettre en cause les traditions juridiques et judiciaires des Etats membres ... la reconnaissance mutuelle exige cependant une base commune de principes partagés et de normes minimales, afin notamment de renforcer la confiance mutuelle »³⁹⁵. Il s'agit à l'évidence, cette fois, de la culture judiciaire européenne au second sens de culture judiciaire commune, partagée.

La vérification de la coexistence de cette culture de la confiance (§1) avec la culture judiciaire européenne dans sa double signification de culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle (§2) et de culture commune partagée (§3) doit néanmoins être prolongée de façon plus précise dans l'étude de l'économie et du fonctionnement même des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale.

§1. - Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture de la confiance

104. - Décisions-cadres. Il faut observer, qu'à la différence de la coopération judiciaire en matière civile, s'agissant des instruments de la reconnaissance mutuelle en matière pénale, la part de confiance mutuelle décrétée qu'elle est à même de receler ne saurait pour autant être véritablement imposée eu égard à la nature particulière des décisions-cadres. Elle est donc à même de recevoir une réception à géométrie variable que ce soit au stade de la négociation (1), de la transposition (2) ou de l'application (3) des instruments en cause qui dépend à la fois du degré de confiance ou de défiance témoigné par les Etats membres mais aussi des réactions qu'ils peuvent s'attirer.

³⁹³ Mise en œuvre du Programme « Justice pénale » adopté par décision n° 2007/126/JAI du Conseil du 12 février 2007, JO L58 du 24 février 2007 p. 13, dans le cadre du programme général « Droits fondamentaux et Justice ».

³⁹⁴ Conclusion n° 37.

³⁹⁵ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen du 2 juin 2004 « Espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations », COM(2004) 401 final.

1. - Confiance mutuelle et négociation des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale

105. - L'étendue de la confiance – ou de la défiance – est à même de se matérialiser aussi bien dans le temps nécessaire à l'aboutissement de la négociation de l'instrument que dans son contenu.

106. - *Temps de la négociation.* Si, à la suite des attentats du 11 septembre 2001 formidable et dramatique coup d'accélérateur, la négociation de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative à la première et emblématique consécration du principe de reconnaissance mutuelle qu'est le mandat d'arrêt européen a pu aboutir en quelques mois, force est de constater qu'il est loin d'en être allé de même des autres instruments par exemple du mandat européen d'obtention de preuves qui n'a été adopté qu'avec la décision-cadre du 18 décembre 2008 dont la proposition remontait au 14 novembre 2003³⁹⁶ soit plus de cinq ans auparavant.

107. - *Contenu de la négociation.* Même en cas d'aboutissement de la négociation, une trace des difficultés qui l'ont affectée peut subsister dans le contenu même de l'instrument adopté. A cet égard, le degré d'aboutissement du principe de reconnaissance mutuelle marqué en 2002 par le mandat d'arrêt européen conjugué au succès incontestable qu'il a ensuite connu³⁹⁷ a certainement produit un effet d'éclipse masquant une reconnaissance mutuelle beaucoup moins étendue dans les autres instruments³⁹⁸ et ce de façon *a priori* paradoxale, s'agissant par exemple de remises moins graves que celle des personnes.

Même dans le mandat d'arrêt européen, à côté des emblématiques dispositions relatives à la remise des nationaux³⁹⁹ et à la suppression partielle du contrôle de la double incrimination pour une liste de trente deux catégories d'infractions⁴⁰⁰, l'étendue de la reconnaissance mutuelle n'est pas exempte d'incertitudes soit par le silence gardé par la décision-cadre sur certains points⁴⁰¹, soit par la possibilité laissée aux Etats membres de faire, au moment de l'adoption de la décision-cadre, une déclaration indiquant, qu'en tant qu'Etat membre d'exécution, il continuera de traiter selon le système d'extradition applicable avant le 1^{er} janvier 2004 les demandes relatives à des faits commis avant une date qu'il indique mais ne pouvant être postérieure au 7 août 2002⁴⁰² ce qui a pu conduire les Etats à retenir des dates

³⁹⁶ COM(2003) 688 final.

³⁹⁷ Que ce soit en termes de progression du nombre de mandats émis comme de réduction des délais de remise.

³⁹⁸ Ainsi, par exemple dans le mandat européen d'obtention de preuves.

³⁹⁹ Sous réserve de l'article 33 sur les dispositions relatives à l'Autriche et à Gibraltar.

⁴⁰⁰ Article 2-2.

⁴⁰¹ Par exemple sur la question des remises accessoires.

⁴⁰² Article 32.

différentes source de difficultés auxquelles ont pu être ensuite confrontés les magistrats de liaison ainsi, par exemple dans les relations entre la France et l'Italie⁴⁰³.

La décision-cadre ouvre ensuite certes par nature, par la transposition qu'elle nécessite en l'absence d'effet direct, une brèche, mais dans laquelle les Etats membres peuvent être tentés de plus ou moins s'engouffrer en fonction du degré de confiance/défiance mutuelle qui les anime.

2. - Confiance mutuelle et transposition des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale

108. - La transposition des décisions-cadres dans les vingt-sept Etats membres est à même de connaître un écart dans le temps dans comme dans l'espace. Outre le traditionnel problème du retard de transposition par rapport au délai imparti par la décision-cadre, aujourd'hui surmonté dans le cas du mandat d'arrêt européen mais qui continue à se poser pour les instruments de reconnaissance mutuelle ultérieurs, c'est le contenu même de telle ou telle loi de transposition nationale qui peut poser des difficultés plus ou moins nombreuses et accentuées non seulement dans l'espace européen au regard de sa conformité à la décision-cadre mais également dans l'ordre interne au regard de sa conformité à la Constitution. Le système juridique et judiciaire interne dans lequel la loi de transposition doit prendre place est alors au cœur de ces difficultés, et les tentations que peuvent éprouver le législateur et le juge constitutionnel nationaux comme les réactions qui peuvent s'en suivre sont révélatrices en termes de confiance/défiance mutuelle.

109. - *Loi nationale de transposition et Constitution.* S'agissant, en premier lieu, de la question de la conformité de la loi de transposition à la Constitution notamment quant à la remise des nationaux, les différentes décisions intervenues⁴⁰⁴ illustrent une mosaïque d'attitudes en termes de réceptivité sous le double prisme de la confiance mutuelle et de l'obligation d'interprétation conforme intervenue entre temps avec l'arrêt Pupino de la Cour de justice du 16 juin 2005⁴⁰⁵.

⁴⁰³ Le 1^{er} novembre 1993 selon la déclaration française (cf. CJCE 12 août 2008 aff. C-296/8) contre le 7 août 2002 selon la déclaration italienne.

⁴⁰⁴ Kestutis LAPINSKAS « Le mandat d'arrêt européen du point de vue des cours constitutionnelles européennes », PE 364.812 ; Jan KOMAREK « *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant : Contractual Principles in Disharmony* », Jean Monnet working paper 10/05. En France, la question d'éventuelles contrariétés constitutionnelles a été anticipée à la demande du premier ministre par un avis du Conseil d'Etat du 26 septembre 2002 qui a conduit à la modification de l'article 88-2 de la Constitution par loi constitutionnelle du n° 2003-267 du 25 mars 2003 relative au mandat d'arrêt européen, préalablement à la transposition de la décision-cadre opérée par la loi n° 2004-204 du 9 mars 2004 dite « Perben II » portant adaptation de la justice aux évolutions de la criminalité ; cf. Pierre-Yves MONJAL « La mandat d'arrêt européen ou la confluence des droits », *RRJ* 2006/1 p. 133, not. P. 158 et s.

⁴⁰⁵ CJCE 16 juin 2005, Maria Pupino, aff. C-105/03.

Dans sa décision du 18 juillet 2005, la Cour constitutionnelle allemande a ignoré cette dernière obligation⁴⁰⁶ et raisonné notamment sur la protection de la confiance de l'individu poursuivi en son propre système juridique pour conclure à l'inconstitutionnalité de la disposition litigieuse et au-delà de l'ensemble de la loi allemande de transposition du 21 juillet 2004, bloquant ainsi la remise de citoyens allemands jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi de transposition intervenue le 20 juillet 2006.

Le Tribunal constitutionnel polonais, confronté à un problème similaire, a certes pareillement conclu dans sa décision du 27 avril 2005, à l'inconstitutionnalité mais des seules dispositions légales en cause pour décider d'accorder au gouvernement un délai de dix-huit mois pour mener à bien la révision constitutionnelle nécessaire finalement intervenue le 7 novembre 2006, délai pendant lequel les effets de l'annulation étaient corrélativement reportés.

La Cour constitutionnelle tchèque, le 3 mai 2006, sur les questions de la remise des nationaux et de la suppression de la double incrimination, a enfin, quant à elle, refusé d'annuler la loi de transposition au regard de la Charte fondamentale en rappelant que les Etats membres de l'Union européenne se devaient une confiance réciproque dans leur système judiciaire, même en matière pénale, et que les citoyens tchèques bénéficiant de la citoyenneté européenne devaient en assumer les obligations autant que bénéficier des droits afférents à ce statut.

Les réactions des autres Etats membres consécutives tout particulièrement à la décision allemande ont connu à leur tour, la même ligne de partage.

Certaines autorités judiciaires nationales n'ont pas en effet hésité à faire application du principe de réciprocité, exclu du droit communautaire mais dont la portée est incertaine dans le cadre du troisième pilier. Ainsi par exemple⁴⁰⁷, l'*Areios Pagos* (Cour de cassation grecque) a infirmé le 20 décembre 2005⁴⁰⁸ une décision de cour d'appel qui avait ordonné l'exécution de deux mandats d'arrêt européens sollicitant la remise de deux ressortissants grecs à l'Allemagne afin d'y être poursuivis pénalement pour évasion fiscale. Constatant que la loi allemande de transposition de 2004 a été annulée par la décision du 18 juillet 2005, l'*Areios Pagos* estimait que l'Allemagne ne peut être considérée comme un pays ayant harmonisé sa législation avec la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, et qu'il y avait lieu d'appliquer en Grèce les dispositions d'autres conventions, bilatérales ou multilatérales, en matière d'extradition. A défaut pour l'Allemagne d'avoir mis en œuvre la décision-cadre, la remise de ressortissants grecs vers ce pays contreviendrait au principe de réciprocité.

⁴⁰⁶ A la différence de la Cour suprême chypriote qui a jugé le 7 novembre 2005 que la loi de transposition ne pouvait être interprétée de manière à ce qu'elle soit rendue conforme à l'article 11 de la Constitution, arrêt n° 294/05, *Reflets* n°1/2006 p. 16.

⁴⁰⁷ Cf. également en Espagne : *Audiencia Nacional* 21 juillet 2005.

⁴⁰⁸ *Reflets* n°1/2006 p. 21.

En sens inverse, la chambre criminelle de la Cour de cassation française devait dans un arrêt du 8 août 2007⁴⁰⁹ casser le refus de remise aux autorités allemandes décidée par une chambre de l'instruction notamment au motif que « l'Allemagne s'était trouvée exclue du système de coopération instaurée par la décision-cadre » comme contrevenant au principe suivant lequel l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne peut être refusée dans d'autres cas que ceux limitativement énumérés par les textes du code de procédure pénale opérant la transposition française et préciser par la suite que si la décision de la Cour constitutionnelle allemande a privé d'effet les dispositions législatives relatives à l'exécution des mandats d'arrêt européens délivrés sous l'empire de cette loi, elle n'a pas eu d'incidence sur leur délivrance !⁴¹⁰

110. - Loi nationale de transposition et décision-cadre. S'agissant, en second lieu, de la plus ou moins grande fidélité des lois de transposition à la décision-cadre, c'est certainement la loi de transposition italienne 69/2005 du 22 avril 2005 qui a cumulé les problèmes. Elle s'éloigne non seulement sur de nombreux aspects de la lettre du texte mais en contrarie même tellement l'esprit et les principes fondamentaux au regard de la reconnaissance mutuelle⁴¹¹ que certains auteurs italiens ont parlé de loi de négation plutôt que de transposition de la décision cadre.

En l'absence de recours en manquement dans le cadre du troisième pilier, il est certain qu'une transposition à géométrie variable dans les législations nationales des Etats membres, notamment des motifs de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen, est à même de compliquer la tâche des praticiens. Une possibilité de réaction existe néanmoins sous la forme de différents rapports d'évaluation au premier rang desquels ceux de la Commission européenne systématiquement prévus par les décisions-cadres sur les instruments de la reconnaissance mutuelle. Sur la base de l'article 34-3 de la décision-cadre de 2002, deux rapports sont ainsi successivement intervenus quant au mandat d'arrêt européen : le premier du 23 février 2005⁴¹², révisé le 24 janvier 2006⁴¹³ suite à l'adoption entre temps de la législation italienne, le second du 11 juillet 2007⁴¹⁴. Ils contiennent une

⁴⁰⁹ Crim. 8 août 2007, n° 07-84620.

⁴¹⁰ Crim. 21 novembre 2007, n° 07-87499.

⁴¹¹ On en citera brièvement les principaux aspects :

- l'article 30 §1 de la loi italienne prévoit que ses dispositions ne s'appliquent qu'aux demandes d'exécution des MAE émis et reçus après son entrée en vigueur - soit le 24 mai 2005 -, ce qui est directement contraire à la décision cadre ;
- la prévision (article 18) de nombreux nouveaux motifs de refus d'exécution du MAE qui semblent inspirés par une sorte de « méfiance » à l'égard des systèmes judiciaires des autres Etats membres (notamment celui tiré du caractère politique de l'infraction) ;
- la réintroduction subreptice du contrôle de la double incrimination (article 8) ;
- un considérable alourdissement administratif qui contrarie les buts de simplification et d'accélération fixés par la décision cadre.

⁴¹² COM(2005) 63.

⁴¹³ COM(2006) 8 final.

⁴¹⁴ COM(2007) 407 final.

mine d'informations sur les difficultés précédemment évoquées quant à la mise en œuvre du principe de reconnaissance mutuelle et illustrent plus généralement la technique du « *name and shame* ».

Le troisième et dernier stade de l'application de l'instrument de reconnaissance peut toutefois fournir l'occasion d'une sorte de rattrapage en permettant, le cas échéant, la correction de certaines imperfections des lois de transposition nationale.

3. - Confiance mutuelle et application des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale

111. - Peuvent se retrouver à l'œuvre ici non seulement les juridictions nationales mais aussi la Cour de justice.

112. - *La confiance mutuelle dans les jurisprudences nationales.* Les cours suprêmes nationales ont parfois eu l'occasion, en utilisant le principe d'interprétation conforme posé par la jurisprudence *Pupino*, de revenir à une plus grande conformité de la loi nationale au regard de la décision-cadre.

La *Corte Suprema di Cassazione* italienne a ainsi mis en œuvre dans une décision *Ramoci* du 30 janvier 2007⁴¹⁵ une interprétation « *adeguatrice* », neutralisante et correctrice, de la loi nationale de transposition pour admettre la remise à un Etat membre dont le système judiciaire, sans prévoir de limites maximales à la durée de la détention préventive⁴¹⁶, offre des garanties équivalentes : « *Appare plausibile dunque una interpretazione flessibile della norma che la renda adattabile ai vari sistemi processuali cui si dirige, dovendosi sfuggire alla tentazione di parametrare al significato di nozioni ed espressioni evocative di precisi istituti dell'ordinamento interno dettati normativi concepiti dal legislatore italiano ai fini di una loro proiezione interstatuale. D'altro canto, anche a questo proposito non si può non osservare come sia di intuitiva evidenza che nel porre questa causa di rifiuto della consegna il legislatore italiano non poteva non avvertire, stante il composito quadro normativo di riferimento, che molti Stati membri dell'U.E., alcuni dei quali di antica e sperimentata civiltà giuridica processuale (è il caso, appunto, della Germania), non presentano nella loro legislazione meccanismi rigidi e articolati sui limiti massimi di custodia cautelare sempre e in tutto assimilabili a quelli contemplati dall'ordinamento italiano* ».

Tel a, aussi, été le cas remarqué d'une décision de la *House of Lords* britannique du 28 février 2007 dans l'affaire *Dabas v High Court of Justice Madrid*⁴¹⁷ qui a purement et simplement supprimé une disposition de la loi de transposition l'« *Extradition Act 2003* »⁴¹⁸ subordonnant l'exécution d'un mandat d'arrêt européen à une formalité non prévue par la décision-cadre, soit en l'occurrence, une attestation certifiant que l'infraction en cause tombait sous le coup de l'instrument. Rappelant les objectifs de la décision-cadre et de la

⁴¹⁵ N° 4614, *Riv. dir. int.* 2007/3, p. 903.

⁴¹⁶ Motif obligatoire de refus de remise aux termes de l'article 18 e) de la legge 22 aprile 2005, n.69.

⁴¹⁷ 2 WLR 254, *BICC* n° 679 du 1^{er} avril 2008 n° 487.

⁴¹⁸ Le texte anglais continuant donc à utiliser des termes très connotés.

jurisprudence de la Cour de Luxembourg, elle a considéré que le fait pour un Etat membre de décider, pour des raisons qui lui sont propres, de subordonner la procédure de remise entre Etats membres à l'accomplissement de formalités supplémentaires risquerait de contrecarrer ces objectifs pour conclure que le mandat d'arrêt européen constituait en lui-même cette attestation et qu'il n'était, dès lors, pas nécessaire, pour l'Etat membre d'émission du mandat de fournir un document séparé. Pour *Lord Bingham of Cornhill* « *In its choice of form and methods a national authority may not seek to frustrate or impede achievement of the purpose of the [decision-cadre], for that would impede the général duty of coopération binding on member states Under article 10 of the EC Treaty. Thus while a national court may not interpret a national law contra legem, it must do so as far as possible in the light of the wording and purpose of the Framework décision in order to attain the result which it pursues and thus comply with article 34(2)(b) EU* ».

Il ne faudrait pas méconnaître pour autant qu'un mouvement inverse est aussi susceptible d'exister. Face à une transposition nationale *a priori* moins problématique que les deux précédentes, la chambre criminelle de la Cour de cassation française en a ainsi fourni l'illustration lorsqu'elle a introduit une réserve à l'absence de contrôle de la double incrimination que ne prévoient ni la décision-cadre ni l'article 695-23 alinéa 2 du code de procédure pénale⁴¹⁹ en affirmant qu'« il n'appartient pas à la chambre de l'instruction, *sauf inadéquation manifeste entre les faits et la qualification retenue*⁴²⁰, d'apprécier le bien fondé de la qualification retenue par l'autorité judiciaire de l'Etat d'émission »⁴²¹. Plus révélatrice est peut-être encore la présentation qui a pu être faite de cette jurisprudence dans une publication de la Cour de cassation suivant laquelle « la chambre criminelle, de manière très opportune compte tenu du risque d'utilisation abusive du mandat d'arrêt européen⁴²² par certains nouveaux Etats membres⁴²³, a introduit une légère nuance dans l'application des dispositions de l'article 695-23 alinéa 2 »⁴²⁴.

113. - La confiance mutuelle dans la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes. Face à de telles possibilités d'écarts, la confiance mutuelle

⁴¹⁹ « Par dérogation au premier alinéa, un mandat d'arrêt européen est exécuté sans contrôle de la double incrimination des faits reprochés lorsque les agissements considérés sont, aux termes de la loi de l'Etat membre d'émission, punis d'une peine privative de liberté d'une durée égale ou supérieure à trois ans d'emprisonnement ou d'une mesure de sûreté privative de liberté d'une durée similaire et entrent dans l'une des catégories d'infractions suivantes : ».

⁴²⁰ C'est nous qui soulignons.

⁴²¹ Crim. 21 novembre 2007, n° 07-87540, *Bull. crim.* 2007 n° 291, *JCP* 2008 ed° G II 10108 note Valérie MALABAT ; Crim. 20 mai 2008, n° 08-82902 inédit. Les deux arrêts concernent un mandat d'arrêt européen émis par la Pologne.

⁴²² Sur la question cf. Katja SUGMAN et Primoz GORKIE « *Abuse of the European Arrest Warrant system* » in *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 245.

⁴²³ Souvent désignés sous l'appellation de « NEM ».

⁴²⁴ Pascal LEMOINE « La jurisprudence de la chambre criminelle en matière de mandat d'arrêt européen », communication, *BICC* n° 698 du 15 mars 2009.

décrétée constitue le guide inlassable de la Cour de justice dans le cadre des limites de sa compétence préjudicielle pour statuer sur la validité ou l'interprétation des décisions-cadres⁴²⁵, assortie depuis le 1^{er} mars 2008 d'une possibilité de procédure d'urgence⁴²⁶.

Saisie par la Cour d'arbitrage de Belgique, la Cour de justice a dans son arrêt du 3 mai 2007 *Advocaten voor de Wereld VZW*⁴²⁷ considéré que la distinction opérée par la décision-cadre du 13 juin 2002 sur le mandat d'arrêt européen entre les infractions relevant ou non de la suppression du contrôle de la double incrimination était objectivement justifiée⁴²⁸ et ne portait pas atteinte au principe d'égalité et de non-discrimination en affirmant s'agissant du choix des trente deux catégories d'infractions énumérées à l'article 2 paragraphe 2 que « le Conseil a pu considérer, sur la base du principe de reconnaissance mutuelle et *en égard au degré élevé de confiance et de solidarité entre les Etats membres*⁴²⁹ que, soit en raison de leur nature même, soit en raison de la peine encourue d'un maximum d'au moins trois ans, les catégories d'infractions concernées font partie de celles dont la gravité de l'atteinte à l'ordre et à la sécurité publics justifie que le contrôle de la double incrimination ne soit pas exigé »⁴³⁰.

L'utilisation par la Cour de justice de la confiance mutuelle présumée par la reconnaissance mutuelle au stade de l'application de l'instrument est également caractéristique.

Rappelant que la mise en œuvre du mécanisme du mandat d'arrêt requiert un degré de confiance élevé entre les Etats membres⁴³¹, elle a ainsi dans un arrêt du 1^{er} décembre 2008 *Leymann et Pustovarov*⁴³² posé à titre de principe d'interprétation de l'article 27 de la décision-cadre relatif à la règle de spécialité⁴³³ qu'« exiger le consentement de l'Etat membre d'exécution pour tout changement dans la description des faits irait au-delà des implications de la règle de spécialité et porterait atteinte à l'objectif poursuivi consistant à

⁴²⁵ Article 35 TUE.

⁴²⁶ Décision du Conseil du 20 décembre 2007 portant modification du protocole sur le statut de la Cour de justice, JOUE 29 janvier 2008 ; cf. nouvel article 104 ter du règlement de procédure de la Cour.

⁴²⁷ Aff. C-303/05.

⁴²⁸ § 58.

⁴²⁹ C'est nous qui soulignons.

⁴³⁰ § 57.

⁴³¹ § 50.

⁴³² C-388/08 PPU.

⁴³³ Suivant laquelle une personne qui a été remise ne peut être poursuivie, condamnée ou privée de liberté pour une infraction commise avant sa remise autre que celle qui a motivé sa remise.

accélérer et à simplifier la coopération judiciaire entre les Etats membres visée dans la décision-cadre »⁴³⁴.

Il faut surtout faire ici référence à l'importante jurisprudence de la Cour rendue par voie préjudicielle sur le principe *ne bis in idem* dans le cadre de l'interprétation de l'article 54 de la Convention d'application de l'accord de Schengen du 14 juin 1985 en date du 19 juin 1990, principe repris à titre de motif obligatoire de refus d'exécution du mandat d'arrêt européen dans des termes quasi identiques par l'article 3 2) de la décision-cadre du 13 juin 2002 et d'autres instruments. Dans cette jurisprudence⁴³⁵, initiée avec le célèbre arrêt *Gözütok et Brügge* du 11 février 2003⁴³⁶, la Cour érige en effet la confiance mutuelle décrétée en ligne directrice d'interprétation. Après avoir constaté qu'aucune disposition du titre VI du traité sur l'Union européenne ne subordonne l'application des dispositions afférentes à l'harmonisation ou, à tout le moins, au rapprochement des législations des Etats membres en matière pénale⁴³⁷, elle entend donc garantir une application utile en dégagant une interprétation à même de faire prévaloir l'objet et le but de ces dispositions sur des aspects de procédure ou de pure forme au demeurant variables selon les Etats membres concernés. Entrent alors en jeu deux lignes directrices plus téléologiques liées au contexte des dispositions interprétées. La première réside dans l'affirmation que le principe *ne bis in idem* « implique nécessairement qu'il existe une confiance mutuelle des Etats membres dans leurs systèmes respectifs de justice pénale et que chacun de ceux-ci accepte l'application du droit pénal en vigueur dans les autres Etats membres, quand bien même la mise en œuvre de son propre droit national conduirait à une solution différente ». La seconde consiste à rappeler que par le traité d'Amsterdam, l'Union européenne s'est donnée pour objectif de maintenir et de développer celle-ci en tant qu'espace de liberté, de sécurité et de justice au sein duquel est assurée la libre circulation des personnes. La mise en œuvre des dispositions interprétées doit donc viser à renforcer l'intégration européenne et, en particulier, à permettre à l'Union de devenir plus rapidement un tel espace de liberté, de sécurité et de justice.

Sur cette base, la Cour de justice a donc considéré que le principe *ne bis in idem* devait s'appliquer à des procédures d'extinction de l'action publique par la voie d'une transaction proposée par le ministère public, l'exigence de confiance mutuelle s'opposant à ce qu'un Etat la subordonne à la condition que son ordre juridique n'exige pas non plus une intervention juridictionnelle, ou encore par exemple plus récemment à une condamnation définitive alors même qu'en raison des particularités de la procédure pénale française, par là même écartées, la peine infligée n'avait jamais pu être exécutée directement⁴³⁸.

⁴³⁴ § 56.

⁴³⁵ Sylvie CIMAMONTI « European Arrest Warrant in practice and Ne bis in idem », in *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 111.

⁴³⁶ Aff. jointes C-187/01 et C-385/01.

⁴³⁷ Dans le même sens CJCE 3 mai 2007, prec. , §59.

⁴³⁸ CJCE 11 décembre 2008, *Klaus Bourquain*, aff. C-297/07.

La réception à géométrie variable d'un instrument de reconnaissance mutuelle reposant sur une confiance mutuelle présumée entre les Etats membres ne peut donc s'affranchir d'une culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle.

§2. - Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle

114. - *Coopération et entraide judiciaire.* De façon plus essentielle qu'en matière civile, les instruments de reconnaissance mutuelle demeurent en matière pénale un outil de la coopération judiciaire, une manifestation de l'entraide judiciaire⁴³⁹ à laquelle les magistrats de liaison déclarent consacrer la majeure partie de leur activité⁴⁴⁰.

Il n'est dès lors pas étonnant de constater qu'ils comportent eux-mêmes plusieurs dispositions sur l'établissement de contacts directs et l'échange nécessaire d'informations qui constituent, on l'a vu, les canaux privilégiés de la culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle. Ainsi, par exemple, l'article 10 de la décision-cadre du 13 juin 2002 relatif aux modalités de transmission du mandat d'arrêt européen prévoit que si l'autorité judiciaire d'émission ne connaît pas l'autorité judiciaire d'exécution compétente, elle effectue les recherches nécessaires, notamment par le biais des points de contact du *Réseau judiciaire européen*, en vue d'obtenir cette information de l'Etat membre d'exécution⁴⁴¹ et que toutes les difficultés ayant trait à la transmission ou à l'authenticité de tout document nécessaire à l'exécution du mandat d'arrêt européen sont réglées au moyen de *contacts directs* entre les autorités judiciaires concernées⁴⁴² tandis que l'article 15 institutionnalise pour la décision sur la remise un échange d'informations en prévoyant que si l'autorité judiciaire d'exécution estime que les informations communiquées par l'Etat membre d'émission sont insuffisantes pour lui permettre de décider la remise, elle demande la fourniture d'urgence des informations complémentaires nécessaire⁴⁴³ et, réciproquement, l'autorité judiciaire d'émission peut, à tout moment, transmettre toutes les informations additionnelles utiles à l'autorité judiciaire d'exécution⁴⁴⁴.

C'est donc dans ce cadre que peut venir s'insérer l'intervention du magistrat de liaison pour résoudre des difficultés inhérentes à la traduction « réservoir permanent de chausse-

⁴³⁹ Conclusions de l'avocat général M. Damaso Ruiz-Jarabo Colomer présentées le 12 septembre 2006 dans l'affaire C-303/05 *Advocaten voor de Wereld VZW*, § 49 à propos du mandat d'arrêt européen.

⁴⁴⁰ Interventions de Jean-Michel PELTIER, Pamela HUDSON et Teresa Angela CAMELIO au colloque « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? » Aix-en-Provence 16-17 janvier 2009, à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM janvier 2010. Ainsi selon le rapport d'activité établi pour 2008 par le premier, magistrat de liaison français en Pologne : 130 dossiers en matière pénale contre 42 dossiers en matière civile.

⁴⁴¹ Article 10-1.

⁴⁴² Article 10-5.

⁴⁴³ Article 15-2.

⁴⁴⁴ Article 15-3.

trappes »⁴⁴⁵, expliquer des différences entre les systèmes judiciaires tenant par exemple à la prescription ou aux voies de recours⁴⁴⁶ à même de conditionner l'issue de la remise.

Il est donc possible de faire émerger cette intermédiation du magistrat de liaison, qui reste le plus souvent souterraine, au sein de la culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle.

On peut, en ce sens, signaler qu'une étude sur le mandat d'arrêt européen devant la chambre criminelle de la Cour de cassation française⁴⁴⁷ mentionne que dans une affaire où un mandat d'arrêt européen avait été émis par les autorités judiciaires britanniques pour l'exercice de poursuites pénales dans le cadre desquelles l'intéressé encourait, notamment, une peine de sept ans de travaux forcés dont il soutenait qu'elle était contraire à l'article 4-2 de la Convention européenne des droits de l'homme qui prévoit que « nul ne peut être astreint à accomplir un travail forcé ou obligatoire », c'est grâce à l'obligeance du magistrat de liaison britannique que le conseiller rapporteur a pu vérifier que cette peine était abrogée depuis 1948 et que c'était donc à tort que le mandat y faisait référence.

C'est encore par l'intermédiaire du magistrat de liaison britannique en France, que la décision précitée⁴⁴⁸ *House of Lords* du 28 février 2007 dans l'affaire *Dabas v High Court of Justice Madrid* a été utilisée par la *High Court of Justice Queen's Bench Division* dans une décision du 20 mai 2008 relative à une affaire *Richard Mc Cormack v Tribunal de grande instance Quimper France* dans laquelle se posait la question de savoir si une personne non mise en examen par le juge d'instruction français mais visée par un réquisitoire introductif du procureur de la République pouvait ou non faire l'objet d'un mandat d'arrêt européen en vue de son arrestation et de sa remise par un autre Etat membre en tant que « personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales » ou « *requested person for the purpose of conducting a criminal prosecution* »⁴⁴⁹. La décision est particulièrement éclairante sur l'appréhension de la compréhension mutuelle entre systèmes judiciaires différents, en l'occurrence de *common* et *civil law*, dans le cadre de la reconnaissance mutuelle en matière pénale.

Tel est d'abord le cas, au titre du droit applicable, du rappel suivant lequel : « **Even before the Extradition Act 2003, it had become important to recognise the cultural and conceptual differences between our criminal procedure and that of others systems** ».

⁴⁴⁵ Jean-Michel PELTIER intervention à la table ronde des magistrats de liaison du colloque des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM janvier 2010.

⁴⁴⁶ Teresa Angela CAMELIO intervention à la table ronde des magistrats de liaison du colloque des 16 et 17 janvier 2009 « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM janvier 2010.

⁴⁴⁷ Pascal LEMOINE « le mandat d'arrêt européen devant la Chambre criminelle », *AJPénal* n°1/2006 p. 15.

⁴⁴⁸ Cf. *supra* n° 112.

⁴⁴⁹ Article premier 1 de la décision cadre du 13 juin 2002.

Il prend notamment appui sur l'affirmation du Lord Steyn exprimée en 1999⁴⁵⁰ pour lequel « Extradition treaties, and extradition statutes, ought, therefore to be accorded a broad and generous construction so far as the texts permits it in order to facilitate extradition ...

It follows that **it would be wrong to approach the problem of construction solely from the perspective of English criminal procedure ...**

It is not always easy for an English court to decide when in a civil law jurisdiction a suspect become un "accused person". All one can say with confidence is that a purposive interprétation of "accused" ought to be adopted in order to accomodate the différences between legal systems. In other words, **it is necessary for our courts to adopt a cosmopolitan approach** to the question whether as a matter of substance rather than form the requirement of there being an "accused" person is satisfied »⁴⁵¹.

C'est à la lumière de ce rappel et dans son prolongement direct comme dans celui des arrêts *Pupino* de la Cour de justice et *Dabas* de la *House of Lords* que la décision conclut ensuite à la possibilité de remise de l'intéressé :

« There is another reason ... to reach this conclusion. Part 1 of the 2003 Act is the national implémentation of the Framework Decision on the European Arrest Warrant, and it is incumbent upon us to construe the Act as to give effect to the Framework décision : see *Dabas*. The English language cersion of Article 1 of the Framework Decision refers to the EAW as relating to the arrest and surrender "for the purpose of conducting a criminal prosecution", and this wording is reflected in Section 2(3)(b) of teh 2003 Act. However, the French language version of the Framework Decision refers to arrest and surrender "pour l'exercice de poursuites pénales", and that is the wording used in paragraph 695-11 of the French Code of Criminal Procedure. It is common ground between Professor Hodgson⁴⁵² and Public Prosecutor that, although the appellant is not presently mis en examen, poursuites pénales have in fact commenced.

In *Tribunale di Firenze (Italy) v Maria Pupino* Case C105/03 16 june 2005, the Grand Chamber of the ECJ said at paragraph 61 : "The national court is required to take into considération all the rules of national law and to interpret them, sos far as possible, in the light of the wording and purpose of the Framework Decision".

In my judgment, **this court would be failing in that duty if we were to take an insular view of the présent case**, or to see the stage of mise en examen as a prerequisite. To dod so would pervert the purpose of the Framework Decision, as to which see *Dabas*, per Lord Bingham of Cornhill at paragraph 4 ».⁴⁵³

⁴⁵⁰ *Re Ismail* (1999) 1 AC 320, 326327.

⁴⁵¹ Décision § 6.

⁴⁵² La décision mentionne expressément (§10) que, dans cette affaire, le *District Judge* et la *High Court* ont « bénéficié de l'assistance » du professeur Jacqueline Hodgson de l'Université de Warwick quant à l'analyse et à la compréhension du système judiciaire français.

⁴⁵³ Décision § 15 et 16.

De la conception de la confiance mutuelle adoptée par les instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale dépend également la référence à une culture judiciaire commune.

§3. - Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture judiciaire commune

115. - Un lien essentiel. La reconnaissance mutuelle en matière pénale a pu être souvent présentée comme un simple substitut du rapprochement des législations et l'on a vu⁴⁵⁴ que la Cour de justice a, à plusieurs reprises, rappelé qu'aucune disposition du titre VI du traité sur l'Union européenne n'en subordonne l'application à l'harmonisation ou, à tout le moins, au rapprochement des législations des Etats membres. Pourtant la nécessité pour le bon fonctionnement des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale, pour la cohérence de l'espace pénal européen, de reposer sur une culture judiciaire commune, partagée, a pu être soulignée comme une évidence, un gage de la confiance mutuelle planifiée : « Le rapprochement des législations matérielles et surtout procédurales aurait dû être conçu comme la condition de la réalisation et de la légitimité de la confiance mutuelle que supposent la reconnaissance mutuelle et le mandat d'arrêt européen notamment »⁴⁵⁵. Plus précisément encore « L'adhésion à une culture judiciaire commune semble passer par l'acceptation d'une haute exigence concernant les droits procéduraux et la réciprocité entre les représentants judiciaires. La place laissée à la sauvegarde des droits des suspects dans l'harmonisation des différents systèmes nationaux constitue une étape fondamentale dans la concrétisation pratique d'une réelle coopération judiciaire »⁴⁵⁶.

Force est de constater qu'en 2009 cette étape reste, pour plusieurs raisons, toujours à venir ce qui ne peut que retentir sur l'appréhension de la confiance mutuelle.

116. - L'absence d'harmonisation procédurale minimale. Alors qu'on aurait pu concevoir qu'il s'agisse d'une étape préalable à l'adoption du premier instrument de reconnaissance mutuelle sur le mandat d'arrêt européen par la décision-cadre du 13 juin 2002, ce n'est que l'année suivante en 2003 qu'est intervenu le livre vert de la Commission sur les garanties procédurales accordées aux suspects et aux personnes mises en cause dans des procédures pénales dans l'Union européenne⁴⁵⁷. Sans faire référence à une culture judiciaire commune, la Commission insiste sur le lien avec le renforcement de la confiance mutuelle⁴⁵⁸ : « La reconnaissance mutuelle s'appuie sur la confiance mutuelle dans les

⁴⁵⁴ *Supra* n° 113.

⁴⁵⁵ Anne WEYEMBERGH « Le mandat d'arrêt européen : vers un espace pénal cohérent ? », *LPA* 31 juillet 2008, n° 153, p. 7 ; *adde* « L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions », *ed° de l'Université de Bruxelles*, 2004.

⁴⁵⁶ Maik MARTIN « Arrêter et juger en Europe. Genèse, luttes et enjeux de la coopération pénale. Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace de justice, liberté et sécurité », *Cultures & Conflits* n° 62 (2/2006), p. 63.

⁴⁵⁷ Livre vert de la Commission du 19 février 2003, COM(2003) 75 final.

⁴⁵⁸ Point 1-7.

systèmes juridiques des différents Etats membres. Afin de garantir cette confiance mutuelle, il est souhaitable que, dans tous les Etats membres, un ensemble uniforme de garanties procédurales soit accordé aux suspects et personnes mises en cause. Cette initiative a donc pour finalité de mettre en évidence le degré d'harmonisation qui renforcera la confiance mutuelle dans la pratique. Les Etats membres de l'UE sont tous signataires du traité majeur qui définit ces normes, à savoir la Convention européenne des droits de l'homme, de même que tous les futurs Etats membres et les pays candidats, de sorte que le mécanisme de la confiance mutuelle est déjà en place. Il s'agit à présent d'élaborer des outils concrets permettant d'accroître la visibilité et l'efficacité de la mise en œuvre de ces normes au niveau de l'UE. Le présent livre vert vise à faire en sorte que les droits soient "non pas théoriques ou illusoire" dans l'UE, mais au contraire "concrets et effectifs". Les différences dans la manière dont il est tenu compte des droits de l'homme dans les règles de procédure nationales ne signifient pas nécessairement que la CEDH n'est pas respectée. *Toutefois, des pratiques divergentes risquent de constituer une entrave à la confiance mutuelle sur laquelle la reconnaissance mutuelle est fondée*⁴⁵⁹. C'est pour cette raison que l'Union européenne agit au titre de l'article 31, point c), du traité sur l'Union européenne. Cette action ne doit pas nécessairement prendre la forme d'une intervention contraignant les Etats membres à amender leur code de procédure pénale, *mais plutôt d'une "meilleure pratique européenne" visant à faciliter et à rendre plus efficace et visible la mise en œuvre concrète de ces droits*⁴⁶⁰. Il va sans dire qu'elle ne doit en aucun cas aboutir à réduire le niveau de protection actuellement accordé par les Etats membres ».

La proposition de décision-cadre du Conseil relative à certains droits procéduraux accordés dans le cadre des procédures pénales dans l'Union européenne présentée l'année suivante par la Commission le 28 avril 2004⁴⁶¹ faisait référence aux deux composantes essentielles de la structuration d'une culture judiciaire commune précédemment définies⁴⁶² par la prévision de normes minimales communes et d'une évaluation.

Il s'agissait, tout d'abord, par l'octroi d'un « niveau équivalent de protection »⁴⁶³ aux suspects et personnes mises en cause dans le cadre de procédures pénales à travers l'Union européenne grâce à la définition de normes minimales communes concernant certains droits procéduraux⁴⁶⁴ de parvenir à un accord entre les Etats membres sur une conception d'un « procès équitable » commune à toute l'Union⁴⁶⁵, afin de maintenir au minimum les divergences procédurales relatives à ces droits fondamentaux⁴⁶⁶. La proposition se limitait

⁴⁵⁹ C'est nous qui soulignons.

⁴⁶⁰ *Idem*.

⁴⁶¹ COM(2004) 328 final.

⁴⁶² *Supra* chapitre 2.

⁴⁶³ Préambule §7 et 14.

⁴⁶⁴ Préambule §1.

⁴⁶⁵ Préambule §9.

⁴⁶⁶ Préambule §11.

toutefois dans un premier temps à cinq droits particulièrement importants dans le contexte de la reconnaissance mutuelle, parce que comportant un élément transnational : l'accès à l'assistance d'un avocat, avant comme pendant le procès ; l'accès gratuit aux services d'un interprète et d'un traducteur ; la garantie pour les personnes incapables de comprendre ou de suivre la procédure de bénéficier d'une attention adéquate ; le droit de communiquer, notamment, avec les autorités consulaires dans le cas de suspects étrangers, et l'information des suspects au sujet de leurs droits (en leur remettant une « déclaration des droits » écrite). A supposer qu'un tel accord puisse être trouvé, il s'agissait parallèlement d'instaurer un mécanisme régulier et permanent d'évaluation et de suivi du respect de ces normes minimales communes : « La confiance mutuelle ne doit pas exister seulement entre les gouvernements des Etats membres - elle doit aussi être ancrée dans l'esprit des praticiens, des agents des services répressifs et judiciaires et de tous ceux qui rendront chaque jour des décisions fondées sur la reconnaissance mutuelle. Cela ne se fera pas en un jour et ne pourra se faire que s'il existe des moyens fiables de vérifier que les normes minimales communes sont respectées dans toute l'Union européenne »⁴⁶⁷.

Les difficultés apparues notamment sur la double question du nombre de droits procéduraux énoncés et du caractère contraignant de l'instrument envisagé ont abouti fin 2006 à un blocage par six Etats-membres qui n'a toujours pas été surmonté.

117. - Les ambiguïtés de la clause de sauvegarde des droits fondamentaux. En l'absence d'harmonisation procédurale minimale, le débat qui s'est focalisé sur l'insertion dans les différents instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale d'une clause générale de sauvegarde des droits fondamentaux mérite, à son tour, d'être mis en perspective avec la réalité d'une culture judiciaire commune, partagée par les Etats-membres.

Une première façon de raisonner consiste à considérer qu'en présence d'une réelle conviction quant au sentiment d'appartenance à une culture commune fondée des standards partagés, la question de l'insertion d'une clause qui, ainsi qu'on a pu l'écrire « *lurks a smug sense of cultural superiority* »⁴⁶⁸, ne devrait tout simplement pas se poser.

Mais, on peut à rebours considérer qu'une telle clause de sauvegarde des droits fondamentaux est seule à même, surtout en l'absence d'harmonisation minimale et quand bien même peut-être encore en sa présence, de garantir cette appartenance à une culture judiciaire commune, tant que l'Union européenne se compose de vingt-sept Etats membres distincts.

Entre les deux, les instruments sur la reconnaissance mutuelle en matière pénale semblent avoir opté pour une sorte de voie moyenne qui n'est pas sans poser difficulté.

Ainsi par exemple, le premier texte relatif au mandat d'arrêt européen affirme-t-il dans

⁴⁶⁷ Préambule § 47.

⁴⁶⁸ J. R. SPENCER « The European Arrest Warrant » *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* (2003-4) vol. 6, Oxford, Hart publishing 2005, p. 201.

son préambule⁴⁶⁹ que :

« La présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne, notamment son chapitre VI. Rien dans la présente décision-cadre ne peut être interprété comme une interdiction de refuser la remise d'une personne qui fait l'objet d'un mandat d'arrêt européen s'il y a des raisons de croire, sur la base d'éléments objectifs, que ledit mandat a été émis dans le but de poursuivre ou de punir une personne en raison de son sexe, de sa race, de sa religion, de son origine ethnique, de sa nationalité, de sa langue, de ses opinions politiques ou de son orientation sexuelle, ou qu'il peut être porté atteinte à la situation de cette personne pour l'une de ces raisons.

La présente décision-cadre n'empêche pas un Etat membre d'appliquer ses règles constitutionnelles relatives au respect du droit à un procès équitable, à la liberté d'association, à la liberté de la presse et à la liberté d'expression dans d'autres médias ».

Et l'article premier 3 prévoit par ailleurs, au titre des principes généraux de l'instrument, que « La présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du traité sur l'Union européenne »⁴⁷⁰.

Pour autant, la décision-cadre n'a pas expressément érigé la clause générale de sauvegarde des droits fondamentaux en motif explicite, obligatoire ou facultatif, de refus du mandat, ce qui a conduit là encore à une transposition à géométrie variable dans les différentes législations nationales⁴⁷¹. Si cette dernière a été déplorée par la Commission européenne dans ses rapports d'évaluation sur la mise en œuvre de la décision-cadre⁴⁷², au demeurant dans des termes qui ne sont pas susciter la perplexité et illustrent un certain embarras sur la question⁴⁷³, c'est plutôt l'inclusion dans ce texte⁴⁷⁴ comme celui

⁴⁶⁹ §12. Rappr. § 27 et 28 du préambule de la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves.

⁴⁷⁰ Rappr. l'article premier 3 de la décision-cadre du 18 décembre 2008 relative au mandat européen d'obtention de preuves ajoutant *in fine* « ... ni celle de les faire respecter par les autorités judiciaires des Etats membres ».

⁴⁷¹ Sur la question cf. Mark MACKAREL « *Human rights as a barrier to surrender* », in *The European Arrest Warrant in Practice*, Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 139.

⁴⁷² COM(2006) 8 final, point 2.2.3 p. 6.

⁴⁷³ « Pour être plus efficace et plus rapide que la procédure d'extradition, le mandat d'arrêt n'en est pas moins soumis au respect entier des garanties individuelles. Contrairement à ce qu'ont fait certains Etats membres, le Conseil n'a pas entendu faire de la condition générale de respect des droits fondamentaux un motif explicite de refus en cas de violation. Cependant il va sans dire qu'une autorité judiciaire est toujours fondée à refuser l'exécution d'un mandat d'arrêt si elle constate que la procédure est entachée d'une violation de l'article 6 TUE et des principes constitutionnels communs aux Etats membres ; dans un système fondé sur la confiance mutuelle, une telle situation devrait rester exceptionnelle ».

⁴⁷⁴ « Epilogue » in « *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 398.

des autres instruments relatifs à la reconnaissance mutuelle en matière pénale d'une prévision spécifique à même de rendre véritablement opérationnelle la clause de sauvegarde des droits fondamentaux qui semble recommandée.

118. - Retour à la confiance mutuelle. En cet état d'absence d'harmonisation procédurale minimale et d'incertitude sur la portée effective de la clause de sauvegarde des droits fondamentaux, le sentiment d'appartenance à une culture judiciaire commune apparaît largement tributaire de la confiance mutuelle et doit en quelque sorte trouver une place entre la confiance décrétée et la confiance éprouvée.

Si la question du respect de certains principes de la Convention européenne des droits de l'homme a pu être évoquée pour la décision-cadre relative au mandat d'arrêt européen elle-même⁴⁷⁵ ou telle loi de transposition nationale⁴⁷⁶, c'est surtout l'autorité judiciaire de l'Etat d'exécution qui s'y trouve plus ordinairement confrontée. Parmi d'autres illustrations dans différents Etats⁴⁷⁷, on retiendra qu'en France, en l'absence de clause expresse de sauvegarde des droits fondamentaux dans la transposition opérée dans le code de procédure pénale⁴⁷⁸, la chambre criminelle de la Cour de cassation après avoir cassé un refus d'exécution fondé sur une violation des prescriptions de la Convention européenne des droits de l'homme par l'autorité de l'Etat d'émission au motif que l'exécution d'un mandat d'arrêt européen ne peut être refusée dans d'autres cas que ceux limitativement prévus par le code de procédure pénale⁴⁷⁹, a dans un

⁴⁷⁵ CJCE 3 mai 2007, *Advocaten voor de Wereld*, aff. C-305-5 ayant conclu (§ 54) à la validité de la décision-cadre au regard du principe de légalité des délits et des peines, faisant partie des principes généraux du droit se trouvant à la base des traditions constitutionnelles communes aux Etats membres et consacré à l'article 7 §1 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors que (§ 53) « si l'article 2 §2 de la décision-cadre supprime le contrôle de la double incrimination pour les catégories d'infractions mentionnées à cette disposition, la définition de celles-ci et des peines applicables continue de relever de la compétence du droit de l'Etat membre d'émission, lequel, comme il est d'ailleurs énoncé à l'article 1^{er}, paragraphe 3, de cette même décision-cadre, doit respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés à l'article 6 UE et, par conséquent, le principe de légalité des délits et des peines ».

⁴⁷⁶ Cour constitutionnelle de Belgique 10 octobre 2007, n° 128/2007, *Revue de droit pénal et de criminologie* 2008 p. 555 note Benoit DEJEMEPPE, ayant estimé au regard de la loi belge de transposition du 19 décembre 2003 que la décision du juge d'instruction de mettre en détention en exécution d'un mandat d'arrêt européen une personne recherchée pour l'exercice de poursuites pénales est une ordonnance d'un juge qui répond aux exigences de l'article 12 de la Constitution et des articles 5.2 et 5.4 de la Convention européenne des droits de l'homme et qu'une telle mesure ne porte pas atteinte à la présomption d'innocence telle qu'elle est consacrée par l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, dès lors qu'il doit encore être statué sur le fond de l'affaire dans le respect des droits de la personne qui fait l'objet du mandat d'arrêt.

⁴⁷⁷ Cf. Mark MACKAREL « *Human rights as a barrier to surrender* », in *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 139, notamment p. 151 et s.

⁴⁷⁸ Seule la clause de non discrimination apparaît dans l'article 695-22-5° du code de procédure pénale.

⁴⁷⁹ Crim. 8 août 2007, n° 07-81621.

second temps affirmé que selon les dispositions de l'article 695-33 lorsque les informations contenues dans le mandat d'arrêt sont insuffisantes pour permettre à la chambre de l'instruction de statuer sur la remise de la personne recherchée dans le respect de ses droits fondamentaux, cette juridiction est tenue de les solliciter auprès des autorités de l'Etat d'émission⁴⁸⁰. Cette voie a, par exemple, été utilisée par la chambre de l'instruction de la Cour d'appel de Pau dans une décision du 11 mai 2007⁴⁸¹ ordonnant un supplément d'information afin de permettre aux autorités étrangères de préciser certains éléments au motif qu'« en dépit du fait que le mécanisme juridique du mandat d'arrêt européen est fondé sur un principe de confiance mutuelle entre les Etats membres de l'Union européenne ainsi que sur la présomption subséquente que la demande de remise repose sur une décision conforme aux principes de protection des droits de l'homme rappelés au paragraphe 12 du préambule de la décision-cadre du 13 juin 2002 comme émanant du système judiciaire d'un Etat démocratique, il est nécessaire de s'assurer que les dispositions dudit préambule sur les droits fondamentaux et celles de la Convention de New-York contre la torture ont été respectées ».

Entre un refus d'exécution d'emblée méconnaissant trop ouvertement la confiance mutuelle décrétée et une remise d'emblée ne permettant pas suffisamment d'éprouver la confiance, c'est en quelque sorte et par un singulier renversement de perspective la culture de la connaissance réciproque qui est ici appelée au secours et mise en œuvre pour la vérification du respect des droits fondamentaux, de la culture judiciaire commune.

⁴⁸⁰ Crim. 21 novembre 2007, n° 07-87499 ; v. déjà Crim. 7 février 2007, n° 07-80762, et 26 septembre 2007, n° 07-86099.

⁴⁸¹ N° 401/2007, *BICC n° 679 du 1^{er} avril 2008*, n° 588.

§1. – Une nouvelle approche de la double dimension horizontale et verticale de la coopération judiciaire européenne et de la culture judiciaire européenne ?

119. – La coopération judiciaire comme le procès européen possèdent une double dimension horizontale – le rapport de magistrat à magistrat -, et verticale - la coopération est assise sur des textes, interprétés à la lumière de principes structurants de l'ordre juridique européen et facilitée sinon subordonnée à l'existence de standards communs de justice. Nous pouvons prolonger ou transposer cette double dimension dans le champ plus sociologique, en espérant mieux éclairer le phénomène de la culture judiciaire européenne.

120. – Un « *consensus de convention* ». La culture judiciaire européenne a une véritable dimension horizontale développée à partir des attentes des acteurs les uns à l'égard des autres et pouvant donner lieu à la création de normes de comportement. La compréhension mutuelle et la reconnaissance mutuelle dont il est question lorsqu'on traite que la coopération judiciaire européenne - et internationale - ne trouvent pas en elles-mêmes leur propre finalité. Elles sont, dans ce contexte de la coopération judiciaire européenne ou internationale, l'expression de normes sociales que l'on peut chercher à décrire plus analytiquement. Sans pousser trop loin une analogie qui se révélerait à l'usage limité, il devrait être possible de décrire des normes sociales nées de la coopération judiciaire en utilisant l'idée qu'il existe au moins entre les magistrats impliqués dans la coopération judiciaire un « consensus de convention »⁴⁸², consensus qui lui-même pourrait être décrit autour de l'idée que la coopération judiciaire est une activité coopérative, comportant à ce titre des attentes et des normes liées à un « engagement mutuel » au soutien de l'activité même de la coopération judiciaire, à une « réceptivité mutuelle » des magistrats impliqués dans la coopération aux intentions et aux plans des autres magistrats et des autres systèmes judiciaires, voire aux actions des autres magistrats (auquel cas, on passerait alors à ce que Michaël Bratman a décrit comme une « activité coopérative partagée »⁴⁸³) et à un « soutien mutuel » dans la conduite même des actions nécessaires à la réalisation de la coopération judiciaire et de ses finalités.

⁴⁸² Concept construit à partir de l'idée de David LEWIS de recourir au concept de convention pour expliquer la naissance des normes. Voir LEWIS, *Convention. A philosophical study*, Cambridge, HUP, 1969. Voir sur ce point, Pierre LIVET, *Les normes*, Armand Colin, 2006, p. 75 s.

⁴⁸³ « Shared Cooperative Activity », *The Philosophical Review*, vol 101, n° 2, avril 1992, reprinted in *Faces of Intention, Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge University Press, 1999. L'auteur insiste sur l'importance de la réceptivité mutuelle aux actions et pas seulement aux intentions. La réceptivité mutuelle dans l'action va bien au-delà de la coopération planifiée dès le départ qui se contente de définir à l'avance les rôles prédéfinis de chacun. Nous pouvons avoir une réceptivité mutuelle sur les intentions : durant la phase de programmation de l'action partagée, chaque participant doit se montrer sensible aux intentions ou aux plans des autres participants, chacun doit s'être engagé à ajuster ses plans à la lumière des intentions des autres membres du groupe. Mais, selon BRATMAN, il n'y a pas réellement d'activité de coopération partagée s'il n'y a pas aussi une réceptivité mutuelle *dans* l'action, c'est-à-dire durant la mise en œuvre de l'action jointe elle-même : chaque participant doit être sensible à la conduite des autres et ajuster son comportement de telle sorte d'accomplir le résultat attendu et si cela est

Naturellement, cette idée d'un « consensus de convention », apte à créer des attentes et donc des normes sociales ne peut à lui seul servir de base à l'approche des normes de la culture judiciaire européenne. Car les règles ou les normes ne sont des pratiques sociales conventionnelles (c'est-à-dire fondées sur un seul consensus de convention) que si leur observance générale par un groupe fait partie des raisons que les individus qui en sont membres (ici les magistrats impliqués dans la coopération judiciaire européenne) ont de les accepter⁴⁸⁴.

121. – Un « consensus de conviction ». Or il doit bien être admis que si, dans le cas de la coopération judiciaire européenne et internationale, ce consensus de convention pouvait jamais exister (et nous pensons qu'il a sa place dans l'explication des développements de la coopération, de la compréhension et du soutien mutuel, voir de la bienveillance mutuelle entre magistrats appartenant à des systèmes judiciaires différents, notamment dans le cadre des relations entre juridictions fortement spécialisées), il ne pourrait à lui seul rendre compte ni du système de la coopération ni même de la culture judiciaire européenne dans sa dimension sociologique. Il ne pourrait conduire à méconnaître le fait que les pratiques de la coopération judiciaire européenne ne sont pas constituées par convention entre les acteurs, mais qu'elles trouvent leurs bases dans des normes d'origine étatique directement, ou indirectement (cas des normes de l'ordre de l'Union européenne). Même si l'on veut éclairer l'approche purement juridico-institutionnelle par une approche sociologique, force est de constater aussi que les magistrats impliqués dans la coopération judiciaire européenne le sont non parce qu'il existe une convention entre eux, mais chacun pour sa part, pour des raisons peut-être identiques, mais indépendantes de toute convention, pour se comporter dans la coopération selon certaines règles. Pour reprendre un terme que l'on doit à Dworkin⁴⁸⁵, si consensus il y a dans la coopération judiciaire sur ce qu'il convient de faire, c'est moins un consensus de convention qu'un « consensus de conviction ».

nécessaire au-delà des rôles prédéfinis dans le plan initial. Dans la coopération préprogrammée sans réceptivité mutuelle dans l'action, chacun agit en accord et seulement en accord avec les plans établis en amont, sans adaptation continue dans le déroulement de l'action.

⁴⁸⁴ Voir précisions sur ce point par H.L.A. HART, *The Concept of Law*, second edition, poscript, OUP, 2004, trad. franç. *Le concept de droit*, postface, Presses universitaires de Saint Louis, 2005 (voir p. 273 et s. de l'édition française).

⁴⁸⁵ *Prendre les droits au sérieux*, PUF, coll. Léviathan. DWORKIN dit d'abord que la thèse selon laquelle une convention sociale peut donner naissance à une règle ne pourrait se concevoir que dans le cas particulier où elle concerne une règle qui peut n'être valide que du fait qu'elle est partagée par tous (morale conventionnelle). Il distingue les cas de « morale conventionnelle » des cas de « morale convergente ». Dans les cas de « morale conventionnelle », les membres de la communauté regardent l'accord des membres du groupe sur la morale pour un fait essentiel à son caractère normatif. Dans l'hypothèse de « morale convergente », les membres de la communauté peuvent bien constater un accord sur une règle, ils ne regardent pas cet accord comme déterminant ou essentiel pour exprimer leur raison de considérer une règle comme normative. Ce qui est déterminant dans ce cas c'est la conviction de chacun que la règle s'impose bien à eux indépendamment du fait qu'elle est une règle partagée. Le fait que la communauté ne partage pas cette morale ne serait pas un élément qui lui ôterait son caractère normatif aux yeux de ceux qui regardent une règle comme devant s'imposer à eux.

Les entretiens nous ont permis de vérifier la limite de l'idée d'un consensus de convention lorsqu'il a été question de mesurer la part que pourrait prendre le concept de réciprocité pour rendre compte des comportements des magistrats dans la coopération judiciaire européenne ou internationale. L'idée de réciprocité paraît importante à explorer pour certains magistrats de liaison, en particulier parce qu'ils estiment qu'il peut être important d'expliquer à un juge les difficultés qui ont été surmontées pour répondre à sa demande de coopération, dans l'espoir qu'il en tienne compte à l'avenir lorsqu'il sera lui-même sollicité dans le cadre d'une activité de coopération internationale. Mais pour autant, il est bien indiqué que l'on ne pourra pas convaincre un juge au nom de cette idée seule de réciprocité. Elle ne fonde pas une norme, ni même une raison d'agir dans la coopération judiciaire européenne. Il est important pour certains de dénoncer de « fausses réciprocités » (parce qu'elles n'existent pas) et parce que les apparences reposent sur de simples concomitances entre demandes d'entraides accordées de façon concomitantes entre deux Etats : on pense que la réciprocité a joué, alors que ce n'est pas le cas.

§2. – Un bilan des avancées et difficultés dans l'émergence d'une culture judiciaire européenne ?

122. – *Constats.* Il ne s'agit pas, ici, de dresser une sorte de tableau ou d'inventaire des avancées et difficultés de la culture judiciaire européenne qui résultent de la lecture du présent rapport. La mise en avant des avancées sur un certain nombre de points fait apparaître en creux les obstacles ou difficultés subsistants : ainsi, les magistrats de liaison constituent une bonne pratique européenne qui demeure pourtant minoritaire, en l'absence d'échange réciproque systématique entre les Etats ; les progrès accomplis en matière de formation judiciaire aux échelles nationale comme européenne n'ont pas pour autant abouti à ce dernier niveau à une structure commune ; ni les études et rapports successifs en matière d'évaluation et de qualité de la justice à la définition d'une politique.

Il s'agit plutôt d'attirer l'attention sur deux constats plus généraux liés à de possibles déplacements des difficultés d'une part (1) et contradiction ou incohérence dans les avancées d'autre part (2).

1. – Déplacement des difficultés ?

123. – Il faut, tout d'abord constater que les difficultés d'émergence d'une culture judiciaire européenne ne sont pas toujours là où on les attend ou pas seulement, pas surtout ; et qu'en tout état de cause une difficulté bien identifiée est susceptible d'évolution, de transformation.

124. – *Redirection : les différences entre cultures judiciaires nationales.* De prime abord, la principale difficulté d'émergence d'une culture judiciaire européenne pouvait paraître liée aux différences entre cultures judiciaires nationales en elles-mêmes. Au sein de l'Union européenne et plus encore du Conseil de l'Europe, la diversité des cultures judiciaires nationales renvoie à des oppositions qui sont elles-mêmes multiples : opposition

classique des pays de *common law* et des pays de *civil law* ou tradition romano germanique⁴⁸⁶, mais aussi opposition plus récente des pays en transition et des pays de tradition juridique ancienne, opposition des anciens et des nouveaux Etats membres (NEM). Ces différences sont indéniables et des illustrations des unes comme des autres ont été à l'occasion rencontrées. Et, si stigmatisation de ces différences il peut y avoir, ce sont plutôt, au terme d'un premier déplacement, les secondes qui semblent aujourd'hui davantage en faire l'objet.

L'on sait toutefois, qu'avant même toute affectation par une culture judiciaire commune, ces oppositions, et singulièrement la première, doivent être nuancées, relativisées. D'abord, parce qu'*en deçà* de la *summa divisio* celle-ci ne doit pas masquer une diversité interne au sein de chaque grande catégorie par exemple entre la France et l'Allemagne ou encore l'Italie, voire au sein d'un même pays par exemple en France entre la justice judiciaire assurément civiliste et la justice administrative qui présentent des points communs avec la magistrature anglaise⁴⁸⁷. C'est déjà dire, ensuite, cette fois *au-delà* de la *summa divisio*, que cette diversité n'exclut pas l'identification de points de vue ou problèmes communs⁴⁸⁸ (...) qui n'ont toutefois « pas forcément le même sens, la même portée dans des contextes de culture judiciaire différents »⁴⁸⁹.

Mais, ainsi que cela a été souligné dès l'introduction, ce ne sont pas ces différences prises en elles-mêmes qui posent véritablement problème mais, au terme d'un autre déplacement, de façon secondaire, dérivée, les difficultés de connaissance et de compréhension qu'elles suscitent.

125. – Transformation : les difficultés linguistiques. La culture de la connaissance et de la compréhension mutuelle est alors naturellement celle qui est principalement à même de se heurter à l'obstacle évident des différences de langue, des difficultés linguistiques.

Il faut, là encore constater un effet de déplacement. Sous l'action conjuguée de la formation et de la spécialisation, des progrès ont certainement été accomplis dans la pratique des langues étrangères au premier chef chez les magistrats les plus impliqués dans la coopération judiciaire européenne et internationale, et les différents facilitateurs de l'entraide, notamment les magistrats de liaison ou correspondants nationaux d'Eurojust, permettent de surmonter ces difficultés linguistiques en trouvant un interlocuteur parlant une langue autorisant l'échange et la compréhension ou en déjouant les pièges de la traduction dont la Cour de justice minimise parfois, on l'a vu, l'absence.

Des difficultés d'ordre économique semblent plutôt concerner à l'heure actuelle le coût des traductions. Si les différents réseaux, réseau européen de formation judiciaire (REFJ),

⁴⁸⁶ Duncan FAIRGRIEVE et Horatia MUIR « *Common law et tradition civiliste* », PUF, Droit et justice, Les notes, 2006.

⁴⁸⁷ Antoine GARAPON, *Dictionnaire de la Justice préc.*

⁴⁸⁸ Flora LEROY-FORGEOT « Culture britannique et culture européenne : éléments d'une évolution politico-juridique », *Droit et Société 40-1998*, p. 613.

⁴⁸⁹ Horatia MUIR-WATT « Quelques remarques d'ordre comparatif sur la notion d'*accountability* appliquée à la justice », 2003.

réseaux judiciaires européens que ce soit en matière pénale (RJE) ou en matière civile et commerciale (RJECC) offrent des sites le plus souvent multilingues à même de favoriser la connaissance réciproque et la compréhension mutuelle, le coût de traduction des fiches proposées sur les différents systèmes judiciaires absorberait pour ce dernier la moitié de son budget⁴⁹⁰.

Au regard de cette évolution, il est symptomatique de constater que le projet d'institution d'un réseau de coopération, non plus judiciaire mais législative, des ministères de la justice des Etats membres de l'Union européenne⁴⁹¹, destiné à renforcer l'accès aux informations détenues par ces derniers sur la législation en vigueur, les systèmes judiciaires et juridiques, ainsi que les grands projets de réforme législative, s'il prévoit bien qu'« afin de faciliter le fonctionnement concret du réseau, chaque Etat membre devrait veiller à ce que son ou ses correspondants aient une connaissance suffisante d'une langue de l'Union européenne autre que sa langue nationale, compte tenu de la nécessité de pouvoir communiquer avec les correspondants des autres Etats membres »⁴⁹², indique en revanche qu'il ne devrait pas être obligatoire de fournir une traduction des documents transmis⁴⁹³.

2. – Contradiction ou incohérence dans les avancées ?

126. – *Contraste.* Le second constat général que l'on peut formuler en conclusion, relatif cette fois aux avancées de la culture judiciaire européenne, est celui d'une situation contrastée. Si le champ de la culture judiciaire européenne est marqué d'une indéniable vocation à l'ouverture, son économie et son fonctionnement actuel ne sont en revanche pas exempts d'une certaine tendance au repliement.

127. – *Vocation à l'ouverture du champ de la culture judiciaire européenne.* Si la culture judiciaire européenne s'inscrit prioritairement dans le champ de l'espace judiciaire européen au sein de l'Union, elle en déborde aujourd'hui largement.

S'agissant en premier lieu de l'interférence entre **Union européenne et Conseil de l'Europe**, au-delà des standards communs issus de la Convention européenne de sauvegarde de droits de l'homme et de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg, a été relevée la volonté de maintenir une cohérence avec le Conseil de l'Europe en matière d'évaluation et de qualité de la justice en évitant de recouper les travaux de la Commission

⁴⁹⁰ Karima ZOUAOUI, intervention au colloque d'Aix-en-Provence « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? » des 16 et 17 janvier 2009, à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique* », PUAM janvier 2010.

⁴⁹¹ Résolution du Conseil et des représentants des gouvernements des Etats membres, réunis au sein du Conseil, sur l'institution d'un réseau de coopération législative des ministères de la justice de l'Union européenne du 28 novembre 2008, 2008/C 326/01, JO n° C 326 du 20 décembre 2008 p. 1.

⁴⁹² Préambule § 10.

⁴⁹³ Point (2)2.

européenne pour l'efficacité de la justice (CEPEJ) qualifiée en ce domaine d' « instance la plus à même de développer la confiance mutuelle au sein de l'UE »⁴⁹⁴. Il faut, dans le même sens, mentionner l'action conjuguée du Conseil consultatif de juges européens (CCJE) et du Conseil consultatif de procureurs européens (CCPE) dont il a pu être écrit qu'il « développe à destination d'un nombre de pays beaucoup plus important que celui de l'Union européenne, le concept de "culture judiciaire commune" en application entre les pays membres de l'Union »⁴⁹⁵, même si « faute d'argent et d'une homogénéité suffisante entre les quarante sept Etats parties »⁴⁹⁶ il ne s'agit pas d'un réseau opérationnel.

Cette recherche de cohérence entre l'Union européenne et le Conseil de l'Europe dans l'émergence d'une (seule et même) culture judiciaire européenne serait donc à même d'exclure le risque d'existence de plusieurs cultures européennes ou de disparité entre les deux Europe judiciaires.

Au-delà, ce sont encore de multiples signes d'ouverture du champ de la culture judiciaire européenne qui ont été soulignés dans le cadre du lien entre **coopération judiciaire européenne et coopération judiciaire internationale**, qu'il s'agisse de la nomination de magistrats de liaison hors Europe, des relations d'Eurojust avec des Etats tiers ou du projet de modification de la décision relative au Réseau judiciaire européen en matière civile ou commerciale pour prévoir qu'il entretient des contacts et procède à des échanges d'expériences avec les autres réseaux de coopération établis par entre pays tiers et avec les organisations internationales qui promeuvent la coopération internationale.

Ce sont ainsi des « ponts judiciaires »⁴⁹⁷ qui sont édifiés au-delà de la seule Union européenne.

128. – Tendances au repliement dans l'économie de la culture judiciaire européenne.

Pourtant, lorsqu'on opère un **retour à l'Union européenne**, des facteurs de rigidité sont à même d'affecter le développement de la culture judiciaire européenne.

Un premier facteur peut tenir aux conditions même de l'avancée de la construction de l'espace judiciaire européen tributaire d'engagements politiques ouverts à des résistances comme parfois à des accélérations soudaines conduisant à une juxtaposition d'instruments. Cette juxtaposition conduit les praticiens à privilégier les instruments qu'ils connaissent le mieux ou qui fonctionnent le mieux (mandat d'arrêt européen, convention d'entraide du 29 mai 2000 et son protocole bien qu'elle ne soit toujours pas mise en œuvre par l'ensemble

⁴⁹⁴ COM (2008) 0038 final §22.

⁴⁹⁵ Olivier de BAYNAST « Le Conseil consultatif des procureurs européens », *RPDP 2008* p. 265.

⁴⁹⁶ Olivier de BAYNAST, intervention au colloque d'Aix-en-Provence sur « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune » des 16 et 17 janvier 2009, à paraître dans les *Cahiers de méthodologie juridique*, PUAM janvier 2010.

⁴⁹⁷ Jean-Marie HUET, Rapport général du séminaire, « La coopération judiciaire : de l'attente des praticiens à la politique législative de l'Union (à l'occasion du 10ème anniversaire du Réseau judiciaire européen en matière pénale), Paris 5-6 novembre 2008.

des Etats membres⁴⁹⁸) et à délaissier d'autres instruments dont la plus-value apparaît moins évidente tels aujourd'hui la décision-cadre sur le gel des avoirs ou demain le mandat européen d'obtention de preuves. En tout état de cause cette juxtaposition des instruments est à même d'entraver une vision d'ensemble de l'existant, ce qui peut expliquer qu'ait été émise, afin de renforcer leur cohérence, l'idée de les consolider au sein d'un « code européen de la coopération judiciaire »⁴⁹⁹ et *a fortiori* du souhaitable c'est à dire une réflexion d'ensemble sur la conception d'un véritable système judiciaire européen.

En cet état d'une culture judiciaire européenne principalement adossée aux principes de confiance et de reconnaissance mutuelle, il faut alors constater un autre facteur de rigidité résultant de multiples phénomènes de tensions. Tension, d'abord, entre l'exhortation à un degré élevé d'une confiance mutuelle présumée et la réalité plus mesurée d'une confiance mutuelle éprouvée. Tension, ensuite, entre l'aspiration à des exigences de qualité de la justice les plus élevées et les difficultés d'adoption ou le contenu d'un petit noyau de normes communes simplement minimales. Tension, enfin, culture judiciaire commune respectant les traditions nationales et développement dans certains textes de règles de procédures propres à la reconnaissance et à l'exécution transfrontières des décisions.

§3. – Une mesure de la communauté d'appartenance à une culture judiciaire européenne ?

1. – Culture judiciaire européenne et citoyenneté européenne

129. – Rapprochement. La notion de sentiment d'appartenance commune, de communauté d'appartenance conduit inévitablement à opérer, pour tenter de l'éclaircir, un rapprochement entre l'émergence d'une culture judiciaire européenne et celle de la citoyenneté européenne.

Il existe indéniablement un certain nombre de conjonctions entre les deux. On en retiendra deux. L'appréciation de l'émergence d'une culture judiciaire qui a été opérée en regard des juges et procureurs pourrait également être tentée du point de vue du citoyen européen. Cela constituerait une autre recherche. Il apparaît, surtout, que la culture judiciaire européenne et la citoyenneté européenne relèvent pour la Commission européenne de schémas d'émergence ou d'encouragement fort similaires lorsqu'elle dit que « la promotion de la citoyenneté de l'Union européenne devrait renforcer le sentiment d'appartenance à une union partageant les mêmes valeurs et droits fondamentaux, tout en préservant et en respectant la diversité des cultures et traditions des peuples d'Europe »⁵⁰⁰. Au sentiment d'appartenance à une communauté (à un espace) pour la culture judiciaire européenne

⁴⁹⁸ Notamment l'Italie.

⁴⁹⁹ Jean-Marie HUET, *op. cit.*

⁵⁰⁰ Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen établissant pour 2007-2013 un programme cadre « Droits fondamentaux et justice » du 6 avril 2005, COM/2005/0122 final. *Adde* : décision n° 1904/2006/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 établissant, pour la période 2007-2013, le programme « l'Europe pour les citoyens » visant à promouvoir la citoyenneté européenne active.

répond en écho pour la citoyenneté européenne celui d'appartenance à une Union – notion beaucoup plus large peut-être moins fondatrice du concept de commun. Au respect de la diversité des traditions juridiques et judiciaires des Etats membres pour l'une, répond pour l'autre le respect de la diversité des cultures et traditions (tout court) des peuples d'Europe : les traditions et cultures comme les protagonistes concernés ne sont donc pas les mêmes.

En réalité le recoupement, si recoupement il y a entre culture judiciaire européenne et citoyenneté européenne, porte sur le partage de valeurs et droits fondamentaux. La citoyenneté européenne est reliée par les textes européens à une autre culture que la culture judiciaire européenne mais qu'elle englobe lorsque ceux-ci affirment que « dans le domaine des droits fondamentaux et de la citoyenneté, l'objectif est de faire émerger une véritable *culture des droits fondamentaux* parmi tous les peuples d'Europe »⁵⁰¹. La référence à une culture des droits fondamentaux tend même, dans certains textes récents sur l'espace judiciaire européen, à s'ajouter⁵⁰² voire se substituer⁵⁰³ à celle d'une culture judiciaire commune.

Ce recoupement entre citoyenneté européenne et culture judiciaire européenne s'explique très simplement par le fait que « la création d'une Europe des citoyens passe aussi par la mise en place d'un espace européen de justice, fondé sur le principe de la reconnaissance mutuelle et l'instauration d'un climat de confiance »⁵⁰⁴ ou réciproquement qu'« il n'est pas possible de dissocier la mise en œuvre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice d'une politique de protection et de promotion des droits fondamentaux et de citoyenneté au sein de l'Union »⁵⁰⁵.

Mais, on le voit, le recoupement n'est que partiel. Il n'existe qu'entre la citoyenneté européenne et la culture judiciaire européenne au sens de culture judiciaire commune.

Certes, au nom de la nécessité de replacer le citoyen au centre de la construction de l'espace judiciaire européen, de l'accès à la justice, le citoyen européen apparaît aussi comme le destinataire final potentiel de différents outils d'information proposés par les sites des

⁵⁰¹ COM/2005/0122 final, préc.

⁵⁰² Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil sur la qualité de la justice pénale et l'harmonisation de la législation pénale dans les Etats membres du 1^{er} décembre 2005, P6 TA (2005) 0030, point L. : « Considérant le rôle clef de la formation dans le développement d'*une culture judiciaire commune*, ainsi que d'*une culture des droits fondamentaux* au sein de l'Union européenne, notamment à travers l'action du Réseau européen de formation judiciaire ».

⁵⁰³ Recommandation du Parlement européen à l'intention du Conseil et du Conseil européen sur le futur espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que sur les conditions pour en renforcer la légitimité et l'efficacité du 14 octobre 2004, P6 TA (2004) 022 : « promouvoir, afin de faciliter la confiance réciproque, *une culture des droits fondamentaux* au sein de l'Union en favorisant le dialogue permanent des plus hautes juridictions, des administrations publiques et des praticiens du droit, ainsi que le développement de réseaux d'échange d'informations et de consultation entre juges, administrations et chercheurs ».

⁵⁰⁴ COM/2005/0122 final, préc.

⁵⁰⁵ P6 TA (2004) 022, préc.

réseaux européens⁵⁰⁶ et se voit même dédié le portail encore expérimental d'accès commun aux sources du droit national N-Lex⁵⁰⁷ lui permettant de faire des recherches dans les sites à ce jour de vingt trois des États membres de l'Union européenne dans sa propre langue.

Néanmoins, prise dans ses deux sens, ses deux dimensions de culture de la coopération et de la compréhension mutuelle d'une part et de culture judiciaire commune d'autre part, la culture judiciaire européenne n'a précisément de sens que pour une communauté de professionnels de la justice, et elle ne s'incarne que dans une communauté judiciaire.

2. – Culture judiciaire européenne et communauté judiciaire

130. – Une taille variable. Il faut alors constater que la taille de départ de cette communauté, celle d'une communauté de juges et magistrats animés d'une culture judiciaire européenne est susceptible, non sans risque, de se trouver diversement élargie.

131. – La taille de départ : entre culture du club et culture de masse. S'agissant de déterminer la taille du premier cercle, celui d'une communauté de juges, on peut hésiter entre deux extrêmes : la culture du club d'un côté et la culture de masse de l'autre, entre lesquelles se situe une voie et une taille moyennes.

La culture du club, serait celle qui concernerait un nombre limité d'initiés particulièrement concernés de par leurs fonctions par cette culture judiciaire européenne prise dans l'une et/ou l'autre de ses dimensions de culture de la compréhension mutuelle et de culture commune.

On songe évidemment aux magistrats des deux cours européennes de Strasbourg et Luxembourg, aux correspondants nationaux d'Eurojust, aux magistrats de liaison et points de contact des différents réseaux dans les États-membres.

Chaque catégorie mériterait à cet égard, là encore, de faire l'objet en soi d'une recherche particulière. On se bornera ici à relever par exemple que l'article 2-5 de la récente décision du Conseil du 16 décembre 2008 concernant le réseau judiciaire européen (en matière pénale) indique bien en ce sens que « *Chaque Etat membre veille à ce que ses points de contact remplissent des fonctions en relation avec la coopération judiciaire en matière pénale et aient une connaissance suffisante d'une langue de l'Union européenne autre que la langue nationale de l'Etat membre concerné, compte tenu du fait qu'ils doivent pouvoir communiquer avec les points de contact des autres Etats membres.* ».

⁵⁰⁶ V. par exemple l'article 13 bis sur la contribution du Réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale à l'information générale du public dans le projet de modification de la décision 2001/470/CE du Conseil du 28 mai 2001.

⁵⁰⁷ <http://eur-lex.europa.eu/n-lex/pays.html?lang=fr>

Si l'on ne peut s'en tenir là au regard du rôle de diffusion et de promotion de la culture judiciaire européenne comme culture de la compréhension et comme culture commune assurée notamment par les deux dernières catégories – magistrats de liaison et points de contact –, on peut néanmoins penser qu'il y a là un noyau dur au sein de la communauté.

La culture de masse, à l'opposé, signifierait que la culture judiciaire européenne est partagée par l'ensemble des magistrats et juges relevant dans les Etats membres de l'espace judiciaire européen. C'est certainement un objectif à terme, mais pas une réalité ni peut-être même un besoin pour l'instant, tout magistrat ou juge relevant de cet espace n'étant pas également concerné dans l'exercice de ses fonctions au quotidien si ce n'est par la culture commune du moins par la culture de la coopération.

Entre les deux, entre la culture du club et la culture de masse, s'ouvre la voie moyenne d'une culture durable, celle d'une communauté, certes difficilement cernable puisque plus large que la première et plus restreinte que la seconde, mais dessinée à la fois à l'heure actuelle par l'extension du champ de la reconnaissance mutuelle mais aussi par la limitation en matière civile aux litiges dits transfrontières ou transfrontaliers et qui évoluera au gré du devenir de la coopération judiciaire tant civile que pénale.

C'est cette culture durable qui est à même de retentir sur les pratiques voire les cultures nationales et se trouve entretenue dans sa double dimension par les différents réseaux européens à perspective fonctionnelle⁵⁰⁸ ou pas⁵⁰⁹ créés par ces magistrats.

Or, cette taille de départ d'une communauté de magistrats et de juges durablement empreints de culture judiciaire européenne ainsi approximativement déterminée est susceptible d'un double élargissement.

132. – *Elargissement de l'Union.* Le premier élargissement auquel l'on songe est naturellement celui de l'Union européenne elle-même.

Il est à même de provoquer une augmentation quantitative de la communauté concernée mais présente surtout le risque, si ce n'est d'une dilution, du moins d'une perte de cohésion au moins provisoire de la communauté élargie du fait à la fois de l'introduction de la culture judiciaire nationale d'un nouvel Etat membre et de la moindre substance chez les nouveaux venus de la culture commune qui en constitue le ciment.

Un apprentissage préalable est donc instauré par le biais de mécanismes formels d'évaluation dans des domaines prioritaires en matière de culture judiciaire prévus par le

⁵⁰⁸ Réseau des Présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne, www.network-presidents.eu ; Association des Conseils d'Etat et des juridictions administratives européennes, www.juradmin.eu ; Fédération européenne des juges administratifs, récent Réseau des Procureurs généraux de Cours suprêmes de l'Union européenne créé le 6 février 2009 ...

⁵⁰⁹ Association des magistrats de l'Union européenne (AMUE), www.amue-ejpa.org ; Magistrats européens pour la démocratie et les libertés (MEDEL), www.medelnet.org ...

traité d'adhésion, comme plus informels tels le statut préalable d'observateur au sein des différents réseaux⁵¹⁰.

En l'état du débat quant à l'adhésion de la Turquie et de la pause actuelle dans l'élargissement dans l'Union, c'est un autre élargissement qu'il faut évoquer : celui de cette communauté de professionnels de la justice.

133. – *Elargissement de la communauté.* Alors que jusqu'ici, la culture judiciaire européenne a été avant tout comprise comme celle d'une communauté plus particulièrement de magistrats et de juges, des signes d'ouverture à destination d'autres catégories de praticiens se sont multipliés récemment.

Outre leur inclusion lors de la création en 2008 du forum de discussion déjà cité sur les politiques et pratiques de l'UE en matière de justice⁵¹¹, on peut noter en ce sens que la proposition de décision du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale prévoit que « les professions juridiques, en particulier les juristes, les notaires, les huissiers de justice, les avocats et les avoués, qui concourent directement à l'application des instruments communautaires et internationaux relatifs à la justice civile peuvent devenir membres du réseau par l'intermédiaire de leurs organisations nationales afin de contribuer, avec les points de contacts, à certaines missions et activités spécifiques du réseau »⁵¹² et modifie en conséquence à la fois la composition du réseau⁵¹³ et les fonctions des points de contact⁵¹⁴. La discussion de cette proposition a été le théâtre

⁵¹⁰ V. notamment : §34 in fine de Communication de la Commission du 4 février 2008 relative à la création d'un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'UE en matière de justice COM/2008/0038 final « Des experts judiciaires provenant des pays candidats seront inclus » ; l'insertion d'un article 11 bis « Participation d'observateurs aux réunions du réseau » du projet de décision n° .../2009/CE du Parlement européen et du Conseil modifiant la décision 2001/470/CE du Conseil relative à la création d'un réseau judiciaire européen en matière civile et commerciale.

⁵¹¹ V. § 34.

⁵¹² §12 du préambule.

⁵¹³ Article 1^{er} 1) du projet de décision modifiant l'article 2 de la décision du Conseil du 28 mai 2001 ajoutant à cette composition dans le §1 « e) des ordres professionnels représentant au plan national dans les Etats membres les professionnels du droit concourant directement à l'application des actes communautaires et des instruments internationaux relatifs à la coopération judiciaire en matière civile et commerciale. » et insérant un §4 bis « Les Etats membres déterminent les ordres professionnels visés au paragraphe 1, point e). A cette fin, ils obtiennent l'accord des ordres professionnels concernés sur leur participation au réseau. Lorsqu'il existe dans un Etat membre plusieurs ordres professionnels représentant une profession juridique, il appartient à cet Etat membre d'assurer une représentation appropriée de la profession concernée auprès du réseau. ».

⁵¹⁴ Article 1^{er} 4) du projet de décision modifiant l'article 2 de la décision du Conseil du 28 mai 2001 insérant un article 5 bis « Ordres professionnels

1. En vue de contribuer à l'accomplissement des missions prévues à l'article 3, les points de contact établissent des contacts appropriés avec les ordres professionnels mentionnés à l'article 2, paragraphe 1, point e), selon des modalités décidées par chaque Etat membre. 2. En particulier, les contacts visés au

d'affrontements entre plusieurs conceptions au regard de la destination du réseau : maîtrise par les autorités centrales, appropriation par les juges et ouverture à d'autres professions⁵¹⁵ qui sont révélatrices en termes de logiques d'action des acteurs.

§4. – La recherche pratique d'une culture judiciaire commune dans une dimension internationale ? La création d'une culture judiciaire commune dépasse aujourd'hui les seules frontières européennes. Cette dimension internationale est particulièrement palpable dans les secteurs où les Etats ont décidé de mettre en commun leurs forces au profit d'une action judiciaire commune dépassant leur cadre territorial. Tel est le cas du droit international pénal qui, tant sur le plan procédural que substantiel, impose davantage en termes d'efficacité une connaissance et une compréhension des différentes cultures judiciaires qu'une connaissance technique des règles du droit international. La raison de la construction de cette culture commune est tout simplement liée à la nécessité de développement des règles de fonctionnement de la justice pénale internationale. Les procès imposent une recherche d'efficacité tant de la part des parties que des juges. Venant toutes et tous d'horizons et de cultures judiciaires profondément différents, la recherche d'un langage commun est une nécessité indispensable à l'aboutissement d'une décision judiciaire. Compte tenu de la longueur et de la complexité du processus international et quels que soient les efforts qui aient été fait pour pallier les insuffisances d'un système en construction, le recours à la culture judiciaire nationale s'avère bien souvent indispensable pour permettre de mener à bien le procès. On voit alors s'insérer dans le raisonnement judiciaire la référence aux traditions communes des Etats découlant tout simplement de l'adhésion de chacun des juges à la reconnaissance en droit international pénal de règles qu'ils connaissent dans leur propre système. L'absence de formalisation de l'intégration de cette culture commune ne doit pas être perçue comme le fruit du hasard mais bel et bien comme la nécessité de parler un langage judiciaire commun. Les principes généraux du droit pénal aident à la formation transcendée de cette culture internationale mais il arrive également aux juges de rechercher avec une minutie particulière si telle règle applicable dans leur système peut également puiser ses racines dans un autre système et si tel est le cas si les raisons justificatrices de ces règles sont les mêmes.

Au-delà de l'exemple symbolique que peut représenter le droit international pénal comme vecteur d'une culture judiciaire commune internationale, il met également à l'épreuve en un terrain encore expérimental la confrontation des idées et des concepts d'une justice commune aux Etats à l'égard des crimes internationaux. Alors que les études portant sur les

paragraphe 1 peuvent comprendre les activités suivantes: a) des échanges d'expériences et d'informations en ce qui concerne l'application effective et concrète des instruments communautaires ou internationaux; b) la collaboration à la préparation et à la mise à jour des fiches d'information mentionnées à l'article 15; c) la participation aux réunions pertinentes des ordres professionnels mentionnés à l'article 2, paragraphe 1, point e).

3. Les ordres professionnels ne demandent pas d'informations aux points de contact concernant les cas individuels. ».

⁵¹⁵ Karima ZOUAOUI, intervention au colloque d'Aix-en-Provence « L'émergence d'une culture judiciaire européenne commune ? », à paraître aux *Cahiers de méthodologie juridique* 2009, PUAM janvier 2010.

cultures communes ne conduisent les acteurs du monde judiciaire à comparer leurs pratiques sans jamais être amenés à les confronter, le droit international pénal les conduit à dégager une solution commune issue des différentes cultures. L'ensemble de ces questions mériterait de plus amples analyses mais contribue à renforcer l'idée – en grandeur nature – que la culture judiciaire commune ne peut être ramenée à quelques groupes d'Etats et constitue un phénomène beaucoup plus profond même s'il est encore souvent balbutiant.

Bibliographie

Michel ALLAIX, « La qualité de la formation judiciaire à la lumière des récents développements, aux plans national et international, dans le domaine de la formation des magistrats », rapport à la septième réunion plénière du réseau de Lisbonne, Strasbourg, le 23 novembre 2005, La qualité de la formation des Magistrats et les normes communes européennes pour la formation judiciaire (site web www.coe.int/lisbon-network)

J. ALLARD, A. GARAPON: « Les juges dans la mondialisation », *la République des idées*, Seuil, 2005

André-Jean ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991

Emmanuel BARBE, *L'espace judiciaire européen*, La documentation française collection réflexion Europe, 2007, p. 136

Emmanuel BARBE « Le point sur dix années d'existence des magistrats de liaison », *L'observateur de Bruxelles*, n° 54, décembre 2003, p. 12

J. BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mélanges P. Lagarde*, 2005

John BELL, *Judiciaries within Europe*, Cambridge, New-York, Cambridge University Press, 2006.

Alessandro BERNARDI, « Le droit pénal entre unification européenne et cultures nationales », *Mélanges Pradel*, 2006, p. 955

Judge Rob BLEKXTOON, Wouter van BALLEGOOIJ (ed.), *Handbook of the European Arrest Warrant*, TMC Asser Press 2005.

Philippe BOILLAT et Stéphane LEYENBERGER, « L'Administration et l'évaluation du service public de la justice, vu du Conseil de l'Europe », in *Une administration pour la Justice*, RFAP 2008, n° 125, *op.cit.* p.55

H. BOULARBAH, « Le cadre général des règles communautaires en matière de procédure civile : coopération judiciaire, droit judiciaire européen et droit processuel commun » in *Le droit processuel et judiciaire européen*, Centre Interuniversitaire belge de droit judiciaire, La Chartre 2003, p. 183, n° 13

D. BUREAU : « La fin d'un îlot de résistance. Le règlement du Conseil relatif aux procédures d'insolvabilité », *Rev. crit. DIP* 2002, p 613

Jean-François BURGELIN, « La paille et la poutre », *Dalloz* 2004, pp. 1249-1252

L. CADIET (dir.), *Dictionnaire de la Justice*, PUF, 2004

L. CADIET : « Introduction générale » in « Pour une justice économique efficiente en Europe. Enjeux et perspectives d'une harmonisation », Colloque du CREDA, 2007, p 15, disponible sous : <http://www.creda.ccip.fr>

Loïc CADIET, « Culture et droit processuel », Journées Louisianaises de l'Association Henri Capitant, Bâton Rouge – La Nouvelle Orléans, 19-23 mai 2008
http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/Culture_et_droit_processuel.pdf

P. CALLE, « Culture et droit processuel », Journées Louisianaises de l'Association Henri Capitant, Bâton Rouge – La Nouvelle Orléans, 19-23 mai 2008
http://www.henricapitant.org/IMG/pdf/France_Calle_.pdf

Guy CANIVET « Les réseaux de juges au sein de l'Union européenne : raisons, nécessités et réalisations », *LPA* 5 octobre 2004, p. 45

Guy CANIVET, « La construction de l'espace judiciaire européen », conférence à l'Ecole nationale des greffes du 3 octobre 2006, disponible sur le site de la Cour de cassation

Guy CANIVET : « La convergence des systèmes juridiques du point de vue du droit privé français », XVIème Congrès de l'Académie internationale de droit comparé, Brisbane 14-20 juillet 2002

CEPEJ, « Systèmes judiciaires européens », Les Etudes de la CEPEJ n°11, « Efficacité et qualité de la justice », Editions du Conseil de l'Europe 2008

CEPEJ, Systèmes judiciaires européens - Edition 2006 (données 2004) - Les études de la CEPEJ n° 1

CEPEJ, La gestion du temps dans les systèmes judiciaires : une étude sur l'Europe du Nord - Les études de la CEPEJ n° 2

CEPEJ, Analyse des délais judiciaires dans les états membres du Conseil de l'Europe à partir de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme - Les études de la CEPEJ n° 3

CEPEJ, La qualité des décisions de justice - Actes du colloque de Poitiers, 8-9 mars 2007, Les études de la CEPEJ n° 4,

CEPEJ Améliorer la médiation dans les Etats membres du Conseil de l'Europe - Normes et mesures concrètes - Les études de la CEPEJ n° 5

CEPEJ, Suivi et évaluation du système judiciaire : Une étude comparative - Les études de la CEPEJ n° 6 (Rapport préparé par l'équipe de recherche : Gar Yein Ng, Marco Velicogna et Cristina Dallara)

CEPEJ, L'exécution des décisions de justice en Europe - Les études de la CEPEJ n° 8

CEPEJ, L'accès à la justice en Europe - Les études de la CEPEJ n° 9

CEPEJ, Administration et gestion des systèmes judiciaires en Europe - Les études de la CEPEJ n° 10

Sylvie CIMAMONTI « European Arrest Warrant in practice and Ne bis in idem », in *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 111

Geer CORSTENS, « Vers une justice pénale européenne ? », *Mélanges offerts à Jean Pradel*, Cujas 2006

Jean-Paul COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p. 101-110

COUR de CASSATION : « Les principes communs d'une justice des Etats de l'Union européenne », 4 et 5 décembre 2000

Mireille DELMAS-MARTY, Marie-Laure IZORCHE, « Marge nationale d'appréciation et internationalisation du droit. Réflexions sur la validité formelle d'un droit commun pluraliste », *RIDC* 2000, vol.52, n°4, p 753, spéc. p 758

Mélina DOUCHY-OUDOT (dir.), *Le visage inconnu de l'espace judiciaire européen*, Editions juridiques et techniques, Droit et procédures, 2004

Marc FALLON, « La compétence internationale selon le droit judiciaire européen : émergence d'une compétence judiciaire européenne ? » in *Le droit processuel et judiciaire européen*, La Charte/Die Keure, 2003 p 25

F. FERRAND (sous la direction de), *La procédure civile mondiale modélisée*, Editions Juridiques et Techniques 2004, coll. Droit et procédures

N. FRICERO : « La libre exécution des jugements dans l'espace judiciaire européen : un principe émergent ? », in *Mélanges J. Normand, Litec*, 2003, p. 173

W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le 'caractère autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des Gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Wiarda, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220

Antoine GARAPON, V° Culture(s) judiciaire(s), in *Dictionnaire de la Justice*, Puf

H. GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano*, LGDJ, Collection Droit des affaires, 3^{ème} édition

H. GAUDEMET-TALLON : « Le règlement 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000 : compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des enfants communs », *Clunet* 2001 p 381

Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Stefano MANACORDA (dir.), « *L'intégration pénale indirecte. Interactions entre droit pénal et coopération judiciaire au sein de l'Union européenne* », Société de législation comparée 2005

Patrick GLENN, « *La tradition juridique nationale* », conférence du 6 février 2003, Cour de cassation

Joana GOMES-FERREIRA, « Moyens d'améliorer la coopération internationale dans le domaine pénal », rapport à la conférence européenne des procureurs, Varsovie 4-5 juin

2007, Conseil de l'Europe CPE (2007) 01 ;
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/ccpe/conferences/2007/CPE_2007_01_rapport_Gomes-Ferreira_fr.pdf

W. GRAF VITZHUM, C. PRIETO, R. MEHDI (dir.), Europe et mondialisation – Europa und die globalisierung, *PUAM* 2006

Serge GUINCHARD et autres, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 2009, 5^e éd.

S. GUINCHARD, Frédérique FERRAND et Cécile CHAINAIS, *Procédure civile ; droit interne et droit communautaire*, Précis Dalloz, droit privé, 2008, 29^e éd.

P. HAMMJE, « L'intérêt de l'enfant face aux sources internationales du droit international privé », *Mélanges Paul Lagarde*, 2005

Wolfgang HEUSEL et alii, The Future of Legal Europe : An emerging European judicial culture ?, ERA Forum, avril 2008, vol. 9, n° 1, p. 109-125
<http://www.springerlink.com/content/dv5216557083416n/fulltext.pdf>

Robert JACOB, « L'Europe : une culture judiciaire commune ? », *Les Cahiers de l'IHEJ*, n° 2, octobre 1994

Jean-Paul JEAN et Hélène PAULIAT, “An evaluation of the quality of justice in Europe and its developments in France”, *Utrecht Law Review* Volume 2, Issue 2 (December) 2006, p. 44, <http://www.utrechtlawreview.org/>

Jean-Paul JEAN, « L'administration de la justice en Europe et l'évaluation de sa qualité », *Dalloz* 2005, pp. 598-607

P. JENARD : « La convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale. Lignes directrices », *RTDE*, 1975 p 14

KASTANAS (E.), *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996

Nico KEIJZER et Elies van SLIEDREGT editors, *The European Arrest Warrant in Practice* », TMC Asser Press 2009, p. 245

K. KERAMEUS, « Procédure civile nationale et exigences communautaires », in *Mélanges J. Normand, Litec*, 2003, p. 253

K. KERAMEUS, « La convention de Bruxelles et l'harmonisation par la jurisprudence en Europe: libres propos sur la convention de Bruxelles », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008

Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (ed), *Vers un espace judiciaire pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2000

Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (ed), *La reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires pénales dans l'Union européenne*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2001

Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (ed), *Quelles réformes pour l'espace pénal européen ?*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2003

Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (ed), *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, Editions de l'Université de Bruxelles, 2005

Jan KOMAREK « *European Constitutionalism and the European Arrest Warrant : Contractual Principles in Disharmony* », Jean Monnet *working paper* 10/05

Philippe LABREGERE « Les fonctions du magistrat de liaison et ses rapports avec les autres organes de coopération », in *Vers un espace judiciaire pénal européen Towards a European Judicial Criminal Area*, Gilles de KERCHOVE et Anne WEYEMBERGH (ed), Institut d'études européennes, Université de Bruxelles, 2000

Vincent LAMANDA : « Nouveaux modes de coopération dans l'Espace judiciaire européen : libre circulation et réseaux », conférence organisée dans le cadre du Cycle de conférences en Droit européen de la Cour de cassation, 2007 publié sur CD-Rom multimédia par Droit in-situ

Mitchel de S.-O.-L'E. LASSER, *Judicial deliberations : a comparative analysis of judicial transparency and legitimacy*, Oxford University Press, 2004

Mitchel de S.-O.-L'E. LASSER, « Autoportrait judiciaires : le discours interne et externe de la Cour de cassation », *Les Cahiers de l'IHEJ*, n° 2, octobre 1994

Pascal LEMOINE « La jurisprudence de la chambre criminelle en matière de mandat d'arrêt européen », communication, *BICC* n° 698 du 15 mars 2009

A.-M. LEROYER, E. JEULAND (dir.) « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », *Dalloz*, « Actes », 2004

G. de LEVAL, M. CANDELA SORIANO (dir.), *Espace judiciaire européen. Acquis et enjeux futurs en matière civile*, Larcier, 2007

Stéphane LEYENBERGER, « Pour l'amélioration de l'entraide judiciaire. La position des Procureurs européens », *La Gazette du Palais*, 7-9 septembre 2008, n° 251-253

Stéphane LEYENBERGER, « La qualité des décisions de justice. Introduction au colloque », Actes du colloque de Poitiers, 8-9 mars 2007, *Les études de la CEPEJ* n° 4

Mark MACKAREL « *Human rights as a barrier to surrender* », in *The European Arrest Warrant in Practice*, Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 139

Michel MANGENOT « Jeux européens et innovation institutionnelle. Les logiques de création d'Eurojust (1996-2004) », *Cultures & Conflits*, n°62 (2/2006) p 43

P. MARTENS, « L'ébauche d'une culture commune des cours suprêmes ou constitutionnelles », in *Le dialogue des juges*, Actes du colloque organisé le 28 avril 2006 à l'Université libre de Bruxelles, Bruxelles, Bruylant, 2007, pp. 9-30

Maik MARTIN « Arrêter et juger en Europe. Genèse, luttes et enjeux de la coopération pénale. Franchir l'infranchissable ? Coopération judiciaire et reconnaissance mutuelle dans un espace de justice, liberté et sécurité », *Cultures & Conflits* n° 62 (2/2006), p. 63

Antoine MEGIE « Arrêter et juger en Europe. Genèse, luttes et enjeux de la coopération pénale. Généalogie du champ de la coopération judiciaire européenne », *Cultures & Conflits* n° 62 2/2006 p. 11

Mélanges en l'honneur de Paul Lagarde, Le droit international privé : esprit et méthodes, Dalloz, 2005

Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon, Vers de nouveaux équilibres entre ordres juridiques, Dalloz, 2008

R. MESSICK, Reducing Court Delays: Five Lessons from the United States, *PREM Notes*, No. 34, December 1999, World Bank

Pierre-Yves MONJAL « Le mandat d'arrêt européen ou la confluence des droits », *RRJ* 2006/1 p. 133

Jacqueline MONTAIN-DOMENACH, « Le droit de l'espace judiciaire pénal européen : un nouveau modèle juridique ? », *Cultures et Conflits* n° 62, 2/2006, p. 149

Horatia MUIR WATT : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale » in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », Anne-Marie LEROYER, Emmanuel JEULAND (dir.), *Dalloz*, 2004 p. 1

Marie-Laure NIBOYET, « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », communication, *Bulletin d'information de la Cour de cassation*, n° 631 du 15 déc. 2005

M.-L. NIBOYET, « L'abandon du contrôle de la compétence législative indirecte (le « grand arrêt » Cornelissen du 20 février 2007 » in *Gaz. Pal.*, 29 avril- 3 mai 2007, n° 119 à 123, p. 2- 7

M.-L. NIBOYET, « Contre le dogme de la lex fori en matière de procédure », in *Mélanges en l'honneur de H. Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008

C. NOURISSAT, H. FULCHIRON, *Le droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale : le règlement n° 2201/2003 ou règlement « Bruxelles II bis*, Dalloz, 2005

C. NOURISSAT, « L'articulation des instruments internationaux de protection de l'enfance », in *Les enlèvements d'enfants à travers les frontières, Bruxelles, Bruylant*, 2004, p 51

A. NUYTS, *L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé)*, Bruylant, L.G.D.J., 2003

Giacomo OBERTO, *Recrutement et formation des magistrats en Europe. Etude comparative*, éditions du Conseil de l'Europe, février 2003
http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/lisbonnetwork/rapports/LivreOberto_fr.pdf

E. PATAUT : « De Bruxelles à La Haye », *Mélanges P Lagarde*, 2005

I. PINGEL-LENUZZA et F. SUDRE, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2003

Emmanuel PUTMAN, « L'élaboration de règles transversales de procédures », in *Europe et mondialisation – Europa und die globalisierung*, PUAM 2006, p. 253 s

Bernard RABATEL « Les 'magistrats de liaison' : leur rôle dans la coopération judiciaire internationale et dans le domaine du droit comparé », décembre 2003 (<http://www.ambafrance-uk.org/Justice-Les-Magistrats-de-liaison.html>)

Bernard RABATEL, « Le magistrat de liaison 'adaptateur juridique' », *L'observateur de Bruxelles*, n° 66, octobre 2006, p. 16

Filipo RANIERI, « Styles judiciaires dans l'histoire européenne : modèles divergents ou traditions communes ? », *Les Cahiers de l'IHEJ*, n° 2, octobre 1994

Revue Française d'Administration Publique, « Une administration pour la justice », n° 125, juin 2008

Revue internationale de droit pénal 2006/1-2, « Le droit pénal de l'Union européenne »

A. RICHEZ-PONS, « Les règles de compétence énoncées par le règlement Bruxelles II bis », *AJ Famille*, n° 7-8/2005, p. 256 s

H. RUIZ FABRI (dir.) : « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs », UMR de Droit comparé de Paris, *Université Paris I-CNRS Paris, Société de législation comparée*, 2003

Raffaele SABATO, « La place des écoles de la Magistrature dans le système judiciaire et leur rôle dans la formation des magistrats. Le Réseau de Lisbonne et l'avenir de la formation professionnelle des magistrats dans une Europe élargie », rapport général de la 6^{ème} réunion du réseau de Lisbonne, Bucarest, le 19 novembre 2003

Olivier De SCHUTTER « La contribution du contrôle juridictionnel à la confiance mutuelle » in *La confiance mutuelle dans l'espace pénal européen*, G. de Kerchove et A. Weyembergh (éd.), Institut d'études européennes de l'ULB, Bruxelles, 2005, p. 79

Mihai SELEGEAN, « Les méthodologies spécifiques pour développer la prise en compte du corpus du droit du Conseil de l'Europe dans les institutions de formation judiciaire », rapport à la neuvième réunion plénière du réseau de Lisbonne, Strasbourg, 10-11 octobre 2007 (site web www.coe.int/lisbon-network)

M. STORME (dir.), *Rapprochement du droit judiciaire de l'Union européenne*, Martinus Nijhoff, 1994

R. STÜRNER, « Règles transnationales de procédure civile ? Quelques remarques d'un Européen sur un nouveau projet de l'American Law Institute et d'Unidroit », *RIDC*, 2000, vol. 52, p 845

Frédéric SUDRE et C. PICHERAL, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La documentation française, 2003

Katja SUGMAN et Primoz GORKIE « *Abuse of the European Arrest Warrant system* » in *The European Arrest Warrant in Practice* », Nico Keijzer et Elies van Sliedregt editors, TMC Asser Press 2009, p. 245

M. TENREIRO : « L'espace judiciaire européen en matière de droit de la famille. Le nouveau règlement Bruxelles II », in *Le nouveau droit communautaire du divorce et de la responsabilité parentale*, Paris, Dalloz, 2005, p 39

P. TITIUN, « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur la motivation des décisions internes », in *Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, Mélanges Rolv Ryssdal*, Carl Heymans Verlag KG, 2000, pp. 1403-1408

John A.E. VERVAELE, « The Transnational *ne bis in idem* principle in the EU Mutual recognition and equivalent protection of human rights », *Utrecht Law Review*, vol 1, n° 2, december 20°05 (<http://www.utrechlawreview.org/>)

C. VIGOUR « Politiques et magistrats face aux réformes de la justice en Belgique, France et Italie » in *Une administration pour la justice*, RFAP 2008, n°125, pp.21-31

Samuel VUELTA SIMON « Le rôle du magistrat de liaison dans un pays membre de l'Union européenne : l'Espagne », *RPDP* n° 3 juillet-septembre 2008, p. 493

Samuel VUELTA SIMON « Les nouveaux acteurs de la coopération judiciaire pénale européenne », *LPA* 19 janvier 2005 n° 13, p. 4

Anne WEYEMBERGH, « Le mandat d'arrêt européen : vers un espace pénal cohérent ? », *LPA* 31 juillet 2008, n° 153, p. 7

Anne WEYEMBERGH, *L'harmonisation des législations : condition de l'espace pénal européen et révélateur de ses tensions*, ed. de l'Université de Bruxelles, 2004

Karima ZOUAOUI : « Le Réseau Judiciaire Européen en matière Civile et Commerciale », in *L'observateur de Bruxelles*, n° 70, octobre 2007, p 26

Annexes

Liste des annexes

Annexe 1. – Texte de l'appel à projets sur l'émergence d'une culture judiciaire européenne. GIP mission de recherche droit et justice, octobre 2006

Annexe 2.- La culture judiciaire européenne dans les communications programmatiques de la Commission européenne

Annexe 3. – Laurent BENOITON, « Culture judiciaire commune et principes communs du procès », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Annexe 4. – Laurent BENOITON, « La recherche de cohérence : la Convention européenne des droits de l'homme dans le jeu des mécanismes de reconnaissance mutuelle », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Annexe 5. - Marie-Françoise MERCADIER, « Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans le règlement Bruxelles I », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Annexe 6. - Emmanuel PUTMAN, « Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans les règlements sur la procédure : Les procédures transfrontalières relatives au recouvrement des créances », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Annexe 7. – Liste d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'article 6-1 de la CEDH

Annexe 8. - Extraits des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

Annexe 9. – Liste d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale

- Annexe 1 -

**Texte de l'appel à projets sur l'émergence d'une culture judiciaire européenne. GIP
mission de recherche droit et justice, octobre 2006**

Si l'idée d'un « modèle européen de justice » n'est pas nouvelle, sa concrétisation reste, pour l'heure, très problématique. Et cela, même si de nombreux pas ont été faits qui, s'ils ne peuvent être considérés comme des éléments d'un système judiciaire ou juridictionnel au sens strict, n'en constituent pas moins autant d'avancées sur la voie d'une Europe de la justice.

Ainsi en est-il de l'idée d'une coopération judiciaire européenne : de la Convention d'entraide judiciaire élaborée au sein du Conseil de l'Europe, en 1959, au récent projet de Constitution européenne, en passant par la coopération en matière de Justice et Affaires intérieures du Traité de Maastricht, entré en vigueur le 1er novembre 1993, et la coopération renforcée de l'article 40 du Traité de Nice, effectif au 1er février 2003, le cadre et les méthodes permettant la création d'un espace judiciaire européen ont connu de multiples développements.

Il reste que ces prémisses d'harmonisation se heurtent fréquemment à la concurrence des systèmes judiciaires nationaux, voire aux obstacles mis en place, plus ou moins volontairement, par les Etats : clauses de réserve ou de sauvegarde, utilisation limitée de la coopération renforcée...

Pour autant, au delà des questions institutionnelles, nécessairement liées à un contexte politique relativement mouvant, ne peut-on pas constater l'existence – ou, du moins, l'émergence – de ce qui serait une « culture judiciaire européenne », sorte de socle commun de principes et de pratiques sur lequel se construirait progressivement une Europe de la justice ? Ainsi, l'idéal d'une Europe des droits de l'Homme, celui de l'Etat de droit, sont autant de valeurs communes à une Europe de la Justice, que mettent en œuvre actes, traités et conventions ou autres directives et recommandations du Conseil de l'Europe ou de l'Union Européenne, sur des espaces à périmètre variable, qui tendent, toutefois, à une unification...

Le cadre retenu ici est celui des 25 pays de l'Union, qui apparaît particulièrement favorable à une analyse des enrichissements mutuels de la culture judiciaire et des institutions.

Cette « culture judiciaire européenne » prend sens à de multiples niveaux : ceux du citoyen, du juge, des « *standards* » européens, des institutions européennes. Il conviendrait, à chacun d'eux, d'en mesurer les fondements, les traductions et manifestations, la portée, de repérer aussi les difficultés techniques, politiques, économiques, culturelles, linguistiques, institutionnelles ou autres, qui freinent son expansion ou, simplement, sa mise en pratique. Elle trouve en partie ses origines dans la tradition de droit écrit, romano-germanique, largement dominante en Europe. Des passerelles existent, cependant, avec le système anglo-saxon de common law, jetées, notamment, par les différentes phases de la construction européenne.

- La réalité d'une telle culture, les éventuelles aspirations à celle-ci, peuvent se mesurer au niveau du citoyen. Ses représentations du juge, ses attentes vis-à-vis de la justice sont-elles, sinon similaires, du moins comparables, dans les différents Etats de l'Union européenne ? Sa pratique même de la justice (ses raisons et manières de la saisir...) montre-t-elle des points communs. Qu'en est-il, entre autres, de la participation citoyenne à la fonction de juger : simple souhait, plus ou moins partagé, réalité ? Quelle évaluation les justiciables ont-ils de leur justice ?

- Elle peut également s'apprécier en référence au magistrat.

La première question est celle de sa légitimité, laquelle renvoie aux conditions de sa nomination, de sa formation, de son indépendance, à son éthique et, plus fondamentalement, à la fonction même

de juger : quelle en est l'étendue, quelles en sont - et pourquoi - les limites ?

Quelle est aujourd'hui sa place dans la société (statut, rôle social...), dans la démocratie (régulation des rapports sociaux, économiques...) ? Comment les magistrats s'ouvrent-ils aux nouvelles formes de justice ? Ont-ils des pratiques communes, des structures communes d'information et de formation ?

- La matérialité d'une culture judiciaire européenne s'observe également au niveau des standards communs. L'existence de normes applicables à tous les Etats membres de l'Union, confortée par les exigences de l'article 39 du Traité d'adhésion qui prévoit que les pays entrants seront évalués dans cinq domaines – l'indépendance de la magistrature, l'efficacité de la justice, le recrutement et la formation des magistrats, l'accès à la justice, les garanties déontologiques et la lutte contre la corruption – contribue à l'émergence de standards communs, au même titre que les principes fondamentaux conventionnels (accès au juge, gratuité, impartialité...) .

Ainsi, le mandat d'arrêt européen ou la reconnaissance mutuelle des décisions de justice apparaissent comme autant d'indices de l'existence d'une culture judiciaire commune qui se matérialise dans ces outils juridictionnels. La confiance mutuelle entre systèmes judiciaires est l'une des préoccupations de l'Union européenne et la Commission européenne contribue à son développement (on songe notamment au Livre vert de février 2003 sur les garanties procédurales permettant d'éviter que les pratiques divergentes ne constituent une entrave à la reconnaissance mutuelle).

Pour autant, ces mécanismes ne sont pas sans limites. Paradoxalement, peut-être, leur mise en œuvre peut constituer un frein au développement d'un véritable système judiciaire européen, dans la mesure où ils apportent des réponses, le plus souvent bien adaptées, à des problèmes partiels. Ce qui n'invite pas à une réflexion d'ensemble sur la philosophie, les formes, les conditions et modalités de mise en œuvre d'un tel système.

Enfin, la question d'une culture judiciaire européenne se pose également au niveau des institutions. Les Cours de justice européennes – CJCE et CEDH – ont une large influence sur le droit des pays membres de l'Union mais, à l'inverse, les droits nationaux sont pris en compte par les juges européens, notamment par le biais de la notion de « *consensus au niveau européen* ». Cet échange, cet enrichissement mutuel, relayés par la force obligatoire des décisions des Cours contribuent à l'évolution des droits, européen et internes, dans le sens d'une culture judiciaire commune.

Entre subsidiarité et harmonisation, existe-t-il un espace pour des procédures compatibles avec les systèmes juridique et judiciaire, en leur état, des 25 pays membres ? Des procédures en quelque sorte « eurocompatibles », parce qu'acceptables et efficaces, sur les plans horizontal et vertical.

Corrélativement, l'existence d'une culture judiciaire européenne n'a-t-elle pas pour conséquence l'émergence d'un modèle européen de justice qui ne serait pas le modèle le plus souhaitable, mais un noyau commun, principalement adossé au principe de confiance mutuelle ?

Les conditions d'émergence d'une culture judiciaire européenne, ses formes et contours ainsi que ses éventuelles retombées organisationnelles et institutionnelles restent des sujets d'interrogations d'autant plus légitimes qu'ils seront appréhendés dans une perspective mettant en évidence leurs interactions.

Malgré les difficultés inhérentes au domaine - la réalité d'une culture judiciaire étant difficile à saisir pour qui n'en relève pas -, il est certain que la prise en compte de pays autres que la France permettrait, par une analyse comparée des principes à l'œuvre dans le champ du droit et de la justice, de mieux appréhender les fondements d'une culture judiciaire européenne.

- Annexe 2 -

La culture judiciaire européenne dans les communications programmatiques de la Commission européenne

Commission européenne, *Livre vert sur le rapprochement, la reconnaissance mutuelle et l'exécution des sanctions pénales dans l'Union européenne*, 30 avril 2004, **COM (2004) 334 final**.

Commission européenne, *Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions finales en matière pénale*, 26 juillet 2000, **COM (2000) 495 final**.

Commission européenne, *Communication sur l'espace de Liberté, de Sécurité et de Justice : bilan du programme de Tampere et futures orientations*, 2 juin 2004, **COM (2004) 401 final**.

Commission européenne, *Communication sur le Programme de La Haye : dix priorités pour les cinq prochaines années – Un partenariat pour le renouveau européen dans le domaine de la liberté, de la sécurité et de la justice*, 10 mai 2005, **COM (2005) 184 final**.

Commission européenne, *Communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres*, 19 mai 2005, **COM (2005) 195 final**.

Commission européenne, *Annexe à la communication sur la reconnaissance mutuelles des décisions de justice en matière pénale et le renforcement de la confiance mutuelle entre les États membres*, 19 mai 2005, **SEC (2005) 641**.

Commission européenne, *Communication sur la mise en œuvre du Programme de La Haye : la voie à suivre*, 28 juin 2006, **COM (2006) 331 final**.

Commission européenne, *Communication sur l'évaluation des politiques de l'Union européenne en matière de liberté, de sécurité et de justice*, 28 juin 2006, **COM (2006) 332 final**.

Commission européenne, *Communication sur la formation judiciaire dans l'Union européenne*, 29 juin 2006, **COM (2006) 356 final**.

Commission européenne, *Rapport de la Commission sur la mise en œuvre, depuis 2005, de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre États membres*, 11 juillet 2007, **COM (2007) 407 final**.

Communication de la Commission du 4 février 2008 relative à la création d'un forum de discussion sur les politiques et les pratiques de l'UE en matière de justice, **COM(2008) 38 final**

Rapport de la Commission sur l'application du règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, **COM(2009) 174 final** du 21 avril 2009

- Annexe 3 -

« Culture judiciaire commune et principes communs du procès »

Laurent BENOITON

doctorant au Centre de recherche juridique (Université de La Réunion)

À paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Il ressort *prima facie* de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (ci-après « la Cour ») qu'aucune référence n'est faite à la notion de « culture judiciaire commune » ou de « culture judiciaire européenne »⁵¹⁶. Il en est de même pour la notion de « culture juridique » commune ou européenne⁵¹⁷. Il a été dès lors utile pour saisir les éléments d'une culture judiciaire commune de travailler sur d'autres notions utilisées par la Cour : « traditions culturelles », « traditions juridiques nationales », « culture juridique nationale », « consensus européen », « dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats contractants », « particularités nationales » et de « marge nationale d'appréciation ». Ces notions sont principalement utilisées s'agissant des articles 8, 10, 11 et 14 CEDH⁵¹⁸, et ne sont pas toujours pertinentes pour notre thème. Il convient néanmoins de nuancer cette dernière affirmation par deux remarques. D'une part, le juge Rozakis a fait expressément référence à l'expression « *traditions culturelles* » en matière de procès équitable dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt de la Cour du 14 juin 2001, *Medenica contre Suisse*, concernant l'impossibilité pour un requérant d'assister à une procédure pénale (suisse) en raison d'une ordonnance d'interdiction de quitter le territoire rendue par un tribunal américain (non-violation de l'article 6 §§ 1 et 3 CEDH)⁵¹⁹. D'autre part, la notion de « *marge nationale d'appréciation* » présente un intérêt

⁵¹⁶ Ledit constat a été rendu possible grâce notamment au moteur de recherche Hudoc, disponible sur le site de la Cour européenne des droits de l'homme : www.echr.coe.int.

⁵¹⁷ Si dans l'arrêt *Indra contre Slovaquie* (Cour EDH, 1^{er} février 2005, § 44, disponible en langue anglaise uniquement), on découvre l'expression « *culture juridique européenne* » (European legal culture), c'est le Gouvernement lui-même, et non la Cour, qui l'évoque, pour affirmer, dans un litige où le requérant alléguait la violation du droit à être entendu par un tribunal impartial dans le cadre d'une action en contestation de son licenciement, qu'une absence non autorisée du travail constituait un motif de licenciement « *bien établi et reconnu dans la culture juridique européenne* ».

⁵¹⁸ Il s'agit respectivement du droit au respect de la vie privée et familiale, de la liberté d'expression, de la liberté de réunion et d'association et du principe de non-discrimination.

⁵¹⁹ Opinion dissidente du juge C.L. ROZAKIS jointe à l'arrêt *Medenica contre Suisse*, point 7 : « *Le requérant a sollicité l'ajournement de cette procédure en invoquant un obstacle résultant d'une ordonnance d'interdiction de quitter le territoire rendue par un tribunal américain. Il est difficile à la Cour, en tant que juridiction internationale, de refuser d'admettre qu'une telle ordonnance émise par une autre juridiction d'un pays ayant des traditions juridiques et culturelles similaires aux nôtres représente un obstacle objectif empêchant le requérant d'assister à une procédure pénale suisse ; elle se devait donc de conclure que l'absence de celui-ci était justifiée. Il lui est également difficile, en tant que juridiction internationale, d'ignorer la réalité objective d'une ordonnance d'interdiction de quitter le territoire et de se lancer dans l'exercice douteux consistant à examiner à la place du juge américain les circonstances ayant amené ce dernier à imposer cette ordonnance au requérant. D'autant que la Cour ne dispose pas de l'ensemble des éléments qui ont convaincu le juge américain de prendre une ordonnance interdisant à M. Medenica de quitter les Etats-Unis. Or c'est justement l'exercice auquel se livre, malheureusement, la majorité de la chambre pour parvenir aux conclusions exposées au paragraphe 58 de l'arrêt* » (Nous soulignons).

particulier pour le thème de recherche, même si son utilisation apparaît limitée en matière de procès équitable.

L'axe de la présente étude sera présenté (I), avant d'aborder l'évolution des droits internes et européen du procès dans le sens d'une culture judiciaire commune (II), puis les outils de l'échange entre juges internes et juge européen des droits de l'homme (III).

I. Présentation de l'axe de l'étude

La démonstration sera celle de l'édification d'une culture judiciaire commune *in statu nascendi* dans le contexte du procès équitable, qui dépasse le seul cadre de l'Union européenne, et qui englobe les Etats non-membres de l'Europe des marchés, mais faisant partie intégrante de l'Europe des droits de l'homme, celle du Conseil de l'Europe.

Réfléchissant sur les règles du procès équitable prévues à l'article 6 de la Convention, et enrichies de l'article 13 du même texte, la définition retenue ici est une définition *lato sensu* de la culture judiciaire commune : « *sorte de socle commun de principes et de pratiques sur lequel se constituerait progressivement une Europe de la justice* ». Il est permis d'avancer parfois une identité de raisonnement, de traitement de certains contentieux et d'interprétation des dispositions conventionnelles entre les juges internes et la Cour, qui participe d'une « idéologie commune des droits de l'homme ».

Une culture judiciaire commune naît de l'évolution des droits internes et européen dans un sens convergent. Elle est le fruit d'un échange jurisprudentiel entre juges internes, juges de droit commun de la Convention, et juge européen des droits de l'homme, juge supranational ultime, qui pratiquent un dialogue officieux des juges⁵²⁰.

II. L'évolution des droits européen et internes dans le sens d'une culture judiciaire commune

L'évolution des droits européen et internes dans le sens d'une culture judiciaire commune est réalisée par un double mouvement. Le premier mouvement est descendant : il s'agit de l'harmonisation des droits processuels internes autour d'un standard de justice équitable *via* la 'modélisation' du droit du procès⁵²¹ (A). Le second mouvement est ascendant : il s'agit de l'enrichissement du droit jurisprudentiel européen des droits de l'homme par les droits internes (B). Tous deux traduisent donc un enrichissement mutuel des droits internes et européen.

A. L'harmonisation des droits processuels internes *via* la modélisation du procès équitable

L'étude est restreinte ici à certaines questions posées à la Cour et rattachées à la culture judiciaire : la motivation, le cumul des fonctions judiciaires, l'aide juridictionnelle et la participation du rôle du Ministère public au délibéré des formations de jugement.

1) La 'modélisation' du procès équitable, œuvre de la Cour européenne des droits de l'homme

La Cour n'intervient pas ouvertement dans les cultures judiciaires nationales. Cependant, elle remet parfois en cause des éléments fondamentaux de ces dernières lorsqu'elle se prononce sur telle ou telle garantie conventionnelle.

⁵²⁰ A la différence du système juridique communautaire qui institue un mécanisme de dialogue des juges officiel, en l'occurrence la question préjudicielle, dont la création a déjà été souhaitée en droit européen des droits de l'homme.

⁵²¹ Voir sur ce point, *inter alia* ; S. GUINCHARD et autres, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 353 et s. ; F. SUDRE et C. PICHERAL, *La diffusion du modèle européen du procès équitable*, Paris, La documentation française, 2003.

a) La motivation des décisions de justice

On constate d'emblée qu'il existe peu d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme relatifs à la garantie de motivation des décisions de justice⁵²². Il s'agit d'une garantie implicite de l'article 6 § 1 CEDH, que la Cour a mis à jour pour la première fois dans son arrêt *H. contre Belgique*⁵²³.

La Cour retient une appréciation souple de l'exigence de motivation. Elle n'exige pas une motivation détaillée des décisions de justice, ni une réponse détaillée à chaque argument. Elle estime que le juge doit répondre à cette obligation selon « *les circonstances de l'espèce* ». Comme elle l'énonce dans un *obiter dictum* consacré par les arrêts *Ruiz Torija* et *Hiro Balani* contre Espagne du 9 décembre 1994 : « *L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce* »⁵²⁴. Le juge national a donc ici une marge d'appréciation, à déterminer au cas par cas.

La Cour estime, par ailleurs, que l'autorité statuant à un degré supérieur peut faire sien les motifs de la juridiction inférieure, sans pour autant violer l'exigence de motivation⁵²⁵. Une législation nationale récente peut en revanche susciter plus d'interrogations quant à sa conventionnalité⁵²⁶. La Cour européenne des droits de l'homme précise cependant que, lorsqu'un moyen a une incidence décisive sur l'issue du litige, il appelle « *une réponse spécifique et explicite* »⁵²⁷, et qu'il importe également de répondre aux « *principaux moyens* » du requérant⁵²⁸ ou aux « *questions essentielles* » soulevées⁵²⁹.

Toutefois, si la Cour retient une appréciation souple de la motivation, elle a parfois tendance à se comporter en « *quatrième degré de juridiction* »⁵³⁰, ce qui a fait l'objet de critiques de la part de juges dissidents et de la doctrine, dans la mesure où elle va au-delà de son office. En témoignent les opinions dissidentes des juges L.-E. PETTITI et R. BERNHARDT, jointes respectivement aux arrêts *Higgins et autres contre France* et *Ruiz-Torija contre Espagne*.

⁵²² Si l'on excepte, toutefois, la longue série d'arrêts de condamnation de la Grèce, qui connaît un problème que l'on peut qualifier de « structurel » (au sens où l'entend la Cour) en la matière.

⁵²³ Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique* : à propos de la motivation des décisions de refus de réinscription au barreau prises par le Conseil de l'Ordre des avocats (violation).

⁵²⁴ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Ruiz-Torija c. Espagne*, série A, n° 303-A, § 29 ; *Hiro Balani c. Espagne*, série A, n° 303-B, § 27.

⁵²⁵ Cour EDH, 21 janvier 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*, § 29 (à propos de la reprise par l'*Audiencia Provincial* de la décision de première instance : non-violation) ; Cour EDH, 19 décembre 1997, *Helle c. Finlande*, § 60 (à propos d'une décision de la Cour suprême administrative reprenant les motifs de la juridiction inférieure, en l'occurrence le chapitre épiscopal : non-violation) ; Cour EDH, 14 juin 2007, *Gorou c. Grèce*, § 17 (à propos d'une décision de rejet de pourvoi en cassation contre un jugement émanant du Procureur près la Cour de cassation grecque : non-violation).

⁵²⁶ Ainsi la loi lettone du 1^{er} décembre 2006 autorise les juridictions administratives de deuxième instance à ne plus motiver leurs décisions rendues en appel lorsqu'elles confirment le jugement de première instance.

⁵²⁷ Cour EDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c. France*, § 43 ; Cour EDH, 15 mars 2007, *Gheorghie c. Roumanie*, § 50.

⁵²⁸ Cour EDH, 24 mai 2005, *Buzescu c. Roumanie*, § 67 ; Cour EDH, 7 mars 2006, *Donadze c. Géorgie*, §§ 34-35 ; Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*, § 97.

⁵²⁹ Cour EDH, 28 avril 2005, *Albina c. Roumanie*, § 34.

⁵³⁰ F. SUDRE, obs. sous Cour EDH, *Dulaurans c. France*, JCP G 2001, I 291, p. 191.

L'arrêt *Dulaurans contre France* du 21 mars 2000⁵³¹ a suscité un émoi dans la communauté des juristes. Elle concerne la non-admission de moyens nouveaux devant la Cour de cassation. Inscrite à l'article 619 du NCPC⁵³², cette règle est d'origine jurisprudentielle⁵³³. Dans l'arrêt *Dulaurans*, la Cour européenne des droits de l'homme a estimé que la Cour de cassation avait commis une « *erreur manifeste d'appréciation* » et s'était fondée sur une « *constatation manifestement inexacte* » en considérant le moyen de la requérante comme nouveau⁵³⁴. L'expression « *erreur manifeste d'appréciation* », considérée comme une « *erreur évidente qui ne fait aucun doute dans un esprit éclairé* »⁵³⁵, montre au passage la part qu'a dû prendre le Conseiller d'état honoraire et actuel Président de la Cour, Jean-Paul COSTA, dans le constat de violation⁵³⁶. Ici, la Cour européenne des droits de l'homme contrôle la procédure devant la Cour de cassation et le fond du droit. Cette condamnation aurait pu, du reste, être plus ancienne, l'affaire *Marc Fouquet* n'ayant donné lieu qu'à un règlement amiable entériné par la Cour dans un arrêt de 1996⁵³⁷. La Cour a, à nouveau, appliqué cette règle pour déclarer cependant irrecevable une affaire dans laquelle elle a considéré qu'il « *était inévitable (en l'espèce) que le moyen de cassation en question soit considéré comme nouveau par la Cour de cassation* »⁵³⁸.

Quoi qu'il en soit, les auteurs s'accordent à dire qu'il y a un contrôle plus poussé aujourd'hui de la Cour sur l'obligation de motivation des décisions de justice⁵³⁹. Le président de la Cour, Jean-Paul COSTA, s'est récemment prononcé pour le renforcement du contrôle de la motivation de certaines décisions juridictionnelles nationales dans son opinion partiellement dissidente jointe à l'arrêt *Léger contre France* du 11 avril 2006⁵⁴⁰, à propos des décisions des juridictions statuant en matière de libération conditionnelle. Selon lui, « *notre Cour a le droit et le devoir d'exercer un contrôle sur les décisions de telles juridictions (...) parce que la motivation (des juges nationaux) pourrait facilement être stéréotypée ou dénuée de pertinence et qu'il faut donc la contrôler* ».

Des changements normatifs ont eu lieu pour remédier aux constats de violation de l'exigence de motivation. Un premier exemple concerne la Grèce, qui a inscrit l'exigence de motivation des décisions de justice dans sa Constitution à la suite d'arrêts de condamnation répétés rendus par la

⁵³¹ Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*, JCP G 2001, I 291, obs. F. SUDRE ; D. 2000, p. 883, note T. CLAY.

⁵³² L'article dispose comme suit : « *Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation. Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire : 1° Les moyens de pur droit ; 2° Les moyens nés de la décision attaquée* ».

⁵³³ Cass. Req., 22 novembre 1942, JCP 1943, II 2444.

⁵³⁴ Arrêt *Dulaurans* préc., § 38.

⁵³⁵ G. BRAIBANT, ccl. inédites sur CE, 13 novembre 1970, *Lambert*, cité par D. LABETOULLE et J. CABANES, AJDA 1971, p. 35.

⁵³⁶ Ce dernier a par la suite exprimé les torts de la Cour quant à l'utilisation de cette expression, constitutive d'une erreur : J.-P. COSTA, Interview, AJDA 2007, p. 60.

⁵³⁷ Cour EDH, 31 janvier 1996, *Fouquet c. France* (règlement amiable) ; Comm. EDH, Rapport du 12 octobre 1994, *Marc Fouquet c. France*, req. n° 20398/92 (violation de l'article 6 § 1 CEDH).

⁵³⁸ Cour EDH, déc. 29 août 2000, *Jahnke et Lenoble c. France*, JCP G 2000, II 10434, p. 2242, note A. PERDRIAU.

⁵³⁹ J.-F. BURGELIN, « La Cour de cassation en question », D. 2001, pp. 932-934 ; P. TITIUN, « Du contrôle de la Cour européenne des droits de l'homme sur la motivation des décisions internes », in Protection des droits de l'homme : la perspective européenne, *Mélanges Rolv Ryssdal*, Carl Heymans Verlag KG, 2000, pp. 1403-1408.

⁵⁴⁰ Cour EDH, 11 avril 2006, *Léger c. France*, RSC 2007, p. 134, obs. F. MASSIAS.

Cour européenne des droits de l'homme⁵⁴¹. L'article 93 alinéa 3 de la Constitution issu de la révision d'avril 2001 prévoit en effet que « *les décisions judiciaires s'appuient sur un raisonnement détaillé* ». Par ailleurs, une nouvelle loi de 2001 a modifié les articles litigieux dans toutes ces affaires⁵⁴² et plusieurs exemples de jurisprudence font état du nouvel état d'esprit des juridictions nationales grecques⁵⁴³. Un second exemple concerne la Belgique, où une loi du 19 novembre 1992 a exigé la motivation des décisions du Conseil de l'ordre des avocats de refus de réinscription au barreau ou d'inscription sur la liste des avocats stagiaires suite aux arrêts *H.* et *De Moor contre Belgique*⁵⁴⁴.

b) Le cumul des fonctions d'instruction, de poursuite et de jugement

S'agissant du cumul des fonctions judiciaires, la position de la Cour européenne des droits de l'homme a connu une évolution. Elle est passée d'une conception stricte tenant à l'interdiction du cumul des fonctions judiciaires, issue des arrêts *Piersack* et *De Cubber* contre Belgique de 1984⁵⁴⁵, à une conception moins rigide qui est, depuis l'arrêt *Hauschildt contre Danemark* du 24 mai 1989⁵⁴⁶, celle de « *l'indifférence de principe au cumul de fonctions* »⁵⁴⁷. Il faut désormais une attitude subjectivement partielle du juge pour que le cumul soit prohibé. Il convient de rechercher si « *les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées* »⁵⁴⁸. Le cumul de fonctions en lui-même ne suffit pas. Plusieurs arrêts de condamnation ont été rendus par la Cour à l'endroit de plusieurs Etats. Mais ces arrêts n'ont pas toujours été rendus à l'unanimité, comme le démontre la présence de l'opinion dissidente du juge F. MATSCHER jointe à l'arrêt *Huber contre Suisse* du 23 octobre 1990, concernant l'exercice successif de fonctions d'instruction et de poursuite par le Procureur de district, qui a la valeur ajoutée de rappeler le standard conventionnel en matière de cumul de fonctions judiciaires : « *Dans la jurisprudence récente de la Cour en matière pénale, il est souvent question du cumul des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement. Dans certaines hypothèses un tel cumul peut être contraire à la Convention, dans d'autres il peut seulement soulever des problèmes, sans pour autant conduire nécessairement à une incompatibilité avec les exigences de celle-ci. En général, la Convention ne commande nullement une séparation des fonctions en cause,*

⁵⁴¹ Voir par exemple : Cour EDH, 17 octobre 2000, *Karakasis c. Grèce* ; 15 janvier 2004, *Sakkopoulos c. Grèce* ; 7 avril 2005, *Alija c. Grèce*.

⁵⁴² La loi n° 2915 du 29 mai 2001, qui porte modification des articles 535 et 536 du CPP grec, exige que les juridictions répressives motivent leurs décisions après avoir entendu les personnes concernées dans le cadre d'une procédure en indemnisation d'une détention provisoire. Voir ici la Résolution DH(2003)6 du Comité des ministres du 24 février 2003 rendue dans l'affaire *Karakasis c. Grèce*, *Annuaire de droit européen* 2003, vol. I, p. 343, chron. L. SERMET (dir.).

⁵⁴³ Arrêts de la Cour de cassation de Grèce n° 7/2005 (chambre plénière) et n° 629/2005, cités dans l'Annexe de la résolution DH(2007)104 du Comité des ministres du 20 juin 2007, relative à l'arrêt *Papageorgiou c. Grèce et douze autres arrêts c. Grèce*, à propos plus précisément de l'arrêt *Nastos contre Grèce* du 30 mars 2006.

⁵⁴⁴ Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*, *JTDE* 1988, p. 422, obs. P. LAMBERT ; Cour EDH, 23 juin 1994, *De Moor c. Belgique*, série A, n° 292-A ; *AJDA* 1995, p. 139, chron. J.-F. FLAUSS ; *JTDE* 1994, p. 713, obs. P. LAMBERT.

⁵⁴⁵ Cour EDH, 26 octobre 1984, *Piersack c. Belgique* et *De Cubber c. Belgique*, série A, n° 85 et n° 86 ; *JDI* 1986, p. 1072, obs. P. TAVERNIER.

⁵⁴⁶ Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*, série A, n° 154 ; *JDI* 1990, p. 727, obs. P. TAVERNIER ; *AFDI* 1991, p. 585, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *GACEDH*, Paris, PUF, 2005, n° 29, p. 295.

⁵⁴⁷ F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 3^e éd., 2005, p. 300.

⁵⁴⁸ Arrêt *Hauschildt* préc., § 48.

bien que, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice, elle soit recommandable, parce qu'elle offre un maximum de garanties aux justiciables ».

Les divers constats de violation ont conduit les Etats, par l'intermédiaire de leurs autorités législative, réglementaires et/ou juridictionnelles, à modifier leur droit dans les hypothèses de cumul jugé prohibé par la Cour européenne des droits de l'homme :

- dans l'affaire *De Cubber contre Belgique* précitée, était en cause le cumul de fonctions de l'un des assesseurs d'une juridiction pénale qui avait instruit l'affaire auparavant. La Cour de cassation belge a rapidement exécuté l'arrêt européen par un arrêt du 23 janvier 1985, *Lomry et Marchal*, dans lequel elle s'aligne sur la jurisprudence européenne⁵⁴⁹. Les arrêts *Piersack* et *De Cubber* contre Belgique ont eu des incidences sur la jurisprudence des juridictions d'autres Etats membres telles que la Cour suprême de Chypre⁵⁵⁰ et le Tribunal constitutionnel espagnol⁵⁵¹.

- à la suite de l'affaire *Huber contre Suisse* précitée, le Code de procédure pénale zurichois a été modifié, le 1^{er} septembre 1991. Le nouvel article 61 du code précise que le fonctionnaire chargé de l'enquête soumet sa demande tendant à ordonner la détention provisoire à un juge pénal en la justifiant et en joignant les pièces nécessaires pour prendre la décision. Le Procureur de district n'a donc plus le pouvoir de prononcer le placement en détention provisoire. De même, à la suite de l'affaire *D.N. contre Suisse*⁵⁵², dans laquelle la Cour avait remis en cause l'impartialité de la Commission de recours administratifs du canton de Saint-Gall statuant sur une demande de libération d'un établissement psychiatrique, la pratique a changé au sein de ladite Commission : désormais, le juge spécialisé auditionne la personne concernée, remet son expertise et participe à l'audience, mais ne participe plus aux délibérés et à la prise de décision.

- postérieurement à l'arrêt *Barberà, Messegué et Jabardo contre Espagne* du 6 décembre 1988, qui avait sanctionné l'absence d'impartialité des juges au cours d'une procédure pénale, une loi organique du 28 décembre 1988 (loi n° 7/1988) portant modification du Code de procédure pénale espagnol a nettement séparé les fonctions judiciaires d'instruction et de jugement⁵⁵³.

- l'arrêt *Alimena contre Italie* du 19 février 1991 avait remis en cause l'équité de la procédure pénale italienne du fait du cumul de fonctions judiciaires. Le nouveau Code de procédure pénale entré en vigueur le 24 octobre 1989 a supprimé le juge d'instruction et confié les pouvoirs d'enquête au Ministère public⁵⁵⁴. Par ailleurs, le contrôle de la légalité des enquêtes préliminaires a été confié à un magistrat du siège.

⁵⁴⁹ Cour de cassation de Belgique, 23 janvier 1985, *Lomry et Marchal*, *Pasicrisie belge* 1985, I, p. 595 ; in *Droit international des droits de l'homme devant le juge national*, O. de SCHUTTER et S. van DROOGHENBROECK, Bruxelles, Larcier, 1999, p. 53, obs. S. van DROOGHENBROECK.

⁵⁵⁰ Cour suprême de Chypre, 20 novembre 1985, *Pastellopoulos contre République*, *Cyprus Law Reports* 1985-2, p. 165 (inconstitutionnalité des articles 103 et 104 du Code pénal et de justice militaire au regard de l'article 30 § 2 de la Constitution interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH).

⁵⁵¹ Tribunal constitutionnel espagnol, 12 juillet 1988, n° 145, *Recueil officiel des arrêts et décisions XXI*, p. 573 (incompatibilité l'article 2 al. 2 de la loi organique n° 10 du 10 novembre 1980 sur les audiences de flagrant délit avec l'article 24 § 2 de la Constitution interprété à la lumière de la jurisprudence de la Cour EDH, en ce qu'il prévoyait un exercice successif par le même magistrat, dans la même affaire, des fonctions de juge d'instruction et de juge du fond).

⁵⁵² Cour EDH, 29 mars 2001, *D.N. c. Suisse*.

⁵⁵³ Résolution DH(94)84 du Comité des ministres du 16 novembre 1994 relative à l'affaire *Barberà, Messegué et Jabardo c. Espagne*.

⁵⁵⁴ Résolution DH(92)29 du Comité des ministres du 15 juin 1992 relative à l'arrêt *Alimena c. Italie*.

- l'arrêt *Hauschildt contre Danemark* du 24 mai 1989 a, quant à lui, été exécuté de manière rapide par l'Etat danois⁵⁵⁵ : les articles 60 à 62 de la loi sur l'administration de la justice modifiée le 13 juin 1990 prévoit une séparation des fonctions d'instruction et de jugement, à l'exception des procédures simplifiées spéciales (en cas d'aveu du prévenu par exemple).

- l'arrêt *Tierce et autres contre Saint-Marin* du 25 juillet 2000 concernait le cumul des fonctions du « Commissario della legge », cumul abrogé par la loi n° 83/1992⁵⁵⁶. La règle du non-cumul a au demeurant été inscrite dans le nouveau Code de procédure pénale de Saint-Marin par les lois n° 144 et n° 145 du 30 octobre 2003.

- après que l'arrêt *Findlay contre Royaume-Uni* du 25 février 1997 ait mis en évidence le cumul prohibé des fonctions exercées par « l'officier convocatuer » de la Cour martiale, une nouvelle loi sur les forces armées de 1996 a supprimé ce cumul et divisé les fonctions judiciaires en trois organes distincts⁵⁵⁷.

- à la suite de l'arrêt *Pfeifer et Plankl contre Autriche* du 25 février 1992, ayant sanctionné le cumul de fonctions d'instruction et de jugement de deux juges d'un tribunal régional autrichien, le ministre fédéral de la Justice a adressé une circulaire datée du 20 juin 1992 aux Procureurs généraux et aux Présidents de cour d'appel quant aux exigences de la jurisprudence européenne⁵⁵⁸.

La jurisprudence de la Cour sur ce point pousse les juridictions nationales à évoluer vers un modèle institutionnel commun dans lequel les fonctions juridictionnelles sont séparées.

c) L'aide juridictionnelle

L'aide juridictionnelle est prévue par la Convention en matière pénale. Le droit d'accès au tribunal ne doit pas être limité par un obstacle financier. Bon nombre d'arrêts ont sanctionné les Etats sur ce point⁵⁵⁹. La Cour européenne des droits de l'homme a même précisé la nécessité pour les Etats de mettre en place une assistance judiciaire en matière civile lorsque les contentieux le justifient⁵⁶⁰.

Les Etats ont donc mis en place dans leur système juridique un mécanisme poussé d'assistance judiciaire, touchant la plupart du temps les deux matières civile et pénale.

En France, la loi du 10 juillet 1991 relative à l'aide juridique s'applique en matière pénale, civile et administrative.

En Irlande, a été ajouté aux côtés du régime d'assistance en matière pénale déjà existant, un régime d'assistance judiciaire et de consultation en matière civile, en vigueur depuis 1980.

En Belgique, après l'affaire *Aerts*, le bureau d'assistance judiciaire a amendé sa pratique dès septembre 1998 et le système a été réformé par une loi de novembre 1998. Ce nouveau système a été jugé efficace par la Cour⁵⁶¹.

⁵⁵⁵ Résolution DH(91)9 du Comité des ministres du 13 février 1991 relative à l'arrêt *Hauschildt c. Danemark*.

⁵⁵⁶ Résolution DH(2004)3 du Comité des ministres du 24 février 2004 relative à l'arrêt *Tierce et autres c. Saint-Marin*.

⁵⁵⁷ Résolution DH(98)11 du Comité des ministres du 18 février 1998 relative à l'arrêt *Findlay c. Royaume-Uni*.

⁵⁵⁸ Résolution DH(92)64 du Comité des ministres du 15 décembre 1992 relative à l'arrêt *Pfeifer et Plankl c. Autriche*.

⁵⁵⁹ Cour EDH, 28 mars 1990, *Granger contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang contre France* ; Cour EDH, 28 octobre 1994, *Boner contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 26 septembre 2000, *Biba contre Grèce*.

⁵⁶⁰ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32 ; *AFDI* 1980, p. 323, chron. R. PELLOUX ; *JDI* 1982, p. 187, chron. P. ROLLAND ; Cour EDH, 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*, D. 1998, Act. 38, obs. F. ROLIN.

⁵⁶¹ Cour EDH, déc. 9 juillet 2002, *Debeffe c. Belgique*.

Au Royaume-Uni, suite aux arrêts *Granger* et *Boner*⁵⁶², le système écossais a été modifié deux fois par la loi de 1986 sur l'aide judiciaire en Ecosse et la loi de 1995 sur la justice pénale. S'agissant de la Grande Bretagne elle-même, suite à l'arrêt *Benham contre Royaume-Uni* du 10 juin 1996, un nouveau règlement sur la portée de l'assistance et du conseil en matière juridique a été adopté en 1997.

En Grèce, après les affaires *Twalib* et *Biba*⁵⁶³, sanctionnant l'absence d'aide judiciaire devant la Cour de cassation grecque statuant en matière pénale, une loi du 3 juin 1999 a modifié le Code de procédure pénale grec et a prévu l'obligation pour le tribunal d'octroyer d'office une assistance judiciaire gratuite à l'accusé qui n'a pas les moyens d'engager un avocat.

d) La présence du Ministère public au délibéré des formations de jugement

Il convient de rappeler d'emblée que la Cour européenne des droits de l'homme retient une même acception des termes « présence », « participation » et « assistance » du Ministère public au délibéré.

La présence du Ministère public⁵⁶⁴ au délibéré est radicalement exclue, qu'elle soit active ou passive, que le Ministère public ait voix consultative ou qu'il n'intervienne pas au cours du délibéré. Fixée depuis l'arrêt *Borgers contre Belgique* du 30 octobre 1991⁵⁶⁵, cette jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme est de loin la plus critiquée, les juges dissidents et la doctrine s'insurgeant contre la part trop belle qui y est laissée aux apparences. Cette jurisprudence a entraîné un changement de pratique juridictionnelle au sein des juridictions nationales et a modifié le rôle du Ministère public dans les procédures juridictionnelles⁵⁶⁶.

En Belgique, la loi du 14 novembre 2000 a abrogé la règle de l'assistance du Ministère public au délibéré suite aux arrêts *Borgers* et *Van Orshoven*⁵⁶⁷, que ce soit en matière civile ou en matière pénale. Au Portugal, le Procureur général n'assiste plus au délibéré des formations de la Cour suprême depuis le décret-loi du 25 septembre 1996, suite à l'arrêt de la Cour du 20 février 1996, *Lobo Machado contre Portugal*.

En France, en matière civile et pénale, après les affaires *Slimane-Kaïd II contre France*⁵⁶⁸ et autres, une nouvelle pratique juridictionnelle a été inaugurée suivant laquelle les avocats généraux ne participent plus au délibéré. Ces affaires viennent d'être clôturées par le Comité des ministres du Conseil de l'Europe en mars 2008⁵⁶⁹. En contentieux administratif, suite aux arrêts *Kress*, *Martinie* et autres, le Gouvernement a pris un décret, le 1^{er} août 2006, afin de tirer les conséquences de ces arrêts : le

⁵⁶² Arrêts précités.

⁵⁶³ Cour EDH, 9 juin 1998, *Twalib c. Grèce* ; Cour EDH, 26 septembre 2000, *Biba c. Grèce*.

⁵⁶⁴ On vise ici le « Ministère public » *lato sensu*, la définition englobant le commissaire du gouvernement près les juridictions administratives françaises. Mentionnons ici l'ouvrage tiré d'un colloque retenant cette acception : I. PINGEL-LENUZZA et F. SUDRE, *Le ministère public et les exigences du procès équitable*, Bruxelles, Bruylant, Nemesis, 2003.

⁵⁶⁵ Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*, série A, n° 214-A ; *GACEDH, op. cit.*, 2005, n° 28, p. 280 ; *JDI* 1992, p. 797, note E. DECAUX ; *RUDH* 1992, p. 6, obs. F. SUDRE.

⁵⁶⁶ Voir notamment l'étude réalisée sur ces diverses réformes par J.-L. NADAL, « La Convention européenne et la Cour de cassation », *RIDC* 2008, pp. 337-345.

⁵⁶⁷ Cour EDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c. Belgique*.

⁵⁶⁸ Cour EDH, 27 novembre 2003, *Slimane-Kaïd II c. France*.

⁵⁶⁹ Résolution DH(2008)13 du Comité des ministres du 27 mars 2008, Exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme *Slimane-Kaïd c. la France* et 5 autres affaires relatives au droit à un procès équitable devant la Cour de cassation.

Gouvernement n'est plus présent au délibéré des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel. Il demeure présent au délibéré devant le Conseil d'Etat, sauf si les parties demandent qu'il n'y assiste pas. Un mécanisme de renonciation à la garantie d'impartialité a donc été mis en place par le pouvoir réglementaire.

On pourrait multiplier les exemples de jurisprudences par lesquelles la Cour « façonne » le droit du procès. Les exemples retenus démontrent l'émergence d'une culture judiciaire commune née d'une interprétation dynamique des principes du procès équitable par la Cour européenne des droits de l'homme, puis purement et simplement reprise par les juridictions nationales. Ils traduisent l'édification d'un mode de résolution judiciaire des litiges commun à tous les Etats, mettant en défaut les pratiques et méthodes des juges nationaux. Les autres garanties sont également concernées par ce mouvement. L'ultime exemple de l'incursion de la garantie de publicité des débats dans des contentieux qui jusqu'alors étaient gouvernés par l'écrit est patent. Très critiques à cet égard, certains auteurs administrativistes ont eu l'occasion de préciser que le caractère écrit de la procédure juridictionnelle administrative faisait pourtant partie « *de la nature profonde du juge administratif et (de) sa culture* »⁵⁷⁰, contraint de modifier ses pratiques traditionnelles, aujourd'hui renouvelées sous couvert d'équité.

2) Les procédés de résistance des cultures judiciaires nationales

Plusieurs procédés peuvent être mis à jour : la réserve, le principe de subsidiarité, la marge nationale d'appréciation, les restrictions expresses aux règles du procès équitable et le mécanisme de la renonciation aux garanties procédurales.

a) La technique des réserves

La réserve est une technique reconnue en droit international, mais limitée en droit international des droits de l'homme⁵⁷¹, permettant à l'Etat de ne pas être engagé par certains articles d'une Convention. Cette technique a été utilisée par la France ou l'Autriche par exemple, désireux de préserver certains contentieux des règles du procès équitable⁵⁷².

Cette technique permet ce que Mireille DELMAS-MARTY définit comme une « re-nationalisation de la norme ».

b) Le principe de subsidiarité

Sous l'angle de notre thème de recherche, le principe de subsidiarité du mécanisme européen⁵⁷³ garantit que le juge de droit commun de la Convention soit le juge national. Les contentieux sont réglés en premier lieu par le juge national, qui dispose du pouvoir d'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme. Garante du principe de subsidiarité, la règle de l'épuisement des

⁵⁷⁰ B. BLANCHET et P. NERENHAUSEN, « Faut-il guérir le procès administratif de sa taciturnité chronique ? », *AJDA* 2007, p. 1912.

⁵⁷¹ La Cour européenne des droits de l'homme exerce, en effet, un contrôle très rigoureux sur les réserves et déclarations interprétatives étatiques : v. Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*, série A, n° 132 ; Cour EDH, 26 avril 1994, *Fischer c. Autriche*, série A, n° 312.

⁵⁷² Il est permis de citer la réserve française quant au droit au double degré de juridiction en matière criminelle, la France ne disposant pas, avant la loi du 15 juin 2000, d'une voie d'appel contre les décisions des Cours d'assises.

⁵⁷³ Voir notamment, sur ce point : J. CALLEWAERT, « La subsidiarité dans l'Europe des droits de l'homme : la dimension substantielle », et O. De SCHUTTER, « La subsidiarité dans la CEDH : la dimension procédurale », in *L'Europe de la subsidiarité*, M. Verdussen (dir.), Bruxelles, Bruylant, 2000, resp. pp. 13-61 et pp. 63-130.

voies de recours internes est inscrite à l'article 35 § 1 de la Convention en tant que première condition de recevabilité des requêtes devant la Cour. Interprétée de manière souple⁵⁷⁴, elle connaît une limitation en raison de « *circonstances particulières* » de la cause⁵⁷⁵. Elle a notamment connu un second souffle avec la jurisprudence *Kudla contre Pologne*⁵⁷⁶, qui a rappelé la nécessité de mettre en place, au titre de l'article 13 CEDH, des voies de recours effectives devant les instances nationales. Par ailleurs, le principe de subsidiarité est considéré comme le fondement de la marge nationale d'appréciation quant à l'application de la Convention.

c) La marge nationale d'appréciation

Découverte par la Commission européenne des droits de l'homme⁵⁷⁷, la notion de marge nationale d'appréciation a été reprise par la Cour européenne des droits de l'homme. Elle préserve d'une certaine façon les cultures judiciaires nationales car l'Etat ou le juge national en dispose dans son pouvoir d'interprétation de la CEDH. Le jeu de la marge nationale illustre « *le souci de maintenir des spécificités fondées sur des siècles de traditions contentieuses* »⁵⁷⁸. La marge nationale d'appréciation, qui est un outil de l'échange entre juge européen et juges internes⁵⁷⁹, est applicable en matière de droit au procès équitable⁵⁸⁰, même si ses terrains de prédilection restent les articles 8, 10, 11 et 14 de la Convention. En effet, on peut considérer à l'instar de Denis SALAS que, « *à bien des égards, le concept de procès équitable (article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme) est un compromis entre les garanties procédurales et la marge d'appréciation réservée à la souveraineté* »⁵⁸¹.

La référence expresse de la Cour européenne des droits de l'homme à la marge nationale d'appréciation est plus rare en matière de procès équitable. Le président de la Cour, Jean-Paul COSTA, a récemment reconnu que, « *en matière de droit procédural, la marge d'appréciation se rétrécit* »⁵⁸². Il en découle nécessairement une réduction des traditions judiciaires nationales.

⁵⁷⁴ Cour EDH, Cour plénière, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*, série A, n° 39, § 72 : la règle doit d'appliquer « *avec une certaine souplesse et sans formalisme excessif* ».

⁵⁷⁵ Cour EDH, Gr. ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*, § 75.

⁵⁷⁶ Cour EDH, Gr. ch., 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*.

⁵⁷⁷ L'expression a été utilisée pour la première fois par la Commission dans l'affaire *Grèce contre Royaume-Uni* (req. n° 176156).

⁵⁷⁸ D. SIMON, « La contribution de la Cour de cassation à la construction juridique européenne : Europe du droit, Europe des juges », in Cour de cassation, Rapport annuel de 2006, *La Cour de cassation et la construction juridique européenne*, Paris, La documentation française, 2007, p. 91.

⁵⁷⁹ Voir *infra*.

⁵⁸⁰ Quand bien même l'on ait pu considérer autrefois, en vertu de la rédaction très précise des articles 6 et 13 CEDH, que l'Etat ne disposait « *d'aucune marge* » d'appréciation en la matière : voir P. ROLLAND, « Existe-t-il un contrôle d'opportunité ? Le contrôle de l'opportunité par la Cour européenne des droits de l'homme », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, D. ROUSSEAU et F. SUDRE (dir.), Paris, STH, 1990, pp. 47-75, spéc. p. 60.

⁵⁸¹ D. SALAS, « Procès », in *Dictionnaire de la culture juridique*, D. Alland et S. Rials (dir.), Paris, Quadrige, Lamy-PUF, 1^{ère} éd., 2003, pp. 1238-1242, spéc. p. 1239.

⁵⁸² J.-P. COSTA, Interview, *AJDA* 2007, p. 60.

C'est en matière de droit à un tribunal⁵⁸³, plus précisément en matière d'accès au juge, d'aide juridictionnelle et de droit à un recours effectif, que la marge d'appréciation des Etats a notamment vocation à jouer.

- L'accès au juge

En matière d'accès aux tribunaux, la première référence explicite à la marge nationale d'appréciation a été l'œuvre de l'arrêt *Ashingdane contre Royaume-Uni*⁵⁸⁴. Dans l'arrêt *Fogarty contre Royaume-Uni*⁵⁸⁵, à propos de l'absence d'accès au juge résultant du principe de l'immunité des Etats, la Cour affirme que : « *Le droit d'accès aux tribunaux n'est toutefois pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises car il commande de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareilles limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé* »⁵⁸⁶.

La théorie des limitations implicites permet à la Cour de reconnaître une marge d'appréciation aux Etats membres du Conseil de l'Europe. Elle fait appel à la technique du contrôle de proportionnalité. Si le droit d'accès à un tribunal peut être soumis à des limitations, pour être conformes au droit à un procès équitable ces dernières doivent être justifiées : elles ne doivent pas porter atteinte « à la substance même » du droit d'accès à un tribunal. Une double condition doit ainsi être remplie : il faut que lesdites limitations tendent à un but légitime ; il faut qu'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé. La théorie des limitations implicites octroie à l'Etat et au juge national une marge d'appréciation dans un domaine, l'accès à un tribunal, dans lequel aucune limitation expresse n'est prévue. La théorie peut, du reste, s'appuyer sur le fait que la Convention elle-même prévoit expressément des limitations aux autres principes du procès équitable, telles que la publicité ou l'oralité des débats pour lesquelles les limites sont possibles sous certaines conditions et/ou pour certains contentieux.

Parmi les limitations implicitement admises, non contraires à l'article 6 de la Convention, on trouve les limitations tenant aux conditions de recevabilité des recours telles celles relatives aux délais pour introduire un recours⁵⁸⁷, à l'exigence d'un recours administratif préalable obligatoire⁵⁸⁸, au versement d'une certaine somme due au titre de l'appel⁵⁸⁹, et les limitations tenant aux conditions de forme⁵⁹⁰, ou encore les limitations visant à assurer une bonne administration de la justice. Relevant de la marge nationale d'appréciation, ces limitations trouvent leur origine dans le fait que

⁵⁸³ On peut toutefois s'interroger, comme un auteur l'a fait, sur les deux logiques antagonistes que représentent la marge nationale d'appréciation et le respect effectif du droit d'accès à un tribunal : voir L. MILANO, *Le droit à un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme*, Paris, Dalloz, 2006, p. 204 et s..

⁵⁸⁴ Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*, série A, n° 93, § 57.

⁵⁸⁵ Cour EDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*, § 33 (non-violation de l'article 6 § 1).

⁵⁸⁶ Nous soulignons.

⁵⁸⁷ Cour EDH, 10 juillet 2001, *Tricard c. France*, req. n° 40472/98, § 29.

⁵⁸⁸ Cour EDH, 13 juillet 2006, *Nichifor c. Roumanie n° 1*, req. n° 62276/00, § 23.

⁵⁸⁹ Cour EDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et autres c. France*, req. n° 31819/96 et 33293/96, § 51.

⁵⁹⁰ Cour EDH, 16 novembre 2000, *SA Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*, req. n° 39442/98, § 20.

le droit d'accès à un tribunal « appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat »⁵⁹¹. Toutefois, la Cour a tendance à exercer un contrôle extrêmement rigoureux sur ces limitations et à réduire, lorsque les circonstances de l'espèce le justifient, cette marge nationale d'appréciation. Un arrêt récent illustre ce cas de figure, l'arrêt *Guillard contre France*⁵⁹², dans lequel la Cour a sanctionné la rupture du « juste équilibre (qui doit être assuré) entre, d'une part, le souci légitime d'assurer le respect des conditions formelles pour saisir les juridictions et, d'autre part, le droit d'accès au juge » (arrêt *Guillard*, § 49), à propos de la règle du désistement d'office telle qu'interprétée par le Conseil d'Etat.

La jurisprudence relative aux immunités parlementaires démontre de manière claire la réduction de la marge d'appréciation des Etats en matière d'accès au juge. Alors qu'elle était *ab initio* considérée comme une limitation implicitement admise, la Cour a renforcé son contrôle sur la mise en œuvre de l'immunité parlementaire dans ses arrêts *A.* et *Cordova n° 1* et *n° 2*⁵⁹³. Le droit au tribunal peut désormais être violé lorsque l'immunité est invoquée pour couvrir des propos ou des faits qui ne sont plus liés à l'exercice des fonctions parlementaires *stricto sensu*. Ainsi dans les arrêts *Cordova contre Italie* susmentionnés, la Cour a condamné l'Etat italien s'agissant de propos injurieux exprimés à l'occasion d'une querelle de nature politique liée à une activité politique. Le professeur Jean-François FLAUSS n'hésite pas à parler d'« érosion de l'autonomie constitutionnelle des Etats »⁵⁹⁴ en matière d'immunité parlementaire, tant le contrôle de la Cour est devenu particulièrement rigoureux. Cette érosion n'est au demeurant pas cantonnée à l'immunité de juridiction civile et touche également l'immunité de juridiction pénale⁵⁹⁵.

- L'aide juridictionnelle

En matière d'aide juridictionnelle, la Cour laisse aux Etats une certaine marge d'appréciation : « En outre l'article 6 par. 1 (art. 6-1), s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs "droits et obligations de caractère civil", laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin. L'instauration d'un système d'aide judiciaire - envisagée à présent par l'Irlande pour les affaires ressortissant au droit de la famille (paragraphe 11 ci-dessus) - en constitue un, mais il y en a d'autres, par exemple une simplification de la procédure. Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 § 1 (...) **l'article 6 § 1 peut parfois astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause** »⁵⁹⁶. Comme l'énonce la Cour, l'absence d'assistance judiciaire ne conduit pas toujours au constat de violation, le droit d'accès au juge n'étant pas absolu et la liberté de l'Etat dépendant « des circonstances particulières

⁵⁹¹ V. par exemple : Cour EDH, 15 février 2000, *Garcia Manibardo c. Espagne*, req. n° 38695/97, § 36.

⁵⁹² Cour EDH, 15 janvier 2009, *Guillard c. France*, AJDA 2009, p. 71.

⁵⁹³ Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni* ; Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie n° 1* et *n° 2*, AJDA 2003, p. 607, chron. J.-F. FLAUSS.

⁵⁹⁴ J.-F. FLAUSS, chron. sous Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie n° 1* et *n° 2*, AJDA 2003, p. 607.

⁵⁹⁵ Cour EDH, 16 novembre 2006, *Tsalkitis c. Grèce*, AJDA 2007, p. 904, chron. J.-F. FLAUSS.

⁵⁹⁶ Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*, série A, n° 32, § 26 (à propos de l'absence d'une assistance judiciaire dans une instance civile en séparation de corps : violation).

de l'espèce »⁵⁹⁷. Ce sont encore ces circonstances qui, en matière de motivation des décisions de justice⁵⁹⁸, modulent la marge nationale d'appréciation.

- Le droit à un recours effectif

La marge nationale d'appréciation trouve également application en matière de droit à un recours effectif. S'agissant, par exemple, du droit à un recours effectif pour se plaindre du délai excessif d'une procédure juridictionnelle⁵⁹⁹, la Cour laisse à l'Etat une marge d'appréciation pour créer un tel recours. Elle propose une alternative à l'Etat : soit ce dernier met en place un recours indemnitaire, un recours en réparation du préjudice subi par le requérant du fait du délai déraisonnable de jugement, soit il met en place un recours préventif destiné à accélérer une procédure en cours. Mais la marge nationale d'appréciation n'est pas si courte et ne se réduit pas à cette simple alternative. Elle est plus grande, ce qui peut paraître paradoxal puisque la Cour n'a pas accordé sa préférence à la seconde option⁶⁰⁰, lorsqu'il s'agit d'organiser un recours indemnitaire, en réparation de la violation du droit à un délai raisonnable.

L'arrêt *Scordino contre Italie* du 29 mars 2006 définit clairement le jeu de la marge nationale d'appréciation ici : « *La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler dans l'arrêt Kudla (précité, §§ 154-155) que, dans le respect des exigences de la Convention, les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la façon de garantir aux individus le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention. (...) Lorsqu'un Etat a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays* »⁶⁰¹.

Le jeu de la marge nationale d'appréciation est fluctuant selon la garantie du procès concernée. Si elle reste globalement réduite en matière de procès équitable, elle joue un rôle certain dans la mise en œuvre de certaines garanties. Dans d'autres garanties, il appert qu'une place moindre est laissée à une telle marge d'appréciation. Tel est le cas pour la garantie d'impartialité puisque la Cour européenne des droits de l'homme⁶⁰² semble considérer que lorsqu'il s'agit de « *l'autorité et (de) l'impartialité du pouvoir judiciaire* », le pouvoir national d'appréciation est réduit et le contrôle européen, à l'inverse, plus étendu.

d) Les mécanismes de renonciation à un droit procédural

On peut considérer que le respect pur et simple d'une garantie procédurale, telle qu'elle est interprétée par la Cour, impose au juge national de modifier ses pratiques et méthodes de travail

⁵⁹⁷ Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni*, § 97 (pour ce qui concerne l'impossibilité de bénéficier de l'aide judiciaire pour engager une procédure en diffamation concernant la déclaration de presse faite par un député et non protégée par l'immunité). Nous soulignons.

⁵⁹⁸ Cour EDH, 9 décembre 1994, *Ruiz-Torija c. Espagne*, série A, n° 303-A, § 29, cité *supra* ; *Hiro Balani c. Espagne*, série A, n° 303-B, § 27.

⁵⁹⁹ Ce droit a été consacré par un grand arrêt de la Cour : Cour EDH, Gr. ch., 26 septembre 2000, *Kudla c. Pologne*, RTDH 2002, p. 179, obs. J.-F. FLAUSS ; *GACEDH*, 2005, *op. cit.*, n° 37, p. 372 ; *JDI* 2001, p. 191, obs. P. TAVERNIER ; *AJDA* 2000, p. 1012, chron. J.-F. FLAUSS ; *RTD civ.* 2001, p. 442, chron. J.-P. MARGUENAUD.

⁶⁰⁰ La Cour considère que le recours préventif constitue « *le meilleur remède dans l'absolu* », « *la solution la plus efficace* ». Voir, à titre d'exemple : Cour EDH, Gr. ch., 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*, § 100.

⁶⁰¹ Cour EDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie* (n° 1), §§ 188-189 (violation de l'article 6 § 1 CEDH).

⁶⁰² Cour EDH, Cour plénière, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 55 et § 59.

afin de se conformer au standard conventionnel européen. Or, la Cour européenne des droits de l'homme reconnaît la possibilité pour le justiciable de renoncer à une garantie procédurale. Les Etats et les juges nationaux ont, du reste, mis en place des mécanismes de renonciation à telle ou telle garantie de l'article 6 CEDH.

A titre d'exemple, selon la Cour, il est possible de renoncer à la garantie de publicité des débats⁶⁰³, mais aussi, ce qui ne manquera pas de susciter l'étonnement, à la garantie d'impartialité. On peut trouver ici un lieu de convergence, sinon des cultures judiciaires internes et de la Cour européenne des droits de l'homme, du moins des jurisprudences nationales et européenne. La Cour européenne des droits de l'homme a reconnu la possibilité de renoncer à la garantie d'impartialité dans plusieurs arrêts, dont le premier est l'arrêt *Bulut contre Autriche* du 22 février 1996⁶⁰⁴. Les juridictions suprêmes de différents Etats ont également effectué la même démarche judiciaire⁶⁰⁵.

B. L'enrichissement du droit européen des droits de l'homme par les différentes traditions nationales

Le mécanisme européen de protection ne se cantonne pas à l'effet vertical d'eupéanisation des droits internes. La complexité du système européen et la composition "pluri-étatique" de la Cour européenne des droits de l'homme offre également l'occasion d'un enrichissement de la jurisprudence de la Cour par les différentes traditions nationales. Elle est enrichie par l'emprunt aux diverses cultures judiciaires nationales (1). Mais cet emprunt ne peut se faire au détriment du pluralisme du mécanisme européen de protection des droits de l'homme, c'est-à-dire uniquement en faveur d'une culture judiciaire (2).

1) L'emprunt aux différentes traditions nationales

Cet emprunt est réalisé de deux manières, d'une part, par l'interprétation consensuelle des dispositions de la Convention, et d'autre part, par la reprise par la Cour des techniques et raisonnements inhérents aux cultures judiciaires nationales.

a) l'interprétation consensuelle des dispositions de la CEDH

La Cour européenne des droits de l'homme recherche dans ce cadre un dénominateur commun entre les Etats contractants ou un traitement semblable d'une notion par les juges nationaux. Elle utilise la notion de « consensus au niveau européen », qui est un facteur déterminant dans l'appréciation de la marge nationale. Une cellule de droit comparé a été constituée au sein de la Cour afin de déterminer le traitement de certaines notions par les divers Etats contractants. Ce groupe de travail est utile lorsqu'une affaire exige une telle recherche.

⁶⁰³ Cour EDH, 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c. Suède*, §§ 66-67, série A, n° 171-A ; *RTDH* 1991, p. 491, note J.-F. FLAUSS.

⁶⁰⁴ Cour EDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*, *Justices* janvier-mars 1997, p. 206, obs. G. COHEN-JONATHAN et J.-F. FLAUSS ; *RTDH* 1996, p. 640, obs. P. MARTENS. Voir également les trois autres jurisprudences en la matière : Cour EDH, déc. 23 février 1999, *Suovaniemi et autres contre Finlande* ; Cour EDH, 8 février 2000, *McGonnell contre Royaume-Uni* ; Cour EDH, 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne, Administration publique trimestrielle* 2006, n° 1, p. 33, note J. V. COMPERNOLLE.

⁶⁰⁵ Hoge Raad (Cour de cassation des Pays-Bas), 24 octobre 1995 ; Tribunal fédéral suisse, 15 septembre 1997, *S.I. Ch. B. A. SA c. Canton de Vaud* ; Cour de cassation française, Ass. plén., 24 novembre 2000, *Mme Delpéch c. Soc. Delpéch et fils*, *Gaz. Pal.* 12-13 janvier 2001, p. 24 : arrêts cités par Philippe FRUMER, *La renonciation aux droits et libertés. La Convention européenne des droits de l'homme à l'épreuve de la volonté individuelle*, Bruxelles, Bruylant, 2001, p. 235. On peut rajouter, d'une part, un arrêt récent de la haute juridiction administrative française (CE, 25 mai 2007, *M. Courty* : légalité du décret du 1^{er} août 2006), et d'autre part, un arrêt de la Cour de cassation belge du 14 mars 1991 (C. Cass., 1^{ère} ch., 14 mars 1991, *B. c. Institut des réviseurs d'entreprises et procureur général près la cour d'appel de Liège, Pasirisie* 1991, I, p. 654).

Exemple 1 : en matière d'immunités parlementaires (accès à un tribunal), la Cour s'est référée « *aux limitations généralement admises par la Communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire* »⁶⁰⁶.

Exemple 2 : la Cour a examiné la notion « *d'accusations diffamatoires* », qui diffèrent d'Etat en Etat : « *cela résulterait de la marge d'appréciation à réserver aux autorités internes, mieux placées que le juge international pour déterminer quelles accusations il faut considérer comme diffamatoires car semblable évaluation dépendrait, à un certain degré, des conceptions et de la culture juridique nationales* »⁶⁰⁷.

b) La reprise par la Cour de techniques ou raisonnements relevant des traditions judiciaires nationales

La Cour européenne des droits de l'homme imite parfois certaines juridictions nationales en s'appropriant des méthodes d'interprétation ou des pratiques juridictionnelles appliquées dans les Etats membres. La référence au droit interne des Etats parties à la Convention n'est pas discutée⁶⁰⁸.

Exemple 1 : Le contrôle de proportionnalité pratiqué par la Cour, en matière de validations législatives par exemple, est avant tout une technique nationale pratiquée bien avant par les juridictions allemandes⁶⁰⁹ ou encore par le juge administratif français⁶¹⁰. Précisons, cependant, que s'il y a eu ici emprunt aux juges nationaux, le juge européen a dynamisé et renouvelé le contrôle de proportionnalité, technique qui a ensuite rejailli sur les juridictions nationales.

Exemple 2 : le principe de sécurité juridique, né du droit allemand, a envahi les Etats européens et les deux Cours européennes (Cour EDH et CJCE). La Cour applique notamment le principe de sécurité juridique en matière de procès équitable lorsque le législateur ou une autre autorité porte atteinte au cours de la justice⁶¹¹ ou à une décision devenue définitive⁶¹². Là encore, la Cour a redéfini l'application du principe de sécurité juridique et a, à son tour, influencé l'application qui en est faite par les juges nationaux. En matière de lois de validation, par exemple, sous l'influence de la Cour européenne des droits de l'homme⁶¹³, les juridictions françaises pratiquent un contrôle de proportionnalité d'une même intensité sur ces lois⁶¹⁴. Un exemple récent de l'utilisation de la notion de principe de sécurité juridique en matière d'accès à un tribunal est donné avec l'arrêt *Kemp et autre contre Luxembourg* du 24 avril 2008⁶¹⁵.

⁶⁰⁶ Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni*, § 83.

⁶⁰⁷ Cour EDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, § 56 (violation de l'art. 10 CEDH).

⁶⁰⁸ W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « La référence au droit interne des Etats contractants dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RIDC* 1980, pp. 317-335.

⁶⁰⁹ Voir sur ce point : C. GREWE, « Les influences du droit allemand des droits fondamentaux sur le droit français : le rôle médiateur de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *RUDH* 2004, pp. 26-32.

⁶¹⁰ CE, 19 mai 1933, *Benjamin*, *Rec.* p. 541 ; *GAJA*, 2005, n° 47, p. 289.

⁶¹¹ Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*, *RTD civ.* 2000, p. 436, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *RTDH* 2000, p. 796, obs. E. MELLA ; *RFDA* 2000, p. 1254, note S. BOLLE.

⁶¹² Cour EDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*, *JCP G* 2000, I 203, obs. F. SUDRE.

⁶¹³ Arrêt *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France* préc..

⁶¹⁴ Cass. soc., 24 avril 2001, *Etre enfant au Chesnay contre Terki*, *Droit social* 2001, p. 583, ccl. S. KEHRIG ; *D.* 2001, Jur., p. 1591 ; CE, 23 juin 2004, *Société Laboratoires Genevrier*, *Rec.* p. 256 ; *RDSS* 2004, p. 914, note J. PEIGNE ; *RFDA* 2004, p. 861, note P. TERNEYRE.

⁶¹⁵ Cour EDH, 24 avril 2008, § 47 : « *le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir la substance de son litige tranchée par la juridiction compétente* ».

Mieux encore, la Cour s'attache à respecter elle-même le principe de sécurité juridique, comme le démontre l'arrêt *Mamatkulov et Abdurasulovic* : « Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans l'intérêt de la sécurité juridique et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses propres précédents »⁶¹⁶.

Exemple 3 : la technique de la « *cross-examination* » (interrogation croisée des témoins et victimes), empruntée à la *common law*, est pratiquée par la Cour dans ses audiences⁶¹⁷.

2) L'écueil de l'emprunt excessif à la culture judiciaire de *common law*

La négation du pluralisme constitue en quelque sorte un frein, voire un obstacle, à la formation d'une culture judiciaire commune dans le contexte de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme. La culture judiciaire commune n'est concevable en droit européen des droits de l'homme que si elle est pluraliste. Elle ne peut être le fruit que d'une « *cross-fertilization* » entre culture judiciaire de *common law* et culture judiciaire de droit continental.

Or, la Cour a parfois tendance à beaucoup emprunter à la culture judiciaire de *common law* :

Exemple 1 : la théorie des apparences. S'appuyant sur l'adage « *Justice must not only be done, it must also be seen to be done* »⁶¹⁸, la théorie a été très critiquée par les opinions dissidentes des juges à la Cour : elle ne respecterait pas les « *traditions juridiques nationales* »⁶¹⁹, et aboutirait dans l'affaire *Kress* à « *égratigner* »⁶²⁰ l'institution du commissaire du gouvernement, voire à la « *blesser* »⁶²¹. Le juge MARTENS en appelait à « *témoigner une certaine retenue quand les dispositions procédurales nationales sont en jeu* »⁶²². Certains y voient là une « *absurdité conceptuelle* »⁶²³ et une américanisation de notre culture judiciaire⁶²⁴.

Les juridictions nationales ont-elles procédé à la « *greffe juridique* »⁶²⁵ de la théorie des apparences en droit processuel français ? On peut répondre à cette question par l'affirmative si l'on s'en tient aux nouvelles règles excluant le Ministère public du délibéré des formations de jugement précédemment visées, ainsi qu'aux récents arrêts du Conseil d'Etat sur le cumul des fonctions consultatives et

⁶¹⁶ Cour EDH, 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*, § 105. Voir aussi : Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*, § 70.

⁶¹⁷ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p. 104.

⁶¹⁸ Phrase d'un Lord anglais reprise par la Cour : Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*, série A, n° 11, § 31.

⁶¹⁹ Opinion partiellement dissidente commune de sept juges à la Cour jointe à l'arrêt *Kress c. France* du 7 juin 2001, point 13.

⁶²⁰ *Idem*, point 9.

⁶²¹ Opinion en partie dissidente commune des juges COSTA, CAFLISH et JUNGWIERT jointe à l'arrêt de la Cour EDH, Gr. ch., 12 avril 2006, *Martinie c. France*, point 14.

⁶²² Op. diss. du juge MARTENS jointe à l'arrêt *Borgers c. Belgique* (Cour EDH, 30 octobre 1991), point IV.

⁶²³ J.-F. BURGELIN, « La paille et la poutre », *D.* 2004, p. 1251.

⁶²⁴ J.-F. BURGELIN, « La paille et la poutre », *D.* 2004, p. 1252 : « *L'Europe des droits de l'homme n'est qu'un bastion avancé de l'influence américaine dont la culture judiciaire est en train d'inonder le monde entier* ».

⁶²⁵ Sur ce terme, voir A.-J. ARNAUD, « Greffe juridique », in *Dictionnaire encyclopédique de théorie et de sociologie du droit*, A.-J. ARNAUD (dir.), Paris, LGDJ, 2^e éd., 1993, p. 273.

juridictionnelles⁶²⁶. On peut aussi citer la récente réforme de 2008 concernant les attributions consultatives et contentieuses du Conseil d'Etat⁶²⁷.

Exemple 2 : la « *cross-examination* ». Trouvant son origine dans la procédure contradictoire de *common law* et pratiqué par la Cour européenne des droits de l'homme, la technique de « *cross-examination* » est aujourd'hui intégrée dans les réformes entreprises dans les systèmes de droit romano-germanique : ainsi le nouveau Code de procédure pénale italien de 1989 a prévu un système d'administration de preuves orales « *selon le système anglais de la "cross examination"* », comme l'énonce lui-même le Gouvernement italien fournissant des informations au Comité des ministres surveillant l'exécution de l'arrêt *Alimena contre Italie* du 19 février 1991⁶²⁸.

Exemple 3 : l'article 6 lui-même serait souvent présenté en France comme un « *produit dérivé du common law* » car inspiré de la notion de « *Natural justice* »⁶²⁹.

Toutefois, certains relativisent l'emprunt excessif au *common law* et évoquent un « *rapprochement entre les deux traditions juridiques grâce à l'impact fondamental de l'émergence d'une idéologie des droits de l'homme, appuyée sur la Convention européenne des droits de l'homme et la jurisprudence activiste de la Cour de Strasbourg* »⁶³⁰.

III. Les outils de l'échange entre juges internes et juge européen des droits de l'homme

Les outils sont institutionnels (A) ou purement prétoriens (B).

A. Les outils institutionnels

Ils sont au nombre de trois, même si le premier d'entre eux est à relativiser.

1) La composition de la Cour européenne des droits de l'homme

Les juges à la Cour émanent des Etats membres du Conseil de l'Europe et sont, à ce titre, avant tout défenseurs de leurs cultures juridique et judiciaire nationales⁶³¹. Or, la structure de la Cour est une richesse qui permet un certain métissage des traditions judiciaires des Etats membres.

Cependant, il existe des problèmes de compréhension entre ces juges de tradition différente : le juge Pierre-Henri TEITGEN, cité par André-Jean ARNAUD, a précisé dans un entretien accordé à l'auteur, le 13 décembre 1988, que le « *juge anglais était totalement à part, et pratiquement isolé dans toutes les*

⁶²⁶ CE, Ass., 23 février 2000, *Société Labor Metal et autres*, Rec. p. 83, ccl. A. SEBAN ; CE, Sect., 6 octobre 2000, *Soc. Habib Bank Limited*, Rec. p. 433 ; JCP G 2001, II 10459, ccl. F. LAMY ; CE, Ass., 4 juillet 2003, *Dubreuil*, RFDA 2003, p. 713, ccl. M. GUYOMAR.

⁶²⁷ Décret n° 2008-225 du 6 mars 2008 relatif à l'organisation et au fonctionnement du Conseil d'Etat, JORF 7 mars 2008, p. 4244.

⁶²⁸ Annexe à la Résolution DH(92)29 du Comité des ministres du 15 juin 1992 relative à l'arrêt *Alimena c. Italie*.

⁶²⁹ B. STIRN, D. FAIRGRIEVE et M. GUYOMAR, *Droits et libertés fondamentaux en France et au Royaume-Uni*, Paris, Odile Jacob, 2006, p. 259.

⁶³⁰ D. FAIRGRIEVE et H. MUIR WATT, *Common law et tradition civiliste : convergence ou concurrence ?*, Paris, PUF, 2006, p. 7.

⁶³¹ Comme l'a énoncé le juge MARTENS dans son opinion dissidente jointe à l'arrêt *Borgers c. Belgique* (Cour EDH, 30 octobre 1991), « *la Cour se trouve doublement confrontée avec divers systèmes de procédure : ses membres sont issus de traditions procédurales différentes, et celles de l'Etat défendeur rejaillissent sur les questions se posant au regard de l'article 6 § 1. Ceux à qui une institution donnée est complètement étrangère peuvent être plus facilement enclins à la juger incompatible avec les exigences d'un "procès équitable" que ceux à qui elle est familière* » (op. diss., point 4.5).

affaires. Cette observation est importante... alors qu'il s'agissait d'un homme d'une compétence et d'une rigueur intellectuelle exceptionnelles. Pourquoi a-t-il toujours émis une opinion différente ? Pour une question qui pose des problèmes pour l'avenir de l'Europe : il n'y a de Droit que la Common Law. (...) Dès lors, selon cette conception du Droit, ce juge anglais... ne pouvait supporter de donner à la Convention une interprétation exhaustive»⁶³². L'auteur décrit un « particularisme anglais »⁶³³, notamment à travers l'opinion dissidente du juge FITZMAURICE jointe à l'arrêt *Golder*, réclamant par exemple une interprétation plus « authentique »⁶³⁴ de la Convention. Reste à déterminer si le particularisme anglais ainsi peint caractérise l'attitude de tous les juges anglais successifs ou ne résulte pas plutôt d'un comportement personnel de certains d'entre eux.

Ces problèmes de compréhension entre juges de tradition judiciaire différente, inhérents aux « racines nationales »⁶³⁵ de ces derniers, sont encore démontrés lorsque l'un des juges à la Cour rejette l'idée d'intégrer dans le droit jurisprudentiel européen et dans le droit d'un autre Etat un système émanant d'une autre tradition judiciaire. Il est permis de citer l'exemple de l'opinion partiellement dissidente du juge CASADEVALL, jointe à l'arrêt *Pereira Henriques contre Luxembourg* de 2006 : « ... au-delà de mon souhait de ne pas voir importer la philosophie du système britannique des immunités, que ce soit sous la forme d'exonération de responsabilité ou d'immunité de poursuite, **propre à la common law (que je me dois de respecter)**, pour qu'elle soit ensuite interpolée ou interposée dans les principes généraux sur la responsabilité civile ancrés de longue date dans la culture juridique du droit continental, j'estime, contrairement à la majorité, que l'espèce »⁶³⁶ se distinguait de l'affaire *Roche contre Royaume-Uni*⁶³⁷.

2) La force obligatoire des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme

En sus de la cohérence et de l'unanimité, conditions premières de l'efficacité des arrêts européens, l'échange jurisprudentiel entre juge européen des droits de l'homme et juges nationaux est rendu possible par la force obligatoire des arrêts de la Cour. Les autorités nationales (Parlement, Gouvernement, juridictions) sont tenues de tirer les conséquences des arrêts européens⁶³⁸, afin de respecter l'obligation de non-répétition de l'illicite constaté par la Cour européenne des droits de l'homme. L'obligation est d'autant plus respectée que le Comité des ministres exerce un contrôle rigoureux sur l'exécution des arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme qui lui sont transmis en vertu de l'article 46 alinéa 2 CEDH, en rendant par exemple des résolutions intérimaires sanctionnant l'exécution inadéquate ou le défaut d'exécution d'un arrêt par un Etat condamné. On a pu observer les réformes adoptées par les Etats condamnés sur les griefs de la motivation, de l'impartialité issue du cumul de fonctions judiciaires et d'aide juridictionnelle.

⁶³² A.-J. ARNAUD, *Pour une pensée juridique européenne*, Paris, PUF, 1991, p. 263.

⁶³³ *Idem*.

⁶³⁴ Opinion séparée du juge G. FITZMAURICE jointe à l'arrêt *Golder c. Royaume-Uni* du 21 février 1975, point 2.

⁶³⁵ Selon les termes de M.-A. EISSEN, « L'interaction des jurisprudences constitutionnelles nationales et de la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in *Conseil constitutionnel et Cour européenne des droits de l'homme*, D. Rousseau et F. Sudre (dir.), Paris, STH, 1990, p. 137.

⁶³⁶ Opinion partiellement dissidente du juge CASADEVALL jointe à l'arrêt *Pereira Henriques c. Luxembourg* du 9 mai 2006, point 2 (nous soulignons).

⁶³⁷ Cour EDH, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni* (immunité de juridiction de la Couronne portant atteinte au droit d'accès à un tribunal).

⁶³⁸ L'article 46 CEDH prévoit que : « Les Hautes Parties contractantes s'engagent à se conformer aux arrêts définitifs de la Cour dans les litiges auxquels elles sont parties ». Il en découle pour l'Etat une obligation de résultat dans prise en compte des arrêts européens, sachant que celui-ci dispose du libre choix des moyens pour exécuter l'arrêt. L'arrêt a donc force obligatoire, mais non force exécutoire.

Le « dialogue des juges » est notamment permis par la doctrine de l'effet direct des arrêts de la Cour, effet reconnu implicitement ou explicitement par les décisions des juridictions nationales qui adoptent le même raisonnement de la Cour dans les affaires similaires postérieures dont elles sont saisies. Les exemples sont légions. Citons en quelques-uns :

Exemple 1 : en matière de comparution personnelle de l'accusé, la chambre criminelle de la Cour de cassation des Pays-Bas⁶³⁹ s'est purement et simplement fondée sur la jurisprudence européenne *Lala contre Pays-Bas*⁶⁴⁰ et *Pelladoah contre Pays-Bas*⁶⁴¹ pour opérer un revirement de jurisprudence et changer son interprétation de la Convention.

Exemple 2 : en matière de motivation des décisions de justice, la Cour de cassation grecque réunie en formation plénière⁶⁴² a fait sienne la jurisprudence de la Cour rendue dans l'affaire *Anastassios Georgiadis contre Grèce*⁶⁴³ et les nombreuses autres affaires similaires, en se fondant sur l'obligation de motivation prévue par le nouvel article 93 alinéa 3 de la Constitution issu de la révision constitutionnelle d'avril 2001.

3) Le renfort de la *soft law* du Conseil de l'Europe

L'objectif des recommandations et résolutions du Comité des ministres du Conseil de l'Europe est d'harmoniser les systèmes juridiques autour du standard de la Convention sur telle ou telle question revêtant une importance particulière. Il existe un véritable corps de règles incitatives et recommandatoires, qui sont de plus en plus appliquées par la Cour. Les textes pertinents adressés aux Etats membres par le Comité des ministres intéressant la matière processuelle sont les suivantes.

a) L'exécution des décisions de justice

- Recommandation (2003)17 du 9 septembre 2003 en matière d'exécution des décisions de justice ;

- Recommandation (2003)16 du 9 septembre 2003 sur l'exécution des décisions administratives et juridictionnelles dans le domaine du droit administratif ;

- Recommandation n° R(99)7 du 23 février 1999 sur l'application de la Convention européenne sur la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière de garde des enfants et de rétablissement de la garde des enfants.

b) L'aide juridictionnelle

- Résolution (76)5 du 18 février 1976 concernant l'assistance judiciaire en matière civile, commerciale et administrative ;

- Résolution (78)8 du 2 mars 1978 sur l'assistance judiciaire et la consultation juridique ;

- Recommandation (81)7 du 14 mai 1981 sur les moyens de faciliter l'accès à la justice ;

⁶³⁹ Hoge Raad, ch. crim., 6 décembre 1994, *Roby Dennis Ong-A-Fat*, n° 98-306 ; 13 décembre 1994, *Abdorsa El Mernikh*, n° 98-354 ; 10 janvier 1995, *Mardoyi Andrada Lara et Fokke Johannes Stoker*, n° 98-547 et n° 98-642 (deux espèces). Voir l'annexe de la Résolution DH(95)241 du Comité des ministres du 19 octobre 1995, aff. *Pelladoah c. Pays-Bas*.

⁶⁴⁰ Cour EDH, 22 novembre 1994, *Lala c. Pays-Bas*, série A, n° 297-A.

⁶⁴¹ Cour EDH, 22 novembre 1994, *Pelladoah c. Pays-Bas*, série A, n° 297-B.

⁶⁴² Cour de cassation de Grèce, chambre plénière, arrêt n° 7/2005 ; Cour de cassation grecque, arrêt n° 629/2005. V. Annexe de la résolution DH(2007)104 du Comité des ministres du 20 juin 2007, relative à l'arrêt *Papageorgiou c. Grèce et douze autres arrêts c. Grèce*.

⁶⁴³ Cour EDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*.

- Recommandation (93)1 du 8 janvier 1993 relative à l'accès effectif au droit et à la justice des personnes en situation de grande pauvreté.

c) Le droit à un recours effectif

- Recommandation (95)5 du 7 février 1995 sur l'instauration de systèmes et procédures de recours en matière civile et commerciale et sur l'amélioration de leur fonctionnement ;

- Recommandation (98)13 du 18 septembre 1998 sur le droit de recours effectif des demandeurs d'asile déboutés à l'encontre des décisions d'expulsion dans le contexte de l'article 3 de la Convention européenne des droits de l'homme ;

- Recommandation (2004)6 du 12 mai 2004 sur l'amélioration des recours internes.

d) Les autres domaines du procès équitable

- Recommandation (84)5 du 28 février 1984 sur les principes de procédure civile propres à améliorer le fonctionnement de la justice ;

- Recommandation (87)18 du 17 septembre 1987 concernant la simplification de la justice pénale ;

- Recommandation (94)12 du 13 octobre 1994 sur l'indépendance, l'efficacité et le rôle des juges ;

- Recommandation (2000)19 du 6 octobre 2000 sur le rôle du ministère public dans le système de justice pénale.

Il existe une étude des institutions du Conseil de l'Europe sur le suivi de ces instruments de *soft law*. Par ailleurs, l'utilité du droit recommandatoire et du droit résolutoire est réelle car la Cour européenne des droits de l'homme cite régulièrement ces textes dans sa jurisprudence.

B. Les outils prétoriens de l'échange jurisprudentiel

La cour européenne des droits de l'homme a créé deux outils qui tendent à faciliter une interprétation identique des principes du procès équitable par les juges de la Convention. D'une part, elle a développé une interprétation autonome de certaines notions inscrites à l'article 6 § 1 CEDH (1). D'autre part, elle utilise la technique de la marge nationale d'appréciation, conférant à l'Etat une certaine liberté dans l'interprétation des garanties conventionnelles (2) ⁶⁴⁴.

1) L'interprétation autonome de certaines notions inscrites à l'article 6 § 1 CEDH

La Cour confère, par la technique de l'interprétation autonome, un sens unique à une disposition ou notion conventionnelle, qui échappera ensuite à toute tentative de qualification nationale⁶⁴⁵.

Il en va ainsi des notions de « *matière pénale* » et de « *droits et obligations de caractère civil* » qui constituent les clés d'accès aux garanties de l'article 6 CEDH, même si elles ne sont utiles que pour déterminer l'applicabilité de l'article 6 de la Convention. Une fois que, par le truchement de ces concepts, l'applicabilité de l'article est acquise, l'ensemble des règles du procès équitable doit être respecté. Le caractère autonome de ces notions en fait aussi des notions « élastiques », très évolutives dans leur

⁶⁴⁴ Voir sur ces deux techniques l'étude complète de E. KASTANAS, *Unité et diversité : notions autonomes et marge d'appréciation des Etats dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'Homme*, Bruxelles, Bruylant, 1996. De même : W.J. GANSHOF VAN DER MEERSCH, « Le 'caractère autonome' des termes et la 'marge d'appréciation' des Gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme », in *Mélanges Wiarda, Protection des droits de l'homme : la dimension européenne*, Berlin, Carl Heymanns Verlag, 1988, pp. 201-220.

⁶⁴⁵ Voir, *inter alia* : F. SUDRE, « Le recours aux notions autonomes », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 95-131 ; F. MATSCHER, « Les contraintes de l'interprétation juridictionnelle. Les méthodes d'interprétation de la Cour européenne », in *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme*, F. Sudre (dir.), Bruxelles, Nemesis, Bruylant, 1998, pp. 15-40, spéc. pp. 25-30.

contenu car animées par l'interprétation finaliste de l'article 6. D'aucuns critiquent « l'effet de contagion », l'aspect absorbant de ces deux notions qui font entrer un grand nombre de contentieux aujourd'hui dans le cadre de cette disposition. Comme le fait remarquer le Président COSTA, pour un juriste de *common law*, ces notions recouvrent un champ d'application pratiquement illimité⁶⁴⁶.

La publicité de la procédure est considérée en pratique comme « la porte d'entrée » des garanties du procès équitable dans des contentieux où, jusqu'alors, ces garanties n'avaient pas de place : contentieux devant les juridictions sociales, contentieux devant les juridictions disciplinaires, contentieux devant les autorités administratives indépendantes, *etc...*

Une autre notion autonome importante incluse dans l'article 6 CEDH est celle de « tribunal », jouissant elle aussi d'une définition européenne⁶⁴⁷, ce qui a causé un bouleversement profond dans les droits ne prévoyant pas toutes les garanties de procédure dans certains contentieux.

2) La technique prétorienne de la marge nationale d'appréciation

La marge nationale d'appréciation est une « notion fluide »⁶⁴⁸ qui, selon le domaine sera ou non d'une grande étendue. Lorsque la marge d'appréciation de l'Etat est très importante, l'intervention de la Cour dans les systèmes juridiques nationaux et dans la culture juridique nationale est nécessairement moindre. A l'inverse, lorsqu'elle est réduite, la Cour s'investit plus et impose à l'Etat une interprétation conventionnelle susceptible alors de remettre en cause son système juridique, parfois un élément caractéristique de sa culture judiciaire. La marge nationale d'appréciation sera plus ou moins réduite s'il existe, sur un point de droit, un consensus parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, la présence ou l'absence de dénominateur commun aux systèmes juridiques des Etats constituant, selon les propres termes de la Cour⁶⁴⁹, un « facteur important » dans la détermination de cette marge. La jurisprudence de la Cour peut se heurter aux systèmes juridiques étatiques, aux « traditions juridiques »⁶⁵⁰, aux « cultures juridiques nationales »⁶⁵¹, aux « particularités nationales »⁶⁵².

La marge nationale d'appréciation garantit que la culture judiciaire commune naissante ne supplantera pas les différentes cultures judiciaires nationales car elle permet la formation d'une

⁶⁴⁶ J.-P. COSTA, « Concepts juridiques dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme : de l'influence de différentes traditions nationales », *RTDH* 2004, p. 102.

⁶⁴⁷ Citons notamment les arrêts suivants : Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*, série A, n° 80 ; Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*, série A, n° 84.

⁶⁴⁸ L. SERMET, « Le contrôle de la proportionnalité dans la Convention européenne des droits de l'homme. Présentation générale », intervention au colloque du CRJ de l'Université de La Réunion des 4 et 5 juin 2007 portant sur les figures du contrôle de proportionnalité en droit français, Actes à paraître, 2009.

⁶⁴⁹ Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*, série A, n° 30, § 59 ; Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*, série A, n° 87, § 40.

⁶⁵⁰ Cour EDH, 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*, § 65 : « l'absence de pareille démarche commune entre les 43 Etats contractants n'est guère surprenante, eu égard à la diversité des systèmes et traditions juridiques » (à propos de la non reconnaissance juridique de la nouvelle identité sexuelle d'un transsexuel opéré : art. 8 CEDH).

⁶⁵¹ Cour EDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*, série A, n° 204, § 56 : « cela résulterait de la marge d'appréciation à réserver aux autorités internes, mieux placées que le juge international pour déterminer quelles accusations il faut considérer comme diffamatoires car semblable évaluation dépendrait, à un certain degré, des conceptions et de la culture juridique nationales » (art. 10 CEDH).

⁶⁵² Opinion dissidente de J.-Cl. SOYER, jointe au rapport de la Commission EDH, 7 mars 1996, *Kostas Gítonas, Dimitris Paleothodoros et Nicolas Sifounakis c. Grèce* : « Parmi les Etats membres du Conseil de l'Europe, le système électoral connaît tant de modèles et de variations liées aux particularités nationales, que l'on ne peut refuser aux Etats, en cette matière, la marge d'appréciation la plus large » (art. 3 Pr. 1).

culture judiciaire commune pluraliste née de l'harmonisation. La notion de marge nationale d'appréciation préserve l'écart existant entre les diverses cultures judiciaires nationales et une culture judiciaire commune issue de l'unification. L'autonomie procédurale des Etats membres est ainsi préservée.

S'opposant à « *l'appréciation discrétionnaire des Etats* »⁶⁵³, elle « *permet donc certains écarts dans les limites de compatibilité fixées par la Cour* »⁶⁵⁴. Le recours à la notion « *évite la disparition des spécificités juridiques nationales* »⁶⁵⁵. Mireille DELMAS-MARTY la qualifie encore de « *droit à la différence pour chaque Etat : chacun pouvant marquer sa différence dans l'interprétation qu'il donne de tel ou tel principe* ». ⁶⁵⁶

La contrepartie de cette marge est le contrôle européen exercé par la Cour.

Tous ces éléments tendent à démontrer l'édification naissante d'une culture judiciaire commune au sein du Conseil de l'Europe, sous l'angle des principes communs du procès équitable. Dans le respect de la marge d'appréciation des Etats, qui a tendance à se réduire considérablement, la Cour a développé une interprétation extensive et dynamique de l'article 6 de la Convention qui a abouti à une « modélisation » des procès civil, pénal et administratif. Cependant, la convergence autour de principes communs du procès ne peut heurter démesurément ce que l'on pourrait appeler le principe de « *relativité culturelle* »⁶⁵⁷ dont peuvent se prévaloir les Etats, tous porteurs d'une culture judiciaire propre.

⁶⁵³ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, éditions du Seuil, 1994, p. 111.

⁶⁵⁴ *Id.*, p. 162.

⁶⁵⁵ M. DELMAS-MARTY, *Pour un droit commun*, Paris, éditions du Seuil, 1994, p. 253.

⁶⁵⁶ M. DELMAS-MARTY, *Vers un droit commun de l'humanité*, Paris, Les éditions Textuel, 1996, p. 93.

⁶⁵⁷ O. HÖFFE, « Les principes universels du droit et la relativité culturelle », *Cahiers de philosophie politique et juridique*, Caen, 1992, n° 21, pp. 135-149.

- Annexe 4 -

La recherche de cohérence : la Convention européenne des droits de l'homme dans le jeu des mécanismes de reconnaissance mutuelle

Laurent BENOITON

Doctorant au centre de recherche juridique (Université de La Réunion)

À paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

Issu de la libre circulation des décisions de justice, le mécanisme de la reconnaissance mutuelle repose sur la confiance mutuelle des Etats membres dans leur système judiciaire. Plusieurs textes communautaires mettent en place un tel mécanisme, applicable dans l'espace judiciaire européen. Il n'empêche que, si l'on s'en tient au nombre considérable d'arrêts de violation rendus par la Cour européenne des droits de l'homme chaque année, dont une grande majorité concerne le droit au procès équitable, il est permis de s'interroger sur l'efficacité des systèmes judiciaires des Etats membres de l'Union Européenne, qui ne sont pas non plus épargnés par ladite Cour. Ainsi en matière de procédure d'insolvabilité, les constats de violation de la Cour européenne des droits de l'homme ne manquent pas⁶⁵⁸.

La CEDH peut interférer dans le jeu de la reconnaissance mutuelle des décisions de justice. Le sujet appelle du reste ici une précision liminaire : n'est bien évidemment pas concernée l'hypothèse dans laquelle serait soulevée une contradiction entre la CEDH et la Convention de Bruxelles dans ses dispositions relatives à l'exécution de la décision étrangère, et non à la reconnaissance de celle-ci. L'on sait par exemple que la question a été posée au juge civil français, de la conformité à l'article 6 de la CEDH du droit national instituant une procédure d'*exequatur* non contradictoire du moins dans sa première phase (la phase unilatérale), conformément à l'article 34 de la Convention⁶⁵⁹. Dans un arrêt du 6 mars 2007, la Première chambre civile de la Cour de cassation avait alors décidé qu'une telle procédure ne violait pas la Convention, dès lors que l'exercice des voies de recours accordait à la partie les garanties du procès équitable, notamment celle de la contradiction à l'article 37 de la Convention de Bruxelles : « *Le recours* (de la partie contre laquelle l'exécution est demandée) *est porté selon les règles de la procédure contradictoire* ». L'hypothèse qui nous concerne ici est celle dans laquelle la libre circulation des décisions de justice se heurterait aux règles du procès équitable définies par l'article 6 de la CEDH, par exemple, lorsque le jeu du mécanisme de reconnaissance mutuelle permettrait ou faciliterait l'exécution d'une décision étrangère prise à la suite d'une procédure n'ayant pas respecté le droit à un procès équitable. Est donc visé le problème de la diffusion dans l'espace judiciaire européen d'une décision rendue dans tel ou tel Etat membre en

⁶⁵⁸ Cour EDH, 24 novembre 2005, *Capital Bank AD contre Bulgarie*, req. n° 49429/99 ; Cour EDH, 27 avril 2004, *Kansal contre Royaume-Uni*, req. n° 21413/02 ; Cour EDH, 20 avril 2004, *Bulena contre République tchèque*, req. n° 57567/00 ; Cour EDH, 16 septembre 2003, *Stockholms Forsakrings- Och Skadesåndsjuridik AB contre Suède*, req. n° 38993/97.

⁶⁵⁹ « *La juridiction saisie statue à bref délai sans que la partie contre laquelle l'exécution est demandée puisse, en cet état de la procédure, présenter d'observation* ».

méconnaissance des garanties du procès équitable et/ou d'autres droits garantis par la CEDH. Dans certains cas, il importe de faire échec à la reconnaissance mutuelle.

On se trouve ici au cœur de la problématique de l'enchevêtrement des espaces normatifs. Les sources de droit communautaire et de droit européen des droits de l'homme peuvent se croiser lorsqu'elles posent des obligations contradictoires pour les Etats : d'un côté, le respect des droits fondamentaux du procès ; de l'autre, l'exécution des décisions provenant des Etats membres et soumise à l'application des règles de reconnaissance mutuelle. La recherche de cohérence s'impose, le risque de conflit entre ces sources de droit étant encouru.

Mais, *prima facie*, le souci de la recherche de cohérence entre les mécanismes communautaires de reconnaissance mutuelle et la Convention EDH ne devrait pas se poser. Les mécanismes de reconnaissance mutuelle paraît, dans une certaine mesure, protéger les garanties de la Convention :

- un premier élément de cohérence entre les deux sources réside dans le fait que la CEDH protège le droit à l'exécution des décisions de justice, qui fait partie du droit au procès équitable depuis l'arrêt de principe *Hornsby c. Grèce* de 1997⁶⁶⁰. Les justiciables devraient pouvoir obtenir la reconnaissance et l'exécution d'une décision de justice qui lui est favorable dans n'importe quel Etat faisant partie de l'espace judiciaire européen. Or, le principe de reconnaissance mutuelle est un mécanisme facilitant l'exécution des décisions de justice nécessitant l'intervention d'un Etat membre de l'Union européenne.

- un deuxième élément de cohérence entre les deux sources est relatif à l'accès au juge protégé par l'article 6 § 1 CEDH et qui fait partie intégrante du droit au tribunal⁶⁶¹. Or, les justiciables devraient avoir accès, dans l'espace judiciaire européen, aux autorités de n'importe quel Etat membre pour obtenir justice. L'accès au juge est par ailleurs considéré par le juge communautaire comme un principe général du droit communautaire⁶⁶².

- un troisième élément de cohérence entre les deux sources peut encore être référencé : le droit au délai raisonnable du procès. Les mécanismes de reconnaissance mutuelle des décisions de justice permettent d'une certaine façon le respect de la garantie de célérité du procès, l'un des principes directeurs du procès⁶⁶³. Cependant, l'on sait que la règle du délai raisonnable du procès n'autorise pas tout et assurer son respect ne peut se faire au détriment du respect des autres garanties du procès.

⁶⁶⁰ Cour EDH, 19 mars 1997, *Hornsby c. Grèce*, *GACEDH*, 2005, n° 31, p. 322 ; *Rec.* 1997-I-495 ; *AJDA* 1997, p. 986, obs. J.-F. FLAUSS ; *RFDA* 1998, p. 1195, obs. H. LABAYLE et F. SUDRE ; *AFDI* 1997, p. 571, obs. V. COUSSIRAT-COUSTERE ; *JCP G* 1997, II 22949, obs. O. DUGRIP et F. SUDRE ; *D.* 1998, p. 74, note N. FRICERO.

⁶⁶¹ Cour EDH, 21 février 1975, *Golder contre Royaume-Uni*, série A, n° 18 ; *AFDI* 1975, p. 330, chron. R. PELLOUX ; F. SUDRE, J.-P. MARGUENAUD, J. ANDRIANTSIMBAZOVINA, A. GOUTTENOIRE, M. LEVINET, *Les grands arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme*, Paris, PUF, 2005, n° 25, p. 246.

⁶⁶² CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. C 222-84, *Rec.* 1651.

⁶⁶³ S. GUINCHARD et *Alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 982 et s..

Les choses ne sont pas si simples. Et la situation décrite, dans laquelle la reconnaissance d'un jugement d'un Etat membre de l'Union européenne par un autre est empêchée par l'inconventionnalité de la procédure ayant conduit à la décision, peut parfaitement se présenter. L'Etat accordant l'*exequatur* à une décision de justice, pénale particulièrement, ne peut se rendre complice du vice d'inconventionnalité, « manifeste » ajoutera-t-on, entachant la décision.

Pour éviter le conflit entre la norme communautaire et la norme CEDH, les institutions communautaires sont allées à la recherche de cohérence entre la volonté de mettre en place des mécanismes de reconnaissance mutuelle et le souci de respecter la Convention européenne des droits de l'homme (I). Toutefois, l'hypothèse de conflit pouvant se présenter malgré tout, une sanction de la violation du droit au procès équitable est susceptible alors d'être prononcée par les juges de la CEDH (II).

I. La cohérence recherchée par les institutions communautaires

Le passage de la reconnaissance réciproque à la reconnaissance mutuelle n'a pas été réalisé sans prendre de précaution. Les auteurs des règles communautaires instituant un mécanisme de reconnaissance mutuelle ont prévu des garde-fous, afin d'assurer le respect de la CEDH. Ces garde-fous existent tant en matière pénale (1) qu'en matière civile (2), mais leur présence doit être nuancée.

A. La présence nuancée de garde-fous en matière pénale

L'étude sera ici limitée à la question du mandat d'arrêt européen⁶⁶⁴. Pour ce qui le concerne, un garde-fou est prévu par l'insertion d'une clause de respect des droits fondamentaux : le considérant n° 12 de la décision-cadre 2002/584/JAI du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres, qui énonce que « *la présente décision-cadre respecte les droits fondamentaux et observe les principes reconnus par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne et reflétés dans la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* », et l'article 1^{er} 3. du même texte, précisant lui que « *la présente décision-cadre ne saurait avoir pour effet de modifier l'obligation de respecter les droits fondamentaux et les principes juridiques fondamentaux tels qu'ils sont consacrés par l'article 6 du Traité sur l'Union européenne* ». Il convient de rappeler que l'article 6 du Traité sur l'Union européenne fait référence à la CEDH. Partant, un Etat peut en théorie refuser d'exécuter un mandat d'arrêt européen émis par une décision judiciaire rendue en violation de la CEDH. Cependant, comme l'a fait remarquer le professeur MARGUENAUD⁶⁶⁵, ces dispositions n'offrent pas l'assurance de l'inexécution d'un mandat d'arrêt européen émis en violation de l'article 6 de la Convention, soit en raison de leur éventuelle ineffectivité, soit en raison des délais courts que le texte pose⁶⁶⁶, délais posant des

⁶⁶⁴ Signalons, cependant, d'autres instruments en matière pénale : décision-cadre du Conseil du 22 juillet 2003 relative à l'émission et à l'exécution des décisions de gel de biens et d'éléments de preuve ; décision-cadre n° 2005/214/JAI du 24 février 2005 concernant l'application du principe de reconnaissance mutuelle aux sanctions pécuniaires ; communication sur la reconnaissance mutuelle des décisions judiciaires en matière criminelle et sur le renforcement de la confiance mutuelle entre les Etats membres du 19 mai 2005, COM(2005)195 final.

⁶⁶⁵ J.-P. MARGUENAUD, « La cohérence des sources communautaires et européennes (CEDH) », in *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, A.-M. Leroyer et E. Jeuland (dir.), Paris, Dalloz, 2004, pp. 53-65, spéc. p. 56.

⁶⁶⁶ Le texte prévoit un délai de soixante jours pour prendre une décision définitive sur l'exécution du mandat d'arrêt européen et un délai de dix jours à compter de cette décision pour la remise de la personne recherchée.

problèmes au regard de l'article 1^{er} du Protocole n° 7 additionnel à la CEDH qui exige le respect des garanties de représentation⁶⁶⁷. Les droits de la défense sont donc menacés.

Dans quelques rares Etats, l'acte de mise en œuvre de la décision-cadre du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen prévoit expressément les motifs permettant de refuser l'exécution d'un tel mandat pour non-respect des droits de l'homme. Ainsi en est-il de l'*Irish European Arrest Warrant Act* de 2003 (Section 37(1) § (a) et § (b)).

Quant au respect du principe *ne bis in idem*, protégé par l'article 4 du Protocole n° 7 additionnel à la CEDH, il garantit l'exclusion du double procès. L'application du mécanisme de reconnaissance mutuelle des décisions de justice n'est pas incompatible avec ce principe. D'aucuns considèrent même que le principe *ne bis in idem* est la « traduction en matière pénale du principe de reconnaissance mutuelle »⁶⁶⁸. Du reste, la décision-cadre de 2002 sur le mandat d'arrêt européen a été prise afin d'assurer son respect par les Etats membres. L'article 4 de la décision-cadre du Conseil du 13 juin 2002 relative au mandat d'arrêt européen et aux procédures de remise entre Etats membres formule ce principe.

B. La présence nuancée de garde-fous en matière civile et commerciale

Les règlements communautaires en matière civile et commerciale prévoient eux-mêmes les hypothèses de refus de reconnaissance. Mais il faut nuancer, là encore, l'impact de ces garde-fous lorsqu'ils existent (1). Par ailleurs, lorsque les règlements communautaires prévoient un mécanisme de reconnaissance automatique, les garde-fous sont alors tout simplement inexistant (2).

1. L'impact nuancé des garde-fous

Chaque règlement communautaire prévoit des garde-fous.

L'article 34-1 de la Convention de Bruxelles issue du règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 ne permet de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution d'un jugement que s'il est « *manifestement contraire à l'ordre public* », sans qu'il soit fait mention d'une éventuelle violation de l'article 6 § 1, ce qui s'inscrit en opposition par rapport à la jurisprudence *Krombach* de la CJCE⁶⁶⁹ et à la jurisprudence *Pordéa* de la Cour de cassation⁶⁷⁰, sur lesquelles nous reviendrons *infra*.

Une disposition proche existe dans le règlement 1347/2000 du 29 mai 2000 dit Bruxelles II relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale des époux à l'égard des enfants communs, dont les articles 15-1 et 15-2

⁶⁶⁷ La disposition stipule : « *Un étranger résidant régulièrement sur le territoire d'un Etat ne peut être expulsé qu'en exécution d'une décision prise conformément à la loi et doit pouvoir : (a) faire valoir les raisons qui militent contre son expulsion, (b) faire examiner son cas, et (c) se faire représenter à ces fins devant l'autorité compétente ou une ou plusieurs personnes désignées par cette autorité* ».

⁶⁶⁸ M. GAUTIER, obs. sous CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-367/05, *Norma Kraaijenbrink* et CJCE, 18 juillet 2007, aff. C-288/05, *Jürgen Kretzinger*, *JCP A* 30 juin 2008, 2165, n° 8.

⁶⁶⁹ CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Dieter Krombach* et *André Bamberski*, *JDI* 2001, p. 691, note A. HUET ; *RCDIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, doct., p. 1731, chron. M.-L. NIBOYET.

⁶⁷⁰ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 774, note A. HUET ; *Rev. gén. dr. proc.* 1999, p. 747, note H. MUIR WATT ; *RCDIP* 2000, p. 223 et p. 182, chron. G. DROZ ; *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 950, note M.-L. NIBOYET.

font référence à la seule « *contrariété "manifeste" à l'ordre public de l'Etat membre requis* ». Ces dispositions ont été reprises par le règlement 2201/2003 dit Bruxelles II bis du 22 novembre 2003 dans ses articles 22a et 23a, qui a abrogé le règlement Bruxelles II.

Enfin, l'article 26 du règlement 1346/2000 du 29 mai 2000 relatifs aux procédures d'insolvabilité fait allusion aux « *effets manifestement contraires* » à l'ordre public de l'Etat. La faiblesse de ce garde-fou, en raison des termes utilisés, est renforcée par le fait que, selon le considérant n° 10 du règlement, les procédures d'insolvabilité ne nécessitent pas obligatoirement l'intervention d'une autorité judiciaire⁶⁷¹.

2) L'absence de garde-fous

Aucun garde-fou n'est prévu dans deux cas, issus de deux règlements communautaires prévoyant une reconnaissance automatique des décisions concernées. Tout d'abord, le règlement 805/2004 portant création du titre exécutoire européen pour les créances incontestées⁶⁷² supprime la procédure d'*exequatur*. Dès lors, aucune exception d'ordre public à la reconnaissance ne saurait jouer. On dénote, tout au plus, une référence indirecte à la CEDH dans le considérant n° 11 du règlement, qui fait référence à l'article 52 § 3 de la Charte des droits fondamentaux. Ensuite, le règlement 1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer supprime également l'*exequatur* (considérant n° 8). Or, l'*exequatur* est le vecteur du contrôle du respect de la CEDH.

Ces divers constats montrent les faiblesses des garde-fous pourtant présents et démontrent qu'un risque d'interférence existe entre l'application des mécanismes de reconnaissance mutuelle et les règles de la Convention européenne des droits de l'homme. Les mécanismes de reconnaissance mutuelle pourraient entraîner dans certains cas la diffusion d'une décision de justice rendue en violation de la CEDH. C'est alors qu'il faut la sanctionner.

II . La violation sanctionnée par les juges de la CEDH

Lorsqu'une décision de justice a été rendue en violation du droit au procès équitable, le juge de l'Etat exécutant peut sanctionner la violation de la Convention (A). Encore faut-il cependant que cette dernière soit manifeste (B) pour qu'elle soit sanctionnée.

A . La sanction de la violation de la CEDH par les juges

Peut-on tirer des enseignements des jurisprudences en la matière : du juge national, premier juge de la CEDH et premier juge communautaire, de la Cour européenne des droits de l'homme, juge suprême de la CEDH, et de la Cour de justice des Communautés européennes, juge suprême du droit communautaire, qui a apprivoisé la Convention et qui l'applique dans sa sphère de compétences ?

À l'origine, il existait une controverse doctrinale sur l'appartenance des règles du procès à l'ordre public. Mais les juges ont depuis levé ce doute.

⁶⁷¹ J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 57.

⁶⁷² V. notamment sur ce point : C. BAKER, *JCP G* 2003, I 137, pp. 985-991.

1) La position du juge national : la Cour de cassation française

Pour le juge national, la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales est un « *instrument de pouvoir* », qui lui permet *inter alia* de juger une juridiction étrangère⁶⁷³.

La jurisprudence pertinente est l'arrêt *Pordéa* de la Cour de cassation du 16 mars 1999⁶⁷⁴, à propos de l'*exequatur* d'un jugement de la *High Court* anglaise. La Cour de cassation s'est fondée sur l'article 6 § 1 CEDH et le droit d'accès libre à la justice pour le refuser car, en déboutant le requérant, sans examiner son action en diffamation et en le condamnant à verser les frais et dépens, le juge anglais avait porté atteinte à cette disposition conventionnelle. En effet, aucun obstacle financier ne peut entraver l'accès au juge. L'ordre public n'est donc pas restreint à une dimension substantielle car « *le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, consacré (par la CEDH), relève de l'ordre public international, au sens (de la Convention de Bruxelles de 1968)* ».

2) La position de la Cour de justice des Communautés européennes

C'est l'arrêt *Krombach* de la Cour⁶⁷⁵ qui revêt ici une importance considérable. En l'espèce, un ressortissant allemand avait été condamné par une cour d'assises française à quinze ans de réclusion criminelle et au paiement de dommages et intérêts, selon la procédure de contumace prévue aux articles 627 et suivants du Code de procédure pénale français. La CJCE a jugé que le refus adressé à un accusé par l'Etat français du droit de se faire défendre sans comparaître personnellement, permet au juge de l'Etat requis d'une demande d'*exequatur* de la décision civile, de recourir à la clause d'ordre public de l'article 27-1 de la Convention de Bruxelles de 1968, et permet ainsi de s'opposer à la reconnaissance et à l'exécution du jugement. Cette décision « *heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental* » de droit processuel, c'est à dire le droit de tout accusé à être effectivement défendu par un avocat, « *droit qu'un accusé ne perd pas par le seul fait de son absence aux débats* ». La cour a ajouté que « *le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste d'un droit fondamental* ».

La CJCE fait expressément référence à la CEDH et à la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. Par cet arrêt, elle a procédé à un contrôle de conventionnalité, au regard de la CEDH, de la procédure étrangère ayant conduit à la décision en cause, par le truchement de l'examen du respect de l'ordre public international.

⁶⁷³ S. GUINCHARD et *Alii*, *Droit processuel. Droit commun et droit comparé du procès*, Paris, Dalloz, 3^e éd., 2005, p. 210.

⁶⁷⁴ Cass. civ. 1^{re}, 16 mars 1999, *Pordéa*, *JDI* 1999, p. 774, note A. HUER ; *Rev. gén. dr. proc.* 1999, p. 747, note H. MUIR WATT ; *RCDIP* 2000, p. 223 et p. 182, chron. G. DROZ ; *Gaz. Pal.* 2000, somm. p. 950, note M.-L. NIBOYET.

⁶⁷⁵ CJCE, 28 mars 2000, aff. C-7/98, *Dieter Krombach et André Bamberski*, *JDI* 2001, p. 691, note A. HUET ; *RCDIP* 2000, p. 481, note H. MUIR WATT ; *Gaz. Pal.* 2000, doct., p. 1731, chron. M.-L. NIBOYET.

Ce faisant, l'arrêt de la CJCE prolonge l'arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme dans la même affaire *Krombach*⁶⁷⁶. Il laisse également suggérer l'existence d'une protection plus achevée par le juge communautaire du droit au procès équitable car le requérant n'avait pas obtenu la sanction de la procédure étrangère devant la Cour EDH.

Des enseignements devront être tirés également du prochain arrêt que rendra la CJCE dans l'affaire *Marco Gambazzi*⁶⁷⁷, encore pendante, concernant les sanctions prises à l'égard des justiciables en raison de l'inexécution d'injonctions juridictionnelles.

3) La position de la Cour européenne des droits de l'homme

Deux affaires traitées par la Cour EDH méritent d'être citées en matière d'*exequatur*, même si elles n'intéressent pas au premier chef le présent thème car étaient en cause, dans ces deux affaires, la reconnaissance et l'exécution de jugements provenant d'Etats non parties à la CEDH et non membres de l'Union européenne. La reconnaissance mutuelle n'avait donc pas vocation à jouer.

Ces deux arrêts sont les arrêts *Pellegrini c. Italie* du 20 juillet 2001⁶⁷⁸ et *Wagner J.M.W.L. c. Luxembourg* du 28 juin 2007⁶⁷⁹.

Dans la première affaire, un époux avait obtenu des juridictions du Vatican la nullité de son mariage en Italie, soumis aux accords conclus entre l'Italie et cet Etat. La procédure suivie par les juridictions du Vatican n'avaient pas respecté le contradictoire, mais les juridictions italiennes avaient tout de même reconnu cette décision judiciaire. La Cour EDH a estimé que les juridictions italiennes auraient dû, avant de donner *exequatur* à la décision judiciaire prononçant la nullité, « dûment vérifier que la procédure y relative remplissait les garanties de l'article 6 ». Pour la Cour, un tel contrôle « s'impose lorsque la décision dont on demande l'*exequatur* émane des juridictions d'un pays qui n'applique pas la Convention ». La Cour EDH distingue donc entre les décisions émanant d'Etats tiers et celles provenant d'Etats parties à la CEDH, que sont assurément les Etats membres de l'Union européenne, et laisse supposer qu'une vérification du respect de l'article 6 par la procédure étrangère n'est pas utile pour ces derniers. Une sorte de présomption de non-violation de la CEDH existerait. La question de l'existence d'une protection plus étendue du juge communautaire en matière d'*exequatur* se pose donc bel et bien.

Dans la seconde affaire, les autorités du Luxembourg avaient refusé de reconnaître un jugement de l'Etat du Pérou prononçant au profit d'une ressortissante luxembourgeoise célibataire l'adoption plénière d'un enfant péruvien. La Cour a sanctionné dans cette affaire la violation des articles 6, 8 et 14 de la CEDH. Cependant, la violation de l'article 6 résidait dans le non-respect par les juges luxembourgeois de l'obligation de répondre aux moyens tirés de la méconnaissance de la Convention.

⁶⁷⁶ Cour EDH, 13 février 2001, *Krombach contre France*, req. n° 29731/96.

⁶⁷⁷ CJCE, aff. C-394/07.

⁶⁷⁸ Cour EDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini contre Italie*, AJDA 2001, p. 1062, chron. J.-F. FLAUSS ; RCDIP 2004, p. 106, note L.L. CHRISTIANS ; RTD Civ. 2001, p. 986, chron. J.-P. MARGUENAUD ; Gaz. Pal. 21-23 juillet 2002, p. 2, note L. SINOPOLI.

⁶⁷⁹ Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner J.M.W.L. contre Luxembourg*, AJDA 2007, p. 1920, chron. J.-F. FLAUSS.

B. L'exigence d'une violation « manifeste » de l'ordre public procédural

Si les jurisprudences de la Cour de cassation et de la CJCE font entrer le respect des garanties de l'article 6 dans l'ordre public international, reste à savoir quelle est l'étendue de cet ordre public procédural ?

La sanction de la procédure étrangère, qui conduit à la non-reconnaissance de la décision étrangère rendue, n'est possible que si la violation de l'ordre public est « manifeste ». La violation de l'ordre public ne peut être constatée que dans des « cas exceptionnels », une conception restrictive de l'ordre public étant ainsi retenue. Toutes les violations du droit au procès équitable ne peuvent constituer des exceptions d'ordre public. Il doit donc s'agir d'une violation « manifeste ». Tel est le cas du « refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats », ce qu'a jugé la CJCE dans l'affaire *Krombach* précitée.

Quelles autres garanties feraient partie de l'ordre public procédural ?

C'est le cas de la garantie d'impartialité du juge, dont la violation constitue un motif de refus d'*exequatur* de la décision étrangère selon la jurisprudence de la Cour de cassation française, estimant que « l'impartialité du juge est une exigence de l'ordre public international »⁶⁸⁰. Il semble qu'il s'agisse d'une violation manifeste ici.

La doctrine estime également que l'absence de prise de parole en dernier au procès serait une violation manifeste des droits de la défense et du droit au procès équitable⁶⁸¹.

En matière de motivation des décisions de justice, la position est plus nuancée. La jurisprudence considère que la motivation est réalisée si des documents équivalents, comme les conclusions des parties auxquelles renvoie la décision, pallient l'absence de motivation du jugement lui-même⁶⁸². *A contrario*, « est contraire à la conception française de l'ordre public international de procédure, la reconnaissance d'une décision étrangère non motivée lorsque ne sont pas produits les documents de nature à servir d'équivalents à la motivation défaillante »⁶⁸³.

En revanche, la simple absence d'indication des voies de recours sur l'acte de notification du jugement ne peut être considérée comme une atteinte aux droits de la défense ou à l'ordre public international de nature à engendrer un refus d'*exequatur*⁶⁸⁴, ni *a fortiori* une violation manifeste de l'ordre public.

⁶⁸⁰ Cass. civ. 1^{re}, 3 décembre 1996, *Tordjeman*, RCDIP 1997, p. 328, note H. MUIR WATT.

⁶⁸¹ P. MAYER, « Droit au procès équitable et conflit de juridictions », in *Les nouveaux développements du procès équitable au sens de la Convention*, Bruxelles, Bruylant, 1996, p. 133.

⁶⁸² Cass. civ. 1^{re}, 17 mai 1978, *Vanclef*, JDI 1979, p. 380, note D. HOLLEAUX ; Cass. civ. 1^{re}, 9 octobre 1991, *Polypétrol*, JDI 1993, p. 157, note A. HUET ; Cass. civ. 1^{re}, 28 novembre 2006, D. 2007, Act., p. 19.

⁶⁸³ Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008, D. 2009, n° 1, p. 59, note D. MOTTE-SURANITI : décision refusant l'*exequatur* d'un jugement de la *High Court* de Londres, *Queens Bench Division Commercial Court*.

⁶⁸⁴ Cass. civ. 1^{re}, 29 novembre 1994, *Bettan*, RCDIP 1995, p. 362, note D. COHEN ; Cass. civ. 1^{re}, 10 juillet 1996, *Roche*, RCDIP 1997, p. 85, note H. MUIR WATT.

La jurisprudence, notamment celle de la Cour de justice des Communautés européennes, explicitera petit à petit la notion de violation « manifeste » de l'ordre public international de procédure.

Conclusion

La recherche de cohérence des sources communautaires et européennes commande une conciliation entre les mécanismes de reconnaissance mutuelle et le respect des règles du procès équitable. La protection du droit à un procès équitable exige une surveillance particulière du juge, notamment pour ce qui nous intéresse ici, du juge de l'*exequatur* qui ne peut participer à la diffusion d'une décision prise en violation de l'article 6 de la CEDH.

Face à cet enjeu de conciliation, de recherche progressive de cohérence, on ne peut que s'inquiéter de la mise en place de mécanismes de reconnaissance automatique des décisions de justice, faisant glisser dans l'oubli toute procédure d'*exequatur*. Or, comme nous l'avons montré, cette procédure permet aux autorités de l'Etat requis de s'assurer du respect des garanties procédurales par les autorités juridictionnelles dont émane la décision de justice. Si d'aucuns⁶⁸⁵ ont exprimé leur défiance envers ces mécanismes entraînant une disparition de tout contrôle, un auteur, en l'occurrence le professeur Jean-Pierre MARGUENAUD⁶⁸⁶, a fait une proposition : subordonner la mise en place de la reconnaissance automatique à la vérification de ce que le processus décisionnel respecte dans tous les pays de l'espace judiciaire européen les droits fondamentaux tels qu'ils sont garantis par la CEDH, et donc subordonner la reconnaissance automatique, suite à cette vérification, à la condition de modification par tel ou tel Etat membre de l'Union européenne de telle règle ou de telle pratique contraire à la Convention, à la lumière de la jurisprudence de la Cour de Strasbourg. De cette façon, la marche vers la cohérence des sources communautaires et européennes serait pleinement assurée.

⁶⁸⁵ M.-L. NIBOYET, « La révision de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 par le règlement du 22 décembre 2000 », *Gaz. Pal.* 10 au 12 juin 2001, p. 943 et s., spéc. p. 949.

⁶⁸⁶ J.-P. MARGUENAUD, *op. cit.*, p. 59.

- Annexe 5 -

**« Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle
dans le règlement Bruxelles I »**

Marie-Françoise MERCADIER

Maître de conférences à l'Université de Provence

À paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

1.- Le règlement (CE)n° 44/2001 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, adopté le 22 décembre 2000, marque une étape importante dans la réalisation d'un espace judiciaire européen en communautarisant les règles de compétence judiciaire et la libre circulation des jugements en Europe, dans les domaines relevant des « matières civiles et commerciales ». S'agissant d'identifier les processus et mécanismes par lesquels ce règlement participerait à l'élaboration d'une culture judiciaire commune, quelques précisions s'imposent à titre préliminaire.

2.- En premier lieu, la notion d'« espace judiciaire » retenue pour cette étude est indissociable de son contexte de pluralisme juridique et doit être conçue comme un processus évolutif, un cadre souple et ouvert, mettant en lumière des mouvements d'« intégration descendante », du sommet à la base de la pyramide de l'ordre juridique communautaire, d'« intégration ascendante »⁶⁸⁷, des États membres aux institutions- sous la forme par exemple de principes communs- et de la circulation de normes par un processus horizontal, en réseau, ces mouvements ne se manifestant pas toujours à travers un circuit ordonné mais s'entrecroisant parfois dans un « enchevêtrement normatif »⁶⁸⁸.

⁶⁸⁷ Voir notamment Mireille DELMAS-MARTY (dir.) : « Critique de l'intégration normative », PUF, « les voies du droit », 2004 ; Hélène RUIZ FABRI (dir.) : « Procès équitable et enchevêtrement des espaces normatifs », », Travaux de l'Atelier de Droit international, UMR de Droit comparé de Paris, Université Paris I-CNRS Paris, Société de législation comparée, 2003 ; Horatia MUIR WATT, Hélène RUIZ FABRI, Mireille DELMAS-MARTY (dir.) : « Variations autour d'un droit commun », Premières rencontres de l'UMR de Droit comparé de Paris, Société de législation comparée, Paris, 2002.

⁶⁸⁸ Mireille DELMAS-MARTY in « Variations autour d'un droit commun », op. cit p 480.

3.- En second lieu, le lien entre marché intérieur et libre circulation des jugements est incontestable, l'article 65 T.C.E. limitant la compétence des institutions aux matières ayant une incidence transfrontière, dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur. Ce lien était contenu en germe dans l'ex-article 220 (article 293 nouveau) du traité de Rome sur le fondement duquel la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 a été adoptée.⁶⁸⁹ Plus qu'un « lien » avec le marché intérieur, il nous semble davantage approprié d'évoquer un phénomène d'attraction de l'ordre juridique du marché intérieur sur la coopération judiciaire en matière civile et commerciale comme le montre l'étude de la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale qui a précédé le règlement n° 44/2001 du 22 décembre 2000 et, notamment la jurisprudence de la Cour de justice relative à son interprétation. Cette convention, qui par définition relève d'un processus intergouvernemental, dépasse néanmoins le cadre d'une simple coopération intergouvernementale. D'une part, il s'agit, en effet, d'une convention « double » qui institue non seulement des règles concernant la reconnaissance et l'exécution des jugements étrangers mais également des règles de compétence directe ; d'autre part, dans le cadre des compétences d'interprétation conférées à la Cour par le protocole de Luxembourg du 3 juin 1971 qui établit un mécanisme très proche de celui de l'article 234 T.C.E (ex article 177), ⁶⁹⁰ la Cour de justice a appliqué à l'interprétation de la Convention, les méthodes d'interprétation qu'elle utilise en droit communautaire, à savoir l'interprétation littérale des articles de la Convention mais aussi et surtout l'interprétation téléologique, le texte de la Convention devant être interprété à la lumière de ses objectifs et l'interprétation donnée devant assurer « l'effet utile » de la Convention⁶⁹¹. A cet égard, le recours préjudiciel en interprétation du règlement Bruxelles I, organisé par l'article 68 du T.C.E., a une portée plus limitée que celui de la Convention⁶⁹², étant ouvert aux seules juridictions nationales « dont les décisions ne sont plus susceptibles d'un recours juridictionnel de droit interne »⁶⁹³.

⁶⁸⁹ Article 220 (293 nouveau) : « Les États membres engageront entre eux, en tant que de besoin, des négociations en vue d'assurer, en faveur de leurs ressortissants :

(...)

-la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires ainsi que des sentences arbitrales. »

⁶⁹⁰ L'article 2 du Protocole accorde aux juridictions des Etats contractants lorsqu'elles statuent en appel, la faculté de saisir la Cour de justice en interprétation d'une disposition de la Convention. En ce qui concerne les juridictions suprêmes, elles sont tenues de demander à la Cour de justice de statuer sur la question préjudicielle si elles estiment que son interprétation est nécessaire pour qu'elles puissent rendre leur décision (article 3 (1) du Protocole. Le Protocole organise également, à son article 4, un recours consultatif en interprétation qui s'inspire du pourvoi dans l'intérêt de la loi. Selon cet article, les procureurs généraux près les Cours de cassation peuvent saisir la Cour de justice dès qu'ils constatent une divergence d'interprétation de la Convention, soit entre les juridictions d'Etats contractants différents, soit entre une juridiction d'un Etat et la Cour de justice. L'article 4 alinéa 2 précise qu'un tel recours est « sans effet sur les décisions à l'occasion desquelles l'interprétation lui a été demandée ».

⁶⁹¹ C.J.C.E. 6 octobre 1976, 12/76, Tessili, C.J.C.E. 15 novembre 1983, Duijnste, aff. 228/82 ; 4 février 1988, Hofmann c/ Krieg, aff. 145/86, 15 mai 1990, Kongress Agentur Hagen, C-365/88...

⁶⁹² P. Girerd : « Un renvoi préjudiciel d'interprétation et d'application incertaine », Rev. trim. dr. eur. 1999, p. 139.

⁶⁹³ Le recours consultatif en interprétation de l'article 4 du protocole de 1971 a également subi des modifications. L'article 68 § 3 T.C.E. prévoit que « le Conseil, la Commission ou un État membre » (et non plus les procureurs généraux près les Cours de cassation) peuvent saisir la Cour en interprétation, même en l'absence de « contradiction de décisions ». Dans sa communication « au Parlement européen, au Conseil, au Comité économique et social européen, au comité des régions et à la Cour de justice des Communautés européennes en date du 28 juin 2006 (COM (2006) 346 final), visant « l'adaptation des dispositions du titre IV du traité instituant la Communauté européenne

4.- Cette interprétation « communautaire » de la Convention a préparé l'intégration poursuivie par le règlement n°44/2001 du 22 décembre 2000⁶⁹⁴ concernant « la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » qui l'a remplacée⁶⁹⁵, la Cour affirmant les liens nécessaires entre la Convention et le traité (« la Convention doit être interprétée en tenant compte à la fois du système et des objectifs qui lui sont propres et de son lien avec le traité »⁶⁹⁶), la primauté de la Convention sur les droits nationaux,⁶⁹⁷ et interprétant de manière extensive les mécanismes de reconnaissance mutuelle et d'exécution des jugements visant à une généralisation de la libre circulation des jugements. La Cour a ainsi affirmé que l'interprétation autonome devait constituer le « principe » afin de garantir l'application uniforme de la Convention, ce qui lui a permis de dégager des « notions autonomes » concernant le champ d'application et les règles de compétence de la Convention.⁶⁹⁸ Cette jurisprudence peut être transposée à l'interprétation du règlement Bruxelles I qui reprend, sauf quelques modifications, le texte de la Convention et son effet intégratif permet de révéler les tensions et les mouvements susceptibles de s'exercer en présence de traditions juridiques nationales divergentes. Ce sera donc le premier point développé dans cette contribution.

5.- Par ailleurs, selon les alinéas b) et c) de l'article 65 du traité CE, les règles concernant « la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale » instituées par le règlement Bruxelles I⁶⁹⁹, devraient avoir pour objectif de « favoriser la compatibilité des règles applicables dans les États membres en matière de conflits de lois et de compétence » et d'« éliminer les obstacles au bon déroulement des procédures civiles, au besoin en favorisant la compatibilité des règles des procédures civiles applicables dans les États membres ». Or, la « compatibilité » des règles nationales de procédure civile ne signifie pas « harmonisation » ou « rapprochement » de ces règles et cette

relatives aux compétences de la Cour de justice, en vue d'assurer une protection juridictionnelle plus effective », la Commission souligne la nécessité d'aligner les compétences de la Cour de justice dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale sur le régime général du traité, conformément à ce que prévoit l'article 67, paragraphe 2, second tiret du traité CE qui impose au Conseil, à l'issue de la période transitoire de cinq ans à compter de l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, de prendre une décision « en vue d'adapter les dispositions relatives aux compétences de la Cour de justice ». Elle avance plusieurs arguments dont celui d'assurer l'application et l'interprétation uniformes du droit communautaire dans ce domaine comme dans tout autre et de renforcer la protection juridictionnelle, et ce dans des domaines particulièrement sensibles au regard des droits fondamentaux. Avec le traité de Lisbonne, la compétence préjudicielle devrait être alignée sur celle de droit commun de l'article 234 du traité.

⁶⁹⁴ J.O.C.E. L 12 du 16 janvier 2001

⁶⁹⁵ Son succès a également directement inspiré la signature, le 16 septembre 1988, de la Convention de Lugano par les États membres de la CEE et les États de l'AELE. Cette convention reprend quasiment les règles posées par la Convention de Bruxelles.

⁶⁹⁶ C.J.C.E. 6 octobre 1976, 12/76, Tessili.

⁶⁹⁷ C.J.C.E. 13 novembre 1979, aff. 25/79, Sanicentral, 15 novembre 1983, Duijnste, aff. 228/82, 10 février 1994, C-398/92, Firma Mund : dans ce dernier arrêt, la Cour juge ainsi qu'une disposition nationale (en l'occurrence l'article 917 du code de procédure allemand) qui prévoit la possibilité de modalités d'exécution différentes selon que la saisie-conservatoire est exécutée sur le territoire national ou dans un autre État membre est contraire « à l'article 7 du traité C.E.E, lu en combinaison avec l'article 220 du même traité et la Convention de Bruxelles » (point 22).

⁶⁹⁸ C.J.C.E. 9 janvier 1997, Rutten, C-383/95, pt. 12.

⁶⁹⁹ Le règlement est entré en vigueur le 1^{er} mars 2002. Il ne s'applique qu'aux actions intentées et aux actes authentiques reçus postérieurement à son entrée en vigueur. La Convention de Bruxelles s'applique donc à toutes les procédures engagées avant le 1^{er} mars 2002.

remarque est corroborée par les déclarations contenues notamment dans le Programme de La Haye du 13 décembre 2004⁷⁰⁰ qui, sous le paragraphe intitulé « accroître la confiance mutuelle »⁷⁰¹ prévoit que « la coopération judiciaire dans les matières tant pénales que civiles pourrait être encore développée en renforçant la confiance mutuelle et en faisant émerger progressivement une culture judiciaire européenne fondée sur la diversité des systèmes juridiques des États membres et sur l'unité par le droit européen »⁷⁰². A priori, les règles de compétence judiciaire et de reconnaissance mutuelle mises en place par le règlement Bruxelles I ne devraient donc pas reposer sur un mécanisme d'intégration mais sur un principe plus souple, relevant du « réseau », celui de la confiance mutuelle dont on devra déterminer les contours et les fondements dans une seconde partie. Néanmoins, nous montrerons que les mécanismes souples du réseau n'écartent pas pour autant les mécanismes d'intégration qui continuent à jouer un rôle prépondérant. La Convention de Bruxelles s'appliquant à toutes les procédures engagées avant le 1^{er} mars 2002, il sera fait référence au « système de Bruxelles I », incluant cette convention et le règlement, dans les propos suivants.

I. Les tensions et mouvements dans la définition des critères de mise en œuvre du système Bruxelles I : « notions autonomes » et circulation des concepts.

6.- S'agissant de la détermination du champ d'application ou de la mise en œuvre de certaines règles de compétence de la Convention et du règlement Bruxelles I, la Cour s'est heurtée aux divergences de traditions juridiques nationales, soit que les concepts auxquels renvoient les instruments Bruxelles I n'existent pas dans tous les droits, soit qu'ils y revêtent une signification ou une portée différente (A).

7.- Par ailleurs, à la demande du Royaume-Uni et de l'Irlande, un chef de compétence a été introduit dans la Convention puis dans le règlement, celui du trust, cette catégorie juridique étant inconnue dans certains droits dont le droit français. Il sera donc intéressant d'évoquer le cheminement de cette notion d'un système à un autre, sa réception dans un système dans lequel elle est inconnue et de s'interroger sur sa participation à l'élaboration d'une culture commune (B).

A. « Notions autonomes » et traditions juridiques divergentes : vers une culture commune ?

8.- En présence de traditions judiciaires divergentes, pouvant conduire à une interprétation des critères du système Bruxelles I par les juridictions nationales, la Cour a écarté dans les premières décisions concernant la Convention de Bruxelles, le principe de l'interprétation stricte des traités au profit d'une lecture communautaire de la Convention, confirmant ainsi la position de l'avocat général G. Reischl dans l'affaire *Eurocontrol*.⁷⁰³ La Cour a ainsi dégagé des « notions autonomes » concernant quasiment tous les critères posés par la Convention et le règlement relatifs à leur champ d'application (« matière civile et commerciale ») et aux règles de compétence (« matière

⁷⁰⁰ Conseil de l'Union européenne, Bruxelles, 13 décembre 2004, 16054/04-JAI 559.

⁷⁰¹ Paragraphe 3.2 p 27

⁷⁰² Programme de La Haye du 13 décembre 2004, II. Orientations générales, 1. Principes généraux, p 4. Ce programme précise, ensuite, qu'il « est fondé sur les principes généraux que sont la subsidiarité, la proportionnalité et la solidarité et sur le respect des différents systèmes et traditions juridiques des États membres ».

⁷⁰³ C.J.C.E., 14 octobre 1976, *Eurocontrol*, 29/76, Rec. p 1553, spé. p 1558.

contractuelle », « créancier d'aliments », matière délictuelle et quasi-délictuelle », « lieu où le fait dommageable s'est produit », « succursale », « consommateur »...). Nous n'évoquerons que quelques exemples, les plus révélateurs des divergences de traditions nationales, en recherchant le degré de précision apportée par la « notion autonome », sa conciliation avec les normes nationales, ce qui devrait conduire à éclairer la portée de ces « notions communautaires » dans l'émergence d'une culture judiciaire commune.

1. La notion de « matière civile et commerciale »

9.- S'agissant tout d'abord du champ d'application, l'article 1^{er} de la Convention et du règlement Bruxelles I, énonce que ces textes s'appliquent « (...) *en matière civile et commerciale et quelle que soit la nature de la juridiction. Elle ne recouvre notamment pas les matières fiscales, douanières ou administratives.*

Sont exclus de (leur) application:

- 1) *l'état et la capacité des personnes physiques, les régimes matrimoniaux, les testaments et les successions;*
- 2) *les faillites, concordats et autres procédures analogues;*
- 3) *la sécurité sociale;*
- 4) *l'arbitrage.»*

S'il est clair, pour un juriste de *Civil Law*, que les matières concernées relèvent du droit privé, la délimitation droit privé/droit public n'a guère cours dans les pays de *Common Law*. Mais des problèmes d'interprétation de la « matière civile et commerciale » peuvent se poser également à des juristes de *Civil Law*, en l'absence de définition, dans la Convention et dans le règlement, du contenu ou de la portée de cette notion.

Dans les arrêts *Eurocontrol* du 14 octobre 1976⁷⁰⁴ et du 14 juillet 1977⁷⁰⁵, et dans l'arrêt *Rüffer* du 16 décembre 1980, ⁷⁰⁶ la Cour précise que relèvent du droit public et sont donc exclues du champ

⁷⁰⁴ Affaire 29/76, Rec. 1541.

⁷⁰⁵ Affaires jointes 9 et 10/77, Rec. 1517, points 3 et 5. Dans ces affaires était en cause une action en recouvrement de créances intentée par Eurocontrol (Organisation européenne pour la sécurité de la navigation aérienne) à l'encontre de la compagnie aérienne allemande L.T.U. La Cour affirme que « pour l'interprétation de la notion « matière civile et commerciale » aux fins de l'application de la Convention du 27 septembre 1968 (...) il convient de se référer non au droit d'un quelconque des États concernés, mais, d'une part, aux objectifs et au système de la Convention, et, d'autre part, aux principes généraux qui se dégagent de l'ensemble des systèmes nationaux ».

Cette jurisprudence a été confirmée de manière constante, voir notamment, C.J.C.E., 16 décembre 1980, Rüffer, 814/79, Rec. p. 3807, point 7; 14 novembre 2002, Baten, C-271/00, Rec. p. I-10489, point 28; 15 mai 2003, Préservatrice foncière TIARD, C-266/01, Rec. p. I-4867, point 20, 18 mai 2006, ĀEZ, C-343/04, Rec. p. I-4557, point 22 ; 15 février 2007, Lechouritou, C-292/05, point 29.

⁷⁰⁶ Cette affaire concernait une action en remboursement de frais d'enlèvement d'un bateau coulé au large d'une baie, engagée par le gouvernement néerlandais à l'encontre d'un particulier : affaire 814/79, Rec. 3907, point 14. En ce sens, voir notamment, 1^{er} octobre 2002, Henkel, C-167/00, Rec. p. I-8111, point 29 ; 14 novembre 2002, Baten, C-271/00, point 29; 15 mai 2003, Préservatrice foncière TIARD, C-266/01, point 21; 18 mai 2006, ĀEZ, C-343/04, point 22.

d'application de la Convention (et du règlement), les affaires mettant en cause l' « *intervention d'une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique* »⁷⁰⁷. L'application de ces critères explique que l'action en responsabilité civile et pénale contre un enseignant d'une école publique, en raison de l'accident mortel d'un de ses élèves, relève du champ d'application de la Convention, l'enseignant n'étant pas « *une autorité publique agissant dans l'exercice de la puissance publique* ». ⁷⁰⁸

Dès lors que les contestations en cause dans le litige procèdent « (...) *d'une manifestation de prérogatives de puissance publique par l'une des parties au litige, en raison de l'exercice par celle-ci de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles de droit commun applicables dans les relations entre particuliers* », la Convention et le règlement Bruxelles I doivent être écartés⁷⁰⁹.

Ainsi, l'action en réparation du préjudice subi par les victimes d'opérations menées par des forces armées pendant la deuxième guerre mondiale, intentée par des requérants helléniques à l'encontre de la République fédérale d'Allemagne, ne relève donc pas du champ d'application matériel de la convention de Bruxelles⁷¹⁰.

Cependant, l'application de ces critères n'écarte pas toutes les difficultés⁷¹¹ et les incertitudes se manifestent jusque dans les exclusions du champ d'application de la Convention ou du règlement et proviennent, là encore, des divergences entre traditions ou conceptions nationales : difficultés à circonscrire, notamment, les litiges douaniers ou relevant du contentieux de la Sécurité sociale⁷¹²...

⁷⁰⁷ Il s'agit, notamment, de « recouvrement de redevances dues par une personne de droit privé à un organisme national ou international de droit public en vertu de l'utilisation des installations et services de celui-ci, notamment lorsque cette utilisation est obligatoire et exclusive » ; lorsque « le taux des redevances, les modes de calcul et les procédures de perception sont fixées de manière unilatérale vis-à-vis des usagers »...

⁷⁰⁸ C.J.C.E., 21 avril 1993, Volker Sonntag, C-172/91, Rec. 1963. En effet, « *même si le droit interne de l'État contractant d'origine de l'enseignant concerné qualifie l'activité de surveillance dudit enseignant envers ses élèves comme un exercice de la puissance publique, cette circonstance demeure sans incidence sur la qualification du litige au principal au regard de l'article 1^{er} de la Convention* » (point 25).

⁷⁰⁹ C.J.C.E., 15 février 2007, Lechouritou, C-292/05, point 34. Voir, en ce sens, arrêts précités Sonntag, point 22; Henkel, point 30; Préservatrice foncière TIARD, point 30, et du 5 février 2004, Frahuil, C-265/02, Rec. p. I-1543, point 21.

⁷¹⁰ C.J.C.E., 15 février 2007, Lechouritou, C-292/05. Comme le souligne la Cour, « *il ne fait aucun doute que des opérations menées par des forces armées constituent l'une des émanations caractéristiques de la souveraineté étatique, notamment en ce qu'elles sont décidées de façon unilatérale et contraignante par les autorités publiques compétentes et se présentent comme étant indissociablement liées à la politique étrangère et de défense des États.* » (point 34).

⁷¹¹ Hélène Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe. Règlement n° 44/2001, Conventions de Bruxelles et de Lugano », L.G.D.J., Collection Droit des affaires, 3^{ème} édition, p27.

⁷¹² Ainsi, selon la Cour l'exclusion de la Sécurité sociale du champ d'application de la Convention ne concernerait que « *le contentieux de cette matière, à savoir les différends issus des rapports entre l'administration et les employeurs ou employés. (...) La convention de Bruxelles (serait) applicable lorsque l'administration fait valoir un droit de recours direct contre un tiers responsable du dommage ou est subrogée envers ce tiers dans les droits d'une victime assurée par elle, car elle agit alors selon les normes du droit commun* » (C.J.C.E., 14 novembre 2002, Baten, C-271/00, point 48). De même si « les matières douanières », qui ne sont pas autrement définies ni par la Convention ou le règlement Bruxelles I, ni par la Cour de justice, sont exclues du champ de ces instruments, « *il y a (...) lieu de considérer (...) qu'entre dans la notion de « matière civile et commerciale » une action par laquelle un État contractant poursuit, auprès d'une personne de droit privé, l'exécution d'un contrat de droit privé de cautionnement qui a été conclu en vue de garantir le paiement d'une dette douanière dont une autre personne est redevable envers cet État, pour autant que le rapport juridique entre le créancier et la caution, tel qu'il résulte du contrat de*

2. Définition des critères de compétence.

10.- Des difficultés similaires peuvent être observées dans les critères fondant les règles de compétence. On sait que la Convention et le règlement Bruxelles I posent le principe général de la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur (article 2). Cependant, la Convention et le règlement prévoient également des règles de compétences spéciales, à l'article 5, qui offrent une option au demandeur entre la compétence générale de l'article 2 ou celles énumérées à l'article 5. Ensuite, l'article 22 du règlement (article 16 de la convention) dresse une liste de compétences exclusives à caractère impératif, en matière immobilière, de baux immobiliers, de sociétés ou autres personnes morales, d'inscription sur les registres, de brevets, marques, dessins et modèles, d'exécution des décisions. Et il existe un certain nombre de règles de compétence destinées à protéger la partie la plus vulnérable.

11.- En ce qui concerne la compétence générale prévue par l'article 2, à savoir la compétence du tribunal du lieu du domicile du défendeur, la notion de « domicile » n'est pas définie pour les personnes physiques et l'article 59 du règlement Bruxelles I (article 52 de la Convention) renvoie au droit interne du juge saisi « pour déterminer si une partie a un domicile sur le territoire de l'État membre dont les tribunaux sont saisis(...) ». Selon l'alinéa 2 de l'article 59 du règlement (alinéa 2 de l'article 52 de la Convention), « si une partie n'a pas de domicile dans l'État dont les tribunaux sont saisis, le juge, pour déterminer si elle a un domicile dans un autre État contractant (membre), applique la loi de cet État ». Or, comme le fait observer le professeur Hélène GAUDEMET-TALLON⁷¹³, « les droits nationaux ne retiennent pas toujours la même notion de domicile. Il peut s'agir du lieu du principal établissement, ou du lieu où l'on est inscrit sur certains registres ou encore du lieu où l'on habite plutôt que de celui où l'on exerce son activité professionnelle ; le droit national peut s'en tenir au principe de l'unicité du domicile ou admettre une pluralité de domiciles ; on sait aussi que les droits de Common Law ont traditionnellement une conception propre du domicile, distinguant le domicile d'origine du domicile de choix ». Outre le risque d'un conflit positif de compétence⁷¹⁴ qui pourrait être résolu par les dispositions en matière de litispendance, le risque le plus grave serait un conflit négatif de compétence qui pourrait conduire à un déni de justice, aucun des juges ne s'estimant compétent⁷¹⁵.

12.- En ce qui concerne le domicile des personnes morales, le règlement Bruxelles I modifie fort heureusement la Convention de Bruxelles, qui renvoyait au droit international privé du juge saisi, en retenant une définition communautaire. L'article 60 du règlement fixe leur domicile au lieu du siège social statutaire, de leur administration centrale ou de leur principal établissement et précise que « pour le Royaume-Uni et l'Irlande, on entend par « siège statutaire » le registered office ou, s'il n'existe nulle part de registered office, le place of incorporation (le lieu d'acquisition de la personnalité morale) ou s'il n'existe nulle part de

cautionnement, ne correspond pas à l'exercice de pouvoirs exorbitants par rapport aux règles applicables dans les relations entre particuliers » (C.J.C.E., 15 mai 2003, Préservatrice foncière TIARD, C-266/01, point 40)

⁷¹³ Hélène Gaudemet-Tallon, « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p 60.

⁷¹⁴ Plusieurs juges d'États membres différents s'estiment compétents.

⁷¹⁵ Voir notamment Hélène Gaudemet-Tallon, « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p 61 ; Serge Guinchard, Frédérique Ferrand : « Procédure civile ; droit interne et droit communautaire », Précis Dalloz, droit privé, 28^{ème} édition, p 418 ; Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la Pradelle : « Droit international privé », L.G.D.J. 2007, p 310. Voir également Civ. 1^{ère}, 4 janvier 1984, Rev. Crit. DIP 1986, 123, note Courbe. Dans cet arrêt, la Cour de cassation française approuve le tribunal d'avoir retenu la résidence du défendeur en France et de s'être ainsi déclaré compétent alors même que le défendeur n'avait pas de domicile ni en France, au sens de la loi française, ni aux Pays-Bas selon la loi néerlandaise.

lieu d'acquisition de la personnalité morale, le lieu selon la loi duquel la formation (la constitution) a été effectuée ». On peut donc constater que la notion autonome retenue par le règlement Bruxelles I fait la synthèse des différentes traditions juridiques, en les plaçant sur un pied d'égalité et la multiplicité de ces critères, si elle peut entraîner un conflit positif de compétences, écarte le risque d'un conflit négatif.

13.- En ce qui concerne les règles de compétence spéciale, l'article 5 du règlement énumère une liste de sept matières déterminées dans lesquelles existe une option de compétence en faveur d'un tribunal autre que celui du lieu du domicile du défendeur, en raison d'« *un lien de rattachement étroit entre la contestation et le tribunal qui est appelé à en connaître* »⁷¹⁶. Les options ouvertes par l'article 5 reposent donc sur la notion de « proximité » mais sont d'interprétation stricte comme l'a affirmé à plusieurs reprises la Cour de justice⁷¹⁷. Parmi ces matières, figurent les contestations relatives à un contrat et à un délit qui ont suscité un important contentieux, de profondes différences existant entre les traditions nationales. Pour ces raisons, nous étudierons les notions autonomes élaborées par la Cour s'agissant de la « matière contractuelle » et de « la matière délictuelle ».

14.- La notion de « matière contractuelle », sa distinction avec la « matière délictuelle », revêt une portée différente selon les États membres. Les remous qui ont entouré les premières initiatives autour d'un Code civil européen et la réorientation actuelle des travaux vers l'élaboration d'un Cadre Commun de Référence (CCR), les retards apportés à l'adoption des règlements Rome I et Rome II, expriment clairement que la définition même du contrat est culturelle, constitue le reflet d'une civilisation, certains droits, comme le droit français retenant une conception subjective du contrat, protectrice du consentement de la personne, d'autres droits, comme le droit anglais, faisant prévaloir une conception objective, économique du contrat⁷¹⁸.

Or, dans ce contexte de pluralisme juridique, l'article 5 de la Convention de Bruxelles, l'article 5 du système BXL I ouvre une option au demandeur en faveur du *tribunal du lieu où l'obligation qui sert de base à la demande a été ou doit être exécutée* », sans définir les notions de « matière contractuelle », d'« obligation qui sert de base à la demande » et de « lieu d'exécution ».

15.- Dans un arrêt du 22 mars 1983, *Martin Peters*,⁷¹⁹ la Cour s'est donc prononcée pour une définition autonome de la « matière contractuelle » mais son approche jusqu'ici, demeure prudente. Loin d'établir une définition générale de la notion de contrat qui pourrait heurter les traditions nationales, la Cour adopte une démarche casuistique, fonctionnelle, qui vise de manière pragmatique à assurer le fonctionnement unitaire et efficace de la Convention et du règlement

⁷¹⁶ Rapport Jénard, J.O.C.E C59, 05 mars 1979, p 1, spé. p 22.

⁷¹⁷ Voir notamment : C.J.C.E., 6 octobre 1976, De Bloos, aff. 24/76 ; 22 novembre 1978, Somafer, aff. 33/78 ; 22 mars 1983, Peters, aff. 34/82 ; 27 septembre 1988, Kalfelis, aff. 189/87 ; 17 juin 1992, Jakob Handte, C-26/91 ; 9 janvier 1997, Rutten, C-383/95.

⁷¹⁸ Les professeurs Serge GUINCHARD et Frédérique FERRAND (Serge Guinchard, Frédérique Ferrand : « Procédure civile ; droit interne et droit communautaire », Précis Dalloz, droit privé, 28^{ème} édition, p 422) constatent, ainsi, que « *par exemple, alors que le droit français considère que l'action en responsabilité du sous-acquéreur contre le fabricant d'un bien est « nécessairement de nature contractuelle », le droit allemand, en l'absence de tout contrat entre ces personnes, considère que seules les règles de la responsabilité délictuelle peuvent trouver à s'appliquer. Inversement, alors que les fautes précontractuelles commises (par exemple lors de la négociation d'un contrat) sont, par le jeu d'une fiction jurisprudentielle, sanctionnées par une responsabilité de type quasi contractuel en Allemagne (...), les tribunaux français ne voient dans une telle hypothèse qu'un cas d'application de la responsabilité délictuelle de droit commun si les conditions en sont remplies* ».

⁷¹⁹ Aff. 34/82, Rec. 987, point 9.

Bruxelles I⁷²⁰. Selon la Cour, la notion de contrat implique un lien direct entre les parties au litige, « *un engagement librement assumé d'une partie envers une autre* ». ⁷²¹ En revanche, à défaut de tout lien contractuel entre le fabricant et le sous-acquéreur, ne relève pas de « la matière contractuelle », l'action en réparation du préjudice pour non conformité de la chose vendue exercée par le sous-acquéreur à l'encontre du fabricant⁷²².

16.- Enfin, les relations précontractuelles relèvent de la matière délictuelle⁷²³, définie également de manière autonome comme « (...) *toute demande qui vise à mettre en jeu la responsabilité d'un défendeur et qui ne se rattache pas à la matière contractuelle au sens de l'article 5, point 1, de la même convention* »⁷²⁴. Relève ainsi de la matière délictuelle ou quasi-délictuelle, « *l'obligation extracontractuelle incombant au commerçant de s'abstenir, dans ses relations avec les consommateurs, de certains comportements que le législateur réprime* »⁷²⁵ dont celle de s'abstenir d'inscrire des clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs.

17.- Comme on peut le constater, les « **notions autonomes** » permettent une uniformisation dans l'application de la convention et du règlement Bruxelles I malgré l'imprécision des termes de ces instruments et les divergences nationales. Ces notions ne relèvent pas, à l'évidence, d'une volonté de théorisation préalable à l'élaboration d'un droit commun, soit par le caractère sommaire de leur énoncé et leur approche casuistique (en matière contractuelle et délictuelle, notamment), soit par l'intégration ascendante de conceptions communes aux États membres (dans les critères relatifs au domicile des personnes morales, par exemple). En cela, elles ont une moindre portée que celle des « notions autonomes » développées dans le cadre du marché intérieur⁷²⁶. Elles ont donc

⁷²⁰ C'est ainsi qu'elle affirme de manière constante les principes qui régissent l'application du système Bruxelles I : « *la notion de « matière contractuelle » doit être interprétée de manière autonome, en se référant au système et aux objectifs de la convention, en vue d'assurer l'application uniforme de celle-ci dans tous les États contractants; cette notion ne saurait, dès lors, être comprise comme renvoyant à la qualification que la loi nationale applicable donne au rapport juridique en cause devant la juridiction nationale* » (Voir, notamment, C.J.C.E. 17 juin 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967, point 10; 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, Rec. p. I-6511, point 15; 17 septembre 2002, Tacconi, C-334/00, Rec. p. I-7357, point 19, 1^{er} octobre 2002, Henkel, C-167/00, Rec. p. I-8111, point 35 ; 5 février 2004, Frahuil, C-265/02, Rec. I- 1543, point 22).

⁷²¹ Voir notamment, 22 mars 1983, Martin Peters, aff. 34/82, Rec. 987, point 9 ; 17 juin 1992, Handte, C-26/91, point 15 ; 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, point 17 ; 17 septembre 2002, Tacconi, C-334/00, point 23 ; 5 février 2004, Frahuil, C-265/02, point 24. Entrent dans la matière contractuelle visée par l'article 5.1, « *les obligations ayant pour objet le versement d'une somme d'argent et trouvant leur fondement dans le lien d'affiliation existant entre une association et ses adhérents* » (C.J.C.E., 22 mars 1983, Martin Peters, op. cit. point 15) ; « *un litige relatif à la rupture abusive d'un contrat d'agence commerciale autonome et au paiement de commissions dues en exécution de ce contrat* ».

⁷²² C.J.C.E., 17 juin 1992, Handte, C-26/91, Rec. p. I-3967. La Cour rejette ainsi la construction prétorienne de la Cour de cassation française relative aux chaînes de contrats.

⁷²³ C.J.C.E., 17 septembre 2002, Tacconi, C-334/00, op. cit.

⁷²⁴ Voir notamment, C.J.C.E., 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565, point 17 ; 26 mars 1992, Reichert et Kockler, C-261/90, Rec. p. I-2149, point 16 ; 1^{er} octobre 2002, C-167/00, Verein für Konsumenteninformation, point 36.

⁷²⁵ C.J.C.E., 1^{er} octobre 2002, C-167/00, Verein für Konsumenteninformation, point 41.

⁷²⁶ Cette remarque se vérifie particulièrement en ce qui concerne la notion de mesures d'effet équivalant à des restrictions quantitatives dans les diverses nuances apportées par la Cour.

principalement un rôle fonctionnel, celui de faire prévaloir « le système et les objectifs »⁷²⁷ de la Convention et du règlement Bruxelles I en les plaçant dans le seul cadre communautaire. Mais surtout, l'élaboration de ces « notions autonomes » a permis à la Cour de mettre en lumière des principes communs en matière de procédure civile, à partir de principes qui étaient déjà présents dans l'ordre juridique communautaire, comme celui de la sécurité juridique et de principes communs aux États membres.

18.- Ainsi, la sécurité juridique et l'exigence de prévisibilité de la juridiction compétente dans le chef du futur défendeur impliquent une interprétation stricte des règles de compétence.⁷²⁸ Les règles de compétence spéciale doivent être interprétées dans un sens protecteur de la partie présumée vulnérable et ne doivent pas avoir pour effet de la dissuader d'agir en justice.⁷²⁹ Il convient également d'éviter de multiplier les chefs de compétence juridictionnelle à propos d'un même rapport juridique⁷³⁰, de concevoir largement les notions de litispendance⁷³¹ et de connexité⁷³² afin d'« éviter des procédures parallèles pendantes devant les juridictions de différents États contractants et les contrariétés de décisions qui pourraient en résulter »⁷³³. Le juge compétent doit enfin assurer tout particulièrement le respect des droits de la défense⁷³⁴ et du principe du contradictoire⁷³⁵.

⁷²⁷ Voir, notamment, C.J.C.E. 21 juin 1978, Bertrand, 150/77, Rec. p. 1431, points 14 à 16; 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, Rec. p. I-139, point 13; 3 juillet 1997, Benincasa, C-269/95, Rec. p. I-3767, point 12; 27 avril 1999, Mietz, C-99/96, Rec. p. I-2277, point 26, 11 juillet 2002, Gabriel, C-96/00, Rec. p. I-6367, point 37, 20 janvier 2005, Johann Grüber, C-464/01, point 31.

⁷²⁸ Voir, notamment, C.J.C.E. 17 juin 1992, Handte, C-26/91, point 14 ; 27 octobre 1998, Réunion européenne e.a., C-51/97, point 16 ; 5 février 2004, Frahuil, C-265/02, point 23, 20 janvier 2005, Johann Gruber, C-464/01, point 32.

⁷²⁹ « ... la Cour a itérativement jugé que le régime particulier institué par les dispositions du titre II, section 4, de la convention de Bruxelles, qui déroge à la règle de principe prévue à l'article 2, premier alinéa, de celle-ci et à la règle de compétence spéciale pour les contrats en général, énoncée à l'article 5, point 1, de cette même convention, a pour fonction d'assurer une protection adéquate au consommateur en tant que partie au contrat réputée économiquement plus faible et juridiquement moins expérimentée que son cocontractant professionnel, partie qui ne doit pas être découragée d'agir en justice en se voyant obligée de porter l'action devant les juridictions de l'État sur le territoire duquel son cocontractant a son domicile » (voir, notamment, 19 janvier 1993, Shearson Lehman Hutton, C-89/91, point 18 ; 11 juillet 2002, Gabriel, C-96/00, point 39, 20 janvier 2005, Johann Gruber, C-464/01, point 34).

⁷³⁰ C.J.C.E., 19 février 2002, Besix, C-256/00, Rec. p. I-1699, point 27; 11 juillet 2002, Gabriel, C-96/00, point 57, 5 février 2004, DFDS Torline, C-18/02, point 26, 20 janvier 2005, Johann Gruber, C-464/01, point 44.

⁷³¹ C.J.C.E., 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik KG contre Giulio Palumbo, affaire 144/86, Rec. p. 4861 : point 18 : « en effet, si dans un cas tel que celui de l'espèce, les questions litigieuses relatives à un même contrat de vente international n'étaient pas tranchées par le seul tribunal devant lequel la demande en exécution du contrat est pendante et qui a été saisi en premier lieu, la partie demanderesse en exécution du contrat serait exposée au risque de se voir refuser, au titre de l'article 27, alinéa 3, la reconnaissance d'une décision rendue en sa faveur, et ce bien que le moyen de défense éventuellement présenté par la partie défenderesse et tiré de l'absence de force obligatoire du contrat n'ait pas été retenu. En effet, il ne saurait être mis en doute que la reconnaissance d'une décision judiciaire rendue dans un État contractant et prononçant la condamnation à l'exécution d'un contrat serait refusée dans l'État requis s'il existait une décision d'un tribunal de cet État prononçant l'annulation ou la résolution du même contrat. Pareil résultat comportant la limitation des effets de chaque décision judiciaire au territoire national irait à l'encontre des objectifs de la Convention visant à renforcer, dans tout l'espace juridique communautaire, la protection juridique et à faciliter la reconnaissance, dans chaque État contractant, des décisions judiciaires rendues dans tout autre État contractant ».

⁷³² C.J.C.E., 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, Rec. p. 5565, points 11 et 12.

⁷³³ C.J.C.E., 27 septembre 1988, Kalfelis, 189/87, op. cit. point 13.

⁷³⁴ C.J.C.E., 24 juin 1981, Elefanten Schuh GmbH, affaire 150/80, Rec. p. 1671 point 14 « En effet, d'après le droit de procédure civile de certains États contractants, le défendeur qui ne soulèverait que le problème de la compétence

Sans anticiper sur les développements qui suivent, on peut donc déjà souligner l'une des fonctions essentielles de ces « notions autonomes », celle de contribuer à l'émergence de principes communs procéduraux, résultant de mouvements d'intégration descendants aussi bien qu'ascendants et participant ainsi à la mise en œuvre de la confiance mutuelle, indispensable dans les mécanismes de reconnaissance et d'exécution des jugements.

Si l'intégration continue découlant de la mise en œuvre de « notions autonomes » coexiste avec les traditions juridiques nationales, il n'en va pas de même s'agissant de la reconnaissance de concepts par le juge d'un État dans lequel ces concepts sont inconnus, comme le « trust », notion propre au droit anglais.

B. Les difficultés dans la reconnaissance de concepts « étrangers » : le risque d'une « nationalisation »/dénaturation.

19.- A la demande du Royaume-Uni et de l'Irlande, un nouveau chef de compétence a été introduit dans la Convention, celui de l'article 5-6 qui prévoit que le défendeur peut être attrait « *en sa qualité de fondateur, de trustee ou de bénéficiaire d'un trust constitué soit en application de la loi, soit par écrit ou par une convention verbale, confirmée par écrit, devant les tribunaux de l'État membre sur le territoire duquel le trust a son domicile* ». L'article 5.6 donne donc compétence au tribunal sur le territoire duquel le trust a son domicile mais la détermination de celui-ci ne peut s'aligner sur celle du domicile des personnes morales, le trust n'ayant pas la personnalité morale. L'article 60.3 du règlement Bruxelles I renvoie donc aux règles de droit international privé de l'État membre du juge saisi.

20.- Or, le trust est une institution anglo-saxonne, inconnue de certains droits comme le droit français. Les professeurs Serge GUINCHARD et Frédérique FERRAND⁷³⁶, la définissent comme une institution « *en vertu de laquelle une personne appelée trustee se voit confier la propriété de biens mobiliers ou immobiliers ou la titularité de droits afin d'en assurer la gestion dans l'intérêt d'une ou de plusieurs autres personnes appelées bénéficiaires* ». Le trust peut être volontaire ou légal. De fait, il n'existe pas de définition précise en droit anglais. La Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance définit le trust dans son article 2 comme « *les relations juridiques créées par une personne, le constituant, - par actes entre vifs ou à cause de mort - lorsque des biens ont été placés sous le contrôle d'un trustee dans l'intérêt d'un bénéficiaire ou dans un but déterminé* ».

Le trust peut donc être considéré comme une institution non dotée de la personnalité morale qui implique « (...) *que la propriété des droits et biens objets du trust soit transférée au trustee, qui en devient le propriétaire selon le droit de common law, tandis que le bénéficiaire du trust se voit reconnaître un droit réel selon le droit de l'Equity, qui prime celui reconnu au trustee. Le trustee n'est donc pas propriétaire au sens « civiliste » du terme, des droits et biens objets du trust : son droit de propriété n'a rien d'absolu, en raison notamment du droit réel*

pourrait être forclos à faire valoir ses moyens de fond dans le cas où le juge rejeterait le moyen d'incompétence. Une interprétation de l'article 18 qui permettrait d'arriver à un tel résultat serait contraire à la protection des droits de la défense dans la procédure d'origine, qui constitue l'un des objectifs de la Convention ». Voir également C.J.C.E. 16 juin 1981, Klomps (166/80, Rec. p. 1593, point 7); 21 avril 1993, Sonntag (C-172/91, Rec. p. I-1963, point 38...

⁷³⁵ C.J.C.E., 21 mai 1980, Denilauler, 125/79, Rec. p. 1553, point 13, voir infra, II.

⁷³⁶ Serge Guinchard, Frédérique Ferrand : « Procédure civile. Droit interne et droit communautaire », Dalloz, 28^{ème} édition, p. 436.

reconnu au bénéficiaire du trust. La propriété des droits et biens objets du trust ne lui est transférée que pour lui permettre d'assurer la mission de gestion qui lui a été confiée par le settlor»⁷³⁷.

21.- Les difficultés suscitées par l'intégration du trust dans le système de Bruxelles I sont de plusieurs ordres.

La première réside dans la détermination même du domicile du trust. Le professeur Hélène GAUDEMET-TALLON⁷³⁸, se fondant sur le rapport P. Schlosser précise que « *l'on doit partir de l'idée que les trusts ont un « centre d'intérêt local », centre d'intérêt qui pourrait jouer un rôle analogue à celui du siège des sociétés* ». Parmi les critères qui pourraient être retenus, le rapport Schlosser cite « *le centre de gestion du trust, le lieu de résidence des trustees, la situation des biens du trust, la nature des objectifs poursuivis par le trust et le lieu d'exécution des obligations nées du trust* », critères qui, comme le souligne Mme GAUDEMET-TALLON, sont vagues, « *peuvent ne pas tous concorder (et) risquent d'engendrer des difficultés* »⁷³⁹.

Le deuxième ordre de difficultés provient de l'application par le juge saisi des règles de droit international privé du for dans l'hypothèse où cet État ne connaît pas l'institution du trust. En France, le juge procède d'abord à une opération de qualification juridique avant de déterminer la règle applicable. Par conséquent, la question est de savoir comment le juge français, confronté à un litige relatif à un trust, va qualifier cette opération, en l'absence d'instruments législatifs intégrant cette notion ?

22.- Force est de constater que l'institution du trust heurte si profondément la tradition juridique française que la jurisprudence française en la matière reflète un embarras certain, des errements conduisant à une dénaturation de ce concept. Mme Diane LE GRAND DE BELLEROUCHE⁷⁴⁰ montre ainsi comment le juge français, en analysant le concept de trust par analogie, par rapport à des catégories juridiques du droit français, aboutit à des solutions erronées.

Ainsi, l'institution du trust porte atteinte au principe d'unicité du patrimoine. En effet, « *il est nécessaire d'opérer une distinction entre ce que le droit français dénommerait le « patrimoine » personnel du trustee et le fonds du trust, notamment dans un but de protection des créanciers du trustee et du trust* »⁷⁴¹. Dans un arrêt du 20 février 1996, la Cour de cassation⁷⁴² a résolu cette contrariété de principes en considérant que la constitution d'un trust par lequel le constituant se dépouille « *d'un capital pour en recevoir les revenus sa vie durant, tout en chargeant le trustee de le remettre, au jour de sa mort, aux bénéficiaires désignés par lui à cette date, (...) réalise une donation indirecte qui, ayant pris effet au moment du décès du donateur par la réunion de tous ses éléments, prend date à ce jour* ».

La Cour méconnaît ainsi l'effet du trust, qui est de transférer « la propriété équitable » au profit du ou des bénéficiaires, sans que ce transfert soit subordonné à une acceptation du bénéficiaire.

⁷³⁷ Diane Le Grand de Belleruche : « l'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale » in « Critique de l'intégration normative » Mireille Delmas-Marty (dir.), PUF, « les voies du droit », 2004, p. 139, spé. p. 158.

⁷³⁸ Hélène Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p. 63.

⁷³⁹ Ibidem

⁷⁴⁰ Diane Le Grand de Belleruche : « l'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale », op. cit.

⁷⁴¹ Diane Le Grand de Belleruche : « l'intégration du concept de trust à l'échelle régionale et mondiale », op. cit. p.144.

⁷⁴² Cour de cassation, Civ 1^{ère}, 20 février 1996, Bull. I, n° 93, p.62.

Ensuite, le trust porte atteinte au principe du caractère absolu du droit de propriété, tel qu'il est posé à l'article 544 du Code civil,⁷⁴³ par la distinction opérée par cette institution entre droit de propriété en *common law* du trustee et droit de propriété en *equity* du bénéficiaire du trust. Finalement, le juge français a tout à tour assimilé le trustee à un exécuteur testamentaire ou à un mandataire, le bénéficiaire à un légataire universel, le trust à une donation. On citera également cet arrêt de la Cour d'appel de Paris, en date du 10 janvier 1970⁷⁴⁴ qui définit ainsi le trust comme la convention « *au moyen de laquelle ont été réalisées des libéralités à cause de mort (qui) constitue un contrat synallagmatique relevant non de la loi successorale mais de la loi d'autonomie, c'est à dire de la loi sous l'empire de laquelle les parties ont entendu se placer* ». Or, le trust ne constitue ni un contrat synallagmatique dans la mesure où il résulte d'un engagement unilatéral du constituant, ni un contrat de mandat, le trustee, contrairement au mandataire, étant propriétaire des biens du trust.

23.- Par conséquent, pour certains auteurs, « *la Convention de La Haye du 1^{er} juillet 1985 sur la loi applicable au trust et à sa reconnaissance (pourrait) servir de guide, en particulier l'article 7 qui indique les indices dont il faut notamment tenir compte lorsque les parties n'ont pas désigné la loi applicable au trust* »⁷⁴⁵. Mais cette convention n'a pas été ratifiée par la France. De fait, la réponse ministérielle apportée par Madame le Garde des Sceaux⁷⁴⁶ à la question d'une ratification par la France de la Convention de La Haye de 1985 montre une certaine méfiance à l'égard du trust, en dépit de l'adoption par la France, d'un instrument assez proche, celui de la fiducie, par la loi n°2007-211 du 19 février 2007. Parmi les arguments avancés dans cette réponse pour justifier les réticences françaises à la ratification de la Convention est soulignée la nécessité de veiller à ce qu'une telle ratification n'emporte pas reconnaissance en France, sans aucun contrôle, de patrimoines d'affectation, créés selon un droit étranger, qui échapperaient aux mesures de transparence imposées aux fiducies françaises et celle de lutter contre le blanchiment d'argent et les fraudes, s'agissant de trusts constitués à l'étranger qui devraient être reconnus en droit interne.

24.- A cet égard, la loi du 19 février 2007⁷⁴⁷ définit la fiducie⁷⁴⁸ comme : « *l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires* ».

Selon les articles 2014 et 2015 du Code civil, « *Seules peuvent être constituants les personnes morales soumises de plein droit ou sur option à l'impôt sur les sociétés...* » et ne peuvent avoir la qualité de fiduciaires que les organismes financiers réglementés que sont les établissements de crédit, les entreprises d'investissement et les entreprises d'assurance. Par conséquent, le fiduciaire est soumis au régime de ces organismes (obligation d'agrément, incompatibilités, sanctions...) ainsi qu'aux obligations afférentes à la lutte contre le blanchiment d'argent et le financement du terrorisme.

⁷⁴³ Article 544 : « La propriété est le droit de jouir et de disposer des choses de la manière la plus absolue, pourvu qu'on en fasse pas un usage prohibé par les lois ou par les règlements ».

⁷⁴⁴ Paris, 10 janvier 1970, Rev. Critique 1971, 518, note Droz.

⁷⁴⁵ Hélène Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p.63. En ce sens, B. Audit : « Droit international privé », Economica, 4^{ème} édition, p. 433.

⁷⁴⁶ Rép. Min. n°55, JO Sénat du 24 janvier 2008, p.160

⁷⁴⁷ Intégrée dans les articles 2011 à 2031 du Code civil.

⁷⁴⁸ Article 2011 du Code civil.

Bien que la notion de fiducie soit proche de celle de trust, on peut constater qu'elle a subi des transformations, par rapport au modèle anglais, afin de la rendre compatible avec les principes du droit français : elle ne comporte pas de démembrement du droit de propriété, le fiduciaire étant titulaire de la pleine propriété des biens, objets de la fiducie. Elle ne porte pas non plus atteinte au principe de l'unicité du patrimoine, les biens mis en fiducie faisant partie du patrimoine du fiduciaire. Enfin, la fiducie est toujours établie par un contrat ou par la loi (article 2012) et l'article 2013 établit une nullité d'ordre public concernant des fiducies qui procéderaient d'une intention libérale au profit du bénéficiaire.

25.-L'exemple du trust exprime donc les limites de l'intégration ou de l'élaboration d'une culture judiciaire commune. La reconnaissance ou l'intégration d'un concept totalement étranger ou contraire à des principes culturellement enracinés d'un droit national, comme le sont l'unicité du patrimoine et le caractère absolu du droit de propriété en droit français, conduisent à un rejet ou à une dénaturation de ce concept. Mais on peut en sens inverse constater le rôle moteur que peuvent jouer ces notions « étrangères » qui, après un « remodelage » visant à les rendre conformes à la tradition de l'État récipiendaire, sont intégrées par celui-ci sous une autre appellation. C'est le cas de la fiducie, nouvel instrument de droit français et de droit italien, celui-ci ayant créé récemment une institution comparable. Nous allons découvrir, dans les développements suivants, comment la confiance mutuelle est appelée à jouer dans les règles de compétence et de reconnaissance et d'exécution des jugements par le jeu combiné des mécanismes d'intégration et de réseaux.

II. La confiance mutuelle, ciment d'une culture commune des règles de compétence, de reconnaissance et d'exécution des jugements.

26.- Selon les professeurs Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE⁷⁴⁹ « les multiples enjeux substantiels et procéduraux du choix de la juridiction compétente expliquent que les parties tentent de profiter de la disparité des systèmes juridictionnels et d'introduire dans des pays différents des procédures parallèles. » Ces risques de « *forum shopping malus* »⁷⁵⁰ constitueraient un véritable « fléau du contentieux privé international ». Les conflits de procédure qui peuvent découler de cette course au for font l'objet de deux approches différentes par les pays de *common law* et les pays de droit continental et le système Bruxelles I a posé un certain nombre de règles visant à harmoniser ces règles de conflit selon une approche intégrée. Bien que ni la Convention de Bruxelles ni le règlement Bruxelles I ne fassent référence à la notion de « confiance mutuelle », contrairement aux règlements ultérieurs, la Cour de justice fonde l'ensemble du système sur celle-ci. La Cour affirme ainsi que « (...) la convention de Bruxelles repose nécessairement sur la confiance que les États contractants accordent mutuellement à leurs systèmes juridiques et à leurs institutions judiciaires. C'est cette confiance qui a permis la mise en place d'un système obligatoire de compétence, que toutes les juridictions entrant dans le champ d'application de la convention sont tenues de respecter, et la renonciation corrélatrice par ces mêmes États à leurs règles internes de reconnaissance et d'exequatur des jugements étrangers au profit d'un mécanisme simplifié de reconnaissance et d'exécution des décisions de justice. »⁷⁵¹. La confiance mutuelle est donc appelée à jouer dans les règles de compétence d'une part (A) et dans les mécanismes de reconnaissance et d'exécution des jugements, d'autre part (B). Par conséquent, il conviendra d'analyser à travers la mise en œuvre des règles du

⁷⁴⁹ Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la Pradelle : « Droit international privé », L.G.D.J. 2007, p. 332.

⁷⁵⁰ P. de Vareilles-Sommières : « Le forum shopping devant les juridictions françaises », *Travaux du Comité français de droit international privé* (éd. du C.N.R.S.), 1998-1999, p. 49.

⁷⁵¹ CJCE, 9 décembre 2003, C-116/02, Erich Gasser GmbH et MIS AT Srl, point 72.

système Bruxelles I et de leur interprétation, l'effectivité de cette notion et de repérer ses « grippages » éventuels .

A. Conflit de procédures. La question de l'admission des exceptions de forum non conveniens et des injonctions « anti-suit », la confiance dans les règles communautaires de compétence

27.- Il est généralement admis « *que les conflits de procédures sont l'expression, dans le domaine des conflits de juridictions, de l'irréductible disparité des systèmes juridiques. Le simple fait d'ouvrir aux parties des options de compétence juridictionnelle, y compris en droit conventionnel ou en droit communautaire, favorise les conflits de procédures sans qu'il soit toujours possible de tracer les limites de l'habileté ou de l'illicite* »⁷⁵².

On peut isoler deux hypothèses : - un même litige (ce qui suppose une identité de parties, d'objet et de cause) est soumis à deux juges différents, ce qui risque d'entraîner une contrariété de décisions et l'impossibilité d'exécuter l'une des décisions rendues. Cette hypothèse, qui est celle de la litispendance, est régie par les articles 27, 29 et 30 du règlement (articles 21 et 23 de la Convention) ;

- dans un deuxième cas de figure, on peut envisager que plusieurs demandes, qui ne présentent pas une identité de parties, d'objet et de cause, soient néanmoins « *liées entre elles par un rapport si étroit qu'il y a intérêt à les instruire et les juger en même temps afin d'éviter des solutions qui pourraient être inconciliables si les causes étaient jugées séparément* »,⁷⁵³ c'est l'hypothèse de la connexité (articles 28, 29 du règlement Bruxelles I, articles 22 et 23 de la Convention).

28.- Nous n'évoquerons que le premier cas, celui de **la litispendance**, qui est révélateur des ruptures de la confiance mutuelle qui peuvent se produire. L'article 27 du règlement Bruxelles I pose le principe que, dans le cas de demandes pendantes devant deux juridictions d'Etats membres différents : « *la juridiction saisie en second lieu surseoit d'office à statuer jusqu'à ce que la compétence du tribunal premier saisi soit établie. Lorsque la compétence du tribunal premier saisi est établie, le tribunal saisi en second lieu se dessaisit en faveur de celui-ci* ».

Cet article pose un certain nombre d'interrogations concernant les notions « d'identité des parties », « d'objet » et de « cause » auxquelles la Cour a apporté des solutions parfois très critiquées. Il convient aussi de déterminer les critères chronologiques de mise en œuvre de l'exception de litispendance.

29.- Comme elle l'a fait pour les critères relatifs au champ d'application et aux compétences, la Cour a défini de manière autonome les notions de « litispendance », « identité des parties », « d'objet » et de « cause », en mettant en avant les objectifs de bonne administration de la justice et de protection des parties⁷⁵⁴. Ces notions sont entendues de manière large, la position procédurale

⁷⁵² Marie-Laure Niboyet, Géraud de Geouffre de la Pradelle : « Droit international privé », op. cit. p. 333.

⁷⁵³ Article 28.3. du règlement Bruxelles I.

⁷⁵⁴ C.J.C.E., 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik, aff. 144/86, Rec. 4861, voir point 8 : « (...)Il convient de rappeler que la Convention vise, selon son préambule... notamment à faciliter la reconnaissance et l'exécution des décisions judiciaires ainsi qu'à renforcer, dans la Communauté, la protection juridique des personnes qui y sont établies. Pour ce qui est plus particulièrement de l'article 21, celui-ci figure, ensemble avec l'article 22, relatif à la connexité, à la section 8 du Titre II de la Convention, section qui tend, dans l'intérêt d'une bonne administration de la justice au sein de la Communauté, à éviter des procédures parallèles pendantes devant les juridictions de différents Etats contractants et les contrariétés de décisions qui pourraient en résulter. Ainsi, cette réglementation vise à exclure,

des parties (demandeur ou défendeur) à chaque instance étant indifférente en ce qui concerne leur identité, à partir du moment où les exigences d'identité d'objet et de cause sont réunies⁷⁵⁵.

30.-La « cause » viserait « *les faits et la règle juridique invoqués comme fondement de la demande* »⁷⁵⁶. Ainsi, « (...)ont la même cause une demande en déclaration de non-responsabilité, telle que celle introduite en l'espèce au principal par les propriétaires du navire, et une autre demande, telle que celle introduite ultérieurement par les propriétaires des marchandises sur le fondement de contrats de transport distincts, mais libellés en termes identiques, portant sur les mêmes marchandises transportées en vrac, marchandises endommagées dans les mêmes circonstances »⁷⁵⁷.

31.- S'agissant de l'objet, « *il consiste dans le but de la demande* »⁷⁵⁸. L'identité d'objet est entendue d'une manière tellement large par la Cour de justice qu'elle est susceptible de porter atteinte, dans une certaine mesure, aux fondements même des traditions juridiques nationales. Ainsi, le droit français du contrat établit une distinction très nette entre l'action en nullité visant à sanctionner les vices dans la formation du contrat et l'action en résolution visant à l'annulation d'un contrat régulièrement formé mais qui n'a pas été exécuté. Or, la Cour considère qu'il y a identité d'objet entre une demande en exécution d'un contrat et une demande en nullité, ou à titre subsidiaire, en résolution, aux motifs que « *la force obligatoire du contrat se trouve au centre des litiges* »⁷⁵⁹. La cause serait identique parce que fondée sur le même rapport contractuel.

32.- L'intérêt du développement d'une notion autonome de la litispendance est évident, en regroupant les contentieux, il permet ainsi d'éviter que des procédures parallèles soient engagées. Il est intéressant de relever que la Cour de cassation a fait application de ces notions autonomes dans une douzaine d'arrêts, dans le cadre de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I. Ainsi, dans un arrêt du 17 janvier 2006, elle casse un arrêt de la Cour d'appel d'Aix-en-Provence qui, saisie d'une action en contrefaçon, avait rejeté la demande de dessaisissement formée par la société défenderesse au profit d'une juridiction italienne saisie d'un litige opposant les mêmes parties, portant sur la résiliation de leurs conventions et le caractère licite de l'usage par la société des dessins fournis par son cocontractant⁷⁶⁰. La Cour de cassation entend faire prévaloir

dans toute la mesure du possible, dès le départ, une situation telle que celle visée à l'article 27, alinéa 3, à savoir la non-reconnaissance d'une décision en raison de son incompatibilité avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État requis ». Voir également les points 10 et 11 dans lesquels la Cour souligne qu'on ne saurait « ... déduire d'un rapprochement des différentes dispositions nationales pertinentes une notion commune de litispendance ». En ce sens, 6 décembre 1994, Taty, C-406/92, Rec. p. I-5439, point 30 ; C.J.C.E., 19 mai 1998, Drouot assurances S.A., C-351/96, Rec. 3075, point 16...

⁷⁵⁵ C.J.C.E., 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik, aff. 144/86, Rec. 4861, voir point 15 ; C.J.C.E., 19 mai 1998, Drouot assurances S.A., C-351/96, Rec. 3075, qui admet « (...)que, par rapport à l'objet de deux litiges, les intérêts d'un assureur et de son assuré peuvent être à ce point identiques qu'un jugement prononcé contre l'un aurait force de chose jugée à l'égard de l'autre. Tel serait notamment le cas lorsqu'un assureur, en vertu de son droit de subrogation, engage ou défend un recours au nom de son assuré sans que ce dernier soit à même d'influer sur le déroulement du procès. Dans une telle situation, l'assureur et l'assuré doivent être considérés comme étant une seule et même partie aux fins de l'application de l'article 21 de la convention. » (point 19).

⁷⁵⁶ C.J.C.E., 6 décembre 1994, Taty, C-406/92, Rec. p. I-5439, point 39.

⁷⁵⁷ C.J.C.E., 6 décembre 1994, Taty, C-406/92, op. cit. point 40.

⁷⁵⁸ C.J.C.E., 6 décembre 1994, Taty, C-406/92, op. cit. point 41.

⁷⁵⁹ C.J.C.E., 8 décembre 1987, Gubisch Maschinenfabrik, op. cit. voir RCDIP 1988, 370, note H. Gaudemet-Tallon ; JDI 1988, 537, note Huet.

⁷⁶⁰ Civ. 1^{ère}, 17 janvier 2006, pourvoi n° 04-16 845. Civ.1^{ère}, 6 décembre 2005, Bulletin 2005, I, n° 465, p. 392

l'interprétation communautaire de la notion de litispendance, en rappelant que « (...) l'identité de litige, qui suppose réunies l'identité de parties, de cause et d'objet, se définit par des termes devant recevoir une interprétation communautaire autonome donnée par la Cour de justice des Communautés européennes (notamment au point 11 de l'arrêt *Gubish Maschinen Fabrik AG C/ Palumbo* du 8 décembre 1987, aff. 144/86), et non par référence à un droit national »⁷⁶¹.

33.- S'agissant de déterminer quelle est la juridiction première saisie, là encore les traditions nationales diffèrent en ce qui concerne la conception du moment de la saisine d'une juridiction. Dans le cadre de la Convention, la Cour de justice opérait un renvoi à la loi des juridictions concernées afin de déterminer le moment de la saisine, ce qui ne résolvait pas le problème du conflit de compétences. Le règlement Bruxelles I prend en compte, à son article 30, soit « (...) 1. la date à laquelle l'acte introductif d'instance ou un acte équivalent est déposé auprès de la juridiction, à condition que le demandeur n'ait pas négligé par la suite de prendre les mesures qu'il était tenu de prendre pour que l'acte soit notifié ou signifié au défendeur », soit la date à laquelle l'acte est reçu par l'autorité chargée de la notification ou de la signification si l'acte doit être notifié ou signifié avant d'être déposé auprès de la juridiction.

34.- Contrairement au droit français de la litispendance internationale, il n'appartient pas au juge de vérifier la compétence du juge premier saisi, en faveur duquel il est appelé à se dessaisir si sa compétence est établie. Il doit surseoir à statuer dans l'attente d'une vérification de sa compétence par le juge premier saisi. Cette règle est impérative et se justifie, selon les termes de l'arrêt *Turner* du 27 avril 2004⁷⁶², par le principe de confiance mutuelle. La Cour affirme ainsi qu'« il est inhérent à ce principe de confiance mutuelle que, dans le champ d'application de la convention, les règles de compétence de la convention, qui sont communes à toutes les juridictions des États contractants, puissent être interprétées et appliquées avec la même autorité par chacune d'entre elles »⁷⁶³. Par conséquent, le principe de confiance mutuelle « (...) interdit au juge, sauf cas particuliers (...), de contrôler la compétence d'un juge d'un autre État contractant »⁷⁶⁴.

35.- Le règlement des conflits de compétence par l'exception de litispendance présente donc des avantages indéniables dont le premier, mis en exergue par la Cour, de la sécurité juridique par le respect de la prévisibilité des règles applicables au procès. Cependant, la rigidité des règles relatives à la litispendance peut entraîner des ruptures dans la confiance mutuelle, le juge national étant parfois incité à appliquer ses propres règles de compétence internationale lorsqu'il les considère plus efficaces pour lutter contre la fraude ou l'abus de droit.

1. La rigidité des règles relatives à la litispendance, facteur d'une rupture de la confiance mutuelle.

On peut ainsi envisager trois hypothèses susceptibles de « gripper » le mécanisme de la confiance mutuelle : la question de la combinaison d'une action négatoire et de la mise en œuvre de la litispendance, celle dans laquelle le juge second saisi bénéficie d'une compétence exclusive et l'hypothèse dans laquelle le juge second saisi est compétent en vertu d'une clause attributive de

⁷⁶¹ Civ.1ère, 6 décembre 2005, Bulletin 2005, I, n° 465, p. 392

⁷⁶² CJCE, 27 avril 2004, C-159/02, Gregory Paul Turner, point 24.

⁷⁶³ Point 25 de l'arrêt Turner

⁷⁶⁴ Point 28 de l'arrêt Turner

juridiction. Ces incertitudes ont conduit dans certaines affaires le juge anglais à utiliser ses instruments nationaux que sont les *injonctions anti-suit*, créant une rupture de la confiance mutuelle.

a) L'hypothèse des actions négatoires

36.- En ce qui concerne la première question, les actions négatoires, « *qui permettent, éventuellement avant même la naissance du litige, de faire constater par le juge une situation juridique donnée* »⁷⁶⁵, présentent une grande diversité entre les droits nationaux et dans leur pratique. Or, comme le souligne Mme le professeur Hélène GAUDEMET-TALLON⁷⁶⁶, « *si l'on admet comme l'a fait la C.J.C.E. dans l'arrêt The Ship Tatry du 6 décembre 1994 (...) qu'une action intentée par A visant à faire constater sa non-responsabilité a le même objet qu'une action intentée par B contre A réclamant des dommages-intérêts en raison du dommage que B estime que A lui a causé, il est évident qu'il y a un risque d'inciter le plaideur à « prendre les devants » pour faire constater par le juge telle ou telle situation juridique afin de pouvoir ensuite invoquer la litispendance qui entraînera le dessaisissement du juge qui a été saisi en second par son adversaire* ». Et cet auteur poursuit : « *ces actions présentent un danger particulier en matière de contrefaçon : il peut se faire en effet qu'une action en déclaration de non-contrefaçon soit intentée pour prévenir une action ultérieure en contrefaçon* »⁷⁶⁷. A cet égard, certains spécialistes en droit de la propriété intellectuelle n'hésitent pas à dénommer ces actions, actions « torpilles »⁷⁶⁸ et le danger d'une course déloyale au tribunal est réel. Ce sont les faits qui se posaient dans l'arrêt susmentionné, rendu par la Cour de cassation le 17 janvier 2006, dans lequel la Cour fait jouer la litispendance au profit du for, premier saisi, devant lequel une action négatoire a été introduite par les défenderesses, en contestation d'une action en contrefaçon.

b) L'exclusivité des compétences du juge second saisi

37.- La deuxième faille du système Bruxelles I peut se révéler lorsque le juge second saisi est exclusivement compétent en vertu de l'article 22 du règlement. La Cour de justice, dans l'arrêt *Overseas Union Insurance* du 27 juin 1991⁷⁶⁹ a répondu à cette question en des termes sibyllins qui ont été diversement interprétés : « *s'agissant d'un litige pour lequel une compétence exclusive n'est pas revendiquée au profit du juge saisi en second lieu, il convient de constater... que la seule dérogation à l'obligation de ce juge de se dessaisir, que prévoit l'article 21 de la Convention, est la faculté de surseoir à statuer, laquelle ne peut être exercée que si la compétence du juge saisi en premier lieu est contestée* ». Une interprétation a contrario de ce motif induirait une autre possibilité de dérogation au mécanisme de la litispendance si le juge second dispose d'une compétence exclusive⁷⁷⁰. Cependant, cette interprétation est contredite par l'arrêt *Gasser* du 9 décembre 2003⁷⁷¹ qui concerne la troisième hypothèse précédemment évoquée.

⁷⁶⁵ H. Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p. 265.

⁷⁶⁶ H. Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p. 265

⁷⁶⁷ *Ibidem*, p. 266.

⁷⁶⁸ P. Véron, *Rev. du dr. de la propriété intellectuelle*, mars 2001, n° 121, p 4.

⁷⁶⁹ C.J.C.E., 27 juin 1991, C-351/89, voir point 21 de l'arrêt.

⁷⁷⁰ En ce sens, H. Gaudemet-Tallon : « Compétence et exécution des jugements en Europe », op. cit. p. 272, Serge Guinchard, Frédérique Ferrand : « Procédure civile » op. cit. p. 473, M.-L. Niboyet, G. De Geouffre de la Pradelle : « droit international privé » op. cit. p. 340.

⁷⁷¹ CJCE, 9 décembre 2003, C-116/02, *Erich Gasser GmbH et MIS AT Srl*, RCDIP 2004, note H. Muir Watt, D. 2004. 1046, note Bruneau, *Europe* février 2004. 22 note L. Idot .

c) L'hypothèse d'une clause attributive de juridiction

38.- L'affaire *Gasser* concernait la question d'une clause attributive de juridiction donnant exclusivement compétence à la juridiction d'un État membre saisie en second lieu. La Cour, revenant sur la possibilité de dérogation qu'elle avait semblé ouvrir dans l'arrêt *Overseas*, décide que « (...)l'article 21 de la convention de Bruxelles doit être interprété en ce sens que le juge saisi en second lieu et dont la compétence a été revendiquée en vertu d'une clause attributive de juridiction doit néanmoins surseoir à statuer jusqu'à ce que le juge saisi en premier lieu se soit déclaré incompétent »⁷⁷² et ce, en dépit « (...) des difficultés, telles que celles invoquées par le gouvernement du Royaume-Uni, découlant des comportements dilatoires de parties qui, souhaitant retarder la solution du litige au fond, engagent une action devant un tribunal qu'elles savent incompétent du fait de l'existence d'une clause attributive de juridiction... »⁷⁷³. L'argument apporté par la Cour pour justifier cette décision repose sur le souci d'assurer la sécurité juridique mais sa formulation laisse sceptique.⁷⁷⁴ Selon la Cour, il incomberait au premier juge saisi de vérifier l'existence de la clause et de se dessaisir, si la volonté des parties d'élire la compétence du juge second saisi par une clause attributive de compétence est établie⁷⁷⁵. Et la Cour renchérit en ajoutant que l'un des objectifs poursuivis par l'article 17 de la convention de Bruxelles serait d'établir la réalité du consentement des intéressés dans un souci de protection de la partie jugée plus vulnérable⁷⁷⁶. Cette décision a été unanimement critiquée et, comme l'écrit Mme le professeur Horatia MUIR-WATT⁷⁷⁷, « (...) on voit poindre par ailleurs dans la justification donnée par la Cour à la priorité du critère chronologique de l'article 21, une certaine suspicion à l'égard du juge élu.(...) Cependant, outre le fait qu'il n'est pas démontré pourquoi, dans un système fondé sur la confiance mutuelle et sur la faveur aux élections de for, le juge élu ne serait lui-même qualifié pour déjouer les abus, il semble bien que les comportements déloyaux sont largement encouragés par la primauté du critère chronologique. L'objectivité que présenterait celui-ci est largement sujette à caution. »

2. La réponse aux abus de procédure par les injonctions « anti suit »

39.- Devant de tels risques de fraude ou d'abus de procédures, la question a été posée, à plusieurs reprises, notamment par le juge anglais, de l'utilisation de procédures d'injonction dites « *anti suit* », adressées au défendeur lui faisant interdiction d'introduire ou de poursuivre la procédure devant la juridiction étrangère. Si le défendeur ne respecte pas l'injonction, il s'expose à des poursuites pour outrage au tribunal («*contempt of court*»).

⁷⁷² Point 54 de l'arrêt *Gasser*.

⁷⁷³ Point 53 de l'arrêt *Gasser*

⁷⁷⁴ Point 51 de l'arrêt *Gasser*

⁷⁷⁵ Point 49 de l'arrêt *Gasser*

⁷⁷⁶ Point 50 de l'arrêt *Gasser*

⁷⁷⁷ H. Muir- Watt : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale » in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », Anne-Marie Leroyer, Emmanuel Jeuland (dir.), Dalloz, « Actes », 2004, p.1et s., spé. p 4.

Dans l'arrêt Turner⁷⁷⁸ du 27 avril 2004, qui concernait pourtant un cas de harcèlement procédural, la Cour a jugé que la convention de Bruxelles s'oppose au prononcé d'une injonction *anti suit*, quand bien même la partie qui intente la procédure à l'étranger agit de mauvaise foi dans le but d'entraver la procédure déjà pendante. La Cour fonde sa solution sur le principe de la confiance mutuelle, sur lequel repose le système de la Convention⁷⁷⁹. Elle rappelle que c'est en vertu de ce principe qu'un juge n'est pas autorisé à contrôler la compétence du juge d'un autre État contractant⁷⁸⁰. L'interdiction découlant d'une procédure d'injonction *anti suit*, a pour effet, selon la Cour « de porter atteinte à la compétence de celle-ci pour résoudre le litige. En effet, dès lors que le demandeur se voit interdire d'intenter une telle action par une injonction, force est de constater l'existence d'une ingérence dans la compétence de la juridiction étrangère, incompatible, en tant que telle, avec le système de la convention »⁷⁸¹. Enfin, l'utilisation d'une telle mesure priverait de leur effet utile les mécanismes spécifiques prévus par la convention en cas de litispendance et de connexité⁷⁸².

40.- Cette solution a été paradoxalement étendue à l'hypothèse d'une injonction *anti suit* visant à protéger la mise en œuvre d'une clause d'arbitrage, pourtant exclue du champ d'application de la Convention et du règlement Bruxelles I. Confirmant les positions de Mme l'Avocat général Juliane KOKOTT⁷⁸³, la Cour a décidé, dans un arrêt du 10 février 2009⁷⁸⁴, que « l'adoption, par une juridiction d'un État membre, d'une injonction visant à interdire à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure devant les juridictions d'un autre État membre, au motif qu'une telle procédure serait contraire à une convention d'arbitrage, est incompatible avec le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale ».

41.- Il est curieux que la Cour de justice fasse appel à la confiance mutuelle pour justifier le caractère rigide des règles de litispendance alors que c'est précisément le mécanisme de ces règles, le fait qu'elles autorisent des abus de procédure qui est à l'origine d'une crise de la confiance mutuelle et du rétablissement par le juge national de ses instruments nationaux. Dans son raisonnement, la Cour de justice se fonde sur la prémisse qu'il existe, au préalable, une confiance mutuelle sur laquelle repose le système Bruxelles I. Or, comme cela a été souvent souligné, la confiance mutuelle ne se décrète pas et nous ajouterons, elle doit se nourrir de la conviction partagée par les juges que les exigences procédurales minimales sont respectées. Quelle conviction pourrait engendrer un système qui permet que des abus de procédure prospèrent sans se heurter à une

⁷⁷⁸ CJCE, 27 avril 2004, C-159/02, Gregory Paul Turner, op. cit. Voir Rev. crit. DIP 2004.654, note H. Muir Watt ; R. Carrier, « Anti suit injunction: la C.J.C.E. met fin à un anachronisme (à propos de l'arrêt de la C.J.C.E du 27 avril 2004) », DMF, 2004. 403.

⁷⁷⁹ Ibidem, point 24.

⁷⁸⁰ Ibidem, points 25 et 26.

⁷⁸¹ Ibid. point 27

⁷⁸² Ibid. point 30.

⁷⁸³ Conclusions de Mme Juliane Kokott, 4 septembre 2008, Allianz SpA c/ West Tankers, C-185/07. Dans ses conclusions, Mme l'Avocat général, se fondant sur l'arrêt Turner, avait proposé à la Cour de statuer dans le sens suivant : « Le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil, du 22 décembre 2000, concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, s'oppose à l'injonction par laquelle une juridiction d'un État membre interdit à une personne d'engager ou de poursuivre une procédure judiciaire dans un autre État membre au motif qu'une telle procédure viole, de l'avis de cette juridiction, une convention d'arbitrage. »

⁷⁸⁴ CJCE, 10 février 2009, C-185/07, Allianz SpA c/ West Tankers

sanction ? Comme l'écrit Mme le professeur Horatia MUIR-WATT⁷⁸⁵, « une réflexion sur ces divers dysfonctionnements de la convention de Bruxelles (...) inviterait plutôt à distinguer les mécanismes procéduraux coopératifs des mécanismes qui interfèrent réellement avec la réalisation des objectifs communautaires ». En ce sens, selon nous, la confiance mutuelle s'accorderait davantage avec un mécanisme de réseau dont les juges seraient les régulateurs, ce qui conduirait à rechercher des solutions dans un modèle coopératif, au-delà de l'élaboration d'une notion commune de l'abus, comme l'ont suggéré, notamment, Arnaud NUYS⁷⁸⁶ et Marie-Laure NIBOYET⁷⁸⁷.

3. Vers une convergence des systèmes nationaux de lutte contre les abus de procédure ?

42.- Mme le professeur Marie-Laure NIBOYET propose ainsi un modèle inspiré du projet de Convention mondiale sur la compétence internationale et les effets des jugements discuté au sein de la Conférence de La Haye⁷⁸⁸. Ce projet réaliserait un rapprochement des systèmes de *common law* (avec la procédure de *forum non conveniens*) et de droit civil. Comme l'explique Mme NIBOYET, la convergence réalisée par ce projet « part du constat des déficiences des deux grands systèmes, celui de la litispendance des pays continentaux, trop rigide, et celui, à l'inverse trop souple, de la théorie du forum non conveniens. (...) La solution proposée consiste à coordonner les deux techniques. Le système est le suivant. En principe, le juge saisi en second doit se désister au profit du juge premièrement saisi. Mais le principe ne s'applique pas, si le juge saisi en premier, à la demande de l'une des parties, estime que des circonstances exceptionnelles font apparaître que c'est en réalité le juge saisi en second, qui est le mieux placé pour statuer sur le litige⁷⁸⁹. Le mécanisme permet l'articulation de deux décisions prises séparément par les deux juges concernés. L'un surseoit à statuer en attendant la décision prise par l'autre d'accepter de se saisir du litige »⁷⁹⁰.

Cet auteur propose donc de transposer ce système dans l'espace judiciaire européen, en ouvrant « un véritable dialogue entre les juges concernés prenant appui sur le réseau judiciaire européen ».

C'est encore le principe de confiance mutuelle, celui d'une confiance accordée aux tribunaux de l'État d'origine par les magistrats de l'État requis, qui fonde les mécanismes de reconnaissance mutuelle et d'exécution des décisions prévus par le système Bruxelles I, que nous allons examiner.

B. Reconnaissance et exécution des jugements : vers un ordre public européen ou la confiance dans les principes directeurs du procès ?

⁷⁸⁵ H. Muir- Watt : « Remarques liminaires sur l'espace européen en matière civile et commerciale » in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », op. cit. p. 7.

⁷⁸⁶ A. Nuyts : « L'exception de forum non conveniens (Etude de droit international privé comparé), Bruylant, L.G.D.J., 2003.

⁷⁸⁷ Marie-Laure Niboyet : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) » in Bulletin d'information de la Cour de cassation, n° 631 du 15/12/2005, Communication.

⁷⁸⁸ Avant-projet de convention sur la compétence et les effets des jugements étrangers en matière civile et commerciale, adopté par la commission spéciale le 30 octobre 1999.

⁷⁸⁹ Article 21 de l'avant-projet de convention mondiale de La Haye

⁷⁹⁰ Marie-Laure Niboyet : « La globalisation du procès civil international (dans l'espace judiciaire européen et mondial) », op. cit.

43.- Les décisions de justice, tout comme les règles de compétence judiciaire, sont le reflet de la souveraineté étatique et n'ont d'effet que sur le territoire étatique. La notion d'espace judiciaire apparaît donc étroitement liée à celle de confiance mutuelle, étant conçue comme un espace de libre circulation des jugements. Cette idée était contenue dans le rapport Jénard sur la Convention de Bruxelles : « *la reconnaissance est automatique et ne nécessite pas une décision judiciaire dans l'État requis pour permettre au bénéficiaire de la décision de s'en prévaloir, auprès de tout intéressé, par exemple une autorité administrative, comme s'il s'agissait d'un jugement rendu dans cet État* »⁷⁹¹.

44.- Le système Bruxelles I distingue la reconnaissance⁷⁹² et l'exécution⁷⁹³, cette dernière étant entendue comme la déclaration constatant la force exécutoire. La première, comme sous l'empire de la Convention, est accordée de plein droit ; la seconde demeure soumise à une procédure non contradictoire dans sa phase initiale, mais qui consiste, dans le règlement Bruxelles I en un simple contrôle de régularité formelle. La procédure deviendra contradictoire si l'une des parties élève le contentieux en appel. Il s'agit donc du système d'inversion de contentieux consacrant la priorité de l'exequatur et donc, de la circulation des jugements, à charge pour le défendeur de former un recours contre cette décision.

45.- La confiance mutuelle se manifeste également dans le cadre étroit des motifs pouvant être contrôlés par le juge de l'État requis. Ainsi, ne sont pas, en principe susceptibles de contrôle, la compétence du juge qui a statué ou la loi appliquée.

46.- S'agissant des contrôles qui subsistent et qui pourraient justifier le refus, par le juge de l'État requis, de la reconnaissance ou de l'exécution, l'article 34 du règlement prévoit : la contrariété de la décision à l'ordre public de l'État requis, l'absence de notification en temps utile de l'acte introductif d'instance au défendeur défaillant, la caractéristique inconciliable de la décision avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'État membre requis.

Nous n'évoquerons que la réserve de l'ordre public dans le cadre limité de cette intervention et dans la mesure où cette exception recoupe en partie les deux autres.

1. La réserve de « l'ordre public de l'État requis », l'ordre public de fond.

47.- La Cour a affirmé de manière constante que « *la clause de l'ordre public ne doit jouer que dans des cas exceptionnels* »⁷⁹⁴. Par conséquent, s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État membre, il lui incombe néanmoins « *de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant* »⁷⁹⁵. Partant, la réserve de l'ordre public n'est admissible que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision heurterait de manière inacceptable

⁷⁹¹ Rapport Jénard sur la Convention de Bruxelles, J.O.C.E. mars 1979, n° C 59/43.

⁷⁹² Articles 33 à 37 du règlement.

⁷⁹³ Articles 38 à 52 du règlement.

⁷⁹⁴ C.J.C.E. 2 juin 1994, Solo Kleinmotoren, C-414/92, Rec. p. I-2237, point 20, 28 mars 2000, Krombach, C-7/98, Rec. p. I-1935, point 21, 11 mai 2000, Renault, C-38/98, Rec. p. I-2973, point 26.

⁷⁹⁵ C.J.C.E. 28 mars 2000, Krombach, point 23, 11 mai 2000, Renault, point 28.

l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental⁷⁹⁶. La prohibition de la révision au fond de la décision étrangère a pour conséquence que l'atteinte à l'ordre public de l'État requis ne peut viser que la violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique⁷⁹⁷.

48.- Dans la considération de cet ordre public de fond, il ressort de l'arrêt Krombach du 28 mars 2000 qu'entre également en compte, outre l'ordre public de l'État requis, la protection des droits fondamentaux de la Communauté⁷⁹⁸. Comme elle l'a fait dans la mise en œuvre des libertés du marché intérieur, la Cour affirme de manière constante que « *les droits fondamentaux font partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour assure le respect (voir, notamment, avis 2/94, du 28 mars 1996, Rec. p. I-1759, point 33). À cet effet, la Cour s'inspire des traditions constitutionnelles communes aux États membres ainsi que des indications fournies par les instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré. La convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales revêt, à cet égard, une signification particulière* »⁷⁹⁹. Par conséquent, les droits fondamentaux faisant partie des principes généraux du droit communautaire, la Cour en déduit qu'une juridiction a le droit de refuser de reconnaître un jugement qui a été élaboré en violation manifeste de ces droits.

On peut donc constater qu'au fil des contentieux relatifs à la reconnaissance ou à l'exécution des jugements, la Cour s'achemine vers la construction d'un ordre juridique communautaire des droits fondamentaux issus des traditions constitutionnelles communes aux États membres, de la Convention européenne des droits de l'homme mais également des droits fondamentaux dégagés dans l'ordre juridique communautaire à propos des libertés de circulation, auxquels elle se réfère. Cependant, la question qui s'est posée jusqu'à l'arrêt *Pordéa* rendu par la Cour de cassation française le 16 mars 1999⁸⁰⁰ était de savoir si l'exception d'ordre public couvrait également l'ordre public procédural.

2. De l'ordre public de fond à l'ordre public procédural

49.- Dans l'affaire *Pordéa* était en cause le paiement d'une *cautio judicatum solvi*, somme exigée par le droit anglais pour tout demandeur en justice qui ne réside pas sur le territoire britannique. Le demandeur, ressortissant français résidant en France, n'ayant pas versé la caution judiciaire de 25 000 livres ordonnée par la justice anglaise, avait été débouté de ses demandes en diffamation devant la juridiction anglaise et condamné à payer les frais des défendeurs ; ces frais ayant été, en outre, taxés. La Cour d'appel de Bordeaux avait accordé l'exequatur à ces deux décisions. Sous le visa de l'article 27.1° de la convention de Bruxelles et de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, la Cour de cassation casse l'arrêt rendu par la Cour d'appel en posant un attendu de principe consacrant l'accès au juge comme relevant de l'ordre public procédural international : « *Vu l'article 27.1° de la convention de Bruxelles du*

⁷⁹⁶ Arrêts Krombach, point 37, et Renault, point 30.

⁷⁹⁷ Ibidem.

⁷⁹⁸ C.J.C.E., 28 mars 2000, Krombach, C-7/98, point 40.

⁷⁹⁹ Arrêt Krombach, point 25.

⁸⁰⁰ Civ. 1^{ère}, 16 mars 1999, D. 1999, I.R. 101 ; Chron. H. Muir-Watt, RGDP 1999.767.

27 septembre 1968, ensemble l'article 6.1, de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales ;

Attendu que le droit de chacun d'accéder au juge chargé de statuer sur sa prétention, consacré par le second de ces textes, relève de l'ordre public international, au sens du premier ». En l'espèce, l'importance des frais mis à la charge du demandeur, « dont la demande n'avait même pas été examinée, avait été de nature à faire objectivement obstacle à son libre accès à la justice ».

50.- La Cour de justice a retenu cette conception large de l'ordre public incluant l'ordre public procédural dans l'arrêt *Krombach* du 28 mars 2000 concernant une action civile exercée dans le cadre d'un procès pénal. La juridiction avait refusé au défendeur le droit d'être défendu par un avocat au motif qu'il ne s'était pas conformé à une ordonnance de comparution personnelle, sachant que le défendeur encourait le risque d'être arrêté s'il comparaisait. Le défendeur n'avait donc jamais été entendu et ne disposait d'aucune voie de recours. Cette affaire a permis à la Cour de poser les fondements communautaires du procès équitable.

51.- Ainsi, **le droit fondamental à un procès équitable** exige que le défendeur puisse assurer sa défense de manière effective, qu'il puisse être entendu à tous les stades de la procédure, s'exprimer à un degré suffisant sur tous les faits et points de droit pertinents et présenter des offres de preuves.

52.- Enfin, la récente affaire *Marco Gambazzi*⁸⁰¹ enrichit la notion de procès équitable avec la question des sanctions à l'encontre de personnes qui ne se conforment pas à des injonctions juridictionnelles. Dans ses conclusions du 18 décembre 2008, l'avocat général, après un rappel des critères du procès équitable posés par la Cour, avait souligné la nécessité d'analyser ces procédures à l'aune du principe de proportionnalité et de l'existence de voies de recours. Ainsi, « l'exclusion totale (du défendeur) de la procédure apparaît comme étant certainement la sanction la plus grave de l'inexécution d'une injonction juridictionnelle et, partant, représente la restriction la plus grave possible des droits de la défense. Par conséquent, une telle restriction devra répondre à des exigences très élevées pour pouvoir être considérée comme étant justifiée »⁸⁰². En ce sens, la Cour commence par rappeler le nécessaire caractère contradictoire de la procédure : « (...) les procédures menant à l'adoption de décisions judiciaires (doivent se dérouler) dans le respect des droits de la défense. Toutefois, (...) il suffit, pour que de telles décisions entrent dans le champ d'application de ladite convention, qu'il s'agisse de décisions judiciaires qui, avant le moment où leur reconnaissance et leur exécution sont demandées dans un État autre que l'État d'origine, ont fait, ou étaient susceptibles de faire, dans cet État d'origine, l'objet, sous des modalités diverses, d'une instruction contradictoire (arrêt du 21 mai 1980, *Denilauler*, 125/79, Rec. p. 1553, point 13) »⁸⁰³. Ensuite, « l'exercice des droits de la défense (...) occupe une place éminente dans l'organisation et le déroulement d'un procès équitable et il figure parmi les droits fondamentaux qui résultent des traditions constitutionnelles communes aux États membres et des instruments internationaux concernant la protection des droits de l'homme auxquels les États membres ont coopéré ou adhéré, parmi lesquels la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales, signée à Rome le 4 novembre 1950, revêt une signification particulière (voir, en ce sens, arrêt *Krombach*, précité, points 38 et 39) »⁸⁰⁴. Par conséquent, l'exclusion du défendeur de toute participation à la procédure constituerait « la restriction la plus grave possible apportée aux droits de la défense. Par conséquent, une telle restriction doit répondre à des exigences très élevées pour ne pas être considérée comme une atteinte manifeste et démesurée à ces droits »⁸⁰⁵. Confirmant la

⁸⁰¹ C.J.C.E, 2 avril 2009, C-394/07.

⁸⁰² Point 67 des conclusions.

⁸⁰³ Point 23 des motifs.

⁸⁰⁴ Point 28 des motifs.

⁸⁰⁵ Point 33 des motifs.

position de l'Avocat général, la Cour conclut : « L'article 27, point 1, de la convention du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, (...) doit être interprété de la façon suivante :

le juge de l'État requis peut tenir compte, au regard de la clause de l'ordre public visée à cet article, du fait que le juge de l'État d'origine a statué sur les prétentions du demandeur sans entendre le défendeur, qui s'était régulièrement constitué devant lui mais qui a été exclu de la procédure par une ordonnance au motif qu'il n'avait pas satisfait à des obligations imposées par une ordonnance prise antérieurement dans le cadre de la même procédure, lorsque, au terme d'une appréciation globale de la procédure et au vu de l'ensemble des circonstances, il lui apparaît que cette mesure d'exclusion a constitué une atteinte manifeste et démesurée au droit du défendeur à être entendu ».

53.- De l'affirmation par la Cour d'un ordre public communautaire, on s'achemine donc vers la communautarisation de l'ordre public procédural. A cet égard, le professeur Pascal de VAREILLES-SOMMIERES⁸⁰⁶, considère qu'« au-delà du droit au procès équitable consacré par la Convention européenne des droits de l'Homme, et auquel, dans l'affaire Krombach, la Cour de justice des Communautés européennes se réfère expressément dans le cadre du contrôle de l'ordre public, il apparaît que la Cour, en décidant que le juge de l'État requis peut tenir compte, dans son contrôle de conformité à l'ordre public international, du fait que le juge de l'État d'origine a refusé au défendeur le droit de se faire défendre sans comparaître personnellement, a bien précisé les exigences **proprement communautaires** en matière d'ordre public international de procédure. On perçoit ici, non pas seulement un principe **européen** s'inscrivant dans le droit de la Convention européenne des droits de l'Homme, mais bien un principe **communautaire** s'inscrivant dans le droit international privé communautaire ». Il convient de préciser également que si la Cour offre la possibilité à l'État requis de contrôler la conformité à l'ordre public procédural communautaire, elle n'impose pas un tel contrôle.

Conclusions

54.-Le développement d'un ordre public procédural communautaire, via la notion de procès équitable, nous paraît d'un grand intérêt dans l'examen de la participation du système Bruxelles I à l'émergence d'une culture judiciaire commune. La notion de procès équitable, qui est présente dans les droits des États membres sous des appellations et contenus variables, est appelée à agir dans le système Bruxelles I, selon une logique de réseau dont les juges nationaux apparaissent véritablement comme les régulateurs. Le rôle d'impulsion donné par la Cour de cassation est significatif à cet égard. Comme le constate le professeur Pascal de VAREILLE-SOMMIERES⁸⁰⁷, « en précisant les exigences procédurales qui ne pourront être opposées au titre de l'ordre public international par un État membre aux jugements provenant d'un autre État membre, la Cour sera conduite à préciser, indirectement mais automatiquement, à l'État membre d'origine du jugement les solutions procédurales qu'il pourra retenir dans l'élaboration de son jugement et qu'un autre l'État membre ne pourra lui reprocher au stade de la reconnaissance ou de l'exécution sur son territoire du jugement en question. Se constituera ainsi une sorte de fond procédural conforme au droit communautaire de l'ordre public international en même temps qu'un rebut rempli des solutions procédurales incompatibles avec les exigences de ce droit ». La confiance mutuelle est appelée ainsi à se renforcer sur plusieurs plans. Les exigences procédurales communautaires ainsi identifiées sont susceptibles de favoriser la réforme de dispositions procédurales nationales « mises à l'index » de l'espace judiciaire européen et, par un effet de synergie, de développer cette certitude sans laquelle la confiance n'existe pas, que les garanties fondamentales du droit à un procès équitable sont respectées par

⁸⁰⁶ P. de Vareille-Sommières : « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », op. cit. p. 91, spé. p. 101.

⁸⁰⁷ P. de Vareille-Sommières : « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in « Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ? », op. cit. p. 91, spé. p. 102.

l'État d'origine. Par une interaction de l'intégration normative réalisée par la notion communautaire d'« ordre public international » et de la logique de réseau, l'espace judiciaire civil tend vers une modélisation du procès européen. A cet égard, les mécanismes de reconnaissance et d'exécution, par la souplesse engendrée par la conjugaison de l'intégration et du réseau contribue de manière plus efficace que les règles de compétence, à la confiance mutuelle, préalable à l'émergence d'une culture judiciaire européenne.

55.- A l'inverse, l'excessive rigidité des règles de compétence, l'objectif hégémonique qu'elles poursuivent alors même qu'elles ne pallient pas les risques d'abus procéduraux, ne peuvent conduire qu'à rétablir une défiance à l'encontre du système Bruxelles et à rétablir des réflexes nationalistes, la mise en œuvre de procédures nationales dont le caractère *fiable* a été éprouvé. Il conviendrait donc de corriger le caractère impératif des règles de compétence, notamment de celles relatives à la litispendance, par la recherche d'une convergence des systèmes de *common law* et de droit continental dont la voie a été ouverte par la Conférence de La Haye. Une culture judiciaire commune se développant dans le respect des traditions nationales doit intégrer, pour reprendre l'expression de M. Guy CANIVET⁸⁰⁸, « *le jeu concomitant d'une part, de garanties constitutionnelles d'un procès équitable dans les ordres juridiques internes, d'autre part, (...) des notions autonomes dégagées par les systèmes internationaux, en particulier dans le cadre européen. On parvient (ainsi) à un véritable droit commun du procès dont la manifestation suprême est la consécration d'un idéal commun de justice* ».

⁸⁰⁸ Guy Canivet : « Introduction générale », in « Variations autour d'un droit commun » op. cit. p. 16.

- Annexe 6 -

« Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans les règlements sur la procédure : Les procédures transfrontalières relatives au recouvrement des créances »

Emmanuel PUTMAN

Professeur à l'Université Paul Cézanne

Directeur du Centre Pierre KAYSER

À paraître dans les actes du colloque, *L'émergence d'une culture judiciaire européenne*, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, *Cahiers de méthodologie juridique* 2009

1. Laissons de côté les grands règlements communautaires relatifs à la compétence judiciaire et à la reconnaissance des décisions (Règlement (CE) 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000, dit Bruxelles I; Règlement (CE) 2201/2003 du Conseil du 27 nov. 2003, dit Bruxelles II bis, abrogeant le Règlement (CE) n°1347/2000 dit Bruxelles II). Intéressons nous aux textes qui élaborent le nouveau droit communautaire des procédures transfrontalières relatives au recouvrement des créances (Règlements (CE) 805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 sur le titre exécutoire européen, (CE)1896/2006 du Parlement et du Conseil du 12 décembre 2006 sur l'injonction de payer européenne ; (CE) 861/2007 du Parlement et du Conseil du 11 juillet 2007 sur le règlement des petits litiges et textes collatéraux visés dans la suite de nos développements). Par delà le pluralisme des droits procéduraux nationaux concernés par ces procédures transfrontalières, c'est à la diversité des cultures judiciaires des professionnels du droit mais aussi des justiciables que se confronte le droit communautaire du recouvrement qui est en train de se construire.

2. Les réflexions sur la notion même de culture judiciaire étant préalables à notre propos, on voudra bien nous pardonner de tenir pour acquis qu'une certaine dialectique entre les cultures judiciaires nationales et la culture judiciaire européenne est aujourd'hui suffisamment récurrente dans le discours juridique pour nous permettre de poser quelques questions et ébaucher si possible quelques éléments de réponses en présupposant que ces deux objets de discours existent, quitte à remarquer chemin faisant leurs ambiguïtés. Même si la tension entre le pluralisme des cultures judiciaires nationales et la "force centrifuge" de la culture judiciaire européenne n'était qu'un effet de discours chez les juristes, nous espérons que trois questions auraient, ne serait ce qu'un intérêt épistémologique. La première est de savoir jusqu'à quel point l'espace judiciaire européen peut être qualifié de pluraliste, mais on s'aperçoit assez rapidement que cela dépend de la conception de la culture judiciaire que l'on se fait, d'où deux autres questions selon que le point de vue est plutôt national de quel pluralisme des cultures judiciaires parle-t-on alors ou plutôt européen vers quelle culture commune sommes-nous censés aller.

I. Jusqu'à quel point l'espace judiciaire européen est-il pluraliste ?

3. Comment la topographie de l'espace judiciaire européen en matière civile et commerciale combine-t-elle le pluralisme des cultures judiciaires des Etats membres avec la culture judiciaire européenne ? S'agissant des instruments communautaires ayant un autre objet que la compétence et

la reconnaissance des décisions en ces matières, on doit remarquer que la question posée concerne un "*corpus juris*" étendu, mais qu'elle a pourtant une portée limitée.

A. Une question à portée limitée

4. Le droit objet de la question, hors règlements Bruxelles I et II bis, concerne divers aspects du traitement de ce qui, dans le jargon des textes pertinents, est appelé "affaires transfrontalières" ou "litiges transfrontaliers". Pour être complet, il faudrait y inclure aussi bien certaines directives qu'une importante série de règlements. La directive "accès à la justice" relative à l'aide judiciaire (2003/8/CE du 27 janvier 2003) et la directive "médiation" (2008/52/CE du 21 mai 2008) sont en effet animées d'un esprit qui se retrouve largement dans les règlements successifs sur la signification et la notification des actes (Règlements (CE) n°1348/2000 et n° 1393/2007 du 29 mai 2000 et du 13 novembre 2007: seul ce dernier sera visé ci-après), dans les règlements "TEE" (titre exécutoire européen: (CE) n° 05/2004 du 21 avril 2004) et « IPE » (injonction de payer européenne (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006) ou dans le règlement "RPL"(procédure européenne de règlement des petits litiges: (CE) n°861/2007 du 11 juillet 2007).

5. Même si, *brevitatis causa*, les développements qui vont suivre s'attacheront surtout aux règlements TEE, IPE et RPL et n'évoqueront les autres textes qu'incidemment, il s'agit d'un corps de "législation" communautaire aux vastes dimensions, mais la combinaison des cultures judiciaires nationales avec la culture judiciaire européenne y demeure une question à la portée relativement limitée. Il ne saurait ici être question d'examiner sous toutes ses facettes le « gouvernement juridique de la diversité », par lequel passe, diton, la réalisation du droit de l'Union européenne⁸⁰⁹.

B. Une question étrangère à l'effectivité du droit

6. On laissera donc de côté l'évaluation de l'effectivité de ces instruments juridiques, dans la mesure où les doutes exprimés sur ce point des doutes qui n'ont rien d'imaginaire, au demeurant ne découlent pas forcément d'une mauvaise combinaison des cultures judiciaires. La pratique française n'a pour l'heure réservé aux règlements TEE et IPE qu'un accueil des plus discrets, mais à quoi peut-on attribuer ce déficit d'effectivité (qui se vérifie aussi dans d'autres Etats membres) ? Le fait est qu'ils sont tout simplement moins connus que les "grands" règlements Bruxelles I et II bis et que leur objet les créances pécuniaires incontestées les rend inutilisables lorsqu'il s'agit de créances contestées au sens de ces textes, ce qui est à vrai dire le cas le plus fréquent puisque seules sont réputées incontestées les créances exigibles expressément ou tacitement reconnues par le débiteur (art. 3 du règlement TEE). Quant au règlement RPL, il ne porte que sur des litiges transfrontaliers ne dépassant pas 2000 euros. Autant dire qu'il s'agit de droit judiciaire "*de minimis*", ce qui n'est pas du tout péjoratif : une justice démocratique se doit d'avoir égard aux petites causes.

7. Cependant, la justice devrait être d'autant plus simple que la cause est petite. Or la "législation" communautaire souffre, en ce domaine comme en d'autres, d'un excès de complexité qui ne lui vient pas particulièrement de la combinaison des cultures judiciaires. La combinaison des textes communautaires entre eux est déjà un facteur de complication. On a par exemple souligné qu'une

⁸⁰⁹ J. Porta, La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité, LGDJ 2007, 2 tomes, préf. A. Lyon-Caen.

petite créance commerciale pouvait être justiciable de quatre règlements communautaires : Bruxelles I, TEE, IPE, RPL. Trop de droit peut nuire⁸¹⁰.

C. Une question de point de vue

8. Même si l'on s'en tient à la seule question qui nous occupe, celle des modalités du pluralisme dans l'espace judiciaire européen, force est d'avouer que, bon gré mal gré, ce n'est qu'une question de point de vue. La combinaison idéale entre cultures judiciaires n'est pas du tout envisagée de la même manière selon les interlocuteurs. Entre interlocuteurs institutionnels, les points de vue s'expriment avant tout par référence à un modèle de réalisation du droit communautaire qui induit ensuite, mais seulement en second lieu, un modèle de culture judiciaire. Autrement dit, la dialectique: pluralisme des cultures judiciaires culture judiciaire commune, n'est en débat que parce que les Etats membres ont su convaincre la Commission de limiter ses ambitions, en la matière, aux seuls litiges transfrontaliers, renonçant par exemple à harmoniser l'IPE pour les litiges purement internes⁸¹¹.

9. Ce changement d'orientation de la Commission a ensuite eu des manifestations que l'on peut vraisemblablement décrire comme des changements de culture juridique, en supputant l'apparition d'une culture de la loi-modèle, voire de la « *soft-law* ». Ainsi le considérant n°8 de la directive médiation invite-t-il les Etats membres à s'en inspirer pour la médiation en droit interne, et leur impartit de veiller à ce que des codes de bonne conduite privés relatifs à la médiation voient le jour⁸¹².

10. Les points de vue changent encore lorsque les interlocuteurs sont des professionnels du droit. Il serait excessivement schématique de prétendre qu'au sein même d'un droit national les représentations de la culture judiciaire sont parfaitement homogènes. Elles ont assurément beaucoup en commun, mais, au juste, de quelle culture judiciaire parle-t-on selon que l'on est magistrat, avocat, huissier ?

II. De quel pluralisme des cultures judiciaires parle-t-on ?

11. Chaque professionnel du droit est enclin à apprécier de son propre point de vue la combinaison entre l'idée qu'il se fait de sa culture judiciaire et l'image de la culture judiciaire commune que lui renvoient les textes communautaires. Même si tous s'accordent sur le dénominateur commun de la justice équitable, les principes directeurs du procès multiplient les différences entre les cultures nationales et la culture européenne, de sorte qu'en fin de compte, il n'y a peut être qu'un seul constat unanime, celui du renversement des perspectives par rapport à une certaine tradition du droit international privé dans les Etats membres.

⁸¹⁰ C. Nourissat, « Le règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer », *Procédures* juillet 2007, Etude 10, p. 5 et s. , spéc. p. 6, n°4.

⁸¹¹ C. Nourissat, "Le règlement (CE) n°1896/2006 du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer", *Procédures*, juill. 2007, étude 10, p. 5, spéc. n°2

⁸¹² C. Nourissat, « Directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale », *Procédures*, nov. 2008, Étude 9, p. 8 et s, spéc. p. 8 n°1 et p. 910, n°7.

A. La justice équitable, dénominateur commun

12. Que l'exigence de procès équitable soit commune aux justices nationales et à la justice communautaire transfrontière ne fait pas de doute mais n'impose bien souvent qu'un standard minimal, celui par exemple qui permet, en droit français comme dans la directive AJ, de refuser l'aide juridictionnelle si l'action est manifestement infondée (loi du 10 juillet 1991, art. 7 ; directive 2003/8 du 27 janvier 2003, art. 61), pour autant du moins que la décision de refus puisse faire l'objet d'un recours juridictionnel (directive 2003/8, art. 154; comp. avec l'art. 23 de la loi du 10 juillet 1001). Ce standard minimal correspond en effet à celui qui résulte de la jurisprudence de la Cour EDH dans son dernier état (CEDH, 26 fév. 2002, *Del Sol c/France*, RDP 2003, 699, obs. A. Gouttenoire), la Cour n'estimant plus aussi volontiers qu'autrefois, que le refus d'aide judiciaire porterait une atteinte substantielle au droit au procès équitable (comp. antérieurement, CEDH, 30 juill. 1993, *Aerts c/Belgique*, D 1999, somm. obs. N. Fricero).

13. Dans certains cas, les normes procédurales minimales applicables ne sont pas celles qui résultent du droit au procès équitable mais celles que prévoit spécifiquement le texte communautaire. Ainsi les articles 12 à 19 du règlement TEE précisent qu'une décision relative à une créance incontestée au sens dudit règlement ne peut être certifiée en tant que titre exécutoire européen que si la procédure judiciaire dans l'Etat membre d'origine a satisfait à des conditions minimales de procédure relatives au mode de signification ou de notification de l'acte introductif d'instance, à l'information donnée au débiteur par cet acte en ce qui concerne les parties, la créance, la cause de la demande et les conditions pour contester la créance. L'article 19 du règlement ajoute que le droit de l'Etat membre d'origine doit de toute façon ménager un recours dans les cas exceptionnels où le débiteur, sans faute de sa part, a été empêché de contester la créance, soit parce qu'on ne lui a pas laissé le temps de préparer sa défense, soit parce qu'il a été victime d'une force majeure ou de circonstances extraordinaires.

14. Certes les normes minimales de procédure du règlement TEE n'interdisent pas aux Etats membres de faire bénéficier le débiteur de garanties procédurales plus fortes, ce que l'article 19 du règlement précise, explicitement pour les cas exceptionnels de réexamen. Cependant, le standard procédural du règlement TEE risque de ne satisfaire, ni le professionnel qui, dans une culture judiciaire est surtout sensible à la garantie de l'efficacité des droits du créancier, ni celui qui, par sa pratique, incline à apprécier la qualité d'une culture judiciaire garantissant avant tout la protection du débiteur.

15. Le professionnel de l'exécution forcée qu'est l'huissier fera observer que le TEE est un peu décevant pour le créancier, parce qu'en réalité tout se joue en amont, dès l'acte introduisant l'instance dans l'Etat d'origine, acte dont la qualité du contenu informatif et la fiabilité de la signification commandent la suite. Au contraire l'avocat habitué à défendre des débiteurs jugera regrettable que le débiteur qui ne comparait pas puisse être considéré comme ayant reconnu la créance si les normes minimales de procédures ont été respectées la créance étant alors réputée incontestée et la certification du TEE s'avérant difficile à éviter⁸¹³.

⁸¹³ comp. C. Nourissat, « Le règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées », *Procédures*, août-septembre 2005, étude n°10, p. 6 et s. , spéc. p. 78, n°7 à 9.

16. Insistons-y, c'est moins le degré de compatibilité entre les cultures judiciaires nationales et la culture judiciaire européenne qui est alors difficile à mesurer, que le degré de satisfaction des professionnels du droit à l'égard d'un instrument communautaire donné. Si le standard de garantie procédurale est perçu comme insatisfaisant, la manière d'exprimer cette insatisfaction sera peut être stéréotypée. On incriminera la mauvaise qualité de fabrication du droit communautaire, son inaptitude à allier procès équitable et sécurité juridique. Peut être sous-entendra-t-on (ou même dira-t-on ouvertement) que la culture judiciaire européenne marque une régression par rapport aux cultures judiciaires nationales : un nivellement par le bas, en quelque sorte.

17. Il n'est pourtant pas sûr qu'il s'agisse d'une opposition entre les cultures judiciaires nationales et la culture judiciaire commune. Le praticien dont les attentes sont déçues par une technique juridique mise à sa disposition se montre tout aussi critique lorsque que la technique défectueuse est de pur droit interne et, là encore, les stéréotypes ne manquent pas pour formuler la déception, mais on se plaindra alors, par exemple, du "déclin du droit" dans sa généralité.

18. En revanche, lorsque les juristes ne se réfèrent pas à des standards extrêmement généraux tels que le binôme sécurité juridique-équité procédurale, les oppositions de cultures judiciaires se marquent davantage, surtout lorsque le discours renvoie aux principes directeurs du procès civil, fruits de l'histoire de chaque système juridique dont ils manifestent la culture particulière.

B. Les principes directeurs, multiplicateurs des différences

19. Le règlement RPL (CE) n° 861/2007 du 11 juillet 2007 (v. C. Nourissat, Panorama de droit civil de l'union européenne, D. 2008, p. 45, n°2021) est un instrument communautaire en décalage avec les règles françaises de procédure applicables devant les juridictions compétentes pour les petits litiges (juge de proximité ou tribunal de commerce), ainsi qu'avec l'interprétation que donne actuellement la jurisprudence française de certains principes directeurs applicables devant toutes les juridictions.

20. Si l'on laisse de côté les normes minimales pour le réexamen de la décision (art. 18, règlement n°861/2007), qui s'inspirent du règlement TEE, le décalage avec le droit français (art. 827 et s CPC, pour le juge de proximité, art. 853 et s, CPC, pour le tribunal de commerce) concerne moins la représentation des parties que le déroulement de la procédure. Le caractère non obligatoire du ministère d'avocat ne surprend certes pas pour ces litiges (art. 10, règlement n°861/2007) qui en sont également dispensés en droit interne (art. 827 et 853 CPC). En revanche, l'introduction de l'instance par le dépôt du formulaire de type A reproduit à l'annexe 1 du règlement s'écarte de l'introduction par voie d'assignation qui correspond à la procédure ordinaire devant le juge de proximité (art. 829 CPC) et à au moins un des modes ordinaires d'introduction de l'instance devant le tribunal de commerce (art. 854 CPC). Le caractère écrit de la procédure prévue par le règlement RPL, où l'audience n'est tenue que si le juge l'estime nécessaire ou si les parties le demandent (art. 5 du règlement n°861/2007) s'oppose nettement au caractère oral de la procédure devant le juge de proximité (art. 843 all CPC) et le tribunal de commerce (art. 871a1a CPC).

21. La règle selon laquelle la juridiction détermine l'étendue des preuves indispensables à sa décision et ne doit recourir aux expertises et témoignages que s'ils sont strictement nécessaires (art. 9, règlement n°861/2007), s'écarte, pour les litiges commerciaux du principe de liberté de la preuve admis en droit français. Même si l'article 93 du règlement RPL (« la juridiction opte pour le moyen d'obtenir des preuves le plus simple et le moins contraignant ») a son équivalent dans le droit français des mesures d'instruction (art. 147 CPC : « le juge doit limiter le choix de la mesure à ce qui est suffisant pour la solution du litige, en s'attachant à retenir ce qui est le plus simple et le moins onéreux »), le standard de la « preuve suffisante » (et non de la « preuve indispensable ») doit se

comprendre en droit français à la lumière des règles qui permettent d'établir par toutes les mesures légalement admissibles les faits dont dépend la solution du litige (art. 10 et 143 CPC) C'est donc bien un tout autre standard de preuve.

22. Quant à l'article 12 du règlement RPL selon lequel la juridiction n'oblige pas les parties à assortir la demande d'une qualification juridique, il est sans doute proche de l'esprit originel du CPC français dont l'article 6 n'oblige les parties à alléguer que les faits propres à fonder leurs prétentions. En revanche, il contraste avec la jurisprudence de l'Assemblée plénière de la Cour de cassation qui exige, devant toutes les juridictions, que les parties concentrent dans la même instance tous les fondements juridiques rattachables au même objet de litige, et qui précise que le juge n'est pas tenu de substituer un fondement à celui invoqué par une partie (Cass. ass. plén. 7 juillet 2006, *D.* 2006, p. 2135, note L. Weiller ; 21 déc. 2007, *JCP* 2008, II, 2006, note L. Weiller).

23. Le décalage de cultures judiciaires entre le règlement RPL et le droit français est donc suffisant pour qu'on en vienne à se demander si le principe posé par l'article 19 du règlement, selon lequel le règlement des petits litiges est régi par le droit procédural de l'Etat membre où se déroule la procédure n'est pas en définitive dénué de portée. La culture judiciaire européenne ne réalise-t-elle pas un renversement de perspective ?

C. La culture judiciaire européenne, un renversement de perspective

24. Le droit de l'espace judiciaire européen est orienté dans une perspective nouvelle au regard, à la fois, du droit international privé classique et du droit judiciaire privé classique. Ce changement de perspective est, bien sûr, de l'ordre de la technique juridique, mais il semble suffisamment important pour qu'on puisse y déceler un véritable changement de culture juridique et judiciaire.

25. C'est tout d'abord le principe de confiance mutuelle qui, par rapport au droit international privé classique des conflits de juridictions, a conduit à la petite "révolution culturelle" des règlements TEE et IPE. Jusque là, l'exécution d'une décision étrangère sur le territoire d'un Etat d'accueil supposait soit une véritable procédure locale d'exequatur, soit, à tout la moins, une reconnaissance, pour reprendre la terminologie des règlements Bruxelles I et II bis. Bien que d'après les textes la reconnaissance ne nécessite aucune procédure (art. 33, Règlement Bruxelles I, (CE n° 44/2001, 22 décembre 2000); art. 21 du Règlement Bruxelles II bis, (CE) 2201/2003 du 27 novembre 2003), cette reconnaissance fonctionne encore comme un exequatur allégé.

26. Au contraire une décision certifiée comme titre exécutoire européen, ou une injonction de payer européenne délivrée dans un Etat membre et devenue exécutoire, doivent "être traité(s) aux fins de l'exécution, comme (s'ils) avai(ent) été rendu(s) dans l'Etat membre dans lequel l'exécution est demandée", selon une formule que l'on retrouve à l'identique dans le considérant n°8 du règlement TEE et le considérant n°27 du règlement IPE. La décision relative à une créance incontestée doit encore être certifiée pour devenir TEE, mais cette certification, sur demande adressée à tout moment à la juridiction d'origine (art. 6 du règlement (CE) 805/2004, 21 avril 2004) n'est en rien un exequatur. Quant à l'IPE, elle est délivrée directement par la juridiction compétente de l'Etat requis, pour être exécutoire dans tous les Etats membres (art. 19 du règlement (CE) 1896/2006 du 12 décembre 2006).

27. Outre cette petite révolution du droit international privé, les règlements TEE, IPE, RPL nous emmènent également assez loin de ce qui est la culture contentieuse traditionnelle du droit judiciaire privé français, une culture dans laquelle la mission principale du juge consiste à rancher les litiges qui lui sont soumis au moyen d'une action en justice visant à faire examiner par lui des prétentions dont il vérifie aussi bien l'intérêt à agir que le bien fondé. Or dans ces règlements, une partie de ce

qui relevait du contrôle juridictionnel des prétentions est transféré au greffier: c'est en pratique lui qui va certifier le TEE, le considérant n°16 du règlement IPE indique que le rejet des demandes manifestement non fondées ou irrecevables "ne devrait pas nécessairement être effectué par un juge" et son article 8 prévoit que l'examen des demandes pourra être effectué au moyen d'une procédure automatisée. Outre l'apparition d'une "juridiction du greffier", ces règlements promeuvent une procédure reposant sur des formulaires dont les modèles sont donnés par les annexes des règlements et dont le moins qu'on puisse dire est que la longueur et la lourdeur ne les rend pas faciles d'accès pour un plaideur ordinaire. Certes la juridiction doit normalement mettre le demandeur en mesure de compléter le formulaire, indique l'article 4 du règlement RPL, dont l'article 11 ajoute que "les Etats membres veillent à ce que les parties puissent bénéficier d'une aide pratique pour remplir les formulaires". Cependant, ces efforts ne sont pas demandés lorsque la demande apparaît manifestement infondée ou irrecevable : elle est alors purement et simplement rejetée (art. 44 du règlement RPL; art. 11 du règlement IPE).

28. Il y a là, largement de quoi rebuter bon nombre de plaideurs et il se pourrait que certaines au moins des explications de l'insuccès de ces instruments ne soient pas à chercher beaucoup plus loin. Si la culture de la confiance mutuelle aboutit à une justice de guichets et de formulaires, on peut s'interroger, non sans une certaine appréhension, sur la culture judiciaire commune vers laquelle on se dirige.

III. Vers quelle culture commune se dirige-t-on ?

29. Il ne suffit assurément pas de ramener la culture judiciaire européenne à une culture de la confiance mutuelle, il faut encore rappeler que la confiance mutuelle a, pour ainsi dire un prix, que balancent les gains que l'on en retire, mais que la confiance mutuelle laisse aussi subsister, quoi qu'on fasse, certaines données irréductibles.

A. Le prix de la confiance mutuelle

30. Il n'est pas superflu de remarquer que, même si la culture judiciaire est, au premier chef, celle des professionnels de la justice, elle participe également à la vie des citoyens de l'Union européenne et intéresse donc aussi bien les plaideurs que les juges et les auxiliaires de justice. Or, force est de constater que la procédure civile française (l'observation ne serait probablement pas fautive non plus au delà de nos frontières !) a développé chez les litigants, en tout cas chez bon nombre d'entre eux, ce qu'on pourrait appeler une "culture de la dispute", consistant notamment à se pourvoir systématiquement de toutes voies de droit, fût-ce à perte de procès. Le justiciable français est, ainsi, passablement chatouilleux lorsqu'on touche à son droit d'exercer les voies de recours. En France même, cette tendance exagérément "processive" est de celles que l'on voudrait inverser, en repensant la voie de l'appel⁸¹⁴.

31. Dans l'espace judiciaire européen, les voies de droit contre les décisions circulant d'un Etat membre à l'autre sont réduites à ce qui est strictement nécessaire pour que les citoyens ne puissent pas se plaindre d'une atteinte disproportionnée à leur droit au procès équitable ou au recours juridictionnel effectif. L'interdiction du réexamen au fond de la décision dans l'Etat membre où a lieu son exécution (art. 212 du règlement TEE ; art. 223 du règlement IPE; art. 222 du

⁸¹⁴ comp. C. Blery et L. Kaschel, « Rapport Magendie : propositions pour un nouvel office des parties et du juge », *Procédures*, août septembre 2008, Alerte n°28, p. 2.

règlement RPL) ne saurait surprendre puisque c'est d'ores et déjà une constante que l'on retrouve à l'identique dans tous les règlements relatifs à l'espace judiciaire européen (Règlement Bruxelles I, art. 36 ; Règlement Bruxelles II bis, art. 26) ainsi que dans la Convention de Lugano du 30 octobre 2007 (art. 36). On a déjà signalé la suppression de l'exequatur par les règlements TEE, IPE et RPL, ainsi que les normes minimales qu'ils édictent quant aux cas exceptionnels dans lesquels le défendeur peut demander le réexamen, dans l'Etat membre d'origine, de la décision susceptible d'être certifiée TEE, de la décision accordant l'IPE ou de la décision rendue dans le cadre de la procédure européenne de règlement des petits litiges (Règlement TEE, art. 19 ; Règlement IPE, art. 20 ; Règlement RPL, art. 18). L'IPE ouvre par ailleurs droit, auprès de la juridiction d'origine et eu égard au caractère non contradictoire de la délivrance de l'injonction, à la classique opposition du défendeur que nous connaissons aussi en droit français et qui, en matière d'IPE, est présentée au, moyen d'un formulaire spécifique et régie par des dispositions particulières (Règlement IPE, art 46 et 17).

32. Quant aux recours ouverts, sur le territoire de l'Etat membre où l'exécution est poursuivie, pour obtenir la suspension, la limitation ou le refus de l'exécution, ils sont également strictement limités (v. pour la suspension ou la limitation de l'exécution, Règlement TEE, art. 23 ; Règlement IPE, art. 23 ; Règlement RPE, art. 23). Le refus d'exécution (art. 21, règlement TEE ; art. 22 Règlement IPE et du règlement. RPL) ne peut être opposé que si le TEE, l'IPE ou la décision de RPL est incompatible avec une décision rendue antérieurement dans un Etat membre ou un pays tiers entre les mêmes parties dans la même cause. Encore faut-il que cette incompatibilité n'ait pas pu être invoquée au cours de la procédure dans l'Etat membre d'origine⁸¹⁵.

33. Autrement dit, le refus d'exécution ne peut pas être opposé pour incompatibilité avec l'ordre public de l'Etat d'exécution. La traditionnelle exception d'ordre public, qui reste le premier motif de non reconnaissance décision sous l'empire des règlements Bruxelles I (art. 34, 1) et Bruxelles II bis (art. 22, a) disparaît purement et simplement des règlements TEE, IPE et RPL, ce qui est un autre exemple de "révolution" par rapport aux conceptions classiques du droit international privé⁸¹⁶. Des possibilités de refus d'exécution aussi limitées sont indéniablement conçues, non seulement pour empêcher des contestations abusives (y . M. Douchy-Oudot, art . précité, spéc. p . 17, n°28) mais pour inciter les citoyens européens à sortir de ce que nous avons appelé la « culture de la dispute », même si la dispute n'est nullement abusive au regard de l'ordre public de l'Etat d'exécution.

34. Dans la culture judiciaire française traditionnelle, cela serait probablement perçu comme un véritable déni de droit : la « révolution culturelle » demandée aux justiciables est donc profonde, mais la confiance mutuelle est à ce prix

B. Les gains de la confiance mutuelle

35. On peut évaluer les gains apportés par la confiance mutuelle en faisant apparaître, dans les règlements étudiés, l'articulation entre les règles communautaires, éclairées par des notions autonomes distinctes de celles connues dans les Etats membres sous les mêmes vocables,

⁸¹⁵ v. sur tous ces points, M. Douchy-Oudot, « La force exécutoire à dimension européenne », *Procédures*, août-sept. 2008, Dossier sur Le titre exécutoire et le recouvrement des créances, Étude n°4, p. 14 et s, spéc. p. 1718, n°27 à 31.

⁸¹⁶ v. C. Nourissat, « Le règlement (CE) n°805/2004 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'in titre exécutoire européen pour les créances incontestées", *Procédures*, août-sept. 2005, étude n°10, p. 6 et s, spéc. p. 8.

et les règles dont les règlements abandonnent la définition aux droits internes des Etats membres concernés.

36. Certes le système d'articulation des règles communautaires avec les règles nationales fait songer au paradoxe du demi verre d'eau dont chacun sait que, selon l'observateur, il peut être vu comme à moitié vide ou à moitié plein. . . La définition, par voie de règlements communautaires, de notions autonomes, donne à des vocables qui paraissent familiers en droit interne, des contenus qui se révèlent inhabituels. Ce sont de "faux amis", auxquels les juristes accoutumés aux catégories juridiques nationales reprochent toujours, avec plus ou moins d'acrimonie, d'en déranger la cohérence, tantôt pour restreindre exagérément le sens des mots, tantôt au contraire pour l'élargir plus que de raison.

37. Ainsi pourra-t-on reprocher à la notion de créance « incontestée » au sens des règlements TEE et IPE, de correspondre à un trop petit nombre de situations (créance expressément ou tacitement reconnue par le débiteur) alors que la créance jugée « incontestable » par la juridiction compétente aurait été plus proche de certaines notions du droit français puisqu'elle aurait représenté un degré objectivement élevé de certitude de la créance, situé sur une échelle où l'on aurait trouvé l'obligation « non sérieusement contestable » (art. 809 CPC) et la créance « paraissant fondée en son principe » (art. 67, loi du 9 juillet 1991).

38. À l'inverse, les juristes français pourraient trouver trop générale et trop floue la notion de médiateur retenue par la directive n°2008/52/CE, qui vise tout tiers nommé pour mener à bien un processus de médiation, quelle que soit son appellation dans le droit de l'Etat membre concerné. Cela inclut-il les conciliateurs ou bien le considérant 11 de la directive a-t-il voulu laisser ceux là de côté, en indiquant que la directive ne devrait pas s'appliquer aux « processus dans lesquels des personnes ou des instances émettent une recommandation formelle, contraignante ou non, quant à la solution du litige »⁸¹⁷? Dans le doute, le juriste attaché aux catégories de son droit interne reprochera aux catégories du droit communautaire leur manque d'élégance et de limpidité, élégance et limpidité passant pour des qualités insignes de la culture juridique française.

39. Pourtant, si l'on considère les choses du point de vue du modèle de réalisation du droit communautaire dont s'inspirent les textes considérés, on apprécie différemment la plus value apportée par la culture de confiance mutuelle. On perçoit en effet que la pointe de gloriole ou d'arrogance qui pouvait agacer naguère dans un certain discours sur la primauté du droit communautaire a été, sinon émoussée, du moins arrondie. L'espace judiciaire européen ne se constitue pas ou plus seulement à coup de textes que les droits nationaux devraient intégrer "*ne varietur*" dans leurs moindres détails. Une partie au moins de la réglementation des procédures applicables, voire certaines régies de fond, sont renvoyées aux droits nationaux.

40. Ainsi la directive "médiation" ne s'applique-t-elle que pour les droits et obligations dont les parties peuvent disposer en vertu de la législation pertinente applicable (C. Nourissat, art. précité, *Procédures* nov. 2008, p. 9, n°6).

41. Ainsi encore le TEE n'est-il qu'une variété de titre exécutoire, l'article 20 du règlement TEE laissant à législation de l'Etat membre d'exécution le soin de régir les procédures d'exécution elles-mêmes. On a parfois le sentiment que, par delà les apparences, la compétence des lois de procédure des Etats membres est, à vrai dire, assez résiduelle. Par exemple, pour régir la procédure d'opposition à l'IPE, l'article 17 du règlement du 12 décembre 2006 précise que si l'opposition a

⁸¹⁷ cf. C. Nourissat, Directive n°2008/52/CE du Parlement européen et du Conseil du 21 mai 2008 sur certains aspects de la médiation en matière civile et commerciale", *Procédures*, nov. 2008, étude n°, p. 8 et s, spéc. p. 9, n°5.

été formée dans le délai prévu à l'article 16, « la procédure se poursuit devant les juridictions compétentes de l'Etat membre d'origine conformément aux règles de la procédure civile ordinaires », mais la forme et le délai d'opposition n'en demeurent pas moins régies par le droit communautaire. De même, le droit judiciaire privé national ne s'applique-t-il aux procédures RPL que sur les points non réglés par le texte communautaire, en vertu de l'article 19 du règlement du 11 juillet 2007.

42. Une fois encore, tout est donc question de point de vue. Les uns se plaindront de ce que le droit communautaire ne laisse que la portion congrue aux spécificités procédurales des Etats membres, les autres se féliciteront de ce que les Etats membres réussissent à préserver leurs "prés carrés". Le fait est en tout cas que la confiance mutuelle ne conduit pas au nivellement mais laisse subsister certaines données irréductibles.

C. Les données irréductibles malgré la confiance mutuelle

43. Les langues demeurent les véhicules de la diversité des droits et des cultures et, si les effets de cette diversité peuvent être atténués par le droit communautaire, il reste, pour longtemps encore sans doute, impuissant à les neutraliser complètement. Pour essayer de montrer cela par une image, disons que la tour de Babel est toujours debout, mais que les instruments communautaires facilitent la circulation à l'intérieur de la tour . . . Le nouveau règlement sur la signification et la notification des actes (CE) n°1393/2007 du 13 novembre 2007 ne supprime pas les difficultés pratiques liées à la traduction des actes judiciaires et extrajudiciaires mais limite seulement ces difficultés en ne permettant au destinataire de l'acte de le refuser que s'il n'est pas établi dans une des langues indiquées à l'article 8 du règlement, c'est-à-dire une langue comprise par le destinataire ou la (ou l'une des) langue(s) officielle(s) de l'Etat requis.

44. Par ailleurs, le « droit de langue » dans le règlement n° 1393/2007 n'échappe pas à une certaine complexité en ce qui concerne d'une part le formulaire qui accompagne l'acte à transmettre, d'autre part l'attestation de signification ou de notification. Le formulaire de demande de transmission d'acte doit être complété dans la ou l'une des langues officielles de l'Etat requis ou dans une langue dont l'Etat requis aura indiqué qu'il peut l'accepter. De façon symétrique, le formulaire d'attestation de transmission doit être complété dans la ou l'une des langues officielles de l'Etat d'origine ou dans une langue qu'il accepte (Règlement n°1393/2007, art. 4 et 10).

45. Ainsi, selon qu'il s'agit de l'acte lui-même ou des formulaires, il existe en quelque sorte des catégories de « langues juridiquement recevables » qui diffèrent : langue comprise par le destinataire ou langue(s) officielle(s) de l'Etat requis, pour l'acte à transmettre ; langue(s) officielle(s) de l'Etat requis ou de l'Etat d'origine ou langues « acceptées » par eux, pour les formulaires. Les langues de communication des actes sont certes en nombre limité c'est la tour de Babel en modèle réduit mais c'est tout de même la tour de Babel et celui qui requiert la transmission de l'acte doit veiller à bien s'y orienter, d'autant que les frais de traduction lui incombent selon l'article 5 du règlement.

46. La CJCE est si consciente de l'étendue des difficultés de traduction qu'elle vient au secours du requérant en déniant au destinataire le droit de refuser l'acte lorsqu'il s'accompagne non traduites dans l'une des langues visées par l'article 8 du règlement, mais contient « seulement » des preuves qui, estime la Cour, ne sont pas « indispensables » pour comprendre l'objet et la cause de la demande⁸¹⁸. C'est la tour de Babel réduite, mais au risque de porter atteinte aux droits de la défense.

⁸¹⁸ CJCE, 8 mai 2008, C14/07, *Weiss und Partner, Procédures*, juillet 2008, comm. n°207, obs. C. Nourissat.

47. Qu'il y ait une vraie reconnaissance du pluralisme des droits, des langues et des cultures de l'Union à travers les textes régissant l'espace judiciaire européen et que la culture judiciaire commune ne soit pas une culture unique ou uniforme est donc indéniable. Est-ce pour le meilleur ou pour le pire ou pour l'un et l'autre à la fois? Il n'est pas défendu de poser la question. Il serait fort présomptueux de vouloir y répondre.

- Annexe 7 -

Liste d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'article 6-1 de la CEDH

- Cour EDH, 17 janvier 1970, *Delcourt c. Belgique*
- Cour EDH, 21 février 1975, *Golder c. Royaume-Uni*.
- Cour EDH, 26 avril 1979, *Sunday Times c. Royaume-Uni*
- Cour EDH, 9 octobre 1979, *Airey c. Irlande*
- Cour EDH, 6 novembre 1980, *Guzzardi c. Italie*
- Cour EDH, 28 juin 1984, *Campbell et Fell c. Royaume-Uni*
- Cour EDH, 22 octobre 1984, *Sramek c. Autriche*
- Cour EDH, 26 octobre 1984, *Piersack c. Belgique*
- Cour EDH, 26 octobre 1984, *De Cubber c. Belgique*
- Cour EDH, 28 novembre 1984, *Rasmussen c. Danemark*
- Cour EDH, 28 mai 1985, *Ashingdane c. Royaume-Uni*
- Cour EDH, 24 novembre 1986, *Unterpetinger c. Autriche*
- Cour EDH, 30 novembre 1987, *H. c. Belgique*
- Cour EDH, 29 avril 1988, *Belilos c. Suisse*
- Cour EDH, 6 décembre 1988, *Barbera, Messegue et Jabardo c. Espagne*
- Cour EDH, 24 mai 1989, *Hauschildt c. Danemark*
- Cour EDH, 21 février 1990, *Hakansson et Sturesson c. Suède*
- Cour EDH, 28 mars 1990, *Granger contre Royaume-Uni*
- Cour EDH, 23 octobre 1990, *Huber c. Suisse*
- Cour EDH, 19 décembre 1990, *Delta c. France*
- Cour EDH, 19 février 1991, *Alimena c. Italie*
- Cour EDH, 23 mai 1991, *Oberschlick c. Autriche*
- Cour EDH, 27 août 1991, *Demicoli c. Malte*
- Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*

Cour EDH, 25 septembre 1992, *Pham Hoang contre France*

Cour EDH, 23 novembre 1993, *Poitrinol c. France*

Cour EDH, 26 avril 1994, *Fischer c. Autriche*

Cour EDH, 23 juin 1994, *De Moor c. Belgique*

Cour EDH, 28 octobre 1994, *Boner contre Royaume-Uni*

Cour EDH, 22 novembre 1994, *Lala c. Pays-Bas*

Cour EDH, 22 novembre 1994, *Pelladoab c. Pays-Bas*

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Ruiz-Torija c. Espagne*

Cour EDH, 9 décembre 1994, *Hiro Balani c. Espagne*

Cour EDH, 28 septembre 1995, *Procola c. Luxembourg*

Cour EDH, 31 janvier 1996, *Fouquet c. France*

Cour EDH, 20 février 1996, *Vermeulen c. Belgique*

Cour EDH, 20 février 1996, *Lobo Machado c. Portugal*

Cour EDH, 22 février 1996, *Bulut c. Autriche*

Cour EDH, Gr. ch., 16 septembre 1996, *Akdivar et autres c. Turquie*

Cour EDH, 25 février 1997, *Findlay c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 29 mai 1997, *Georgiadis c. Grèce*

Cour EDH, 25 juin 1997, *Van Orshoven c. Belgique*

Cour EDH, 19 décembre 1997, *Helle c. Finlande*

Cour EDH, 19 février 1998, *Higgins et autres c. France*

Cour EDH, 31 mars 1998, *Reinhardt et Slimane Kaïd c. France*

Cour EDH, 9 juin 1998, *Twalib c. Grèce*

Cour EDH, 30 juillet 1998, *Aerts c. Belgique*

Cour EDH, 21 janvier 1999, *Garcia Ruiz c. Espagne*

Cour EDH, 28 octobre 1999, *Brumarescu c. Roumanie*

Cour EDH, 28 octobre 1999, *Zielinski et Pradal et Gonzalez et autres c. France*

Cour EDH, 8 février 2000, *McGonnell c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 15 février 2000, *Garcia Manibardo c. Espagne*

Cour EDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c. France*

Cour EDH, 25 juillet 2000, *Tierce et autres c. Saint-Marin*

Cour EDH, 26 septembre 2000, *Biba contre Grèce*

Cour EDH, 17 octobre 2000, *Karakasis c. Grèce*

Cour EDH, 26 octobre 2000, *Kudla c. Pologne*

Cour EDH, 14 novembre 2000, *Annoni di Gussola et autres c. France*

Cour EDH, 16 novembre 2000, *SA Sotiris et Nikos Koutras Attee c. Grèce*

Cour EDH, 18 janvier 2001, *Chapman c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 13 février 2001, *Krombach c. France*

Cour EDH, 29 mars 2001, *D.N. c. Suisse*

Cour EDH, 7 juin 2001, *Kress c. France*

Cour EDH, 14 juin 2001, *Medenica c. Suisse*

Cour EDH, 10 juillet 2001, *Tricard c. France*

Cour EDH, 21 novembre 2001, *Fogarty c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 11 juillet 2002, *I. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 17 décembre 2002, *A. c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 30 janvier 2003, *Cordova c. Italie n° 1 et n° 2*

Cour EDH, 6 février 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*

Cour EDH, 6 mai 2003, *Kleyn et autres c. Pays-Bas*

Cour EDH, 17 juin 2003, *Pescador Valero c. Espagne*

Cour EDH, 17 juillet 2003, *Craxi c. Italie n° 2*

Cour EDH, 27 novembre 2003, *Slimane Kaïd c. France n° 2*

Cour EDH, 15 janvier 2004, *Sakkopoulos c. Grèce*

Cour EDH, 10 mai 2004, *Somogyi c. Italie*

Cour EDH, 10 novembre 2004, *Sejdovic c. Italie*

Cour EDH, 1^{er} février 2005, *Indra c. Slovaquie*

Cour EDH, 7 avril 2005, *Alija c. Grèce*

Cour EDH, 28 avril 2005, *Albina c. Roumanie*

Cour EDH, 24 mai 2005, *Buzescu c. Roumanie*

Cour EDH, 19 octobre 2005, *Roche c. Royaume-Uni*

Cour EDH, 7 mars 2006, *Donadze c. Géorgie*
Cour EDH, 29 mars 2006, *Scordino c. Italie* n° 1
Cour EDH, 11 avril 2006, *Léger c. France*
Cour EDH, 12 avril 2006, *Martinie c. France*
Cour EDH, 9 mai 2006, *Pereira Henriques c. Luxembourg*
Cour EDH, 8 juin 2006, *Sürmeli c. Allemagne*
Cour EDH, 13 juillet 2006, *Nichifor c. Roumanie* n° 1
Cour EDH, 9 novembre 2006, *Sacilor-Lormines c. France*
Cour EDH, 16 novembre 2006, *Tsalkitis c. Grèce*
Cour EDH, 15 mars 2007, *Gheorghe c. Roumanie*
Cour EDH, 14 juin 2007, *Gorou c. Grèce*
Cour EDH, 28 juin 2007, *Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg*
Cour EDH, 24 avril 2008, *Kemp et autre c. Luxembourg*
Cour EDH, 15 janvier 2009, *Guillard c. France*

Extraits des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme

I. La motivation des décisions de justice

Cour EDH, 19 avril 1994, Van de Hurk c. Pays-Bas

61. Celui-ci énonce enfin une série de doléances consistant, en bref, à soutenir que dans son arrêt le Conseil n'aurait pas ou pas suffisamment examiné divers arguments formulés par lui.

L'article 6 par. 1 (art. 6-1) oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument. De même, la Cour européenne n'est pas appelée à rechercher si les arguments ont été adéquatement traités.

Se livrant à une appréciation générale, elle estime que l'arrêt du Conseil n'était pas insuffisamment motivé. En conséquence, aucune violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne se trouve établie de ce chef non plus.

Cour EDH, 9 décembre 1994, Ruiz Torija c. Espagne

29. La Cour rappelle que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir l'arrêt Van de Hurk c. Pays-Bas du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 20, par. 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 (art. 6) de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des circonstances de l'espèce.

30. En l'occurrence, M. Ruiz Torija opposa notamment à l'action en expulsion du bailleur un moyen tiré de la prescription de celle-ci. Articulé par écrit devant le tribunal de première instance, ledit moyen avait une formulation suffisamment claire et précise. Il fut aussi étayé par des preuves. L'Audiencia Provincial, qui annula la décision dudit tribunal et statua à nouveau sur le fond, devait, comme l'exige le droit procédural applicable, examiner la totalité des allégations formulées en première instance (paragraphe 17 ci-dessus), au moins dans la mesure où elles faisaient "l'objet du débat", et ce, même si elles ne se trouvaient pas expressément reprises en appel.

La Cour relève qu'il ne lui appartient pas d'examiner le bien-fondé du moyen tiré de la prescription, une telle tâche incombant aux juridictions nationales. Elle se borne à noter que pareil examen ne s'impose pas pour constater que le moyen en cause était du moins pertinent: si l'Audiencia Provincial l'avait jugé fondé, elle aurait dû nécessairement débouter le demandeur de son action.

Au demeurant, l'argument du Gouvernement selon lequel le moyen tiré de la prescription manquait à ce point de fondement que le silence de la juridiction d'appel allait de soi, ne convainc pas la Cour. Le fait que le tribunal de première instance a accepté l'administration de preuves à l'appui dudit moyen tend à démontrer le contraire. **Dès lors, compte tenu de l'incidence décisive de la prescription en l'espèce, le moyen méritait une réponse de la part de l'Audiencia Provincial.**

Il faut donc rechercher si, en l'occurrence, le silence de cette dernière peut raisonnablement s'interpréter comme un rejet implicite. Rien n'obligeait ladite juridiction à traiter d'abord la prescription puis les arguments de fond (paragraphe 15 ci-dessus). **De surcroît, la prescription relevait d'une catégorie juridique complètement distincte de celle de la cause de résiliation, de sorte qu'elle exigeait une réponse spécifique et explicite. Faute de cette dernière, il est impossible de savoir si l'Audiencia Provincial a simplement négligé le moyen tiré de la prescription ou bien a voulu le rejeter et dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons.** Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

Cour EDH, 9 décembre 1994, Hiro Balani c. Espagne

27. La Cour rappelle que l'article 6 par. 1 (art. 6-1) oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir l'arrêt Van de Hurk c. Pays-Bas du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 20, par. 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision. Il faut, en outre, tenir compte notamment de la diversité de moyens qu'un plaideur peut soulever en justice et des différences dans les Etats contractants en matière de dispositions légales, coutumes, conceptions doctrinales, présentation et rédaction des jugements et arrêts. C'est pourquoi la question de savoir si un tribunal a manqué à son obligation de motiver découlant de l'article 6 (art. 6) de la Convention ne peut s'analyser qu'à la lumière des **circonstances de l'espèce.**

28. En l'occurrence, Mme Hiro Balani opposa notamment à l'action en radiation de sa marque un moyen tiré de la priorité d'une autre marque de sa propriété. Articulé par écrit devant l'Audiencia Territorial, ledit moyen avait une formulation suffisamment claire et précise; il s'accompagnait aussi d'un certificat officiel à titre de preuve. La juridiction de cassation, qui annula la décision rendue en première instance et statua à nouveau sur le fond, devait, comme l'exige le droit procédural applicable (paragraphe 18 ci-dessus), examiner la totalité des allégations formulées au cours de la procédure, au moins dans la mesure où elles faisaient "l'objet du débat" (paragraphe 20 ci-dessus), et ce, même si elles ne se trouvaient pas expressément reprises en cassation.

La Cour relève qu'il ne lui appartient pas d'examiner le bien-fondé du moyen tiré de la priorité *ratione temporis* de "Creacions Orient", une telle tâche incombant aux juridictions nationales. Elle se borne à noter que pareil examen ne s'impose pas pour constater que le moyen en cause était du moins pertinent: si le tribunal l'avait jugé fondé, il aurait dû nécessairement débouter le demandeur de son action.

Il faut donc rechercher si, en l'occurrence, le silence du Tribunal suprême peut raisonnablement s'interpréter comme un rejet implicite. La question de savoir si la société japonaise pouvait se prévaloir de son droit à son nom commercial "Orient Watch Co. Ltd" envers le titulaire du droit antérieur à la marque "Creacions Orient" se distingue juridiquement et logiquement de celle de savoir si la marque postérieure "Orient H.W. Balani Málaga" était compatible avec ledit nom commercial. Elle exigeait donc une réponse spécifique et explicite. Faute de cette dernière, il est impossible de savoir si le Tribunal suprême a simplement négligé le moyen tiré du droit antérieur à la marque "Creacions Orient" ou bien a voulu le rejeter et, dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons. Ni la démarche entreprise par la requérante auprès du registre de la propriété

industrielle pour étendre la liste des articles, ni le fait que le service juridique dudit registre a exprimé dans son rapport au premier juge l'avis que ce moyen devait être écarté, ni la circonstance que - selon le Gouvernement - la haute juridiction aurait déjà formulé cette même opinion dans une décision entre les mêmes parties dans un contexte identique, n'enlèvent rien à cette conclusion. Il y a donc eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

Cour européenne des droits de l'homme, 21 janvier 1999, Garcia Ruiz c Espagne

29. A la lumière de ce qui précède, la Cour relève que le requérant a bénéficié d'une procédure contradictoire. Il a pu, aux différents stades de celle-ci, présenter les arguments qu'il jugeait pertinents pour la défense de sa cause. La décision de rejet de sa prétention prononcée en première instance était amplement motivée, en fait comme en droit. **Quant à l'arrêt rendu en appel, l'Audiencia Provincial y déclarait entériner l'exposé des faits et les motifs figurant dans la décision de première instance pour autant qu'ils n'étaient pas incompatibles avec les siens propres. Le requérant n'est donc pas fondé à soutenir qu'il péchait par manque de motivation même si, en l'occurrence, une motivation plus étayée eût été souhaitable.**

30. En conclusion, la Cour estime que, considérée dans son ensemble, la procédure litigieuse a revêtu un caractère équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cour européenne des droits de l'homme, 19 décembre 1997, Helle c. Finlande

59. Ainsi que la Cour l'a relevé ci-dessus, **la Cour administrative suprême a, par deux fois, adopté par incorporation les motifs fournis par le chapitre épiscopal, ce qui indique clairement qu'elle n'avait, de son côté, aucun motif de s'écarter des conclusions dudit organe et que le requérant n'avait présenté aucun élément de preuve nouveau de nature à modifier la décision en appel** ; par ailleurs, on ne peut considérer, dans les circonstances de l'espèce, que la Cour administrative suprême ne s'est pas prononcée sur l'essence des arguments que le requérant avait soumis à son examen. Il est significatif, à cet égard, qu'elle ait renvoyé la question de l'indemnisation au chapitre épiscopal, confirmant ainsi qu'elle s'était véritablement livrée à un nouvel examen des arguments qui lui avaient été présentés (paragraphe 18 ci-dessus).

60. Eu égard à ces considérations, **la Cour souligne que la notion de procès équitable requiert qu'une juridiction interne qui n'a que brièvement motivé sa décision, que ce soit en incorporant les motifs fournis par une juridiction inférieure ou autrement, ait réellement examiné les questions essentielles qui lui ont été soumises et qu'elle ne se soit pas contentée d'entériner purement et simplement les conclusions d'une juridiction inférieure.** Cette exigence est plus importante encore lorsqu'une partie n'a pu présenter sa cause oralement dans la procédure interne. La Cour estime toutefois qu'il y a été satisfait en l'espèce et que les éléments invoqués par le requérant n'ont pas rendu inéquitable la procédure litigieuse.

61. Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 sur ce point non plus.

Cour européenne des droits de l'homme, 14 juin 2007, Gorou c Grèce

16. En l'occurrence, **la Cour constate que le procureur près la Cour de cassation rejeta la demande de la requérante, qui l'invitait à se pourvoir en cassation contre le jugement n° 74941/2001, par quelques mots écrits sur la requête même.** Pour vérifier si cette motivation peut passer pour suffisante, la Cour doit prendre en compte, entre autres, la nature du présent litige. A cet égard, elle note que l'affaire ne soulevait pas de questions compliquées. Il s'agissait, en effet,

de déterminer si les propos du supérieur hiérarchique de la requérante au sujet du comportement professionnel de cette dernière pouvaient ou non être qualifiés de diffamatoires. Or, par son jugement n° 74941/2001, le tribunal correctionnel d'Athènes considéra que les allégations incriminées étaient fondées et que l'accusé n'avait pas eu l'intention de diffamer ou d'insulter la requérante. Considérant que cette décision n'était pas suffisamment motivée, la requérante tenta de se pourvoir en cassation, par le truchement du procureur près la Cour de cassation.

17. Eu égard aux circonstances décrites ci-dessus, et notamment au caractère simple du litige et aux conclusions claires du tribunal correctionnel, la Cour estime qu'il serait déraisonnable de juger que le procureur aurait dû exposer de manière longue et détaillée les raisons pour lesquelles il n'estimait pas opportun en l'occurrence de former un pourvoi en cassation contre cette décision. Elle considère en effet que par sa phrase « il n'y a pas de moyen de cassation légal et bien fondé » le procureur a confirmé la décision rendue par le tribunal correctionnel après un examen complet de l'affaire, en en faisant siens les motifs (*García Ruiz c. Espagne*, loc.cit.). Rien ne permet de juger qu'une motivation plus étayée eût été souhaitable.

Partant, il n'y a pas eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cour européenne des droits de l'homme, 28 juin 2007, Wagner et J.M.W.L. c. Luxembourg

97. (...)

Or la Cour d'appel a omis de donner une réponse au moyen selon lequel l'ordre public commandait précisément d'accorder, au titre de l'article 8 de la Convention, l'exequatur à la décision d'adoption péruvienne. La Cour de cassation a, de surcroît, entériné cette solution des juges du fond, et ce en dépit de sa jurisprudence selon laquelle la Convention déploie ses effets directs dans l'ordre juridique luxembourgeois (paragraphe 79 ci-dessus).

98. Eu égard aux considérations qui précèdent, **la Cour estime que les requérantes ne furent pas effectivement entendues par les juridictions internes** qui ne leur ont pas assuré leur droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Partant, il y a eu violation de cette disposition.

Cour EDH, 7 avril 2005, Alija c Grèce

21. La Cour rappelle que, selon sa jurisprudence constante reflétant un principe lié à la bonne administration de la justice, les décisions judiciaires doivent indiquer de manière suffisante les motifs sur lesquels elles se fondent. L'étendue de cette obligation peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce (*Ruiz Torija c. Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-A, p. 12, § 29).

22. Certes il est vrai, dans le cas d'espèce, que le grief du requérant n'est pas seulement tiré de l'absence de motivation d'une décision de justice, mais également de celle du procureur qui, aux dires du Gouvernement, ne constitue pas un organe judiciaire et n'est donc pas lié par les mêmes obligations que celles incombant aux magistrats. La Cour estime qu'il ne lui appartient pas de définir la nature exacte des fonctions exercées par le ministère public en Grèce. Elle se borne toutefois à remarquer que le procureur représente essentiellement les intérêts de la société dans le procès pénal (*Kampanis c. Grèce*, arrêt du 13 juillet 1995, série A n° 318-B, p. 48, § 56). De surcroît, il ressort clairement de l'article 24 du code d'organisation des juridictions et du statut des organes

judiciaires (voir ci-dessus, *Droit interne pertinent*) que le procureur jouit des garanties d'indépendance tant à l'égard de l'exécutif qu'à l'égard des parties au litige. En outre, **pour ce qui est de la présente affaire, répondre à la demande du requérant ne relevait pas du pouvoir discrétionnaire du procureur près la Cour de cassation. Bien au contraire, selon l'article 139 du code de procédure pénal (voir ci-dessus, *Droit interne pertinent*), celui-ci était censé y répondre de manière motivée.**

23. En dernier lieu, la Cour note que la cour d'appel rejeta l'action du requérant en indemnisation pour le seul motif qu'au moment de sa mise en détention, il existait des indices sérieux quant à sa culpabilité. Par la suite, le procureur, en rejetant la demande du requérant de se pourvoir en cassation ne motiva pas sa décision et exprima son refus en trois mots manuscrits sur sa demande même. **Or, la simple répétition par la cour d'appel des dispositions de l'article 533 § 2 du code de procédure pénale faisait preuve d'un manque de précision, notamment quant à la notion d'« indices sérieux », notion qui imposait une appréciation des faits. De surcroît, l'absence de toute motivation quant aux raisons du rejet de la demande du requérant par le procureur était susceptible d'entacher cette décision d'arbitraire, eu égard notamment à son caractère déterminant quant au droit du requérant à se pourvoir en cassation.**

24. **La Cour rappelle sur ce point qu'elle a déjà sanctionné la pratique des juridictions helléniques de fond de rejeter des demandes d'indemnisation sans motivation suffisante** (voir, *Georgiadis c. Grèce*, arrêt du 29 mai 1997, *Recueil des arrêts et décisions* 1997-III, p. 960, §§ 42-43 et, en dernier lieu, *Sakkopoulos c. Grèce*, n° 61828/00, §§ 50-51, 15 janvier 2004).

Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cour EDH, 24 mai 2005, Buzescu c Roumanie

2. The domestic courts' failure to determine a part of the subject matter of the case

63. The Court reiterates that the effect of Article 6 § 1 is, *inter alia*, to place a “tribunal” under a duty to conduct a proper examination of the submissions, arguments and evidence, without prejudice to its assessment or to whether they are relevant for its decision, given that the Court is not called upon to examine whether arguments are adequately met. Nevertheless, although Article 6 § 1 obliges courts to give reasons for their decisions, it cannot be understood as requiring a detailed answer to every argument (see *Van de Hurk v. the Netherlands*, judgment of 19 April 1994, Series A no. 288, p. 20, §§ 59 and 61; *Burg v. France* (dec.), no. 34763/02, ECHR 2003-II). The extent to which this duty to give reasons applies may vary according to the nature of the decision and must be determined in the light of the circumstances of the case (see *Ruiz Torija v. Spain* and *Hiro Balani v. Spain*, judgments of 9 December 1994, Series A nos. 303-A and B, p. 12, § 29, and pp. 29–30, § 27, respectively).

(...)

66. The Court notes, nevertheless, that the domestic courts based their decisions, as regards the UAR's power to annul the Constanța Bar's decision of 1991, on a combined reading of section 58 (g) and (i) of Law no. 51/1995 and, especially, of Rule 130 of the Rules governing the Legal Profession, the latter having been issued by the UAR itself in 1995. However, it appears that it was not until 6 March 2001, following an amendment to Law no. 51/1995, that such a power was again expressly provided for by section 63 (i) of Law no. 51/1995. Being aware of its limited power to review the interpretation of national law by the domestic courts, the Court finds, nevertheless, that

such an amendment would have been meaningless if, between 1995 and 2001, the UAR had had the power to annul Bar decisions on grounds of illegality under the original provisions of that law.

67. **The Court observes that even if the courts addressed a part of the applicant's arguments, they did not answer his main arguments, namely that he had acted in good faith, in accordance with the principles of administrative law and with Law no. 29/1990,** when he had lodged an application with the Constanța Bar in 1991, in order to annul the unlawful decision which it had given in 1981 in the exceptional circumstances in which he had left the country; and that in any case he could not be blamed for the Bar's failure to submit his application to the UAR or for the UAR's failure to review the validity of the Bar's decision.

In addition, **the Court notes that even if the applicant lodged his application in order to seek the annulment of the UAR's decision of 27 June 1996, he expressly requested the courts to consider the merits of his case and their consequences for the issue of his application.** The applicant also pointed out that his administrative application of 18 February 1998 to the UAR had not constituted a remedy for the clarification of his situation.

3. *The disclosure of the UAR's original Register of Decisions*

(...)

4. *Conclusion*

74. In the light of the above observations and taking into account the proceedings as a whole, the Court concludes that the requirements of fairness have not been met. Accordingly, the Court finds that there has been a violation of Article 6 § 1 of the Convention.

Cour européenne des droits de l'homme, 15 mars 2007, Gheorghe c Roumanie

48. **La Cour n'est pas convaincue par cette argumentation. En l'espèce, elle constate que ni la cour d'appel ni la Cour suprême de justice ne se sont prononcées sur le fond de la demande de dommage et intérêts, mais qu'elles ont rejetée celle-ci au seul motif que le requérant n'avait pas contesté son classement dans la catégorie des personnes atteintes d'un handicap de deuxième degré.**

49. La Cour note également que le requérant n'a cessé de réclamer, aussi bien dans sa demande initiale que dans les conclusions qu'il a formulées par la suite, de se voir reconnaître les droits accordés par la loi n° 53/1992 aux personnes atteintes d'un handicap de deuxième degré. De surcroît, il a largement fondé son recours devant la Cour suprême sur le fait que le rejet de sa demande aurait été le résultat d'une interprétation erronée de l'objet de son action. Or **ce moyen n'a reçu aucune réponse de la part de la Cour suprême.**

50. **Compte tenu de l'incidence décisive de ce moyen, la Cour estime qu'il exigeait de la part de la Cour suprême une réponse spécifique et explicite.** En l'absence d'une telle réponse, il est impossible de savoir si les juridictions internes ont simplement négligé d'examiner le contenu du grief concernant l'octroi des dommages et intérêts ou si le rejet de ce grief était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation quant à l'objet de l'action (voir, *mutatis mutandis*, *Ruiž Torija et Hiro Balani*, précités, p. 12, § 30, et p. 30, § 28, respectivement, *Dulaurans c. France*, n° 34553/97, § 38, 21 mars 2000, et *Liakopoulou c. Grèce*, n° 20627/04, § 23, 24 mai 2006).

51. A la lumière de ce qui précède, la Cour conclut que la cause du requérant n'a pas été entendue équitablement.

Partant, il y a eu violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cour EDH, 7 mars 2006, Donadze c. Géorgie

34. En sus des éléments ci-dessus, la Cour relève que le mémoire ampliatif du requérant fut égaré par la cour d'appel (paragraphe 17 ci-dessus) qui, toutefois, opposa à l'intéressé l'absence de preuves à l'appui d'une partie de ses affirmations, ces preuves figurant dans le mémoire en question (paragraphe 19 ci-dessus). Saisi d'un moyen de cassation à cet égard, la Cour suprême n'y répondit pas dans son arrêt (paragraphe 20 et 21 ci-dessus). Le Gouvernement ne fournit aucun argument à ce sujet.

35. Eu égard aux considérations qui précèdent, **la Cour estime que les conclusions contenues dans les décisions judiciaires rendues en l'espèce ne témoignent pas que les juridictions internes procédèrent à un examen approfondi et sérieux des moyens du requérant, qu'elles basèrent leur raisonnement, comme elles le firent d'ailleurs pour la partie adverse, sur les éléments de preuve présentés par l'intéressé et qu'elles motivèrent valablement le rejet de ses contestations. Or, même si les tribunaux ne sauraient être tenus d'exposer les motifs de rejet de chaque argument d'une partie (*J. et R. Kaufman c. Belgique*, décision de la Commission du 9 décembre 1986, Décisions et rapports 50, p. 98 ; *Ruiz Torija c. Espagne*, arrêt du 9 décembre 1994, série A n° 303-A, § 29), ils ne sont tout de même pas dispensés d'examiner dûment et de répondre aux principaux moyens que soulève celle-ci.**

Ces défaillances, ainsi que l'absence d'examen du mémoire ampliatif du requérant par la cour d'appel, placèrent l'intéressé dans une situation de net désavantage par rapport à son adversaire. Accompagnées d'aucune pièce à l'appui (paragraphe 27 ci-dessus), les observations du Gouvernement ne contiennent aucun élément de nature à permettre d'arriver à un constat différent. En effet, elles reprennent mot à mot les termes des décisions de justice litigieuses et ne convainquent donc pas la Cour.

36. La Cour conclut dès lors que le requérant ne fut pas effectivement entendu par les juridictions internes qui ne lui ont pas assuré son droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention. Partant il y a eu violation de cette disposition.

Cour EDH, 19 février 1998, Higgins et a. c. France

42. La Cour doit examiner le grief des requérants relatif à **la manière dont la Cour de cassation a statué sur leurs doléances tenant au manque d'impartialité de la cour d'appel de Papeete dans le cadre de la procédure contre la BBC, et plus particulièrement son omission de motiver sa décision sur ce point.**

Elle rappelle que l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, mais qu'il ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 20, § 61). L'étendue de ce devoir peut varier selon la nature de la décision et doit s'analyser à la lumière des circonstances de chaque espèce (arrêts *Ruiz Torija* et *Hiro Balani c. Espagne* du 9 décembre 1994, série A n° 303-A et -B, p. 12, § 29, et pp. 29–30, § 27).

43. Les 25 mai et 1^{er} juin 1989, les intéressés ont formé devant la deuxième chambre civile de la Cour de cassation deux requêtes aux fins de dessaisissement pour cause de suspicion légitime de la cour d'appel de Papeete (paragraphe 11 ci-dessus). La première concernait deux procédures, l'une en délivrance de legs et l'autre de requête civile ; la seconde, qui se référait à la première, concernait la présente procédure relative à l'apport en société, seule ici en cause (paragraphe 9 ci-dessus). Les deux requêtes formulaient des motifs de suspicion similaires (paragraphe 12 ci-dessus).

Dans son arrêt du 22 mars 1990, la deuxième chambre civile a reconnu le caractère suspect de l'impartialité de la cour d'appel de Papeete. Après avoir joint les deux requêtes dont elle était saisie et les avoir déclarées recevables, elle n'a ordonné le renvoi devant la cour d'appel de Paris au titre du dépaysement que des procédures en délivrance de legs et de requête civile en tierce opposition, sans évoquer dans son dispositif la troisième, pourtant visée explicitement au début de l'arrêt (paragraphe 13 ci-dessus).

Or cette dernière procédure était étroitement liée aux deux autres puisqu'elle faisait partie d'un contentieux successoral complexe concernant pratiquement un même groupe de personnes et un même ensemble de biens (paragraphe 7 et 8 ci-dessus). Par ailleurs, la composition de la juridiction d'appel était très semblable puisqu'à l'exception d'un seul conseiller dans l'instance contre la BBC, c'est la même formation de jugement qui a connu des trois affaires (paragraphe 41 ci-dessus).

L'arrêt de la Cour de cassation du 22 mars 1990 ne fournit aucune indication de nature à éclairer la Cour sur le sort différent accordé à la procédure contre la BBC. Ni la procédure en rectification d'erreur matérielle ni celle en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel du 7 décembre 1989 **n'ont fourni aux requérants une réponse explicite et spécifique sur les conséquences à tirer de l'arrêt du 22 mars 1990**. Faute de cette dernière, il est impossible de savoir si la Cour de cassation a simplement négligé d'évoquer la troisième affaire ou bien n'a pas voulu en ordonner le renvoi et, dans cette dernière hypothèse, pour quelles raisons. Il y a donc eu violation de l'article 6 § 1.

Cour EDH, 2000, Dulaurans c France

II. LE DROIT INTERNE PERTINENT

A. Loi n° 70-9 du 2 janvier 1970

(...)

B. Code de procédure civile

22. Les dispositions pertinentes du code de procédure civile se lisent ainsi :

Article 563

« Pour justifier en appel les prétentions qu'elles avaient soumises au premier juge, les parties peuvent invoquer des moyens nouveaux, produire de nouvelles pièces ou proposer de nouvelles preuves. »

Article 619

« Les moyens nouveaux ne sont pas recevables devant la Cour de cassation.

Peuvent néanmoins être invoqués pour la première fois, sauf disposition contraire :

1° Les moyens de pur droit ; 2° Les moyens nés de la décision attaquée. »

(...)

En Droit

(...)

33. La Cour rappelle que le droit à un procès équitable, garanti par l'article 6 § 1 de la Convention, englobe, entre autres, le droit des parties au procès à présenter les observations qu'elles estiment pertinentes pour leur affaire. La Convention ne visant pas à garantir des droits théoriques ou illusoire mais des droits concrets et effectifs (arrêt *Artico c. Italie* du 13 mai 1980, série A n° 37, p. 16, § 33), ce droit ne peut passer pour effectif que si ces observations sont vraiment « entendues », c'est-à-dire dûment examinées par le tribunal saisi. Autrement dit, l'article 6 implique notamment, à la charge du « tribunal », l'obligation de se livrer à un examen effectif des moyens, arguments et offres de preuve des parties, sauf à en apprécier la pertinence (voir l'arrêt *Van de Hurk c. Pays-Bas* du 19 avril 1994, série A n° 288, p. 19, § 59).

34. La tâche de la Cour consiste donc à rechercher si cette condition se trouva remplie en l'espèce : la Cour doit s'assurer que l'irrecevabilité de l'unique moyen produit par la requérante à l'appui de son pourvoi ne fut pas le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation de la part de la Cour de cassation.

35. La Cour note, en particulier, que la requérante reprochait à la cour d'appel d'avoir à tort considéré que son adversaire ne tombait pas sous le coup de la loi du 2 janvier 1970. Or la Cour de cassation rejeta ce moyen, au motif qu'il était nouveau. D'après le Gouvernement, il ne s'agit pas là d'une erreur de la part de la Cour de cassation, mais d'une appréciation exacte formée après examen du moyen.

36. La Cour n'est toutefois pas convaincue par cette argumentation. Force est de constater que la requérante n'a pas cessé, dès le début de la procédure litigieuse, de prétendre que son adversaire était soumis aux dispositions de la loi de 1970. Tant en première instance qu'en cassation, elle a clairement affirmé que le caractère habituel de la mission confiée à son adversaire résultait des deux mandats qui lui avaient été donnés le 25 novembre 1991 en vue de vendre deux immeubles. S'il est vrai que devant la cour d'appel, la requérante soulignât que son adversaire était déjà intervenu auprès d'elle à l'occasion d'une précédente vente, sans se référer expressément aux deux mandats litigieux, la Cour estime néanmoins qu'on ne saurait parler en l'espèce de deux raisonnements distincts. En indiquant que son adversaire était « déjà » intervenu auprès d'elle, la requérante ne pouvait que faire allusion aux deux mandats à l'épicentre du litige, auxquels elle s'était déjà référée devant le tribunal de première instance et auxquels elle se référer par la suite devant la Cour de cassation.

37. Par ailleurs, la Cour relève que la Cour de cassation s'est bornée à déclarer que la requérante « n'a pas soutenu dans ses conclusions que [B.N.], d'une manière habituelle, se livrait ou prêtait son concours aux opérations prévues par la loi du 2 janvier 1970 ». Or, la Cour estime que cette conclusion est contredite par le dispositif même de l'arrêt de la cour d'appel, qui conclut que B.N. « ne se livra[i]t pas d'une manière habituelle aux opérations visées à l'article 1er de la loi du 2 janvier 1970 ». La Cour n'aperçoit aucune raison pour laquelle la cour d'appel serait arrivée à une telle constatation, si ce n'est pour répondre à une allégation soulevée par la requérante en ce sens.

38. En tout état de cause, la Cour note que la Cour de cassation n'a pas davantage expliqué sa position, et n'a pas opéré une distinction entre le raisonnement développé par la requérante devant les trois juridictions saisies, comme le fait maintenant le Gouvernement. **L'absence de toute autre motivation amène la Cour à conclure que la seule raison pour laquelle la Cour de cassation rejeta le moyen en question était le résultat d'une erreur manifeste d'appréciation.**

39. La Cour conclut que la Cour de cassation n'a pas assuré à la requérante son droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Partant il y a eu **violation** de cette disposition.

Cour EDH, déc. 29 août 2000, Jahnke et Lenoble c. France

La Cour rappelle qu'aux termes de l'article 19 de la Convention elle a pour tâche d'assurer le respect des engagements résultant de la Convention pour les Parties contractantes. Spécialement, il ne lui appartient pas de connaître des erreurs de fait ou de droit prétendument commises par une juridiction interne, sauf si et dans la mesure où elles pourraient avoir porté atteinte aux droits et libertés sauvegardés par la Convention (voir, entre autres, l'arrêt Garcia Ruiz c. Espagne du 21 janvier 1999, *Recueil des arrêts et décisions* 1999-I, § 28).

Dans la présente affaire, **les requérants reprochent à la Cour de cassation d'avoir méconnu les règles du procès équitable, en estimant que la cour d'appel n'avait pas à examiner un moyen qui n'existait pas, et en considérant ledit moyen comme nouveau devant elle, et donc irrecevable.**

La Cour souhaite souligner que pour l'accomplissement de leur tâche, les tribunaux doivent obtenir la coopération des parties, qui, dans la mesure du possible, sont tenues d'exposer leur prétentions de manière claire, non ambiguë et raisonnablement structurée.

La Cour relève que l'analyse des mémoires déposés par les requérants devant la cour d'appel, permet de constater que ceux-ci se sont bornés à faire une simple allusion à la directive européenne du 14 février 1977 : il n'existe en effet dans leurs mémoires de plusieurs pages qu'une phrase de cinq lignes affirmant que l'information du personnel sur le changement de raison sociale a enfreint une directive européenne, phrase suivie de la citation d'un article de ladite directive. La Cour ne doute pas qu'il s'agissait là d'un simple argument. Or, elle rappelle à cet égard que si l'article 6 § 1 oblige les tribunaux à motiver leurs décisions, cette obligation ne peut se comprendre comme exigeant une réponse détaillée à chaque argument (voir l'arrêt Garcia Ruiz op. cit., § 26).

Par ailleurs, la Cour note que le point de litige était le refus de PANAVISION FRANCE de continuer d'appliquer la convention collective de la métallurgie ; or, la cour d'appel a reconnu que les requérants étaient fondés à se prévaloir de cette convention collective, en vertu de la loi, pendant quinze mois, soit jusqu'au 1er octobre 1992. Qu'ils aient été informés du changement de raison sociale fin décembre 1991 par la fiche de paie (et non, comme semble l'exiger la directive européenne, dès juillet 1991, date de la cession) est sans incidence sur la question en litige.

Dès lors, la Cour considère qu'en ne répondant pas à un simple argument, au demeurant dénué d'influence sur la question en litige, la cour d'appel n'avait commis aucun défaut de motivation.

Au vu de ce qui précède, **la Cour considère qu'il était inévitable que le moyen de cassation en question soit considéré comme nouveau par la Cour de cassation.** Certes, la Cour de cassation aurait pu davantage expliquer sa position, et opérer une distinction entre les moyens et les arguments présentés par les requérants. En optant pour une réponse laconique, l'arrêt la Cour de cassation peut en effet prêter à confusion, et oblige la Cour à se livrer à un examen du fond de l'affaire afin de s'assurer que les règles du procès équitable n'ont pas été méconnues.

La Cour conclut que, même si une réponse plus claire de la part de la Cour de cassation au sujet de la directive européenne eut été souhaitable, celle-ci n'a pas commis une erreur d'appréciation (voir, *a contrario*, l'arrêt Dulaurans c. France du 21 mars 2000), et a assuré aux requérants leur droit à un procès équitable, au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Il s'ensuit que la requête doit être rejetée comme manifestement mal fondée, en application de l'article 35 §§ 3 et 4 de la Convention.

Par ces motifs, la Cour, à l'unanimité,

DÉCLARE LA REQUÊTE IRRECEVABLE.

II. Le cumul des fonctions judiciaires de poursuite, d'instruction et de jugement

Cour EDH, 24 mai 1989, Hanschildt c. Danemark

46. Aux fins de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), l'impartialité doit s'apprécier selon une démarche subjective, essayant de déterminer la conviction personnelle de tel juge en telle occasion, et aussi selon une démarche objective amenant à s'assurer qu'il offrait des garanties suffisantes pour exclure à cet égard tout doute légitime (voir, entre autres, l'arrêt De Cubber du 26 octobre 1984, série A n° 86, pp. 13-14, par. 24).

47. Quant à la première, ni devant la Commission ni devant la Cour le requérant n'a taxé de parti pris les juges concernés. Au demeurant, l'impartialité personnelle d'un magistrat se présume jusqu'à la preuve du contraire, non fournie en l'espèce.

Reste donc l'appréciation objective.

48. Elle consiste à se demander si indépendamment de la conduite personnelle du juge, certains faits vérifiables autorisent à suspecter l'impartialité de ce dernier. En la matière, même les apparences peuvent revêtir de l'importance. Il y va de la confiance que les tribunaux d'une société démocratique se doivent d'inspirer aux justiciables, à commencer, au pénal, par les prévenus. Doit donc se récuser tout juge dont on peut légitimement craindre un manque d'impartialité (voir, mutatis mutandis, l'arrêt De Cubber précité, série A n° 86, p. 14, par. 26).

Il en résulte que pour se prononcer sur l'existence, dans une affaire donnée, d'une raison légitime de redouter chez un juge un défaut d'impartialité, l'optique de l'accusé entre en ligne de compte mais ne joue pas un rôle décisif (arrêt Piersack du 1er octobre 1982, série A n° 53, p. 16, par. 31). **L'élément déterminant consiste à savoir si les appréhensions de l'intéressé peuvent passer pour objectivement justifiées.**

49. En l'occurrence, **la crainte d'un manque d'impartialité tenait au fait que le juge ayant présidé le tribunal en première instance, puis les magistrats qui participèrent à l'examen final de la cause en appel, en avaient déjà connu à un stade antérieur et avaient pris avant le procès diverses décisions relatives au requérant** (paragraphe 20-22 et 26 ci-dessus).

Pareille situation peut susciter chez le prévenu des doutes sur l'impartialité du juge. Ils se comprennent, mais on ne saurait pour autant les considérer comme objectivement justifiés dans tous les cas : la réponse varie suivant les circonstances de la cause.

50. Ainsi qu'il ressort des articles 742 et 743 de la loi (paragraphe 31 ci-dessus), l'information et les poursuites relèvent exclusivement, au Danemark, de la police et du parquet. Les activités judiciaires sur l'exercice desquelles reposent les appréhensions du requérant, et qui concernent la phase antérieure au procès, sont celles d'un magistrat indépendant, non chargé de préparer l'affaire en vue du procès ni d'ordonner le renvoi en jugement (articles 746, 760, 762 et 770, paragraphes 32, 33 et 36 ci-dessus). Il en va ainsi des décisions mentionnées par M. Hauschildt, dont celles qui avaient trait à la prolongation de sa détention provisoire ou à sa réclusion cellulaire. Elles furent toutes rendues à la demande de la police, demande que l'intéressé, aidé de son conseil, combattit ou aurait pu combattre (paragraphe 23-24 ci-dessus). En ces matières, les audiences se déroulent d'ordinaire en public. En vérité, le présent litige se distingue des affaires Piersack, De Cubber (arrêts précités) et Ben Yaacoub (arrêt du 27 novembre 1987, série A n° 127-A, p. 7, par. 9) par la nature des tâches dont les juges qui siégèrent en l'espèce s'acquittèrent avant de connaître du fond.

En outre, les questions qu'un magistrat doit trancher de la sorte avant les débats ne se confondent pas avec celles qui dicteront son jugement final. En se prononçant sur la détention provisoire et sur d'autres problèmes de ce genre avant le procès, il apprécie sommairement les données disponibles pour déterminer si de prime abord les soupçons de la police ont quelque consistance ; lorsqu'il statue à l'issue du procès, il lui faut rechercher si les éléments produits et débattus en justice suffisent pour asseoir une condamnation. On ne saurait assimiler des soupçons à un constat formel de culpabilité (voir, par exemple, l'arrêt Lutz du 25 août 1987, série A n° 123-A, pp. 25-26, par. 62).

Qu'un juge de première instance ou d'appel, dans un système comme le danois, ait déjà pris des décisions avant le procès, notamment au sujet de la détention provisoire, ne peut donc passer pour justifier en soi des appréhensions quant à son impartialité.

51. Certaines circonstances peuvent néanmoins, dans une affaire donnée, autoriser une conclusion différente. En l'espèce, la Cour ne peut qu'attribuer une importance spéciale à un fait : dans neuf des ordonnances prorogant la détention provisoire de M. Hauschildt, le juge Larsen s'appuya

explicitement sur l'article 762 par. 2 de la loi (paragraphe 20 ci-dessus). En la prolongeant à leur tour avant l'ouverture des débats en appel, les magistrats qui contribuèrent ensuite à l'adoption de l'arrêt final se fondèrent eux aussi sur le même texte à plusieurs reprises (paragraphe 26-27 ci-dessus).

52. Or pour appliquer l'article 762 par. 2, un juge doit entre autres s'assurer de l'existence de "soupçons particulièrement renforcés" que l'intéressé a commis les infractions dont on l'accuse. D'après les explications officielles, cela signifie qu'il lui faut avoir la conviction d'une culpabilité "très claire" (paragraphe 34-35 ci-dessus). **L'écart entre la question à trancher pour recourir audit article et le problème à résoudre à l'issue du procès devient alors infime.**

Partant, dans les circonstances de la cause, l'impartialité des juridictions compétentes pouvait paraître sujette à caution et l'on peut considérer comme objectivement justifiées les craintes de M. Hauschildt à cet égard.

53. En conséquence, il y a eu **violation** de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention.

Cour EDH, , Huber c. Suisse

37 (...)

Le procureur de district J. n'aurait pas offert l'indépendance voulue dès lors qu'il plaça Mme Huber en détention provisoire, puis l'inculpa et pour finir agit comme organe de poursuite devant la juridiction de jugement.

(...)

40. La Cour note d'emblée que seule prête à controverse l'impartialité du procureur de district de Zurich lors de la délivrance du mandat d'arrêt: Mme Huber ne conteste point qu'il était indépendant de l'exécutif, qu'il l'a entendue en personne avant de la placer en détention provisoire et qu'il a examiné avec un soin égal les circonstances militant pour ou contre celle-ci.

41. En l'espèce, **M. J. intervint dans un premier temps au stade de l'information: il rechercha s'il fallait inculper la requérante et prescrivit sa mise en détention provisoire, puis instruisit le dossier** (article 31 StPO).

Dans un deuxième temps, soit quatorze mois après l'arrestation, il agit comme organe de poursuite en dressant l'acte d'accusation, mais il n'occupait point le siège du ministère public devant la juridiction de jugement, le tribunal de district de Zurich, bien qu'il l'eût pu car le code cantonal de procédure pénale lui attribuait la qualité de partie au procès (article 178 par. 1 StPO - paragraphes 27 et 33 ci-dessus).

CEDH, 26 février 2002, Morris c. R.-U.

60. Dans l'arrêt *Findlay* précité, la Cour a dit que M. Findlay nourrissait des doutes objectivement fondés quant à l'indépendance et à l'impartialité de la cour martiale générale devant laquelle il avait comparu pour répondre de différentes accusations. Dans cette affaire, elle était essentiellement préoccupée par les multiples fonctions exercées dans la procédure par l'« officier convocateur ». Celui-ci jouait un rôle capital dans l'accusation mais il nommait aussi les membres de la cour

martiale, qui lui étaient hiérarchiquement subordonnés et étaient placés sous ses ordres. Il pouvait également dissoudre la cour martiale avant ou pendant l'audience et exerçait la fonction d'« officier confirmateur », si bien que la décision de la cour martiale quant au verdict et à la peine ne prenait effet que lorsqu'il l'avait ratifiée. La Cour a dit que ces lacunes fondamentales ne se trouvaient pas compensées par l'existence de protections, telle la participation du *judge advocate*, qui n'était pas lui-même membre de la cour martiale et dont l'avis à celle-ci n'était pas rendu public (arrêt *Findlay* précité, pp. 281-282, §§ 74-78).

61. La Cour constate que les modifications apportées par la loi de 1996 répondent pour une large part aux préoccupations exprimées dans l'affaire *Findlay*. Les postes d'« officier convocateur » et d'« officier confirmateur » ont été supprimés et les fonctions auparavant exercées par ces officiers ont été scindées. Les responsabilités de l'« officier convocateur » en matière d'accusation et de poursuite sont maintenant réparties entre l'autorité supérieure et l'autorité de poursuite (paragraphe 20 et 21 ci-dessus). La convocation de la cour martiale, la nomination de ses membres, le choix du lieu du procès et la convocation des témoins, qui incombaient à cet officier, ont été confiés au service judiciaire des armées (l'ancien bureau administratif de la cour martiale), dont les membres sont indépendants de l'autorité supérieure comme de l'autorité de poursuite. Le pouvoir de dissolution de la cour martiale, auparavant dévolu à l'officier convocateur, l'est à présent, avant l'audience, au service judiciaire des armées et, après le procès, au *judge advocate*, qui fait désormais officiellement partie de la cour martiale, prononce son résumé en public et participe au vote sur la peine.

62. La Cour conclut que la loi de 1996 a introduit entre les attributions des cours martiales dans les domaines des poursuites et du pouvoir décisionnel une distinction qui n'existait pas à l'époque de l'affaire *Findlay*. Les fonctions de conseil ont aussi été attribuées séparément au directeur des services juridiques de l'armée et au comité consultatif du général de brigade. Bien que le directeur des services juridiques de l'armée soit aussi l'autorité de poursuite, la Cour estime qu'il existe des garanties suffisantes quant à son indépendance dans la mesure où, dans son rôle de conseiller, il ne traite pas de questions de discipline. En toute hypothèse, il répond de ses actes de conseiller devant l'*Adjutant General* et rend compte de ses fonctions d'autorité de poursuite devant l'*Attorney General*.

63. C'est pourquoi la Cour estime que la relation qui existerait entre le haut commandement de l'armée, représenté par le Conseil de défense et l'*Adjutant General*, et les personnes qui ont participé au procès du requérant en cour martiale, et dont l'intéressé tire un grief d'ordre général, n'emporte pas en soi violation de l'article 6 § 1 de la Convention.

64. Toutefois, il reste à déterminer si les membres de la cour martiale qui a jugé le requérant constituaient collectivement un « tribunal indépendant et impartial » au sens que la jurisprudence de la Cour donne à cette notion.

III. Présence du Ministère public au délibéré

Cour EDH, 30 octobre 1991, *Borgers c. Belgique*

27. En l'espèce, l'audience du 18 juin 1985 devant la Cour de cassation se termina sur les conclusions de l'avocat général tendant au rejet du pourvoi de M. Borgers (paragraphe 15 ci-dessus). A aucun moment celui-ci ne put y répondre: avant, il n'en connaissait pas la teneur, faute d'en avoir reçu communication au préalable; après, la loi l'en empêchait. L'article 1107 du code

judiciaire interdit même le dépôt de notes écrites après l'intervention du ministère public (paragraphe 17 ci-dessus).

On n'aperçoit point ce qui justifie de telles restrictions aux droits de la défense. Dès lors que le parquet avait présenté des conclusions défavorables au requérant, celui-ci avait un intérêt certain à pouvoir les discuter avant la clôture des débats. Que seules les questions de droit ressortissent à la compétence de la Cour de cassation, n'y change rien.

28. Ensuite et surtout, le déséquilibre s'accroît encore du fait de la participation, avec voix consultative, de l'avocat général au délibéré de la Cour. Pareille assistance, prêté en toute objectivité, peut offrir une certaine utilité pour la rédaction des arrêts, quoique celle-ci relève au premier chef de la Haute juridiction elle-même. On conçoit mal cependant qu'elle puisse rester cantonnée aux questions de forme, au demeurant souvent indissociables du fond, si elle a également pour but, comme l'affirme aussi le Gouvernement, de contribuer au maintien de l'unité de la jurisprudence. Quand bien même elle s'y serait limitée en l'espèce, **l'avocat général pouvait légitimement sembler disposer en chambre du conseil d'une occasion supplémentaire d'appuyer, à l'abri de la contradiction du requérant, ses conclusions de rejet du pourvoi.**

29. En conclusion, eu égard aux exigences des droits de la défense et de l'égalité des armes ainsi qu'au **rôle des apparences** dans l'appréciation de leur respect, la Cour constate une violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

(...)

Opinion dissidente du juge Martens jointe à l'arrêt Borgers

(...)

IV. Témoigner d'une certaine retenue quand des dispositions procédurales nationales sont en jeu?

4.1. Les observations qui précèdent expliquent amplement mon vote. L'affaire présente cependant un aspect plus général qui, bien qu'assez délicat, mérite d'être discuté séparément.

Juger que la procédure même (en matière répressive) devant la plus haute juridiction de l'un des États membres est "inéquitable" ou (pour adopter une formulation moins abrupte) viole les exigences d'un procès équitable, au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1), ce n'est pas rien, à mon sens, pour une juridiction internationale. Or on ne trouve dans l'arrêt de la Cour aucune trace de réflexion sur le point de savoir si cet aspect particulier de l'affaire appelait de sa part une certaine forme de retenue. On peut cependant émettre quelques remarques.

4.2. **Je commencerai par dire que, d'une part, la Convention ne vise pas à uniformiser le droit mais énonce des directives et des normes qui, comme telles, supposent une certaine liberté des États membres.** D'autre part, son préambule semble inviter la Cour à développer des normes communes. Ces tendances contradictoires créent une certaine tension qui commande à la Cour d'agir avec prudence et de veiller à éviter les ingérences dénuées de justification convaincante.

4.3. Un motif supplémentaire de précaution réside dans le fait que les décisions de la Cour peuvent avoir pour d'autres systèmes juridiques nationaux que celui de l'État défendeur des conséquences

très sensibles³⁰ dont la Cour n'a pas toujours conscience et qu'en tout cas, souvent, elle ne peut apprécier à leur juste mesure.

4.4. Enfin, c'est la notion même de "procès équitable" qu'il faut manier avec prudence.

Tout d'abord, vu son imprécision, son caractère "ouvert", elle demande à être "complétée", et c'est ce qui se passe progressivement, à mesure que la jurisprudence définit des règles plus précises. La Cour a cependant tendance à toujours juger in concreto, en tenant compte des circonstances de chaque cause. Dès lors, enrichir la notion vague de "procès équitable" ne va pas sans risques: les règles qui se dégagent d'une telle jurisprudence développent une dynamique propre, une tendance à engendrer de nouvelles règles spécifiques, lesquelles peuvent étendre à l'excès une notion qui, après tout, renvoie à des principes de procédure très élémentaires.

Tant qu'elle n'aura pas élaboré une vision analytique plus compréhensive de la notion de "procès équitable", la Cour doit être consciente de ces dangers.

4.5. La prudence se recommande d'autant plus en la matière que la Cour se trouve doublement confrontée avec divers systèmes de procédure : ses membres sont issus de traditions procédurales différentes, et celles de l'État défendeur rejaillissent sur les questions se posant au regard de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Ceux à qui une institution donnée est complètement étrangère peuvent être plus facilement enclins à la juger incompatible avec les exigences d'un "procès équitable" que ceux à qui elle est familière. Le risque existe que les premiers soient plus prompts à considérer comme un problème touchant à la notion de procès équitable - c'est-à-dire relatif à des principes de base - ce qui pour les seconds est simplement une question d'opportunité procédurale (au sujet de laquelle les spécialistes du droit processuel peuvent diverger) n'ayant rien à voir avec le concept de "procès équitable".

4.6. Ces dangers, et plus spécialement le dernier cité, requièrent d'autant plus de précaution que le constat selon lequel une procédure nationale viole les exigences d'un "procès équitable" est sévère. Voilà évidemment pourquoi il doit être plausible et se fonder sur des motifs convaincants même pour ceux qui connaissent bien les traditions procédurales de l'État défendeur. C'est indispensable pour la crédibilité de la Cour et l'acceptabilité de sa décision dans les États concernés.

Cela m'amène à conclure par la remarque suivante. Le pourvoi en cassation et l'institution du procureur général près la Cour de cassation me sont tous deux familiers. A mes yeux, la variante belge - et, à un moindre degré, la variante française - de ce système est malheureuse, car il ne porte tous ses fruits que si le procureur général et la Cour de cassation gardent strictement leurs distances: cela leur donne une plus grande liberté, au premier pour proposer de nouvelles solutions, et, s'il l'estime approprié, pour critiquer la jurisprudence, à la seconde pour marquer son désaccord. Mais il s'agit là de considérations d'opportunité procédurale. Je ne puis m'empêcher de trouver disproportionné de juger que la variante belge viole les principes essentiels d'un procès équitable, au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention.

Cour EDH, 7 juin 2001, Kress c. France

4. En ce qui concerne la présence du commissaire du gouvernement au délibéré du Conseil d'Etat

77. Sur ce point, la Cour constate que l'approche soutenue par le Gouvernement consiste à dire que, puisque le commissaire du gouvernement est un membre à part entière de la formation de

jugement, au sein de laquelle il officie en quelque sorte comme un deuxième rapporteur, rien ne devrait s'opposer à ce qu'il assiste au délibéré, ni même qu'il vote.

78. Le fait qu'un membre de la formation de jugement ait exprimé en public son point de vue sur l'affaire pourrait alors être considéré comme participant à la transparence du processus décisionnel. Cette transparence est susceptible de contribuer à une meilleure acceptation de la décision par les justiciables et le public, dans la mesure où les conclusions du commissaire du gouvernement, si elles sont suivies par la formation de jugement, constituent une sorte d'explication de texte de l'arrêt. Dans le cas contraire, lorsque les conclusions du commissaire du gouvernement ne se reflètent pas dans la solution adoptée par l'arrêt, elles constituent une sorte d'opinion dissidente qui nourrira la réflexion des plaideurs futurs et de la doctrine.

La présentation publique de l'opinion d'un juge ne porterait en outre pas atteinte au devoir d'impartialité, dans la mesure où le commissaire du gouvernement, au moment du délibéré, n'est qu'un juge parmi d'autres et que sa voix ne saurait peser sur la décision des autres juges au sein desquels il se trouve en minorité, quelle que soit la formation dans laquelle l'affaire est examinée (sous-section, sous-sections réunies, section ou assemblée). Il est d'ailleurs à noter que, dans la présente affaire, la requérante ne met nullement en cause l'impartialité subjective ou l'indépendance du commissaire du gouvernement.

79. Toutefois, la Cour observe que cette approche ne coïncide pas avec le fait que, si le commissaire du gouvernement assiste au délibéré, il n'a pas le droit de voter. La Cour estime qu'en lui interdisant de voter, au nom de la règle du secret du délibéré, le droit interne affaiblit sensiblement la thèse du Gouvernement, selon laquelle le commissaire du gouvernement est un véritable juge, car un juge ne saurait, sauf à se déporter, s'abstenir de voter. Par ailleurs, il serait difficile d'admettre que des juges puissent exprimer publiquement leur opinion et que d'autres puissent seulement le faire dans le secret du délibéré.

80. En outre, en examinant ci-dessus le grief de la requérante concernant la non-communication préalable des conclusions du commissaire du gouvernement et l'impossibilité de lui répliquer, la Cour a accepté que le rôle joué par le commissaire pendant la procédure administrative requière l'application de garanties procédurales en vue d'assurer le respect du principe du contradictoire (paragraphe 76 ci-dessus). La raison qui a amené la Cour à conclure à la non-violation de l'article 6 § 1 sur ce point n'était pas la neutralité du commissaire du gouvernement vis-à-vis des parties mais le fait que la requérante jouissait de garanties procédurales suffisantes pour contrebalancer son pouvoir. La Cour estime que ce constat entre également en ligne de compte pour ce qui est du grief concernant la participation du commissaire du gouvernement au délibéré.

81. Enfin, **la théorie des apparences doit aussi entrer en jeu** : en s'exprimant publiquement sur le rejet ou l'acceptation des moyens présentés par l'une des parties, le commissaire du gouvernement pourrait être légitimement considéré par les parties comme prenant fait et cause pour l'une d'entre elles.

Pour la Cour, **un justiciable non rompu aux arcanes de la justice administrative peut assez naturellement avoir tendance à considérer comme un adversaire un commissaire du gouvernement qui se prononce pour le rejet de son pourvoi**. A l'inverse, il est vrai, un justiciable qui verrait sa thèse appuyée par le commissaire le percevrait comme son allié.

La Cour conçoit en outre qu'un plaideur puisse éprouver un sentiment d'inégalité si, après avoir entendu les conclusions du commissaire dans un sens défavorable à sa thèse à l'issue de l'audience

publique, il le voit se retirer avec les juges de la formation de jugement afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil (voir, *mutatis mutandis*, arrêt *Delcourt* précité, pp. 16-17, § 30).

82. Depuis l'arrêt *Delcourt*, la Cour a relevé à de nombreuses reprises que, si l'indépendance et l'impartialité de l'avocat général ou du procureur général auprès de certaines cours suprêmes n'encouraient aucune critique, la sensibilité accrue du public aux garanties d'une bonne justice justifiait l'importance croissante attribuée aux apparences (*Borgers* précité, p. 31, § 24).

C'est pourquoi la Cour a considéré que, indépendamment de l'objectivité reconnue de l'avocat général ou du procureur général, celui-ci, en recommandant l'admission ou le rejet d'un pourvoi, devenait l'allié ou l'adversaire objectif de l'une des parties et que sa présence au délibéré lui offrait, fût-ce en apparence, une occasion supplémentaire d'appuyer ses conclusions en chambre du conseil, à l'abri de la contradiction (*Borgers*, *Vermeulen* et *Lobo Machado* précités, respectivement, pp. 31-32, § 26, p. 234, § 34, et p. 207, § 32).

83. **La Cour ne voit aucune raison de s'écarter de la jurisprudence constante rappelée ci-dessus, même s'agissant du commissaire du gouvernement, dont l'opinion n'emprunte cependant pas son autorité à celle d'un ministère public** (voir, *mutatis mutandis*, *J.J.* et *K.D.B. c. Pays-Bas* précités, respectivement, pp. 612-613, § 42, et p. 631, § 43).

84. La Cour observe en outre qu'il n'a pas été soutenu, comme dans les affaires *Vermeulen* et *Lobo Machado*, que la présence du commissaire du gouvernement s'imposait pour contribuer à l'unité de la jurisprudence ou pour aider à la rédaction finale de l'arrêt (voir, *mutatis mutandis*, *Borgers* précité, p. 32, § 28). Il ressort des explications du Gouvernement que la présence du commissaire du gouvernement se justifie par le fait qu'ayant été le dernier à avoir vu et étudié le dossier, il serait à même pendant les délibérations de répondre à toute question qui lui serait éventuellement posée sur l'affaire.

85. De l'avis de la Cour, l'avantage pour la formation de jugement de cette assistance purement technique est à mettre en balance avec l'intérêt supérieur du justiciable, qui doit avoir la garantie que le commissaire du gouvernement ne puisse pas, par sa présence, exercer une certaine influence sur l'issue du délibéré. Tel n'est pas le cas dans le système français actuel.

86. La Cour se trouve confortée dans cette approche par le fait qu'à la CJCE, l'avocat général, dont l'institution s'est étroitement inspirée de celle du commissaire du gouvernement, n'assiste pas aux délibérés, en vertu de l'article 27 du règlement de la CJCE.

87. En conclusion, il y a eu **violation** de l'article 6 § 1 de la Convention, du fait de la participation du commissaire du gouvernement au délibéré de la formation de jugement.

(...)

Op. diss. commune des juges Wildhaber, Costa, Pastor Ridruejo, Kuris, Birsan, Botoucharova et Ugrekhelidze

(...)

8. **Beaucoup d'auteurs, et même d'éminents juges de cette Cour, ont écrit que la théorie des apparences, qui n'est du reste pas admise au même degré par l'ensemble des cultures juridiques représentées au Conseil de l'Europe, a été dans le passé poussée beaucoup trop loin**, que ce soit vis-à-vis des Cours de cassation belge ou française, de la Cour suprême du Portugal, ou de la Cour de cassation des Pays-Bas. Malgré ces critiques la majorité va encore plus loin. Il n'est pas logique que la même requérante, qui ne met nullement en doute l'impartialité subjective d'un magistrat et son indépendance (paragraphe 78 de l'arrêt), puisse être fondée à « éprouver un sentiment d'inégalité » à le voir « se retirer avec les juges de la formation de jugement afin d'assister au délibéré dans le secret de la chambre du conseil » (paragraphe 81). Ce n'est pas seulement illogique : c'est critiquable, car tout justiciable averti, et en tout cas tout avocat informé, sait que la participation au délibéré de quelqu'un qui a exprimé publiquement son « *opinio juris* » ne va pas, par sa simple présence, alourdir le poids de cette opinion sur les juges ayant à délibérer et à voter. Ou alors c'est faire injure à ces derniers, et leur imputer un manque d'indépendance et d'impartialité.

9. En admettant même que la théorie des apparences puisse trouver du crédit, faut-il qu'en son nom une juridiction européenne, dans un système basé sur la subsidiarité et sur le respect des juridictions nationales, vienne **égratigner une institution** qui fonctionne depuis un siècle et demi à la satisfaction générale, qui joue un rôle essentiel dans un Etat de droit, et qui a considérablement œuvré en faveur de la justice et des droits de l'homme (voir sur ces points les paragraphes 41, 46, 47, et surtout 69 à 71 de l'arrêt) ?

10. **Et n'atteint-on pas ici, ou ne dépasse-t-on pas, les limites du « contrôle européen » par rapport aux spécificités nationales**, qui sont légitimes pourvu qu'elles remplissent leurs obligations de résultat par rapport aux exigences conventionnelles ? A notre avis, humble mais ferme, notre Cour est, dans ce domaine, allée déjà très loin dans le passé (en fait, depuis l'arrêt *Borgers c. Belgique* du 30 octobre 1991 (série A n° 214-B) – qui fut un revirement de jurisprudence par rapport à l'arrêt *Delcourt c. Belgique* du 17 janvier 1970 (série A n° 11)), et la majorité de la Grande Chambre, dans cette affaire, va trop loin malgré l'article premier du dispositif.

(...)

13. Le présent arrêt fait certes un effort louable de pragmatisme et de réalisme en écartant de façon très nette le premier grief de la requête. **Il est regrettable que cet effort n'ait pas été plus complet, et souhaitable à nos yeux qu'à l'avenir la Cour reconsidère dans son ensemble sa jurisprudence sur la procédure devant les cours suprêmes européennes, qui fait la part trop belle aux apparences, au détriment de traditions nationales respectables et, en définitive, de l'intérêt réel des justiciables.**

Cour EDH, 12 avril 2006, Martinie c. France

Op. diss. commune des juges

(...)

8. **Nous contestons surtout les développements illogiques et dangereux d'une telle jurisprudence. Il est illogique d'accorder aux Etats une marge d'appréciation, voire une large marge d'appréciation (qui découle du principe de subsidiarité et reconnaît les traditions nationales) quand il s'agit de droits et libertés tout à fait essentiels ; et de vouloir gommer les traditions nationales, souvent anciennes et respectées, au profit d'une volonté d'uniformisation procédurale abstraite, qui – sans même le dire – anéantit la marge**

d'appréciation. C'est là un paradoxe dangereux. Il est en effet dangereux de couler dans un moule uniforme et abstrait des procédures nationales qui ont donné satisfaction à tous pendant des décennies et plus, sans tenir compte des efforts accomplis par les juridictions internes, dans tous les domaines, pour s'inspirer de la jurisprudence de Strasbourg ou pour s'y conformer. Au-delà de l'arrêt d'espèce et des juridictions en cause, il est illogique et dangereux de plier les Etats contractants et leurs hautes juridictions à des modalités procédurales uniformisées au détail près, alors qu'il y a mieux à faire quant au contrôle européen du respect des droits garantis par la Convention. Mieux vaut accepter certaines particularités judiciaires nationales et se consacrer à l'harmonisation des garanties que les Etats doivent assurer aux droits et libertés matériels : l'indispensable dialogue des juges en sera, pensons-nous, grandement facilité, dans l'intérêt de tous, cours nationales et Cour européenne, et au profit d'une justice vraiment « bonne ».

9. Ainsi **la majorité de la Grande Chambre a cédé aux tentations de l'uniformisation.** Or ce dont les institutions judiciaires de l'Europe démocratique ont besoin, c'est d'un fonctionnement sans accroc, continu, prévisible et conforme à l'esprit de la Convention, plutôt que d'uniformisation. Le « purisme » affiché par la majorité est de nature à entamer l'efficacité et la stabilité d'institutions juridiques qui ont fait leurs preuves ; la théorie des apparences ne justifie pas une telle atteinte. « *If it ain't broke, don't fix it* » : ne réparez pas ce qui n'a pas besoin de l'être, dit un vieux proverbe américain. La majorité aurait bien fait de s'en souvenir.

(...)

14. Nous estimons que le présent arrêt « enfonce le clou » qui avait été planté dans l'affaire *Kress*, et nous le regrettons. Après avoir **égratigné l'institution** du commissaire du Gouvernement, **l'arrêt Martinie risque de la blesser.** Cette blessure est à la fois injuste et gratuite, car nous n'arrivons pas à voir dans cette position raide un quelconque progrès vers l'équité réelle du procès, encore moins vers la défense des droits de l'homme, à laquelle notre Cour contribue pourtant si efficacement de façon générale.

IV. L'aide juridictionnelle

Cour EDH, 1979, Airey c. Irlande

(...)

On aurait tort de généraliser la conclusion selon laquelle la possibilité de comparaître en personne devant la High Court n'offre pas à Mme Airey un droit effectif d'accès; elle ne vaut pas pour tous les cas concernant des "droits et obligations de caractère civil", ni pour tous les intéressés. **Dans certaines hypothèses, la faculté de se présenter devant une juridiction, fût-ce sans l'assistance d'un conseil, répond aux exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) ; il se peut qu'elle assure parfois un accès réel même à la High Court. En vérité, les circonstances jouent ici un rôle important.**

En outre **l'article 6 par. 1 (art. 6-1), s'il garantit aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs "droits et obligations de caractère civil", laisse à l'État le choix des moyens à employer à cette fin.** L'instauration d'un système d'aide judiciaire - envisagée à présent par l'Irlande pour les affaires ressortissant au droit de la famille (paragraphe 11 ci-dessus) - en constitue un, mais il y en a d'autres, par exemple une simplification

de la procédure. Quoi qu'il en soit, il n'appartient pas à la Cour de dicter les mesures à prendre, ni même de les indiquer; la Convention se borne à exiger que l'individu jouisse de son droit effectif d'accès à la justice selon des modalités non contraires à l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (voir, mutatis mutandis, l'arrêt Syndicat national de la police belge, du 27 octobre 1975, série A n° 19, p. 18, par. 39, et l'arrêt Marckx précité, p. 15, par. 31).

La conclusion figurant à la fin du paragraphe 24 ci-dessus n'implique donc pas que l'État doive fournir une aide judiciaire gratuite dans toute contestation touchant un "droit de caractère civil".

Affirmer l'existence d'une obligation aussi étendue, la Cour l'admet, se concilierait mal avec la circonstance que la Convention ne renferme aucune clause sur l'aide judiciaire pour ces dernières contestations, son article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c) ne traitant que de la matière pénale. **Cependant, malgré l'absence d'un texte analogue pour les procès civils l'article 6 par. 1 (art. 6-1) peut parfois astreindre l'État à pourvoir à l'assistance d'un membre du barreau quand elle se révèle indispensable à un accès effectif au juge soit parce que la loi prescrit la représentation par un avocat, comme la législation nationale de certains États contractants le fait pour diverses catégories de litiges, soit en raison de la complexité de la procédure ou de la cause.**

Quant à la réserve irlandaise à l'article 6 par. 3 c) (art. 6-3-c), on ne saurait l'interpréter de telle sorte qu'elle influencerait sur les engagements résultant de l'article 6 par. 1 (art. 6-1); partant, elle n'entre pas ici en ligne de compte.

27. La requérante n'a pas réussi à trouver un sollicitor qui voulût bien agir pour elle dans une instance en séparation de corps. Si les hommes de loi consultés par elle n'y ont pas consenti, présume la Commission, c'est qu'elle n'aurait pu supporter les frais nécessaires. Le Gouvernement conteste cette opinion, mais la Cour la trouve plausible et elle ne dispose d'aucun élément de preuve de nature à la contredire.

28. **La Cour constate ainsi, à la lumière de l'ensemble des circonstances de la cause, que Mme Airey n'a pas bénéficié d'un droit d'accès effectif à la High Court pour demander un jugement de séparation de corps.** Partant, il y a eu violation de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

Cour EDH, 17 décembre 2002, A. c. Royaume-Uni

74. **Le droit à un tribunal n'est toutefois pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises car il commande de par sa nature même une réglementation de l'État. Les États contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareille limitation ne se concilie avec l'article 6 § 1 que si elle tend à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé** (voir, parmi d'autres, *Waite et Kennedy c. Allemagne* [GC], n° 26083/94, § 59, CEDH 1999-I).

75. La Cour doit d'abord examiner si la limitation poursuit un but légitime. A cet égard, elle rappelle que dans l'affaire *Young c. Irlande* (n° 25646/94, décision de la Commission du 17 janvier 1996, DR 84-B, p. 122) la Commission avait estimé que l'immunité accordée aux députés de la chambre basse du Parlement irlandais avait pour finalité de leur permettre de participer de façon

constructive aux débats parlementaires et de représenter leurs électeurs sur des questions d'intérêt public en formulant librement leurs propos ou leurs opinions, sans risque de poursuites devant un tribunal ou une autre autorité.

76. La Cour relève que la requérante admet que l'immunité parlementaire au Royaume-Uni poursuit ce but. L'intéressée reconnaît également que l'immunité est tournée vers un second but légitime, à savoir la régulation des relations entre les pouvoirs législatif et judiciaire.

77. La Cour conclut que l'immunité parlementaire dont a bénéficié en l'espèce le député ayant tenu les propos litigieux vise les buts légitimes que constituent la protection de la liberté d'expression au Parlement et le maintien de la séparation des pouvoirs entre le législatif et le judiciaire.

78. La Cour doit examiner ensuite la proportionnalité de l'immunité reconnue audit député. A cet égard, elle note que l'immunité en question revêt un caractère absolu et s'applique tant au pénal qu'au civil. Elle souscrit à l'argument de la requérante selon lequel, du point de vue de sa compatibilité avec la Convention, plus une immunité est large et plus les raisons la justifiant doivent être impérieuses. Elle rappelle toutefois la démarche adoptée par elle dans l'affaire *Fayed* précitée (pp. 53-54, § 77) et suivie par la Commission dans l'affaire *Young* : lorsqu'il s'agit d'apprécier la proportionnalité d'une immunité, le caractère absolu de celle-ci ne saurait être décisif. Ainsi, par exemple, dans l'affaire *Al-Adsani* susmentionnée, la Cour a dit que l'on ne pouvait de façon générale considérer comme une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 des mesures prises par une Partie contractante qui reflètent des règles de droit international généralement reconnues en matière d'immunité des Etats (voir également *Fogarty c. Royaume-Uni* [GC], n° 37112/97, § 36, CEDH 2001-XI, *McElhinney c. Irlande* [GC], n° 31253/96, § 37, CEDH 2001-XI).

79. La Cour rappelle également que dans la récente affaire *Jerusalem c. Autriche* (n° 26958/95, §§ 36 et 40, CEDH 2001-II) elle a déclaré que, précieuse pour chacun, la liberté d'expression l'est tout particulièrement pour un élu du peuple ; il représente ses électeurs, signale leurs préoccupations et défend leurs intérêts. Dans une démocratie, le Parlement ou les organes comparables sont des tribunes indispensables au débat politique. Une ingérence dans la liberté d'expression exercée dans le cadre de ces organes ne saurait donc se justifier que par des motifs impérieux.

80. La Cour constate que la plupart, sinon la totalité, des Etats signataires de la Convention accordent une forme d'immunité aux membres de leurs organes législatifs nationaux. En particulier, le droit interne de chacun des huit Etats qui ont soumis des tierces interventions en l'espèce prévoit une telle immunité (paragraphes 37-58 ci-dessus), dont les modalités précises varient d'un pays à l'autre.

81. Des privilèges et immunités sont également octroyés, notamment, aux membres de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe et à ceux du Parlement européen (paragraphes 33-36 ci-dessus).

82. La Cour relève les conclusions auxquelles est parvenue dans son rapport de mars 1999 la commission mixte des deux chambres du Parlement chargée d'examiner le privilège parlementaire au Royaume-Uni (paragraphe 32 ci-dessus). Elle note en particulier les raisons qui, pour ladite commission (paragraphe 40 du rapport), militent en faveur du maintien de la protection offerte aux membres du Parlement national par l'immunité absolue, opposée à l'immunité relative dont jouissent les élus locaux.

83. A la lumière de ce qui précède, la Cour estime qu'une règle de l'immunité parlementaire qui rejoint et reflète des règles généralement reconnues au sein des Etats signataires, du Conseil de l'Europe et de l'Union européenne ne saurait, en principe, être considérée comme imposant une restriction disproportionnée au droit d'accès à un tribunal tel que le consacre l'article 6 § 1 (voir, *mutatis mutandis*, l'arrêt *Al-Adsani* précité, § 56). De même que le droit d'accès à un tribunal est inhérent à la garantie d'un procès équitable accordée par cet article, de même certaines restrictions à l'accès doivent être tenues pour lui être inhérentes ; on en trouve un exemple dans **les limitations généralement admises par la communauté des nations comme relevant de la doctrine de l'immunité parlementaire** (*ibidem*).

84. En outre, l'immunité octroyée aux députés au Royaume-Uni apparaît à divers égards plus étroite que celle accordée aux membres du corps législatif dans certains autres Etats signataires, à ceux de l'Assemblée parlementaire du Conseil de l'Europe ou à ceux du Parlement européen. En particulier, elle ne s'applique qu'aux déclarations formulées au cours de débats parlementaires à la tribune de la Chambre des communes ou de la Chambre des lords. Aucune immunité ne protège les propos tenus en dehors de ces enceintes, même s'ils ne sont que la répétition de déclarations faites lors de débats parlementaires sur des questions d'intérêt général. De même, aucune immunité ne couvre les déclarations faites par des députés à la presse qui sont publiées avant les débats parlementaires, même si leur teneur est ensuite répétée au cours des débats proprement dits.

85. L'immunité absolue dont jouissent les députés vise de plus à protéger les intérêts du Parlement dans son ensemble et non ceux des députés à titre individuel, comme en témoigne le fait qu'elle ne joue pas en dehors de l'enceinte parlementaire. En revanche, l'immunité protégeant les personnes qui rapportent les débats parlementaires et celle dont bénéficient les élus locaux revêtent un caractère relatif.

86. La Cour observe que les victimes de déclarations diffamatoires prononcées au Parlement ne sont pas totalement privées de voies de redressement (paragraphe 27 ci-dessus). Lorsque les remarques litigieuses émanent du député de leur circonscription, ces personnes peuvent notamment adresser une requête au Parlement par l'intermédiaire d'un autre député en vue d'obtenir une rétractation. Dans des cas extrêmes, des déclarations délibérément fausses peuvent être sanctionnées par le Parlement comme un outrage envers lui. Le président de chaque chambre exerce un contrôle général sur les débats. La Cour estime que tous ces éléments sont pertinents pour la question de la proportionnalité de l'immunité dont a bénéficié le député en l'espèce.

87. A la lumière de l'ensemble des données, la Cour conclut que l'application d'une règle consacrant une immunité parlementaire absolue ne saurait être considérée comme excédant la marge d'appréciation dont jouissent les Etats pour limiter le droit d'accès d'une personne à un tribunal.

V. Le principe de sécurité juridique

Cour EDH, 2003, *Mamatkulov et Abdurasulovic c. Turquie*

105. Sans que la Cour soit formellement tenue de suivre ses arrêts antérieurs, il est dans **l'intérêt de la sécurité juridique** et de la prévisibilité qu'elle ne s'écarte pas sans motif valable de ses

propres précédents (voir, par exemple, *mutatis mutandis*, *Chapman c. Royaume-Uni* [GC], n° 27238/95, § 70, CEDH 2001-I, *Christine Goodwin c. Royaume-Uni* [GC], n° 28957/95, § 74, 11 juillet 2002). Cependant, il est d'une importance cruciale que la Convention soit interprétée et appliquée d'une manière qui en rende les garanties concrètes et effectives et non pas théoriques et illusoire. Si la Cour devait faillir à maintenir une approche dynamique et évolutive, pareille attitude risquerait de faire obstacle à toute réforme ou amélioration (voir *Stafford c. Royaume-Uni* [GC], n° 46295/99, § 68, 28 mai 2002). Dans le contexte en cause, la Cour relève qu'au vu des principes généraux de droit international, du droit des traités et de la jurisprudence internationale, l'interprétation de la portée des mesures provisoires ne peut être dissociée de la procédure au cours de laquelle elle sont prévues et de la décision sur le fond qu'elles visent à protéger.

Cour EDH, 24 avril 2008, *Kemp et autre c. Luxembourg*

2. *Appréciation de la Cour*

a) Principes généraux

47. **La Cour rappelle sa jurisprudence constante selon laquelle elle n'a pas pour tâche de se substituer aux juridictions internes.** C'est au premier chef aux autorités nationales, notamment aux cours et tribunaux, qu'il incombe d'interpréter la législation interne (voir, parmi beaucoup d'autres, *García Manibardo c. Espagne*, n° 38695/97, § 36, CEDH 2000-II). Par ailleurs, le « droit à un tribunal », dont le droit d'accès constitue un aspect particulier, n'est pas absolu et se prête à des limitations implicitement admises, notamment quant aux conditions de recevabilité d'un recours, car il appelle de par sa nature même une réglementation par l'Etat, lequel jouit à cet égard d'une certaine marge d'appréciation. Toutefois, ces limitations ne sauraient restreindre l'accès ouvert à un justiciable de manière ou à un point tels que son droit à un tribunal s'en trouve atteint dans sa substance même ; enfin, elles ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (voir, parmi beaucoup d'autres, *Edificaciones March Gallego S.A. c. Espagne*, arrêt du 19 février 1998, *Recueil des arrêts et décisions* 1998-I, § 34). En effet, **le droit d'accès à un tribunal se trouve atteint lorsque sa réglementation cesse de servir les buts de la sécurité juridique et de la bonne administration de la justice et constitue une sorte de barrière qui empêche le justiciable de voir la substance de son litige tranchée par la juridiction compétente.**

48. La Cour rappelle en outre que l'article 6 de la Convention n'astreint pas les Etats contractants à créer des cours d'appel ou de cassation (voir, notamment, *Delcourt c. Belgique*, arrêt du 17 janvier 1970, série A n° 11, pp. 13-15, §§ 25-26). Cependant, si de telles juridictions existent, les garanties de l'article 6 doivent être respectées, notamment en ce qu'il assure aux plaideurs un droit effectif d'accès aux tribunaux pour les décisions relatives à leurs « droits et obligations de caractère civil » (voir, parmi d'autres, *Brualla Gómez de la Torre c. Espagne*, arrêt du 19 décembre 1997, *Recueil* 1997-VIII, p. 2956, § 37). En outre, la compatibilité des limitations prévues par le droit interne avec le droit d'accès à un tribunal reconnu par l'article 6 § 1 de la Convention dépend des particularités de la procédure en cause et il faut prendre en compte l'ensemble du procès mené dans l'ordre juridique interne et le rôle qu'y a joué la Cour suprême, les conditions de recevabilité d'un pourvoi en cassation pouvant être plus rigoureuses que pour un appel (*Khalifaoui c. France*, n° 34791/97, CEDH 1999-IX).

VI. La marge nationale d'appréciation

Opinion partiellement dissidente du juge Casadevall jointe à l'arrêt Pereira Henriques c. Luxembourg du 9 mai 2006

1. Je ne partage pas le point de vue de la majorité en ce qui concerne l'inapplicabilité de l'article 6 de la Convention. A mon avis, dans les circonstances de la présente affaire, et eu égard au droit interne, l'article 6 est applicable et, en outre, il a été violé. La majorité a fondé ses arguments sur la jurisprudence de la Cour dans les affaires britanniques (d'ailleurs assez controversée) et notamment sur l'affaire *Roche* récemment tranchée.

2. **Au-delà de ma dissidence dans l'affaire *Roche* – déjà sur le point de l'inapplicabilité de l'article 6 – et au-delà de mon souhait de ne pas voir importer la philosophie du système britannique des immunités, que ce soit sous la forme d'exonération de responsabilité ou d'immunité de poursuite, propre à la *common law* (que je me dois de respecter), pour qu'elle soit ensuite interpolée ou interposée dans les principes généraux sur la responsabilité civile ancrés de longue date dans la culture juridique du droit continental, j'estime, contrairement à la majorité, que l'espèce pouvait parfaitement se distinguer de l'affaire *Roche*, pour les raisons suivantes.**

Cour EDH, 21 novembre 2001, Fogarty c. Royaume-Uni

33. **Le droit d'accès aux tribunaux n'est toutefois pas absolu : il se prête à des limitations implicitement admises car il commande de par sa nature même une réglementation par l'Etat. Les Etats contractants jouissent en la matière d'une certaine marge d'appréciation. Il appartient pourtant à la Cour de statuer en dernier ressort sur le respect des exigences de la Convention ; elle doit se convaincre que les limitations mises en œuvre ne restreignent pas l'accès offert à l'individu d'une manière ou à un point tels que le droit s'en trouve atteint dans sa substance même. En outre, pareilles limitations ne se concilient avec l'article 6 § 1 que si elles tendent à un but légitime et s'il existe un rapport raisonnable de proportionnalité entre les moyens employés et le but visé (see *Waite and Kennedy v. Germany* [GC], no. 26083/94, ECHR 1999-I, § 59).**

(...)

39. In these circumstances, the Court considers that, in conferring immunity on the United States in the present case by virtue of the provisions of the 1978 Act, **the United Kingdom cannot be said to have exceeded the margin of appreciation allowed to States in limiting an individual's access to court.**

It follows that there has been no violation of Article 6 § 1 in this case.

Cour EDH, 4 décembre 2007, Dickson c. Royaume-Uni

5. *Mise en balance des intérêts concurrents en présence et marge d'appréciation*

77. **Il appartient aux autorités nationales de dire les premières où se situe le juste équilibre à ménager dans un cas donné avant que la Cour ne procède à une évaluation en dernier ressort, et une certaine marge d'appréciation est donc laissée en principe aux Etats dans ce cadre. L'ampleur de cette marge varie et dépend d'un certain nombre d'éléments, notamment de la nature des activités en jeu et des buts des restrictions (*Smith et Grady c. Royaume-Uni*, nos 33985/96 et 33986/96, § 88, CEDH 1999-VI).**

78. Dès lors, **lorsqu'un aspect particulièrement important de l'existence ou de l'identité d'un individu se trouve en jeu (tel que le choix de devenir un parent génétique), la marge d'appréciation laissée à l'Etat est en général restreinte.**

En revanche, lorsqu'il n'y a pas de consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe, que ce soit sur l'importance relative de l'intérêt en jeu ou sur les meilleurs moyens de le protéger, en particulier lorsque l'affaire soulève des questions ou implique des choix complexes de stratégie sociale, la marge d'appréciation est plus large. Grâce à une connaissance directe de leur société et de ses besoins, les autorités nationales se trouvent en principe mieux placées que le juge international pour déterminer ce qui est d'utilité publique. En pareil cas, la Cour respecte généralement le choix politique du législateur, à moins qu'il ait un « fondement manifestement déraisonnable » La marge d'appréciation est de façon générale également ample lorsque l'Etat doit ménager un équilibre entre des intérêts privés et publics concurrents ou différents droits protégés par la Convention (*Evans*, précité, § 77).

79. Il est important de noter que dans son arrêt en l'affaire *Hirst*, la Cour a observé que, **lorsqu'il n'y a pas de consensus au niveau européen sur la question en jeu et que la marge d'appréciation laissée à l'Etat est donc large, celle-ci n'est cependant pas illimitée.** Elle a estimé que ni le pouvoir législatif ni le pouvoir judiciaire n'avaient cherché à peser les divers intérêts en présence ou à apprécier la proportionnalité de la limitation imposée dans cette affaire aux détenus. Elle a jugé que l'interdiction en cause constituait un « instrument sans nuance » qui dépouillait de manière indifférenciée un grand nombre de détenus de leurs droits garantis par la Convention, et infligeait une restriction globale et automatique à tous les détenus condamnés, quelle que fût la durée de leur peine et indépendamment de la nature ou de la gravité de l'infraction qu'ils avaient commise ou de leur situation personnelle. La Cour a poursuivi ainsi (*Hirst*, § 82) :

« Force est de considérer que pareille restriction générale, automatique et indifférenciée à un droit consacré par la Convention et revêtant une importance cruciale outrepassa une marge d'appréciation acceptable, aussi large soit-elle, et est incompatible avec l'article 3 du Protocole n° 1.

80. En l'espèce, les parties sont en désaccord sur l'ampleur de la marge d'appréciation à accorder aux autorités. Les requérants allèguent que la marge d'appréciation n'a aucun rôle à jouer puisque la politique n'a jamais été soumise à l'examen des parlementaires et ne permet pas d'examiner réellement la proportionnalité. Le Gouvernement soutient qu'une ample marge d'appréciation s'applique puisque l'on se trouve dans le contexte des obligations positives, que la politique n'est pas une politique globale et qu'il n'existe pas de consensus européen sur le sujet.

81. **Quant à l'existence ou non d'un consensus au niveau européen, la Cour relève que la chambre a établi que plus de la moitié des Etats contractants autorisent les visites conjugales pour les détenus (sous réserve de diverses limitations), ce qui pourrait être considéré comme un moyen épargnant aux autorités la nécessité de prévoir la possibilité d'un recours à l'insémination artificielle.** Toutefois, si la Cour a exprimé son approbation devant l'évolution observée dans plusieurs pays d'Europe, qui tendent à introduire des visites conjugales, elle n'est pas encore allée jusqu'à interpréter la Convention comme exigeant des Etats contractants qu'ils ménagent de telles visites (*Aliiev*, précité, § 188). En conséquence, il s'agit là d'un domaine dans lequel les Etats contractants peuvent jouir d'une ample marge d'appréciation lorsqu'ils ont à déterminer les dispositions à prendre afin d'assurer le respect de la Convention, compte dûment tenu des besoins et ressources de la société et des personnes.

82. Cela dit, et à supposer même que l'arrêt de la Cour d'appel dans l'affaire *Mellor* équivaille à un examen judiciaire de la politique sous l'angle de l'article 8 (bien que cet arrêt ait été rendu avant

l'incorporation de la Convention dans le droit anglais et dans un contexte de contrôle juridictionnel, paragraphes 23-26 ci-dessus), la Cour estime que la politique, telle qu'elle est structurée, exclut concrètement toute mise en balance réelle des intérêts publics et des intérêts privés en présence et qu'elle empêche l'appréciation requise par la Convention de la proportionnalité d'une restriction dans une affaire donnée.

Cour EDH, 26 octobre 2000, Kudla c. Pologne

2. *Sur l'applicabilité de l'article 13 aux allégations de violation du droit à faire entendre sa cause dans un délai raisonnable*

(...)154. La Cour ne partage pas ce point de vue.

Un recours permettant de dénoncer la durée excessive d'une procédure n'implique pas en soi un appel contre la « décision » sur l'accusation en matière pénale ou sur la contestation relative à des droits ou obligations de caractère civil. **De toute manière, dans le respect des exigences de la Convention, les Etats contractants jouissent, la Cour l'a dit à de nombreuses reprises, d'une certaine marge d'appréciation quant à la façon d'offrir le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention** (voir, par exemple, l'arrêt *Kaya c. Turquie* du 19 février 1998, *Recueil* 1998-I, pp. 329-330, § 106).

Quant à l'argument consistant à dire que le fait d'exiger un nouveau recours aurait pour effet d'alourdir encore la procédure interne, la Cour observe que même si pour l'heure il n'existe pas, dans les ordres juridiques des Etats contractants, un système prédominant en matière de recours permettant de dénoncer les durées excessives de procédure, on peut trouver, dans la jurisprudence de la Cour relative à la règle de l'épuisement des voies de recours internes, des exemples démontrant qu'il n'est pas impossible de créer pareils recours et de les faire fonctionner de manière effective (voir, par exemple, les affaires *Gonzalez Marin c. Espagne* (déc.), n° 39521/98, CEDH 1999-VII, et *Tomé Mota c. Portugal* (déc.), n° 32082/96, CEDH 1999-IX).

155. Si, comme le soutient le Gouvernement, l'article 13 doit être interprété comme ne s'appliquant pas au droit à un procès dans un délai raisonnable au sens de l'article 6 § 1, les justiciables se verraient systématiquement contraints de soumettre à la Cour de Strasbourg des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon la Cour, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes. A long terme, le fonctionnement, tant au plan national qu'au plan international, du système de protection des droits de l'homme érigé par la Convention risque de perdre son efficacité.

156. Eu égard aux considérations qui précèdent, la Cour estime que **l'interprétation correcte de l'article 13 est que cette disposition garantit un recours effectif devant une instance nationale permettant de se plaindre d'une méconnaissance de l'obligation, imposée par l'article 6 § 1, d'entendre les causes dans un délai raisonnable.**

(...) 159. La Cour relève d'emblée que **le Gouvernement** n'affirme pas qu'il existât une voie de droit spécifique au travers de laquelle le requérant aurait pu se plaindre de la durée de la procédure mais soutient que l'ensemble des divers recours disponibles remplissait les **conditions de l'article 13. Il n'indique toutefois pas dans quelle mesure le requérant pouvait obtenir satisfaction – préventive ou compensatoire – en utilisant ces voies de droit** (paragraphe 145 ci-dessus). Il ne prétend pas que l'un quelconque des différents recours évoqués, ou une combinaison de plusieurs d'entre eux, aurait pu faire intervenir plus tôt la décision sur les charges dirigées contre le requérant

ou aurait pu fournir à ce dernier une réparation adéquate pour les retards déjà accusés. De plus, il n'a pu produire aucun exemple de la pratique interne attestant qu'il aurait été possible au requérant d'obtenir pareil redressement en utilisant les recours en question.

Cela suffit à démontrer que les recours mentionnés ne remplissent pas le critère d'« effectivité » aux fins de l'article 13 car, la Cour l'a déjà dit (paragraphe 157 ci-dessus), le recours exigé doit être effectif en droit comme en pratique.

160. Dès lors, la Cour estime qu'en l'espèce il y a eu violation de l'article 13 de la Convention à raison de l'absence en droit interne d'un recours qui eût permis au requérant d'obtenir la sanction de son droit à voir sa cause « entendue dans un délai raisonnable », au sens de l'article 6 § 1 de la Convention.

Cour EDH, 30 mars 2003, Scordino c. Italie

187. Toutefois, les Etats peuvent également choisir de ne créer qu'un recours indemnitaire, comme l'a fait l'Italie, sans que ce recours puisse être considéré comme manquant d'effectivité (*Mifsud*, décision précitée).

188. La Cour a déjà eu l'occasion de rappeler dans l'arrêt *Kudla* (précité, §§ 154-155) que, dans le respect des exigences de la Convention, **les Etats contractants jouissent d'une certaine marge d'appréciation quant à la façon de garantir aux individus le recours exigé par l'article 13 et de se conformer à l'obligation que leur fait cette disposition de la Convention.** Elle a également insisté sur le principe de subsidiarité afin que les justiciables ne soient plus systématiquement contraints de lui soumettre des requêtes qui auraient pu être instruites d'abord et, selon elle, de manière plus appropriée, au sein des ordres juridiques internes.

189. Ainsi, lorsque les législateurs ou les juridictions nationales ont accepté de jouer leur véritable rôle en introduisant une voie de recours interne, il est évident que la Cour doit en tirer certaines conséquences.

Lorsqu'un Etat a fait un pas significatif en introduisant un recours indemnitaire, la Cour se doit de lui laisser une plus grande marge d'appréciation pour qu'il puisse organiser ce recours interne de façon cohérente avec son propre système juridique et ses traditions, en conformité avec le niveau de vie du pays. Le juge national pourra notamment se référer plus facilement aux montants accordés au niveau national pour d'autres types de dommages – les dommages corporels, ceux concernant le décès d'un proche ou ceux en matière de diffamation, par exemple – et se fonder sur son intime conviction, même si cela aboutit à l'octroi de sommes inférieures à celles fixées par la Cour dans des affaires similaires.

VII. Culture juridique européenne

Cour EDH, 1^{er} février 2005, Indra c. Slovaquie

A. Alleged violation of the right to a hearing by an impartial tribunal

44. As to the merits of this complaint the Government maintained that it was to be examined according to the objective test. They pointed out that the applicant's objections in respect of judge S. rested on his alleged bias in respect of the subject-matter of the proceedings. Judge S. was involved in the proceedings concerning the applicant's dismissal in the 1980s. The decisive question that was being determined in those proceedings was whether the applicant had or had not been absent from work without an excuse and, consequently, whether he had or had not seriously breached work discipline. In this connection **they argued that an unauthorised absence from work was a ground for termination of employment that was well established and recognised in the European legal culture.**

VIII. Les notions autonomes

Cour EDH, 28 juin 1984, Campbell et Fell c. Royaume-Uni

76. Aux termes de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) de la Convention,

"Toute personne a droit à ce que sa cause soit entendue équitablement, publiquement et dans un délai raisonnable, par un tribunal indépendant et impartial, établi par la loi, qui décidera, soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil, soit du bien-fondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle. Le jugement doit être rendu publiquement, mais l'accès de la salle d'audience peut être interdit à la presse et au public pendant la totalité ou une partie du procès dans l'intérêt de la moralité, de l'ordre public ou de la sécurité nationale dans une société démocratique, lorsque les intérêts des mineurs ou la protection de la vie privée des parties au procès l'exigent, ou dans la mesure jugée strictement nécessaire par le tribunal, lorsque dans des circonstances spéciales la publicité serait de nature à porter atteinte aux intérêts de la justice."

En l'espèce, nul ne conteste que dans l'exercice de ses attributions contentieuses un comité des visiteurs s'analyse en un "tribunal établi par la loi". Le droit anglais applicable l'habilite assurément à prendre des décisions contraignantes dans le domaine en cause et il s'agit là d'une fonction judiciaire, comme le montre la jurisprudence St Germain (paragraphes 38 et 39 ci-dessus). En outre, par "tribunal" l'article 6 par. 1 (art. 6-1) n'entend pas nécessairement une juridiction de type classique, intégrée aux structures judiciaires ordinaires du pays (voir, mutatis mutandis, l'arrêt X c. Royaume-Uni du 5 novembre 1981, série A n° 46, p. 23, par. 53).

a) Tribunal "indépendant"

77. Selon M. **Campbell**, le comité des visiteurs qui a entendu sa cause n'était pas un tribunal "indépendant" au sens de l'article 6 par. 1 (art. 6-1). Les comités représenteraient de simples "façades"; dépourvus d'autonomie aux yeux des détenus, ils se rattacheraient en pratique à l'exécutif: pour nombre de leurs tâches, ils subiraient le contrôle des autorités pénitentiaires et auraient à se plier aux directives du ministre de l'Intérieur. En particulier, ils ne jouiraient pas d'une pleine liberté dans leur rôle contentieux.

La Commission, tout en reconnaissant que la loi les oblige à un comportement indépendant et impartial, n'estime pas cela suffisant: une véritable "indépendance" impliquerait que l'organe considéré ne relève de l'exécutif ni dans l'accomplissement de ses fonctions ni comme institution

afin, notamment, que "justice is seen to be done". Or la nécessaire autonomie institutionnelle manquerait en l'occurrence: un comité de visiteurs se compose de membres nommés, pour des périodes limitées, par le ministre de l'Intérieur et qui ne semblent pas irrévocables; en second lieu, bien qu'il ne se trouve pas intégré à l'administration ses autres attributions entraînent pour lui, de par leur nature même, des contacts quotidiens avec les responsables de la prison, de telle sorte qu'on peut le confondre avec la direction de celle-ci.

Le Gouvernement conteste cette conclusion. Il affirme en particulier que les comités ne sont pas englobés dans la structure des établissements; ils ne dépendraient point des autorités pénitentiaires, locales et nationales, et n'agiraient pas au nom de l'exécutif quand ils s'acquittent de leurs tâches administratives.

78. Pour déterminer si un organe peut passer pour indépendant - notamment à l'égard de l'exécutif et des parties (voir, entre autres, l'arrêt *Le Compte, Van Leuven et De Meyere* du 23 juin 1981, série A n° 43, p. 24, par. 55) -, la Cour a eu égard au mode de désignation et à la durée du mandat des membres (ibidem, pp. 24-25, par. 57), à l'existence de garanties contre des pressions extérieures (arrêt *Piersack* du 1er octobre 1982, série A n° 53, p. 13, par. 27) et au point de savoir s'il y a ou non apparence d'indépendance (arrêt *Delcourt* du 17 janvier 1970, série A n° 11, p. 17, par. 31).

(...)

81. Reste la question de l'indépendance des comités eu égard au cumul de leur compétence contentieuse avec leurs attributions en matière de contrôle (paragraphe 33 ci-dessus).

Ainsi que le souligne le Gouvernement, ces dernières ont pour but de placer l'administration pénitentiaire sous la surveillance d'un organe indépendant. Par la force des choses, elles amènent le comité à entretenir de fréquents contacts avec le personnel de l'établissement autant qu'avec les détenus. Il n'en demeure pas moins que son rôle consiste, même dans l'accomplissement de ses tâches administratives, à être un arbitre indépendant des deux parties. **L'impression, que peuvent avoir les détenus, de liens étroits des comités avec l'exécutif et la direction de la prison représente un élément de plus grand poids, surtout si l'on garde à l'esprit l'importance, dans le contexte de l'article 6 (art. 6), de l'adage "justice must not only be done: it must also be seen to be done"**. Probablement inévitable dans un système carcéral, l'existence de tels sentiments ne suffit pourtant pas à établir un manque d'"indépendance". Cette exigence de l'article 6 (art. 6) ne serait pas satisfaite si les détenus pouvaient raisonnablement croire que le comité dépend des autorités, à cause de la fréquence de ses contacts avec elles (voir, mutatis mutandis, l'arrêt *Piersack* précité, série A n° 53, p. 15, par. 30 in fine), mais aux yeux de la Cour ces contacts, qui se nouent aussi avec les prisonniers eux-mêmes, ne sauraient à eux seuls justifier pareille impression.

Cour EDH, 29 mai 1986, Feldbrugge c. Pays-Bas (notion de « tribunal »)

2. *Sur le caractère civil du droit contesté*

a) *Introduction*

26. **Selon la jurisprudence de la Cour, "la notion de 'droits et obligations de caractère civil' ne peut" s'interpréter par simple "référence au droit interne de l'État défendeur" (arrêt *König* du 28 juin 1978, série A n° 27, pp. 29-30, par. 88-89).**

De plus, l'article 6 (art. 6) ne vise pas uniquement "les contestations de droit privé au sens classique, c'est-à-dire entre des particuliers, ou entre un particulier et l'État dans la mesure où ce dernier a agi comme personne privée, soumise au droit privé", et non comme "détenteur de la puissance publique" (même arrêt, loc. cit., p. 30, par. 90). Peu importent tant "la nature de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée" que "celle de l'autorité compétente en la matière": il peut s'agir d'une "juridiction de droit commun", d'un "organe administratif, etc." (arrêt Ringelsen du 16 juillet 1971, série A n° 13, p. 39, par. 94). "Seul compte le caractère du droit" en question (arrêt König précité, série A n° 27, p. 30, par. 90).

27. Pas plus que dans de précédentes affaires, la Cour ne croit devoir donner en l'espèce une définition abstraite de la notion de "droits et obligations de caractère civil".

Placée pour la première fois devant le domaine de la sécurité sociale, et plus particulièrement le régime de l'assurance-maladie aux Pays-Bas, il lui faut dégager des éléments propres à préciser ou compléter les principes rappelés ci-dessus.

Cour EDH, 23 juin 1981, Le Compte, Van Leuven et De Meyere c. Belgique (notions de « contestations » et de « droits et obligations de caractère civil »)

A. Sur l'applicabilité de l'article 6 par. 1 (art. 6-1)

41. L'article 6 par. 1 (art. 6-1) ne vaut que pour l'examen des "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" et du "bien-fondé de toute accusation en matière pénale". Certaines "causes" échappent à son empire faute de se ranger dans l'une de ces catégories; la Cour l'a constaté à plusieurs occasions (voir p. ex. l'arrêt Lawless du 1er juillet 1961, série A n° 3, p. 51, par. 12; l'arrêt Neumeister du 27 juin 1968, série A n° 8, p. 43, par. 23; l'arrêt Guzzardi du 6 novembre 1980, série A n° 39, p. 40, par. 108).

42. Ainsi, le Gouvernement le souligne à juste titre en renvoyant à l'arrêt Engel du 8 juin 1976, les poursuites disciplinaires ne relèvent pas, comme telles, de la "matière pénale"; il peut pourtant en aller différemment dans des cas donnés (série A n° 22, pp. 33-36, par. 80-85).

De même, pareilles poursuites ne conduisent pas d'ordinaire à une contestation sur des "droits et obligations de caractère civil" (ibidem, p. 37, par. 87 in fine). On ne saurait cependant exclure qu'il en soit autrement dans certaines circonstances. La Cour n'a pas eu jusqu'ici à trancher la question en termes exprès; dans l'affaire König, mentionnée par la Commission et le Gouvernement, le requérant se plaignait uniquement de la durée d'instances introduites par lui devant des juridictions administratives après qu'un organe de l'exécutif lui eut retiré l'autorisation de gérer sa clinique puis d'exercer la profession médicale (arrêt du 28 juin 1978, série A n° 27, p. 8, par. 18, et p. 28, par. 85; voir en outre l'arrêt Engel précité, pp. 36-37, par. 87, premier alinéa).

43. En l'occurrence, il se révèle indispensable d'établir si l'article 6 par. 1 (art. 6-1) s'appliquait à tout ou partie de la procédure suivie devant les conseils provinciaux et d'appel, organes disciplinaires, puis devant la Cour de cassation, institution judiciaire.

Gouvernement, Commission et requérants n'ont guère discuté le problème, au moins après les décisions de recevabilité des 6 octobre 1976 et 10 mars 1977, que sous l'angle des mots "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil". La Cour estime approprié de se placer elle aussi d'emblée sur ce terrain.

1. Sur l'existence de "contestations" relatives à des "droits et obligations de caractère civil"

44. Certains aspects du sens des mots "contestations sur [des] droits et obligations de caractère civil" se dégagent des arrêts Ringeisen du 16 juillet 1971 et König du 28 juin 1978.

Selon le premier, ce membre de phrase couvre "toute procédure dont l'issue est déterminante pour des droits et obligations de caractère privé", même si elle oppose un particulier à une autorité détentrice de la puissance publique; peu importe la nature "de la loi suivant laquelle la contestation doit être tranchée" et de l'organe compétent pour statuer (série A n° 13, p. 39, par. 94).

La notion même de "droits et obligations de caractère civil" se trouvait au centre de l'affaire König. Parmi les droits en cause figurait celui "de continuer à exercer ses activités professionnelles" médicales après avoir "obtenu les autorisations nécessaires". A la lumière des circonstances de l'espèce, la Cour l'a qualifié de droit privé, donc civil au regard de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) (loc. cit., pp. 29-32, par. 88-91 et 93-95).

Les conséquences de cette jurisprudence sont encore largement étendues par l'arrêt Golder du 21 février 1975. La Cour y a conclu que "l'article 6 par. 1 (art. 6-1) garantit à chacun le droit à ce qu'un tribunal connaisse de toute contestation relative à ses droits obligations de caractère civil" (série A n° 18, p. 18, par. 36). Il en résulte, entre autres, que ce texte ne vaut pas seulement pour une procédure déjà entamée: peut aussi l'invoquer quiconque, estimant illégale une ingérence dans l'exercice de l'un de ses droits (de caractère civil), se plaint de n'avoir pas eu l'occasion de soumettre pareille contestation à un tribunal répondant aux exigences de l'article 6 par. 1 (art. 6-1).

45. Dans la présente affaire un premier point mérite éclaircissement: peut-on parler d'une véritable "contestation", au sens de "deux prétentions ou demandes contradictoires" (plaidoirie du conseil du Gouvernement)?

L'esprit de la convention commande de ne pas prendre ce terme dans une acception trop technique et d'en donner une définition matérielle plutôt que formelle ; la version anglaise de l'article 6 par. 1 (art. 6-1) n'en renferme du reste pas le pendant ("In the determination of his civil rights and obligations"; comp. l'article 49 (art. 49): "dispute").

Même si l'emploi du mot français "contestation" implique l'existence d'un différend, les pièces du dossier montrent clairement qu'il y en avait un. Les requérants se virent reprocher par l'Ordre des médecins des fautes disciplinaires dont ils se défendirent et qui les rendaient passibles de sanctions. Le conseil provincial compétent les en ayant déclarés coupables et ayant prononcé leur suspension - par défaut dans le cas du Dr le **Compte** (Flandre occidentale), après les avoir entendus en leurs moyens de fait et de droit dans celui des Drs Van Leuven et de Meyere (Flandre orientale) -, ils saisirent le conseil d'appel. Ils comparurent tous trois devant lui; assistés d'avocats, ils invoquaient entre autres les articles 6 par. 1 et 11 (art. 6-1, art. 11). Leur recours échoua pour l'essentiel, après quoi ils s'adressèrent à la Cour de cassation en s'appuyant derechef, notamment, sur la Convention (paragraphe 10-11 et 15-19 ci-dessus).

46. Encore faut-il que la "contestation" ait porté "sur [des] droits et obligations de caractère civil", c'est-à-dire que "l'issue de la procédure" ait été "déterminante" pour un tel droit (arrêt Ringeisen précité).

Selon les requérants, il s'agissait de leur droit de continuer à exercer leur profession; l'arrêt König du 28 juin 1978 aurait reconnu le "caractère civil" de pareil droit (loc. cit., pp. 31-32, par. 91 et 93).

D'après le Gouvernement, les décisions des conseils provinciaux et d'appel n'avaient en la matière qu'une "incidence indirecte". Contrairement aux juridictions administratives allemandes dans l'affaire König, ces organes n'auraient pas contrôlé la régularité d'un acte antérieur de retrait du droit de pratiquer: il leur incombait plutôt de s'assurer de la réalité de manquements à la déontologie, propres à justifier des sanctions disciplinaires. Une "contestation" sur le droit de continuer à exercer la profession médicale aurait surgi, tout au plus, "à un stade ultérieur": quand les Drs Le **Compte**, Van Leuven et De Meyere combattirent devant la Cour de cassation, en les taxant d'illégales, les mesures adoptées à leur encontre. Le Gouvernement ajoute que ce droit ne revêt pas un "caractère civil"; il invite la Cour à s'écarter de la solution consacrée à cet égard par l'arrêt König.

47. Quant au point de savoir si la contestation portait sur le droit susmentionné, la Cour estime que l'article 6 par. 1 (art. 6-1), dans chacun de ses deux textes officiels ("contestation sur", "determination of"), ne se contente pas d'un lien ténu ni de répercussions lointaines: des droits et obligations de caractère civil doivent constituer l'objet - ou l'un des objets - de la "contestation", l'issue de la procédure être directement déterminante pour un tel droit.

Si la Cour marque ici son accord avec le Gouvernement, elle ne souscrit pas à l'opinion suivant laquelle il manquait en l'espèce semblable relation directe entre les procédures en question et le droit de continuer à exercer la profession médicale. La suspension prononcée par le conseil provincial le 30 juin 1971 contre le Dr Le **Compte**, puis le 24 octobre 1973 contre les Drs Van Leuven et De Meyere, tendait à leur ôter temporairement le droit de pratiquer. Ce droit se trouvait directement en cause devant le conseil d'appel et la Cour de cassation, auxquels il incombait d'examiner les griefs des intéressés contre la décision les frappant.

48. En outre, dans le chef de médecins pratiquant l'art de guérir à titre libéral, tels les requérants, le droit de continuer à exercer est mis en oeuvre dans des relations d'ordre privé avec leurs clients ou patients; en droit belge, elles revêtent de coutume la forme de relations contractuelles ou quasi contractuelles et, de toute façon, se nouent directement entre individus sur un plan personnel, sans qu'une autorité publique intervienne de manière essentielle ou déterminante dans leur établissement. Il s'agit dès lors d'un droit de caractère privé, nonobstant la nature spécifique et d'intérêt général de la profession de médecin et les devoirs particuliers qui s'y rattachent.

La Cour conclut ainsi à l'applicabilité de l'article 6 par. 1 (art. 6-1); comme dans l'affaire König (arrêt précité, p. 32, par. 95), elle n'a pas à rechercher si la notion de "droits (...) de caractère civil" va au-delà de celle de droits de caractère privé.

Liste des arrêts choisis de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale

I.- 1. Coopération judiciaire en matière civile. Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968

CJCE, 6 oct. 1976, *Industrie Tessili*, 12/76, Rec. 1473

CJCE, 6 oct. 1976, *De Bloos*, 14/76, Rec. 1497

CJCE, 14 oct. 1976, *Eurocontrol*, 29-76, Rec. 1541

CJCE, 30 nov. 1976, *Mines de potasse d'Alsace*, 21/76, Rec. 1735

CJCE, 14 juil. 1977, *Bavaria Fluggesellschaft Schwabe/Eurocontrol*, 9-10/77, Rec. 1517

CJCE, 22 nov. 1977, *Industrial Diamond Supplies/Luigi Riva*, 43/77, Rec. 2175

CJCE, 14 déc. 1977, *Sanders*, 73/77, Rec. 2383

CJCE, 21 juin 1978, *Bertrand/Ott*, 150/77, Rec. 1431

CJCE, 22 nov. 1978, *Somafer*, 33/78, Rec. 2183

CJCE, 22 fév. 1979, *Gourdain*, 133/78, Rec. 733

CJCE, 27 mar. 1979, *de Cavel*, 143/78, Rec. 1055

CJCE, 13 nov. 1979, *Sanicentral*, 25/79, Rec. 3423

CJCE, 21 mai 1980, *Denilauler/Couchet Frères*, 125/79, Rec. 1553

CJCE, 16 déc. 1980, *Rijffer*, 814/79, Rec. 3807

CJCE, 18 mars 1981, *Blanckaert*, 139/80, Rec. 819

CJCE, 26 mai 1981, *Rinkau*, 157/80, Rec. 1391

CJCE, 16 juin 1981, *Peter Klomps*, 166/80, Rec. 1593

CJCE, 24 juin 1981, *Elefanten Schuh*, 150/80, Rec. 1671

CJCE, 22 oct. 1981, *Rohr*, 27/81, Rec. 2431

CJCE, 4 mars 1982, *Effer*, 38/81, Rec. 825

CJCE, 22 mars 1983, *Peters*, 34/82, Rec. 987

CJCE, 14 juil. 1983, *Gerling Konzern*, 201/82, Rec. 2503

CJCE, 9 nov. 1983, *Habourdin*, 80/83, Rec. 3639
CJCE, 15 nov. 1983, *Duijnste*, 288/82, Rec. 3663
CJCE, 28 mars 1984, *Gallera*, 56/84, Rec. 1769
CJCE, 7 juin 1984, *Zelger*, 129/83, Rec. 2397
CJCE, 12 juil. 1984, *Firma P./Firma K.*, 178/83, Rec. 3033
CJCE, 27 nov. 1984, *Brennero*, 258/83, Rec. 3971
CJCE, 15 jan. 1985, *Rösler*, 241/83, Rec. 99
CJCE, 3 oct. 1985, *Capelloni*, 119/84, Rec. 3147
CJCE, 11 nov. 1986, *Iveco*, 313/85, Rec. 3337
CJCE, 8 déc. 1987, *Gubisch*, 144/86, Rec. 4861
CJCE, 9 déc. 1987, *Schotte*, 218/86, Rec. 4905
CJCE, 4 fév. 1988, *Hoffmann*, 145/86, Rec. 645
CJCE, 27 sep. 1988, *Kalfelis*, 189/87, Rec. 5565
CJCE, 15 fév. 1989, *Six Constructions*, 32/88, Rec. 341
CJCE, 10 jan. 1990, *Reichert*, C-115/88, Rec. I- 27
CJCE, 11 jan. 1990, *Dumez France*, C-220/88, Rec. I-49
CJCE, 15 mai 1990, *Kongress Agentur*, C-365/88, Rec. I-1845
CJCE, 3 juil. 1990, *Isabelle Lancray*, C-305/88, Rec. I-2725
CJCE, 27 juin 1991, *Overseas Union Insurance*, C-351/89, Rec. I-3317
CJCE, 25 juil. 1991, *Marc Rich*, C-190/89, Rec. I-3855
CJCE, 26 mars 1992, *Mario Reichert*, C-261/90, Rec. I-2149
CJCE, 17 juin 1992, *Jakob Handte*, C-26/91, Rec. I-3967
CJCE, 12 nov. 1992, *Minalmet*, C-123/91, Rec. I-5661
CJCE, 19 jan. 1993, *Shearson Lehmann*, C-89/91, Rec. I-139
CJCE, 21 avr. 1993, *Volker Sonntag*, C-172/91, Rec. I-1963
CJCE, 13 juil. 1993, *Mulox*, C-125/92, Rec. I-4075
CJCE, 20 jan. 1994, *Owens Bank*, C-129/92, Rec. I-117
CJCE, 10 fév. 1994, *Mund & Fester*, C-398/92, Rec. I-467
CJCE, 2 juin 1994, *Solo Kleinmotoren*, C-414/92, Rec. I-2237

CJCE, 9 juin 1994, *Lieber*, C-292/93, Rec. I-2535

CJCE, 29 juin 1994, *Custom Made*, C-288/92, Rec. I-2913

CJCE, 15 sep. 1994, *Brenner*, C-318/93, Rec. I-4275

CJCE, 6 dec. 1994, *Tatry*, C-406/92, Rec. I-5439

CJCE, 7 mars 1995, *Fiona Shevill*, C-68/93, Rec. I-415

CJCE, 19 sep. 1995, *Marinari*, C-364/93, Rec. I-2719

CJCE, 14 mar. 1996, *van der Linden*, C-275/94, Rec. I-1393

CJCE, 10 oct. 1996, *Hendrikman*, C-78/95, Rec. I-4943

CJCE, 9 jan. 1997, *Rutten*, C-383/95, Rec. I-57

CJCE, 20 fév. 1997, *MSG*, C-106/95, Rec. I-911

CJCE, 27 fév. 1997, *van den Boogaard*, C-220/95, Rec. I-1147

CJCE, 20 mars 1997, *Jackie Farrell*, C-295/95, Rec. I-1683

CJCE, 3 juil. 1997, *Benincasa*, C-269/95, Rec. I-3767

CJCE, 9 oct. 1997, *von Horn*, C-163/95, Rec. I-5451

CJCE, 19 mai 1998, *Drouot assurances*, C-351/96, Rec. I-3075

CJCE, 27 oct. 1998, *Réunion européenne*, C-51/97, Rec. I-6511

CJCE, 17 nov. 1998, *Van Ude*, C-391/95, Rec. I-7091

CJCE, 29 avr. 1999, *Coursier*, C-267/97, Rec. I-2543

CJCE, 17 juin 1999, *Unibank*, C-260/97, Rec. I-3715

CJCE, 28 sep. 1999, *Groupe Concorde*, C- 440/97, Rec. I-6307

CJCE, 28 mar. 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. I-1935

CJCE, 11 mai 2000, *Renault*, C-38/98

CJCE, 13 juil. 2000, *Group Josi*, C-412/98, Rec. I-5925

CJCE, 17 septembre 2002, *Tacconi*, C-334/00

CJCE, 19 févr. 2002, *Besix*, C-256/00

CJCE, 27 févr. 2002, *Weber*, C-37/00

CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Henkel*, C-167/00

CJCE, 1^{er} octobre 2002, *Verein für Konsumenteninformation*, C-167/00

CJCE, 14 novembre 2002, *Baten*, C-271/00

CJCE, 15 mai 2003, *Préservatrice foncière TLARD*, C-266/01

CJCE, 9 décembre 2003, *Erich Gasser GmbH*, C-116/02

CJCE, 5 février 2004, *Frabuil*, C-265/02

CJCE, 27 avril 2004, *Gregory Paul Turner*, C-159/02

CJCE, 20 janvier 2005, *Johann Grüber*, C-464/01

C.J.C.E, 1^{er} mars 2005, *Onusu*, C-281/02.

CJCE, 13 octobre 2005, *Scania Finance France SA*, C-522/03

CJCE, 18 mai 2006, *ČEZ*, C-343/04

CJCE, 15 février 2007, *Eirini Lechouritou*, C-292/05

C.J.C.E, 2 avril 2009, *Gambazzi*, C-394/07

I.- 2. Coopération judiciaire en matière civile. Règlement (CE) 44/2001 du 22 décembre 2000

CJCE, 11 octobre 2007, *Freeport*, C-98/06

CJCE, 10 février 2009, *Allianz SpA c/ West Tankers*, C-185/07

C.J.C.E, 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07

II.- Coopération judiciaire en matière civile. Règlement (CE) n° 1346/2000 (procédure d'insolvabilité)

CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood IFSC Ltd*, C-341/04

CJCE, 17 janvier 2006, *Staubitz-Schreiber*, C-1/04

C.J.C.E, 12 février 2009, *Christopher Seagon c/ Deko Marty Belgium NV*, C-399/07

III.- Coopération judiciaire en matière civile. Règlement (CE) n° 2201/2003 (Compétence, reconnaissance et exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale)

CJCE, 27 novembre 2007, « *C* », C-435/06

CJCE, 29 novembre 2007, *Sundelind Lopez*, C-68/07,

CJCE, 11 juillet 2008, *Inga Rinau*, C-195/08 PPU

Conclusions de l'Avocat général Juliane KOKOTT, 12 mars 2009, *Iaszi Hadadi c/ Csilla Marta Mesko*, C-168/08

CJCE, 2 avril 2009, « *A* », C-523/07

Table des matières

Introduction	9
Chapitre 1. – La signification chez les acteurs de l’espace judiciaire européen de la culture judiciaire européenne comme culture de la coopération et la compréhension mutuelle	15
<i>Section 1. – L’apport des outils de facilitation de la coopération judiciaire à la culture judiciaire européenne et internationale</i>	<i>19</i>
§1. – Les magistrats de liaison	19
§2. – Les Réseaux judiciaires européens	26
1. – L’institution et le rôle du Réseau judiciaire européen (en matière pénale)	26
2. – L’institution et le rôle du Réseau judiciaire européenne en matière civile et commerciale	31
§3. – Eurojust	34
<i>Section 2. – Le rôle de la formation des juges et procureurs dans la culture judiciaire européenne</i>	<i>38</i>
§1. – La formation des juges et procureurs : une question d’intérêt européen	38
§2. – Le rôle de la formation des magistrats dans l’émergence d’une culture judiciaire commune	40
§3. – Le rôle de la formation des magistrats dans le développement d’une culture de la compréhension mutuelle	41
§4. – L’action des structures de formation en faveur des objectifs	42
<i>Section 3. – Les relations entre spécialisation et progrès de la culture de la compréhension mutuelle ...</i>	<i>47</i>
Conclusions 1. Des facteurs en synergie	49
Conclusions 2. – Le rapport entre la culture de la compréhension mutuelle entre systèmes et culture judiciaire commune	50
Chapitre 2. – La politique de la culture judiciaire commune	53
<i>Section 1. – Les bases de l’action de l’Union européenne en faveur d’une politique de la culture judiciaire européenne commune : la modélisation du procès équitable dans la jurisprudence de la Cour au service d’une culture judiciaire commune</i>	<i>56</i>
<i>Section 2. – Les actions en faveur de l’émergence d’une culture judiciaire européenne commune</i>	<i>63</i>
§1. – Les recommandations du Comité des ministres du Conseil de l’Europe	63
§2. – Les avis du CCJE et du CCPE	64

§3. – Les initiatives des institutions de l’Union européenne pour préciser et garantir des droits « concrets et effectifs »	66
§4. – L’évaluation et la qualité de la justice au service de la culture judiciaire commune ..	67
<i>Section 3. – Culture judiciaire européenne commune et culture judiciaire propre à l’espace judiciaire européen</i>	78
§1. – Le respect des traditions judiciaires nationales dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l’homme	79
§2. – Vers les principes procéduraux propres à l’espace judiciaire de l’Union européenne	82
Chapitre 3. – La planification de la confiance mutuelle et de la reconnaissance mutuelle dans les grands instruments de l’espace judiciaire européen	85
<i>Section 1. – Planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière civile et commerciale</i>	88
§1. – Economie de la confiance mutuelle dans le règlement Bruxelles I	95
1. – Un système uniforme et impératif de règles de compétence : de la confiance mutuelle imposée à la rupture de la confiance ?	96
2. – La prise en compte « du paramètre culturel » dans les mécanismes de reconnaissance mutuelle : L’émergence d’une culture judiciaire commune par la convergence des principes du « procès équitable »	104
§2. – Economie de la confiance mutuelle en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale : le règlement Bruxelles II bis	110
§3. – Vers des systèmes où la reconnaissance et l’exécution mutuelles de certaines décisions s’accompagnent de règles procédurales communes et l’avènement d’un droit commun ..	117
<i>Section 2. – La planification de la confiance mutuelle en ce qui concerne la coopération en matière pénale</i>	123
§1. – Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture de la confiance	125
1. - Confiance mutuelle et négociation des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale	126
2. - Confiance mutuelle et transposition des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale	127
3. - Confiance mutuelle et application des instruments de reconnaissance mutuelle en matière pénale	130
§2. – Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture de la connaissance réciproque et de la compréhension mutuelle	134
§3. – Reconnaissance mutuelle en matière pénale et culture judiciaire commune	137

Conclusions générales	143
Bibliographie	157
Annexes	165
Annexe 1. – Texte de l'appel à projets sur l'émergence d'une culture judiciaire européenne. GIP mission de recherche droit et justice, octobre 2006	167
Annexe 2.- La culture judiciaire européenne dans les communications programmatiques de la Commission européenne	169
Annexe 3. – Laurent BENOITON, « Culture judiciaire commune et principes communs du procès », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, <i>Cahiers de méthodologie juridique</i> 2009 ...	171
Annexe 4. – Laurent BENOITON, « La recherche de cohérence : la Convention européenne des droits de l'homme dans le jeu des mécanismes de reconnaissance mutuelle », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, <i>Cahiers de méthodologie juridique</i> 2009	193
Annexe 5. - Marie-Françoise MERCADIER, « Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans le règlement Bruxelles I », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, <i>Cahiers de méthodologie juridique</i> 2009	203
Annexe 6. - Emmanuel PUTMAN, « Economie et fonctionnement de la reconnaissance mutuelle dans les règlements sur la procédure : Les procédures transfrontalières relatives au recouvrement des créances », à paraître dans les actes du colloque, L'émergence d'une culture judiciaire européenne, Faculté de droit d'Aix-Marseille, les 16 et 17 janvier 2009, <i>Cahiers de méthodologie juridique</i> 2009	229
Annexe 7. – Liste d'arrêts de la Cour européenne des droits de l'homme dans le domaine de l'article 6-1 de la CEDH	241
Annexe 8. - Extraits des arrêts et décisions de la Cour européenne des droits de l'homme	245
Annexe 9. – Liste d'arrêts de la Cour de justice des Communautés européennes dans le domaine de la coopération judiciaire civile et commerciale	279
Table des matières et liste des annexes	283