

I-1.8 : Régulation et Cours suprêmes. Regards Transatlantiques

Tuesday 8 June 2010, by Marc Lévis, avocat au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation et Julien Lévis, Attorney at the New-York Bar,

Cette Revue a été lancée, le 25 janvier 2010, par un colloque au Conseil économique et social, sous l'intitulé « *Le rôle des Cours suprêmes en matière économique* ».

Le présent article se situe dans la continuité de cette manifestation.

Il ne se veut pas conceptuel : les notions de *régulation*¹ et de *Cour suprême*² sont fort controversées. Sans prendre position, on en retiendra des acceptions que la pratique retient couramment ; avec les avantages du pragmatisme et les dangers d'une approximation assumée.

Outre leur ambiguïté, les deux termes de l'intitulé ont pour trait commun d'être sous les feux de l'actualité.

La crise économique, par vagues successives, provoque des appels croissants à plus de régulation.

Les Cours suprêmes inspirent un regain d'intérêt : expression avancée et gardiennes de l'état de droit, elles nous conduisent à revisiter celui-ci sous l'éclairage des droits fondamentaux.

L'entrée dans le siècle invite à connecter ces Cours suprêmes et cette régulation dans une perspective de rénovation du droit, et dans un référentiel de mondialisation.

Dans certains secteurs – tels celui des marchés financiers – il s'agit alors de globalisation. Dans d'autres – l'eau, les énergies renouvelables – la mondialisation se réalise souvent par régions: Amérique du Nord, Europe, ASEAN... Au regard du thème exploré, il peut donc être intéressant de rapprocher l'expérience américaine de celle d'une France intégrée dans ses institutions européennes. Pour peu, bien entendu, que l'on se limite à tenter d'établir un état des questions.

En poussant souvent fort loin leur contrôle en matière économique, les Cours suprêmes s'emparent véritablement de la régulation. Mais elles sont aussi, par construction, des cours régulatrices, aussi bien des juridictions qu'elles ont pour mission de coordonner que dans leur dialogue avec les autres juridictions suprêmes : à ce titre, les Cours suprêmes constituent des régulateurs du Droit.

¹ R. HADAS-LEBEL, « La régulation : un objet juridique en quête d'identité », *Justice et cassation, Le temps dans le procès*, 2007, p. 173.

² A. TUNC, « La Cour suprême idéale », *Rev. Intern. Dr. comparé*, 1978, p. 433.

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Aussi envisagera-t-on d'abord la régulation **saisie** par les Cours suprêmes (I) puis la régulation **effectuée** par les Cours suprêmes (II).

I. – LA REGULATION SAISIE PAR LES COURS SUPREMES

Selon une présentation courante, une cour suprême est celle qui contrôle les décisions d'un ordre juridictionnel sans que ses propres décisions soient, elles-mêmes, soumises au contrôle d'une juridiction interne³. Ce contrôle, identifiant des Cours suprêmes, s'effectue au regard d'une norme élevée, loi ou Constitution. La régulation est effectivement saisie par les Cours suprêmes au travers du contrôle de constitutionnalité (A) ou de légalité (B).

A. CONTROLE DE CONSTITUTIONNALITE

Les Cours suprêmes, de par le monde, ont en commun la mission d'assurer une interprétation uniforme de la règle de droit. Au cœur de leur compétence, on trouve souvent celle de gardien de la norme fondamentale : la Constitution. La mise en place récente, en France, de la question prioritaire de constitutionnalité donne toute son actualité à cette question. L'ancienneté de ce contrôle aux Etats-Unis fait de ce pays un exemple topique.

- Le contentieux relatif aux autorités de régulation porté devant la Cour Suprême des Etats Unis présente deux caractéristiques historiques qui rendent son examen pertinent.

D'une part, les Etats-Unis ont, très tôt, mis en place des autorités de régulation (ex : *Office of the controller of the currency* créé en 1863, l'*Interstate Commerce Commission* mise en place en 1887, *Federal Trade Commission* en 1914).

D'autre part, ce pays est l'un des premiers à s'être doté d'une cour constitutionnelle aux pouvoirs étendus. Son célèbre arrêt *Marbury c. Madison*⁴ donne au juge le pouvoir de contrôler la conformité, non seulement des actes de l'exécutif, mais également des lois, à la Constitution. Cet arrêt a donc conféré à la Cour Suprême le pouvoir d'interpréter et même d'écarter l'application de la loi en dernier recours.

Ce contrôle large de la constitutionnalité permet à la Cour Suprême d'examiner l'ensemble des enjeux liés aux autorités de régulation. Dès lors, la Cour Suprême américaine est la seule cour constitutionnelle qui a eu, tout au long du 20ème siècle, l'opportunité de développer une jurisprudence constitutionnelle riche concernant les autorités de régulation.

³ Cf. *L'application de la Constitution par les Cours suprêmes*, Dalloz, 2007, passim.

⁴ *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

- L'entrée des autorités de régulation dans le champ des pouvoirs constitués a soulevé de nombreuses questions, précisément d'ordre constitutionnel, et l'on peut les regrouper autour de deux enjeux principaux.

- Le contrôle du respect de la séparation des pouvoirs à l'occasion du fonctionnement des autorités de régulation ; il vise à vérifier que l'équilibre constitutionnel des pouvoirs demeure respecté (1);

- L'examen des délégations de pouvoir consenties aux autorités de régulation; il vise à s'assurer que ces délégations se font dans le respect des dispositions constitutionnelles encadrant les activités concernées (2).

1. Le respect de la séparation des pouvoirs

Garantir la séparation des pouvoirs constitue l'une des principales responsabilités des cours constitutionnelles -et particulièrement de la Cour Suprême américaine-. Elle nécessite l'exercice d'un contrôle de constitutionnalité portant sur le fonctionnement des autorités de régulation. Dès lors, le contrôle de cette juridiction suprême porte notamment sur la conformité à la Constitution des textes qui instituent les procédures utilisées par les autorités de régulation. La Cour Suprême américaine contrôle également le respect de la séparation des pouvoirs lors de la nomination et de la révocation des membres des autorités de régulation par l'exécutif ou le législatif.

a. Séparation des pouvoirs et création des agences de régulation

La Cour Suprême américaine a été interpellée pour déterminer si le Congrès pouvait mettre en place des autorités de régulation soumises à des procédures dont l'effet serait de limiter la marge de manœuvre de l'exécutif. Dans son arrêt *Chadha*⁵ elle a, par exemple, invalidé une disposition législative mettant en place une possibilité de veto par l'une seule des chambres du congrès. Elle a ainsi affirmé que le jeu du bicaméralisme était nécessaire pour toute mesure visant à censurer une décision de l'autorité de régulation en cause.

b. Désignation et de révocation des membres

Une grande partie du contentieux concernant les autorités de régulation devant la Cour Suprême des Etats-Unis a porté sur la désignation et la révocation de membres d'autorités de régulation⁶. C'est, en effet, principalement à cette occasion que se réalise l'équilibre entre les influences respectives des deux pouvoirs -exécutif et législatif- sur les autorités de régulation.

2. La constitutionnalité des délégations de pouvoir

⁵ *Immigration and Naturalization Service v. Chadha*, 462 U.S. 919 (1983).

⁶ *Myers v. United States*, 272 U.S. 52 (1926), *Humphrey's Executor v. United States*, 295 U.S. 602 (1935); *Wiener v. United States*, 357 U.S. 349 (1958); *Bowsher v. Synar*, 478 U.S. 714 (1986); *Morrison v. Olson*, 487 U.S. 654 (1988).

Cette problématique recouvre tant l'acte de délégation de pouvoir que l'exercice des pouvoirs délégués. Elle s'inscrit dans la continuité des questions sur la séparation des pouvoirs mais permet de faire porter un contrôle de constitutionnalité plus approfondi sur les autorités de régulation ; tant à l'occasion de leurs activités normatives (a) que judiciaires (b).

a. Pouvoir réglementaire des autorités de régulation

Pour la mise en œuvre des fonctions exécutives qui relèvent de leur compétence, les agences de régulation se sont vues reconnaître par la jurisprudence américaine le pouvoir d'interpréter les textes législatifs.

L'exercice de ce pouvoir d'interprétation donne nécessairement lieu à un contrôle par la Cour Suprême, en charge d'unifier l'interprétation des textes.

En outre, dès 1935, dans son arrêt *Schechter Poultry*⁷, la Cour Suprême américaine a autorisé le Congrès à déléguer de vastes domaines de son pouvoir législatif à des autorités de régulation.

Elle a toutefois manifesté sa volonté d'éviter les délégations trop larges du pouvoir législatif, comme l'illustre sa jurisprudence *National Cable Television Association*⁸.

Le contrôle de constitutionnalité porte donc tant sur l'interprétation de textes législatifs que sur l'édiction de textes normatifs - à valeur parfois législative - par les autorités de régulation.

b. Pouvoirs juridictionnels des autorités de régulation

Les autorités de régulation se voient, sous des modalités variées, attribuer des fonctions juridictionnelles.

Le contrôle de constitutionnalité porte aussi sur l'exercice de ce pouvoir.

Dans le cadre d'une délégation de pouvoir législatif aux autorités de régulation, la Cour Suprême américaine, dans son arrêt *Mistretta v. United States*⁹, a reconnu que le Congrès pouvait leur déléguer la mission d'établir des règles encadrant la prise de décision juridictionnelle.

Ensuite et surtout, les cours constitutionnelles font porter leur contrôle sur l'exercice, par les autorités de régulation de leurs pouvoirs juridictionnels.

Le Conseil constitutionnel français a ainsi eu à se prononcer sur l'exercice par le Conseil de la concurrence d'un pouvoir juridictionnel. Dans sa décision *Conseil de la*

⁷ A.L.A. Schechter Poultry Corp. v. United States, 295 U.S. 495 (1935).

⁸ 415 US 336 National Cable Television Association Inc v. United States (1974).

⁹ Mistretta v. United States, 488 U.S. 361 (1989)

concurrency en date du 23 janvier 1987¹⁰, le Conseil constitutionnel a censuré le caractère non-suspensif du recours initialement prévu contre les décisions du Conseil de la concurrence, car il y a vu une violation des garanties essentielles à la défense des justiciables.

Gardiennes de la Constitution, les Cours suprêmes n'en exercent pas moins, sur les autorités de régulations, un contrôle de légalité.

B. CONTROLE DE LA LEGALITE

On se concentrera, ici, sur les solutions françaises et européennes. La situation américaine ne présente pas de particularité puisque la Cour Suprême américaine effectue un contrôle de légalité classique. En application de l'article 3 de la Constitution américaine, la Cour Suprême a pour mission d'assurer la bonne application du droit fédéral. Cette mission inclut donc un contrôle de conformité des décisions des juridictions du fond aux lois fédérales et aux traités et pas seulement à la Constitution. Si dans les années 1980, l'augmentation du nombre de lois fédérales a eu pour effet d'accroître le contentieux porté devant la Cour Suprême, la tendance actuelle est à une concentration de l'activité de la Cour sur le contrôle de constitutionnalité, sur les droits fondamentaux (exprimés notamment dans le « *Bill of rights* ») et sur certaines matières dont la matière pénale.

En France, le contrôle de légalité exercé par les Cours suprêmes, juges de cassation, se manifeste par le contrôle des qualifications ; le Conseil d'Etat et la Cour de cassation contrôlent à ce titre des qualifications relevant du droit de la régulation.

Des exemples récents l'illustrent à des degrés divers.

Parfois, les notions propres à la régulation constituent l'objet même du contrôle (1).

Parfois les données fournies par la régulation – notamment les études d'impact – entrent dans les objectifs poursuivis par le contrôle (2).

1. Les notions propres à la régulation, objet du contrôle

On examinera, à titre d'illustration, trois arrêts de la Cour de cassation (a) et un arrêt du Conseil d'Etat (b).

a. Arrêts de la Cour de cassation

¹⁰ Décision n° 86-224 DC du 23 janvier 1987 <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/1987/86-224-dc/decision-n-86-224-dc-du-23-janvier-1987.8331.html>.

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

• Dans l'affaire dite *Téléphonie mobile*, la Cour de cassation s'est exprimée successivement par deux arrêts de principe du 29 juin 2007¹¹, puis, après renvoi de cassation et second pourvoi, du 7 avril 2010¹².

- Dans la première de ces décisions, la Cour de cassation a cassé le premier arrêt rendu par la cour d'appel de Paris pour manque de base légale : ce cas d'ouverture indique que la cour d'appel, par une insuffisance de motivation, n'avait pas mis la Cour de cassation en mesure d'exercer son contrôle. Et la Cour de cassation est ainsi amenée à exprimer les éléments sur lesquels elle entend exercer son contrôle. La motivation est à cet égard éloquente :

« en se déterminant ainsi, sans rechercher de façon concrète, comme elle y était invitée, si l'échange régulier, de 1997 à 2003, d'informations rétrospectives entre les trois entreprises opérant sur le marché, en ce qu'il portait sur certaines données non publiées par l'ART ou intervenait antérieurement aux publications de cette autorité, avait eu pour objet ou pour effet réel ou potentiel, compte tenu des caractéristiques du marché, de son fonctionnement, de la nature et du niveau d'agrégation des données échangées qui ne distinguaient pas entre forfaits et cartes pré-payées, et de la périodicité des échanges, de permettre à chacun des opérateurs de s'adapter au comportement prévisible de ses concurrents et ainsi de fausser ou de restreindre de façon sensible la concurrence sur le marché concerné, la cour d'appel n'a pas légalement justifié sa décision ».

- La cour d'appel de Paris, statuant comme cour d'appel de renvoi, ayant maintenu les sanctions prononcées dans sa décision initiale, son arrêt a été partiellement cassé, notamment par la motivation suivante :

*« Vu l'article L. 464-2 du code de commerce ;
Attendu que pour statuer comme il fait, l'arrêt retient encore que les éléments qui permettent de mesurer l'importance du dommage causé à l'économie sont suffisants, le Conseil ayant notamment relevé que la taille du marché était très importante et que la totalité des opérateurs intervenants sur ce marché avait participé à l'échange d'informations ;
Attendu qu'en se déterminant ainsi, sans tenir également compte de la sensibilité de la demande au prix, la cour d'appel a privé sa décision de base légale ».*

L'arrêt *Téléphonie mobile I*¹³, dont la Cour a ordonné une très importante publication, intègre l'analyse économique du droit dans l'office du juge de la concurrence, et de son juge d'appel, sous contrôle de la Cour de cassation. Les spécificités du marché étant des éléments contribuant à définir l'infraction d'entente illicite, le juge doit logiquement exercer son contrôle à cet égard. Mais il faut reconnaître que cette logique n'était guère prévisible, tant elle est fréquemment contrebalancée en d'autres domaines par le pouvoir souverain d'appréciation des juges du fond pour l'appréciation ou l'évaluation de données factuelles ou quantifiables.

¹¹ Cass. com., 29 juin 2007, pourvois n°07-10303, 07-10354, 07-10397, *Bull. civ.* IV, n° 181 ; *Gaz. Pal.*, 9 janvier 2008, n° 9, p. 29, note J. PHILIPPE et T. JANSSENS ; *Rev. trim. dr. com.*, n° 4-2007, p. 707, chron. E. CLAUDEL ; *JCP G*, 2007, Jur. II, 10153, note C. PRIETO.

¹² Cass. com., 7 avril 2010, pourvois n° 09-12984, 09-13163, n°09-65940, à paraître au *Bulletin* ; *La Lettre Omnidroit*, 14 avril 2010, n° 94, p. 6 : « Affaire de la téléphonie mobile : suite, mais pas (encore) fin ».

¹³ Cass. com., 29 juin 2007, *précit.*

DEFRENOIS & LEVIS

Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

L'arrêt *Téléphonie mobile* 2¹⁴ manifeste ce contrôle de la Cour de cassation sur un registre en contrepoint : il ne s'agit plus ici de témoigner d'un contrôle très approfondi et détaillé, mais au contraire de poser de manière lapidaire le contrôle sur un élément économique formulé de manière synthétique : la sensibilité de la demande au prix. Ici encore, les praticiens ont été surpris de voir la Cour de cassation manifester ses exigences sur une notion qui, *prima facie*, paraissait relever de ces données laissées à l'appréciation souveraine des juges du fond.

- On peut encore citer un arrêt relevant de la régulation, non plus de la concurrence, mais des marchés financiers.

La chambre commerciale a eu l'occasion, dans un arrêt *Gecina* du 27 octobre 2009¹⁵, de préciser la notion d'action de concert, et plus précisément de la notion de politique commune constitutive d'une telle action.

Mise en présence de deux approches, l'une financière et capitalistique, l'autre entrepreneuriale et industrielle, la Cour de cassation a choisi la première par rapport à la seconde. Ici encore, on voit combien le contrôle des qualifications du droit de la régulation place celui-ci sous le contrôle de la Cour suprême.

b. Arrêt du Conseil d'Etat

Lors du colloque précité du 5 janvier 2010, organisé par *Regulatory law review* sur le thème « Cours suprêmes et sciences économiques », la sécurité juridique est apparue comme le fil rouge de la réflexion.

Il guide les rapports entre activités juridictionnelles et économiques. Dans les domaines régulés, on attend du juge, et plus particulièrement du juge suprême, qu'il garantisse cette sécurité juridique.

C'est pourquoi l'arrêt *KPMG*, rendu par le Conseil d'Etat le 24 mars 2006¹⁶, a parfois été appelé arrêt *sécurité juridique*.

- Cette décision a statué sur un recours critiquant notamment l'entée en vigueur immédiate du nouveau code de déontologie des commissaires aux comptes. Elle énonce :

« à défaut de toute disposition transitoire dans le décret attaqué, les exigences et interdictions qui résultent du code apporteront, dans les relations contractuelles

¹⁴ Cass. com., 7 avril 2010, *précit*.

¹⁵ Cass. com., 27 octobre 2009, pourvoi n°08-18819, *Bull. civ. IV*, n° 136 ; *D.* 2009, p. 2836, note D. SCHMIDT ; H. LE NABASQUE, Précisions sur la notion d'action de concert..., *Rev. dr. bancaire et fin.* 2010, n° 1, p. 55 ; N. RONTCHEVSKY, Affaire *Gecina* : la Cour de cassation précise les contours de l'action de concert, *Rev. Lamy dr. aff.* 2010, n° 45, p. 10.

¹⁶ CE-Ass., 24 mars 2006, n° 288460 ; *Defrénois*, 2006, n° 23, p. 1868, chron. R. LIBCHABER ; *Rev. des contrats* 2006, n° 4, p. 1038, chron. C. PERES ; *JCP G* 2006, n° 27, p. 1343, comm. J.-M. BELORGEY ; P. CASSIA, «La sécurité juridique, un nouveau principe général du droit aux multiples facettes », *D.* 2006, n° 18, p. 1190.

légalement instituées avant son intervention, des perturbations qui, du fait de leur caractère excessif au regard de l'objectif poursuivi, sont contraires au principe de sécurité juridique ».

Aujourd'hui, des instruments internationaux de régulation sont présentés comme des voies de sortie de crise. Il en va ainsi des travaux du Comité de Bâle en matière de régulation bancaire ou des initiatives Solvency en matière de régulation des assurances.

Ces instruments font peser sur les professionnels une obligation accrue de maîtriser leurs risques ; pourtant, dans le même temps, ces professionnels doivent affronter un risque croissant – l'incertitude de la règle de droit – impossible à maîtriser.

L'arrêt *KPMG* apporte un élément de réponse à ce paradoxe.

- Dans cette affaire, il avait été établi que les grandes entreprises publiques et privées, dont la comptabilité requerrait plusieurs milliers d'heures de travail de commissaires aux comptes, ne pourraient s'adresser qu'à quatre cabinets dont les effectifs seuls permettaient un tel contrôle. Ce faisant, ceux-ci violeraient les règles d'incompatibilité posées par le code de déontologie, objet du recours. Mais en appliquant ce code dès son entrée en vigueur, on empêcherait quantité d'opérateurs de faire vérifier leurs comptes dans les délais légaux, provoquant ainsi un désordre systémique.

Le Conseil d'Etat a été très sensible à cette considération, c'est-à-dire à la portée de sa décision sur la vie économique. La Cour de cassation, on va le voir, réagit également de la sorte.

2. Les impacts propres à la régulation, objectifs du contrôle

Le rapport Darrois¹⁷ préconise que certains dossiers soient enrichis d'une étude d'impact économique.

Il s'agit, dans ces dossiers, de représenter à la Cour suprême les effets systémiques qui pourraient résulter de sa décision. Cette approche rejoint les positions adoptées par les Cours suprêmes françaises concernant des questions de droit de la régulation.

On citera à cet égard l'arrêt *Crédit Agricole d'Anjou et Fédération des banques françaises contre Le Brasseur*, rendu le 20 décembre 2007¹⁸. Dans cette affaire, la Cour de

¹⁷ Rapport sur les professions du droit, mars 2009, diffusé sur le site internet du Ministère de la Justice (www.justice.gouv.fr/art_pix/rap_com_darrois_20090408.pdf).

¹⁸ Cass. civ. 1re, 20 décembre 2007, pourvoi n° 06-14690, *Bull. civ. I*, n° 396 ; *Rev. trim. dr. com.* 2008, n° 3, p. 614, note B. BOULOC ; *JCP E* 2008, n° 24, p. 17, note C. LASSALAS-LANGLAIS ; *Rev. des contrats* 2008, p.

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

cassation s'orientait vers une décision dont on ne lui avait pas initialement représenté la portée : en matière de taux révisables, il conviendrait d'indiquer à l'emprunteur le taux effectif global résultant de chaque révision.

La Fédération des banques françaises est intervenue volontairement à l'instance, et a enrichi le dossier d'une étude économique et d'une étude de droit comparé. Ces éléments faisaient ressortir d'une part que la solution envisagée engendrerait un désordre systémique ; d'autre part qu'isolée en droit européen, elle créerait une distorsion par rapport aux situations soumises aux législations de nos voisins.

Ces éléments ont conduit la première chambre civile à condamner la thèse qui aurait eu de telles conséquences.

**
*

Dans le contrôle de constitutionnalité comme dans celui portant sur la légalité, les Cours suprêmes travaillent en contemplation des impératifs de la régulation ; soit en définissant et précisant les éléments constitutifs de celle –ci, soit en intégrant ses enseignements dans leur politique jurisprudentielle. Mais, juges de la régulation économique, les Cours suprêmes sont, par leur activité-même, des régulateurs du Droit.

365, chron. D. FENOUILLET ; *Gaz. Pal.* 2008, n° 69, p. 15, note S. PIEDELIEVRE ; *Banque et dr.* 2008, n° 118, p. 14, note T. BONNEAU.

II. – LA REGULATION EFFECTUEE PAR LES COURS SUPREMES

Par l'harmonisation des propositions jurisprudentielles qui leurs sont déférées, les Cours suprêmes sont régulatrices (A). Elles le sont encore par le dialogue qu'elles nouent entre elles (B).

A/ LES COURS SUPREMES, COURS REGULATRICES

La terminologie est accréditée par les praticiens : la Cour de cassation française est usuellement qualifiée de Cour régulatrice.

Quand ce terme est-il apparu dans le langage juridique ? Par approches successives, et alors même que ce terme, on va le voir, recouvre des fonctions diversifiées.

Il est aventureux de rechercher ici plus de précision, sauf à se perdre dans les méandres de l'érudition. On se satisfera du constat de ce qu'une Cour suprême est perçue comme régulatrice.

Le terme, par son étymologie, délivre au moins deux acceptions distinctes : soit que la Cour régule la jurisprudence soumise à son contrôle (1), soit qu'elle pose des règles (2).

1. La Cour suprême régule un flux jurisprudentiel

a. Aux Etats-Unis, ce sont les progrès de l'édition juridique qui ont permis aux juristes de prendre conscience de la multiplicité des solutions adoptées par les juridictions, américaines, sur les mêmes questions de droit.

Auparavant, les manuels juridiques se fondaient sur l'arrêt, rendu le cas échéant par la Cour suprême, jugé le plus significatif sur une question, pour décrire l'état du droit.

Les travaux d'Oliver Holmes, de Roscoe Pound et de Karl Llewellyn, rendus possibles par l'apparition des Editions West –lesquelles publiaient un bien plus grand éventail de décisions que ses prédécesseurs- ont mis en lumière la fiction d'un droit américain uniforme.

Par là, ils ont interpellé la Cour suprême dans son rôle d'unificatrice, de régulatrice.

b. En France, il y a là, dès l'origine, l'essence de la Cour de cassation.

Si les révolutionnaires ont contesté l'idée même de jurisprudence, il est apparu que les juridictions d'appel en ont suscité avec des divergences entre elles ; qu'il y avait donc lieu d'instituer un Tribunal de cassation. La fonction régulatrice ne serait qu'un doublon de la fonction unificatrice.

- Pour le praticien, ceci demeure une réalité vécue au quotidien.

Confrontée à une difficulté d'interprétation de la loi, la Cour de cassation laisse les juridictions du fond explorer les problématiques ; mieux, elle envoie ses cours d'appel en éclaireurs pour débusquer les pièges que la loi peut poser. C'est seulement lorsque cette exploration lui paraît suffisante qu'elle commence à prendre position¹⁹.

- Encore le fait-elle par paliers, en un véritable dialogue avec ses collègues ; contrôle disciplinaire²⁰ pour inviter les juridictions du fond à une motivation plus complète sur des questions de droit qui lui paraissent pertinentes ; contrôle normatif lorsque la solution lui paraît suffisamment mûrie pour justifier une telle intervention²¹.

- Et le processus ne s'arrête pas là.

Le renvoi de cassation²², que certaines chambres continuent à se fixer en règle quasi absolue pour poursuivre cette forme de démocratie juridictionnelle, redonne aux juridictions du fond la parole, et la possibilité pour la Cour de cassation d'affiner ou de revenir²³ à sa position.

La fonction régulatrice, consubstantielle à l'élaboration jurisprudentielle, correspond ici au phénomène de jurisprudence²⁴.

¹⁹ Un exemple entre mille : la loi du 12 mai 1980 a intégré la clause de réserve de propriété en droit français. Un vif débat s'est institué pour savoir si cette clause était susceptible d'être subrogée au bénéfice du banquier. La Cour de cassation a laissé les cours d'appels recenser les configurations et les enjeux possibles avant de prendre position huit ans plus tard : Cass. Com., 15 mars 1988, *Bull. civ.* IV, n° 106

²⁰ Le contrôle disciplinaire consiste ici dans celui exercé sur le défaut de réponse à conclusions, le contrôle normatif dans celui de la violation de la loi ; le cas d'ouverture intitulé défaut de base légale est situé à l'articulation des deux contrôles, Cf. J. et L. BORE, *La Cassation en matière civile*, Dalloz, 2009/2010, passim

²¹ Bien souvent, la Cour de cassation ne commence à se prononcer sur la règle de droit applicable à de nouvelles questions qu'une fois que les cours d'appel en ont examiné les principaux enjeux.

²² Le principe est que, lorsque la Cour de cassation casse une décision du fond, elle renvoie la cause devant une autre formation du fond. Le législateur permet dans certains cas à la Cour de casser sans renvoi. L'usage parcimonieux de cette faculté s'explique notamment par le souci de maintenir le dialogue entre Cour de cassation et juridictions du fond.

²³ Ch. MOULY, « Les revirements de jurisprudence », in *L'image doctrinale de la Cour de cassation, Actes du colloque des 10 et 11 décembre 1993*, La Documentation française, 1994, p. 123.

²⁴ M. SALUDEN LAMBLIN, *Le phénomène de jurisprudence. Etude sociologique*, Thèse Paris II Panthéon Assas, 1983.

Le droit se construit par le juge dans la durée, à petits pas, dans le souci d'éviter les retours en arrière et les revirements de jurisprudence, sources d'insécurité juridique²⁵.

Cette approche demeure très actuelle. Portée par des valeurs essentielles, elle est elle-même porteuse de valeurs. Elle correspond à la différence ontologique entre le droit régulé par le juge et le droit réglé par le législateur. Nombreux sont les magistrats de la Cour de cassation qui y demeurent attachés.

La perturbation procède notamment de la nécessité d'obtenir plus rapidement l'interprétation des lois, dont l'inflation n'est plus à démontrer, et suffit à expliquer la demande d'une production jurisprudentielle accélérée.

2. La Cour suprême produit de la norme

Pour la Cour Suprême des Etats-Unis et pour le Conseil d'Etat, la solution est acquise de longue date et n'appelle pas débat.

Pour la Cour de cassation, cela relève de la question de cours : la jurisprudence judiciaire est-elle source de droit ?

La littérature sur ce point est incommensurable, le questionnement rebattu ; et pourtant il se renouvelle sans cesse.

Il procède sans doute d'un souci de franchise – en finir avec la fiction de la jurisprudence déclarative de ce qui était en germe dans la loi – et de célérité²⁶. Relancé par le débat sur les revirements de jurisprudence et de leur rétroactivité²⁷ ; il a récemment été ravivé par la crainte d'un gouvernement des juges.

²⁵ Cf. supra I. B.1.

²⁶ Cf. la « saisine pour avis de la Cour de cassation », v. les articles L. 441-1 à L. 441-4 du code de l'organisation judiciaire ; « l'avis sur une question de droit » devant le Conseil d'Etat, v. l'article L. 113-1 et les articles R. 113-1 à R. 113-4 du code de justice administrative ; la question préjudicielle devant la Cour de justice de l'Union européenne à propos de l'interprétation des traités, ou de la validité et l'interprétation des actes pris par les institutions, organes ou organismes de l'Union, v. l'article 267 TFUE.

²⁷ Ch. MOULY, « Les revirements de jurisprudence », *loc. cit.* ; N. MOLFESSIS, *Les revirements de jurisprudence, Rapport remis à Monsieur Le Premier Président G. CANIVET*, LexisNexis, 2005.

V. pour le Conseil d'Etat : CE-Ass., 11 mai 2004, *Association AC*, Dr. adm. 2004, n° 115 ; Dr. soc., 2004, p. 766, note X. PRETOT ; RFDA, 2004, p. 437, concl. C. DEVYS, note J.h. STAHL, A. COURREGES ; CE, 16 juillet 2007, Société Tropic Travaux Signalisation, *JCP*, éd. G, 2007, II, 10156, note M. UBAUD-BERGERON ; *Ibid.*, 10160, note B. SEILLER ; *Dr. adm.*, 2007, comm. 142, note Ph. COSSALTER ; J. ARRIGHI DE CASANOVA, « La jurisprudence “AC !” », *Justice et cassation, Le temps dans le procès*, 2007, p. 15.

Pour la Cour de cassation : Cass. civ. 2e, 8 juillet 2004, n°01-10426, *Bull. civ.* II, n° 387 ; *D.*, 2004, p. 2956, note J. BIGOT ; *RTD Civ.*, 2005, p. 159, obs. P.-Y. GAUTIER et p. 625, obs. Ph. THÉRY ; Cass. Ass. Plén., 21

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Cette dernière préoccupation, renvoyant au souvenir que les Parlements avaient laissé aux Constituants et législateurs révolutionnaires, pouvait, il y a quelques années, paraître anachronique.

L'actualité relance la controverse entre les pouvoirs. Affirmant la réalité d'un véritable pouvoir judiciaire, le chef de l'Etat et son premier ministre²⁸ ont pourtant exprimé la primauté de leurs pouvoirs sur celui des juges – c'est en tout cas ainsi qu'a été notamment perçu le projet de réforme de la procédure pénale. Le renvoi de son examen à une date ultérieure s'inscrit également dans ce débat²⁹.

Aujourd'hui qui dit débat dit modérateur, ce dernier étant une façon de régulateur. Cette régulation entre les pouvoirs en appelle une autre, dont la nécessité est inscrite dans les lignes qui précèdent : la régulation entre les Cours suprêmes elles-mêmes.

B. LA REGULATION ENTRE LES COURS SUPREMES

- La fonction de régulation entre Cours suprêmes constitue l'une des missions essentielles de la Cour Suprême américaine. Sa compétence juridictionnelle, établie dans le titre 28 du « US Code » couvre en effet deux types de recours :

- tout d'abord, la Cour Suprême a l'obligation de statuer sur les recours formés contre les décisions des cours d'appel fédérales formulant des injonctions ;
- ensuite et surtout, la Cour Suprême statue sur les recours contre les décisions des Cours suprêmes des Etats fédérés.

L'un des facteurs de ce contrôle réside dans le caractère controversé de la question de droit soulevée et notamment dans l'existence ou la possibilité d'un conflit entre Cours suprêmes d'Etats sur la question. On voit combien, derrière ce volet de la compétence juridictionnelle de la Cour Suprême fédérale, se dessine un rôle de régulateur de l'activité des Cours suprêmes étatiques.

- Quant au justiciable français, il contemple la voûte étoilée des juridictions suprêmes ayant vocation à régir ses prérogatives. Il en perçoit d'emblée une demi-douzaine : Conseil d'Etat, Cour de cassation, Conseil constitutionnel, Tribunal des conflits, Cour de justice de l'Union européenne, Cour européenne des droits de l'homme.

décembre 2006, n°00-20493, *Bull. ass. plén.*, n° 15 ; *D.*, 2007, Jur. p. 835, note P. MORVAN ; Cass. com., 13 novembre 2007, n° 05-13248, *Bull. civ.*, n° 243.

²⁸ N. SARKOZY, « Discours du Président de la République, audience solennelle de début d'année judiciaire, le 7 janvier 2009 », in *Rapport annuel 2008 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2009, p. 39 et s., spéc. p. 40 ; F. FILLON, « Discours du Premier Ministre, audience solennelle de début d'année judiciaire, le 14 janvier 2010 », in *Rapport annuel 2009 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2010, p. 47 et s.

²⁹ *Le Monde*, 14 mai 2010, « Procédure pénale : histoire d'une réforme avortée », www.lemonde.fr.

La diversité ne contredit pas la suprématie – le Brésil, l'Allemagne connaissent une multiplicité de juridictions suprêmes internes – mais elle appelle que la suprématie ainsi partagée soit régulée.

Ceci peut être atteint par les textes (1) et par la pratique (2).

1. La régulation par les textes

- A y bien regarder, en France, le Tribunal des conflits, paraît effectivement avoir rempli en premier ce rôle.

Par le conflit de compétences, mais au-delà de ce conflit, il établit une harmonisation effective, et bien acceptée entre les deux ordres juridictionnels, entre les deux Cours suprêmes qui les coiffent.

- C'est encore par les textes que s'établissent les relations institutionnelles entre les Cours suprêmes étatiques et européennes : l'article 267 du Traité institue, à cet égard, la question préjudicielle vers la CJUE.

- A Strasbourg, un Etat peut faire l'objet d'un recours sur le fondement de l'article 6 CESDH du chef de sa Cour suprême, en raison soit de la procédure suivie³⁰, soit de la jurisprudence adoptée par celle-ci³¹.

- Plus récemment en France, ce sont des textes issus de la refonte constitutionnelle qui ont aménagé les relations avec cette formation constitutionnelle devenue, à cette occasion, une juridiction accessible aux justiciables : articles 61-1 et 62 de la Constitution, loi organique du 10 décembre 2009.

Cette dernière a conféré à la question de constitutionnalité un caractère prioritaire.

Comment ce dernier trait s'articule-t-il avec la primauté du droit communautaire ?

La question avait été perçue lors de l'élaboration de la loi³². Par une décision très remarquée du 16 avril 2010³³, la Cour de cassation a sollicité l'avis de la CJUE à ce sujet.

³⁰ A titre d'exemple, CEDH, 21 mars 2000, *Dulaurans c/ France*, D., 2000, Jur. p. 883, note T. CLAY ; JCP, 2000, II, 10344, note A. PERDRIAU ; *RTD Civ.*, 2000, p. 439, obs. J.-P. MARGUENAUD ; *Ibid.*, p. 635, obs. R. PERROT.

³¹ Par exemple, à propos de la modification d'état civil que sollicitait une requérante transsexuelle et de la condamnation de la France qui la refusait, cf. par CEDH, 25 mars 1992, *JCP*, 1992, II, 21955, note GARE ; D., 1993, Jur. p. 101, note J.-P. MARGUENAUD.

³² Cf. not. Conseil d'Etat, *Rapport public 2010*, EDCE n°61, Doc. Fr., 2010, pp.101-104 ; AN, *Rapport de M. Jean-Luc Warsmann, au nom de la commission des lois*, n°1898, 2009 (auditions des 23 et 30 juin 2009) ; Sénat, *Rapport de M. Hugues Portelli, au nom de la commission des lois*, n°637, 2008-2009 (auditions du 23 septembre 2009) ; ou encore L. BURGOGUE-LARSEN, "Question préjudicielle de constitutionnalité et contrôle de conventionnalité, Etat des lieux de leurs liaisons (éventuellement dangereuses) dans le projet de loi organique

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Le 12 mai suivant, le Conseil constitutionnel³⁴ a fourni ce qui peut apparaître comme de premiers éléments de réponse : les relations entre Cours suprêmes étatiques et Cours suprêmes communautaires suscitent leur régulation.

- On peut en dire autant de la CEDH. Les relations de celle-ci avec la Cour de cassation ont évolué. La loi du 15 juin 2000 (amendement Lang) a donné à lieu à l'insertion de l'article 626-1 dans le code de procédure pénale³⁵. Celui-ci permet de tirer cette conséquence procédurale que la condamnation de l'Etat français à propos d'un litige peut conduire au réexamen au fond de ce dernier, soit par la Cour de cassation elle-même, soit par telle cour d'appel qu'elle désignera.

On sait par ailleurs, que la France a, en une circonstance, été condamnée à Strasbourg du chef du Conseil constitutionnel³⁶.

Le développement de l'activité de ce dernier, par son ouverture à tous les justiciables³⁷, ne peut qu'intensifier les efforts de régulation entre ces deux instances ayant vocation à apprécier les droits fondamentaux. D'autant, bien entendu, que ce dialogue se démultiplie à l'égard de chaque juridiction suprême des Etats ou entités ayant adhéré à la CESDH.

- Or, parmi ces entités, il faut désormais envisager le cas de l'Union européenne elle-même.

Le traité de Lisbonne³⁸ dispose que l'Union adhère à la CESDH ; d'autre part, élève la Charte des droits fondamentaux au statut de droit primaire³⁹.

relatif à l'application de l'article 61 § 1 de la Constitution", *RFDA* 2009, pp.787-799 ; D. SIMON, "Le projet de loi organique relatif à l'application de l'article 61-1 de la Constitution : un risque d'incompatibilité avec le droit communautaire ?", *Europe* 2009, repère n°5.

³³ Cass. Question prioritaire, 16 avril 2010, *Gaz. pal.*, 2010, n° 115, p. 12 ; *JCP E*, 10 mai 2010, comm. 2162, note S. PLATON ; *JCP G*, 26 avril 2010, 464, « La Cour de cassation tente de faire invalider la question prioritaire de constitutionnalité par la Cour de Strasbourg », Libres propos par B. MATHIEU ; A. LEVADE, « Renvoi préjudiciel *versus* Question prioritaire de constitutionnalité : la Cour de cassation cherche le conflit ! », *D.*, 2010, Note, p. 1254.

³⁴ Cons. Constit., 12 mai 2010, n° 2010-605 DC, Loi relative à l'ouverture à la concurrence et à la régulation du secteur des jeux d'argent et de hasard en ligne. V. aussi P. FOMBEUR, « Question prioritaire de constitutionnalité, droit constitutionnel et droit de l'Union européenne », *D.*, 2010, Etudes et commentaires, Chroniques, p. 1229 ; P. CASSIA, E. SAULNIER-CASSIA, « Imbroglie autour de la question prioritaire de constitutionnalité (QPC) », *Ibid.*, p. 1234.

³⁵ Cf. E. DREYER, « A quoi sert le réexamen des décisions pénales après condamnation à Strasbourg ? », *D.* 2008, p. 1705 ; Ch. PETTITI, « Le réexamen d'une décision pénale française après un arrêt de la Cour européenne des droits de l'homme : la loi française du 15 juin 2000 », *Rev. trim. dr. h.*, 2001, p. 3.

³⁶ CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski, Pradal, Gonzalez et autres c/ France*, req. n°24846/94 et 34165/96 à 34173/96 (à propos des validations législatives).

³⁷ Cf. *supra*.

³⁸ Article 6§ 2 TFUE ; sur les précisions qu'appellent ce texte, cf. not. A. BAILLEUX, « Le salut dans l'adhésion ? Entre Luxembourg et Strasbourg, actualité du respect des droits fondamentaux dans la mise en œuvre du droit de la concurrence », *RTD Eur.*, 2010, p. 31.

³⁹ Article 6§ 1 TFUE ; A. BAILLEUX, *Ibid.*

DEFRENOIS & LEVIS

Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Les questions ainsi posées sont évidemment riches de développements, qu'il n'est pas possible d'aborder dans le cadre de la présente étude. Il suffit de relever qu'ici encore, ce sont les textes eux-mêmes qui appellent, voire instituent, s'ils ne l'aménagent pas, la régulation entre les Cours suprêmes.

Mais, ceci est bien entendu affaire de pratique.

2. La régulation par la pratique

Réguler la suprématie : la formule a quelque chose de provocateur. Ce que l'on attend du juge suprême, c'est qu'il ait l'autorité de poser la norme⁴⁰.

La concurrence en ce domaine n'affecte-t-elle pas pour partie la substance même de la suprématie ?

Evidemment, la concertation, joue dans un tel contexte un rôle essentiel.

- Entre Conseil d'Etat et Cour de cassation, des forums existent ; des commissions et des autorités sont composées de membres appartenant aux deux Cours ; le Tribunal des conflits, on l'a dit, réalise une forme d'harmonisation.

L'Ordre des avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation concrétise également, par la connaissance qu'ont ses membres de la jurisprudence, de la procédure et de la pratique de chacune des deux juridictions supérieures, un mode de transmission précieux : à ce titre, il contribue à la régulation entre ces deux Cours suprêmes⁴¹.

- Un autre vecteur de tels échanges s'est réalisé par les réseaux de magistrats de Cours suprêmes : réseau des Cours suprêmes européennes⁴², réseau des hautes juridictions administratives⁴³, plus récemment réseau des parquets près des Cours suprêmes européennes⁴⁴.

- Ces réseaux ont débordé l'espace européen.

Aux références citées par Madame Burgorgne-Larsen⁴⁵, on peut ajouter l'AHJUCAF⁴⁶.

⁴⁰ cf. *supra* I, B.

⁴¹ Cf. Colloque « Les avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de cassation », Faculté Jean Monet de Sceaux, 2002.

⁴² Réseau des présidents des Cours suprêmes judiciaires de l'Union européenne (<http://www.network-presidents.eu>).

⁴³ Association internationale des hautes juridictions administratives (AIHJA : <http://www.aihja.org/>) ; Association des Conseils d'état et des juridictions administratives suprêmes de l'Union européenne (AISBL : http://193.191.217.21/fr/colloquiums/colloq_fr.html).

⁴⁴ Le Réseau des Procureurs généraux, ou institutions équivalentes près les Cours suprêmes judiciaires des Etats membres de l'Union européenne a été créé le 9 février 2009. Sur ce point, cf. *Rapport annuel 2009*, La Documentation française, 2009, spéc. p. 556 ; v. aussi D. BOCCON-GIBOD, « Vers la [recon]naissance d'un parquet européen », in *Justice et cassation, Actualités de droit communautaire*, 2009, p. 263.

⁴⁵ L. BURGORGNE-LARSEN, « De l'internationalisation du dialogue des juges », *Mélanges en l'honneur de B. GENEVOIS*, Dalloz, 2009 p. 95 et s.

DEFRENOIS & LEVIS
Société d'Avocats au Conseil d'Etat et à la Cour de Cassation

Sur les fonds baptismaux de l'Union pour la Méditerranée, a été proposé un réseau des hautes juridictions de cette union⁴⁷.

Ce forum, souple et non contraignant, pourrait assurer une fonction consultative, particulièrement apaisante dans des espaces qui veulent passer, par le droit notamment, du prétendu choc des cultures au dialogue des cultures.

Il y a matière à une rénovation du droit, adaptée à de nouvelles formes de relations internationales dans une lecture modernisée du droit⁴⁸.

**

*

Harmoniser les lois du marché et les droits fondamentaux : de part et d'autre de l'Atlantique, c'est pour beaucoup la matière de la régulation et la mission des Cours suprêmes.

⁴⁶ Association des hautes juridictions de cassation des pays ayant en partage l'usage du français (AHJUCAF), v. www.ahjucaf.org

⁴⁷ Déclaration d'Alexandrie du 21 janvier 2008 recommandant « la création d'un réseau d'échange et de dialogue entre les Hautes juridictions des Etats » membres de l'Union pour la méditerranée ; Etats généraux culturels de Marseille, 4/ 5 novembre 2008.

⁴⁸ M. LEVIS, « Droit et méditerranée : pour une innovation régulée », *JCP G*, 27 juil. 2009, n° 151, p. 10.