

La diversification des méthodes de coordination des normes nationales

Sylvaine POILLOT PERUZZETTO
Université Toulouse 1
24 Octobre 2003

Les amphores du monde hellénique symbolisent la force de la culture grecque qui sut construire une universalité en maintenant les diversités.

Les amphores ont permis, d'une part par une norme commune d'échange répondant à sa fonctionnalité, la forme générale, et d'autre part par la construction de routes maritimes, les échanges des biens locaux. Elles ont par ailleurs maintenu l'impression de la culture locale par la forme particulière et éventuellement d'ailleurs par le timbre local.

S'interroger sur les méthodes de coordination des normes nationales dans l'Union Européenne, dont les racines restent helléniques, revient à chercher les méthodes et les outils répondant à la fonctionnalité des amphores et des routes maritimes, soit l'universalité et la diversité.

Commençons par définir les différents éléments de la problématique et plus particulièrement les méthodes de coordination.

Plutôt que de partir des méthodes, il nous paraît nécessaire de poser le résultat. Ce résultat, le titre du colloque l'évoque, il s'agit, pour l'ordre communautaire, de construire une internormativité.

Nous définirons l'internormativité comme la théorie à construire des relations entre les normes. A cet égard, nous définirons le préfixe « inter » dans le sens de relation et non dans le sens de d'espacement, de répartition. La question de l'internormativité se pose certes dans les relations entre les normes à l'intérieur d'un même ordre juridique, (c'est le système de hiérarchie entre les normes qui répond alors à la question) mais également, et c'est le défi de la mondialisation, dans les relations entre les normes appartenant à des ordres juridiques différents, si bien que le principe hiérarchique n'est plus suffisant. Toute la difficulté vient en effet de la coexistence et de la confrontation d'ordres juridiques différents dès lors que le lien entre ces normes n'a pas été prévu par un ordre juridique à qui reviendrait la solution.

A cet égard, l'internormativité communautaire présente des particularités. En effet, la naissance et l'évolution de l'ordre communautaire rendent la nécessité de l'internormativité d'autant plus pressante que l'ordre juridique communautaire s'intègre dans les ordres nationaux des états membres, créant ainsi des relations verticales entre ordre communautaire et les ordres nationaux des Etats membres, mais en même temps induit des relations horizontales entre les ordres nationaux des Etats membres, et partant, entre les normes nationales. Si la relation verticale est bien connue (la norme communautaire s'impose dans les ordres nationaux mais, par une relation symétrique s'inspire des normes nationales, et utilise ces normes du fait de l'incomplétude de l'ordre communautaire¹), la relation horizontale entre les normes des Etats membres, telle qu'induite par l'ordre communautaire, l'est moins.

La particularité de l'internormativité par l'ordre communautaire, à la différence de l'internormativité au sein d'un ordre juridique unique résulte du fait qu'elle prend en

¹ M. Fallon Préface de « La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres Bruylant 2003 p.9 ; L. Azoulay L'élaboration de la norme communautaire : réflexion sur la place des sources nationales et le rôle des opérateurs, dans cette présente publication collective ; G. Badiali Le droit international privé des Communautés européennes RCADIP 1985 vol 191 p. 9

compte l'existence d'ordres juridiques différents et qu'elle présente une solution unique en son sein.

Limitée au seul référentiel d'un ordre interne, la question de l'internormativité se bornera aux liens entre la loi, la doctrine et la jurisprudence, l'autonomie de la volonté. Dans l'ordre communautaire, la question de l'internormativité, tout en reprenant les éléments de l'internormativité interne à un ordre juridique, présente des particularités liées à la coexistence de l'ordre communautaire et des ordres internes.

Par ailleurs, si l'internormativité dans l'hypothèse d'une confrontation entre les ordres juridiques conduit les ordres nationaux à proposer des solutions à la question du lien entre les normes des ordres juridiques, ces solutions, sauf convention internationale, sont plurielles puisque chaque Etat propose sa propre réponse. L'internormativité par l'ordre communautaire a le mérite de la solution unique dans un ensemble géographique constitué d'une pluralité d'Etats membres.

En réalité la question de l'internormativité dans et par l'ordre communautaire est très vaste.

En effet, la multiplication des sources dans l'ordre communautaire, (droit des traités, règlement, directive, arrêt de la cour), l'intégration d'un niveau intermédiaire entre ordre national et international, la montée en puissance de la société civile et la reconnaissance parallèle de ses pratiques, la reconnaissance progressive par l'ordre communautaire de l'autonomie de la volonté, au moins en droit des sociétés et en droit des contrats, multiplient les normes à prendre en compte et le champ de l'internormativité.

L'ambition de cette étude est à cet égard très modeste et nous serons évidemment très loin d'une théorie générale de l'internormativité qui reste à construire. En fait, il s'agit principalement, dans le cadre de cet exposé, de travailler sur les relations entre les normes nationales dans l'ordre communautaire, autrement dit, sur les relations entre les normes nationales des Etats membres telles que construites par l'ordre communautaire. Sans être exclue, la question de la relation entre la norme communautaire et la norme d'un Etat tiers tout comme celle de la relation entre la norme nationale d'un Etat membre et la norme d'un Etat tiers sera ainsi plutôt secondaire ; cette question politiquement brûlante, dans la mesure où elle met en cause la compétence internationale des Etats et de l'Union, n'en présente pas moins un intérêt évident dans la recherche des solutions. Il ne sera pas davantage question de la norme proposée par la société civile encore que l'internormativité à construire nécessite de prendre en compte cette norme que d'aucuns ont nommé la *lex mercatoria revigorée* en *lex electronica* ou *numerica*. Il ne sera pas non plus question de la norme résultant de l'autonomie de la volonté, sauf légitimée par un rattachement spécial, qui, en droit des sociétés doit également trouver sa place dans l'architecture juridique de la société européenne. Enfin, dans la mesure où la question qui nous préoccupe est celle des relations entre les normes, a priori, nous n'évoquerons pas directement la question des liens entre jugements nationaux mais, par un raisonnement a pari, nous nous inspirerons des solutions dans ce domaine pour la question des liens entre les normes nationales de l'ordre communautaire.

Si donc le but est d'établir une internormativité entre les normes des Etats membres, quels en sont les moyens et les méthodes et puisqu'il est fait référence à la méthode de coordination, qu'en est-il de cette méthode ? Dans l'ordre communautaire le terme « coordination » est en fait aussi présent qu'imprécis, et souvent utilisé comme synonyme d'« harmonisation » ou de « rapprochement »². Nous prenons la liberté de nous dégager de cette approche.

² Selon le dictionnaire juridique des Communautés européennes, la terminologie, relativement à ces trois notions, n'est ni précise ni rigoureuse. C'est la doctrine qui a tenté parfois de distinguer même si souvent les auteurs

Il s'agit, selon le dictionnaire de langue Robert de la disposition d'éléments selon certains rapports en vue d'une fin, ou l'agencement logique des parties d'un tout³. Le terme coordination construit à partir de cum-ordinare est particulièrement bienvenu dans une construction juridique où le concept d'ordre juridique s'impose. Nous utiliserons ainsi ce terme dans un sens général d'**établissement de liens entre des normes** en vue de la construction d'une architecture cohérente.

La coordination se distingue de l'unification et de l'uniformisation par la différence de contexte. Si l'**unification** conduit à des règles identiques appartenant à un droit commun unique et l'**uniformisation** à des règles identiques incorporées à des droits nationaux distincts⁴, l'unité ou l'identité de résultat rend, dans les deux cas, inutile la recherche de lien entre les normes. Lorsqu'en revanche une diversité entre les normes est maintenue, il est nécessaire d'établir des liens entre les normes et cette recherche passe par la méthode de la coordination qui donc, maintient une certaine diversité.

La coordination au sens général de recherche de liens entre les normes se distingue également de l'**harmonisation**. En droit communautaire, le terme coordination est distinct du terme **harmonisation** sans que ces deux termes soient clairement définis par le Traité et alors que, dans les cas où le Traité parle de coordination, par exemple en droit des sociétés, les instruments de la coordination tendent à l'harmonisation pour le rapprochement des législations⁵. L'harmonisation, est définie par Madame Delmas Marty comme le moyen par lequel « les règles tendent seulement à se rapprocher autour de principes communs mais peuvent rester différentes »⁶. Il nous semble ainsi qu'elle n'est qu'un moyen de la coordination, dès lors que les liens établis entre les normes par l'harmonisation sont les liens d'équivalence de teneur. Or, il existe d'autres types de liens utilisés en vue de la coordination entre les normes d'ordres juridiques distincts, par des règles structurelles déterminant dans un espace donné l'applicabilité des normes les unes par rapport aux autres.

Ces définitions posées, le constat de la diversité des méthodes est rapide à établir par l'étude de la chronologie des méthodes utilisées dans l'ordre communautaire.

Puisque le règlement ne constitue pas, en tout cas dans sa conception première, une technique de coordination, c'est d'abord la **directive** qui fut un moyen de coordination par harmonisation, par la proposition d'un instrument posant les principes et notions essentielles et laissant aux Etats membres le soin de leur expression et mise en œuvre. Rapidement cependant, le **principe de reconnaissance** fut posé par la Cour de Justice obligeant, sous certaines conditions, les Etats à reconnaître l'application de la loi d'un autre Etat membre. Sporadiquement d'abord, largement et ouvertement ensuite, à la faveur du traité d'Amsterdam, l'ordre communautaire a parallèlement découvert la **technique conflictuelle**, dans la perspective de la création d'un espace de liberté, sécurité, justice. Mais parallèlement encore, l'ordre communautaire met en place et développe des **réseaux humains**, par le biais des réseaux de juge, d'autorités, de professeurs, d'agences, par le biais de la comitologie ; ces réseaux de relations ont forcément une incidence sur la coordination entre les normes, abstraite et sur le papier dans un premier temps, elle prend chair et vie dès lors qu'elle est relayée par les hommes et les femmes de l'Union.

assimilent coordination et harmonisation, sachant qu'en droit des sociétés on utilisera plutôt le terme « coordination » et en droit de la consommation, plutôt celui d' »harmonisation ».

³ Dictionnaire Robert

⁴ M. Delmas-Marty Le phénomène de l'harmonisation : l'expérience contemporaine in Pensée juridique française et harmonisation européenne du droit Société de législation comparée 2003, p. 39

⁵ A. Jeammaud, Unification, uniformisation, harmonisation : de quoi s'agit-il ? in Vers un code européen de la consommation, Bruylant-Bruxelles 1998, 35

⁶ art. précité

Pour expliquer cette chronologie et en mesurer les effets, nous poserons un certain nombre d'hypothèses.

La première hypothèse est sans doute que rien n'est jamais nouveau, et existe déjà au moins potentiellement. Il peut manquer des clés mais les solutions existent. Ce qui paraît nouveau est davantage l'adaptation de l'existant à des circonstances nouvelles. Ainsi, nous partons de l'hypothèse que la technique première de la directive, celle de la reconnaissance, la redécouverte des techniques conflictuelles ne présentent a priori rien de nouveau dans les méthodes juridiques. Simplement, leur utilisation dans l'ordre communautaire fait découvrir des potentialités, en particulier, potentialités de la technique conflictuelle et du droit international privé. Cela ne signifie pas que le paradigme sur lequel nous travaillons soit encore le seul possible tout au plus il se présente comme une solution théorique à adapter aux nouvelles évolutions⁷.

La seconde hypothèse est celle de l'évolution de l'ordre communautaire qui ne se présente plus aujourd'hui comme il se présentait dans les premières décennies de sa création. Tout d'abord son domaine d'intervention s'est largement étendu et ce, de façon empirique ; du coup une **structuration de l'acquis** est devenu nécessaire surtout dans la perspective de l'élargissement. Par ailleurs, l'extension du droit communautaire a dépassé les limites de la sphère économique qui était son domaine de construction, vers une Europe qui serait à la hauteur de l'Europe des Lumières ; du coup, il est en quête aujourd'hui de valeurs nouvelles au delà de l'économique, valeurs que les Etats membres dans leur diversité lui inspirent⁸. Il en résulte, nous semble-t-il, que l'Europe des premières années qui devait affirmer ses principes économiques à l'encontre des ordres nationaux et utiliser ainsi la méthode de l'unification, comprend désormais que ces ordres sont porteurs de ces autres valeurs recherchées et constituent ainsi le terreau de la diversité qui fait sa richesse. Il lui faut ainsi se **construire et se développer en utilisant sans étouffer cette diversité**. C'est dès lors une **recherche méthodologique nouvelle** qui est ouverte avec deux défis : l'ordre communautaire est d'abord en quête de règles structurantes après s'être développé de manière empirique sur le fondement de l'effet utile. Ces règles structurantes doivent permettre en outre le maintien et l'utilisation des diversités nationales, sous réserve évidemment d'un socle commun de principes et de règles sans lesquelles, l'Union ne pourrait exister.

La recherche d'internormativité en vue de l'établissement des liens entre les normes des Etats membres au sein de l'ordre communautaire s'inscrit précisément dans cette double perspective d'organisation et de maintien des diversités. L'internormativité communautaire répond à ce double objectif par deux moyens différents. Puisque l'ordre communautaire n'occupe pas la totalité du terrain juridique et ne se substitue pas totalement aux normes nationales, il peut d'une part, inspirer des normes tout en laissant aux états le soin de leur expression particulière, comme la fonction de l'amphore a été inspirée, la forme particulière étant laissée à la créativité des villes. D'autre part, Il peut aussi laisser des espaces vierges de subsidiarité où les normes nationales trouvent à s'appliquer librement. Dans ce cas alors, l'ordre communautaire ne se contente pas de laisser les espaces vierges et s'intéresse à la coordination entre les normes nationales. Ce sont les routes maritimes entre les villes du monde hellénique.

Ainsi, certains outils développent des liens matériels d'équivalence entre les normes, dès lors que leur contenu est voisin, par ce que l'on pourrait appeler une internormativité substantielle, c'est la forme générale de l'amphore qui doit répondre à sa fonctionnalité, quitte

⁷ F.Ost et M. van de Kerchove De la pyramide au réseau, publication des facultés universitaires Saint Louis, Bruxelles

⁸ M. Fallon Droit matériel général de l'Union européenne 2^{ème} édition 2002 notamment p. 17 sur les objectifs du droit communautaire

à ce que chaque état imprime son identité par une forme spécifique contenant les caractéristiques de la forme générale, d'autres proposent des liens structurels d'applicabilité, conduisant à une internormativité structurelle, ce sont les routes maritimes et les bateaux qui conduiront les amphores et leurs précieux contenus d'un point à l'autre du monde hellénique.

Nous voudrions ainsi montrer successivement l'existence dans l'ordre communautaire
- d'une internormativité substantielle passant par des relations d'équivalence entre les normes nationales, relations d'équivalence fondées un métalangage de source communautaire
- et l'existence d'une internormativité structurelle, passant par des relations entre les normes nationales fondées sur des normes d'applicabilité .

I L'internormativité substantielle : la relation d'équivalence entre les normes fondée sur la recherche d'un métalangage

L'Europe a rapidement et heureusement abandonné le mythe de l'unité totale au profit de la recherche d'une diversité harmonisée.

L'étude de la méthode de l'harmonisation montre en effet l'existence parallèle d'une norme communautaire et d'une norme nationale qui en dérive . Cette norme seconde est évidemment dépendante de la première mais en même temps elle peut revendiquer une autonomie dans certains espaces de liberté. La relation entre norme communautaire et norme nationale a été largement analysée. La relation entre les différentes normes nationales ainsi générées par la norme communautaire est cependant moins explorée.

Pour montrer l'existence d'une internormativité substantielle, soit des liens de substance entre les normes nationales générées par la norme communautaire, nous proposons de partir de l'hypothèse du droit analysé d'abord comme un langage pour expliquer par ce biais, à la fois la relation entre la norme communautaire et la norme nationale dans une relation verticale, mais surtout, la relation d'équivalence entre les différentes normes dérivées de la norme communautaire.

Ainsi, cette diversité harmonisée est passée par la construction d'un métalangage par l'ordre communautaire aux effets variés.

A La construction du métalangage par l'ordre communautaire

Pour mettre en évidence l'existence d'un métalangage dans l'ordre communautaire, encore faut-il définir ce terme .

1 Approche du métalangage

a) description

Si l'on définit le terme métalangage à partir du suffixe « méta » qui signifie « ce qui dépasse », « ce qui englobe », le métalangage juridique serait un langage plus général que les langages juridique nationaux ou d'un praticien , mais qui les générerait si bien que ces derniers puissent en être considérés comme des cas particuliers. Ainsi le métalangage serait le langage qui contiendrait les principes premiers, les fondements, un langage au dessus des langages. Le terme renvoie également au langage sur le langage⁹, au discours sur le langage juridique, sur ce qu'il devrait être.

⁹ selon le dictionnaire Robert, le metalangage est le » langage naturel ou formalisé qui sert à parler d'une langue, à la décrire dictionnaire Robert

Il s'agit finalement d'un langage matriciel qui permet de forger des sous-langages particuliers lesquels se retrouvent dans le langage source.

b) fonction

Par le métalangage, il s'agit de proposer des instruments de fabrication du droit à tous les constructeurs de droit que peuvent être le législateur, le juriste praticien. Le métalangage propose ainsi une structure de langue juridique à disposition des Etats ou des parties plutôt que la totalité d'un langage qui conduirait à une uniformisation, laquelle écarte toute diversité. Il permet la respiration des sous-langages des ordres nationaux qui s'y réfèrent par la description de points de coordination et l'acceptation de principes communs. Il permet au final d'établir un lien, d'identité entre les langues générées, une internormativité substantielle par l'équivalence des contenus.

c) les éléments du métalangage

Il nous semble que ce métalangage est construit à partir de la recherche, non seulement de **principes communs**, mais également de « nœuds de coordination » uniformément exprimés.

La fonction matricielle des principes est relativement connue

Les **nœuds de coordination** sont en quelque sorte des passages obligés pour les langues filles. L'intensité des nœuds de coordination et donc leur degré d'importance, varie selon l'intensité de l'harmonisation recherchée pouvant d'ailleurs aller jusqu'à l'intégration. Le texte peut se contenter de mentionner seulement une question à traiter ou la liste de différents points devant être traités par le législateur ou par le rédacteur. Ces nœuds sont alors moins des résultats à atteindre, que des notions à réfléchir et à introduire dans les législations ou les contrats. Le métalangage en outre peut associer un résultat à atteindre. Au maximum, l'instrument propose non seulement une présentation commune, un résultat mais également une méthode pour arriver à ce résultat, seule l'expression de ces solutions relevant de l'autonomie des rédacteurs.

L'expression d'un métalangage juridique n'est pas nouvelle et l'histoire montre l'importance du recours à cette méthode plus ou moins formalisée. Relèvent de cette catégorie le Digeste, les restatements of law américains établis et mis à jour par une élite américaine sous les auspices de l'American law Institute¹⁰. En relèvent également les travaux de la commission O. Lando, tout comme les principes Unidroit et certains textes de la CNUDCI¹¹. Il n'est ainsi pas étonnant que l'ordre communautaire, à la recherche d'une nouvelle méthodologie, ait également recours à cette méthode, par le biais de l'harmonisation des législations.

2 L'harmonisation des législations, vecteur de métalangage

¹⁰ D. Tallon Droit uniforme américain, code civil européen : quels rapports ? in Pensée juridique française et harmonisation du droit, société de législation comparée 2003 p. 61 ; D. Tallon Vers un droit européen du contrat ? in Mélanges offerts à A. Colomer Litec 1993, 485 et in Pensée juridique française et harmonisation du droit précitée p. 139 ; C. Jamin Un droit européen des contrats ? in Le droit privé européen sous la direction de P. de Vareilles Sommières Economica 1998, 40 et in Pensée juridique française et harmonisation du droit précité p. 161

¹¹ P. Kahn La modélisation comme instrument et S. Poillot-Peruzzetto Les méthodes de la CNUDCI, le choix de l'instrument in La CNUDCI, à propos de 35 ans d'activité sous la direction de J.M. Jacquet et S. Poillot-Peruzzetto à paraître Les Petites Affiches 2003 et Droit in situ

La méthode de l'harmonisation qui conduit à l'élaboration de langues équivalentes passe par l'utilisation d'un métalangage, qu'il convient de caractériser tout en relevant la différence méthodologique entre le métalangage construit par imitation ou par création.

a) Caractérisation du métalangage

Le rapprochement des législations prévu par l'article 94¹² est fondamental dans la construction communautaire. L'expression cependant n'est pas définie par le Traité. Le rapprochement vise le résultat à atteindre sans préciser la méthode. Ce rapprochement suppose à partir d'une diversité des législations nationales¹³, des liens entre les normes consacrant leur proximité. Ces liens sont en fait des liens matériels, des liens de substance. L'article 94, sans préciser la méthode, fait référence à l'instrument de la directive. C'est ainsi la méthode d'harmonisation qui conduit à ce rapprochement, du moins est-ce l'hypothèse traditionnellement admise¹⁴.

Pour autant, le contrôle de ce rapprochement passe d'abord par le test de la conformité de la norme nationale, soit la norme fille, à la directive, soit la norme mère. Le lien substantiel entre les normes nationales n'est pris en compte que dans un second temps et la méthode de la comparaison entre les normes nationales, pour vérifier l'existence d'un lien substantiel, est alors utilisée.

Le rapprochement communautaire tout comme la technique de l'harmonisation ont fait l'objet d'études doctrinales tant générales que par secteur¹⁵. Sans revenir sur ce débat, nous voudrions montrer que la technique de l'harmonisation qui conduit à ce rapprochement passe par l'élaboration d'un méta-langage communautaire dont l'instrument essentiel est sans doute la directive. C'est en effet par l'instrument que la preuve de l'existence d'un métalangage peut être rapportée : en effet, selon l'article 249, « la directive lie tout Etat membre destinataire quant au résultat à atteindre, tout en laissant aux instances nationales la compétence quant à la forme et aux moyens ».

Il est vrai cependant que la directive a pu également être utilisée dans un but d'unification plus que de rapprochement¹⁶.

La combinaison des articles 94 et 249 montre qu'il y a ainsi à la fois principe de base, la construction du marché commun prévu par l'article 100 et nœuds de coordination, soit le résultat à atteindre formulé par la directive (art 249). Evidemment, selon les textes, les nœuds de coordination peuvent être plus ou moins serrés, autrement dit, le maillage du champ juridique couvert par le méta-langage communautaire peut-être plus ou moins intense : c'est toute la différence entre les directives cadres et les directives précises et détaillées qui laissent finalement peu de place à la liberté nationale, comme par exemple la directive TVA. On en revient ici à la question de l'« intensité normative des directives »¹⁷. Lorsque pour arriver à un résultat donné, le moyen est unique, l'espace entre les nœuds de coordination serait de fait uniformisé. Lorsque le moyen est également imposé par la directive, finalement c'est la seule expression de la norme nationale qui sera libre¹⁸. Dans cette hypothèse, le métalangage est

¹² art 94 (ex art 100) Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission et après consultation du parlement européen et du comité économique et social, arrête des directives pour le rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des Etats membres qui ont une incidence directe sur l'établissement ou le fonctionnement du marché commun »

¹³ F. Dintilhac Rapprochement des législations, Encyclopédie Dalloz droit communautaire n° 25

¹⁴ V. Magnier, précité

¹⁵ V. Magnier précité, L. Idot L'harmonisation du droit commercial (droit des sociétés, droit de la concurrence), Tr Sté Législation comparé 1993, 157

¹⁶ L. Idot article précité, V. Magnier, précité

¹⁷ G. Isaac et M. Blanquet Droit communautaire général Colin 8^{ème} ed 2001

directement intégré dans l'ordre national puisqu'il peut répondre à toutes les fonctions du langage national, comme dans les hypothèses de loi uniforme du droit international. La Cour de Justice a précisé que le choix de l'intensité du maillage dépend du résultat : « il ressort de l'article 189 al 3 du traité que la compétence laissée aux Etats membres en ce qui concerne la forme et les moyens des mesures à prendre par les instances nationales, est fonction du résultat que le Conseil ou la Commission entendent voir atteindre ».¹⁹

Il nous semble ainsi que l'ordre communautaire, pour construire des liens d'équivalence entre les normes nationales, intervient bien par la production d'un méta-langage lorsqu'il s'agit d'harmoniser, pour les rapprocher, les législations.

Le lien de contenu entre les normes nationales résulte précisément de leur matrice commune dans une langue mère. C'est un lien d'identité matériel, ou plus précisément d'équivalence de résultat au moins, de contenu éventuellement.

Les fonctions du métalangage sont ainsi en principe vérifiées, sous réserve des directives détaillées qui se présentent davantage comme un langage fini qu'un métalangage.

Pour autant la construction de ce métalangage passe par des étapes différentes selon le domaine. Il est ainsi possible de distinguer entre le métalangage construit par création et par imitation.

b) Le métalangage construit par création ou par imitation

Si le métalangage par définition génère les langages seconds, par une relation dialectique, il peut aussi se construire, dans une relation symétrique à partir de l'observation de la pluralité de la réalité des langages juridiques. Ainsi, la matrice est-elle déduite des langages seconds pour mieux affirmer sa légitimité²⁰. Deux types de métalangage dans l'ordre communautaire se distinguent selon qu'ils ont été ou non construits à partir de la méthode comparative des droits nationaux.

Lorsque la question est nouvelle, et particulière à la spécificité de l'ordre communautaire, et l'on pense par exemple aux concepts spécifiques propres à la création d'un espace de libre échange ou encore, mais déjà dans une moindre mesure, aux directives du droit de la concurrence fondées sur l'article 86 par 3, il nous semble que le métalangage ne s'inscrit pas dans une relation symétrique et qu'il ne fait que s'imposer aux ordres nationaux, sans se nourrir préalablement des contenus nationaux.

En revanche, dès lors qu'il s'agit de régler une question déjà connue des droits nationaux, le métalangage se trouve à l'égard des droits nationaux dans une relation dialectique. C'est par exemple le cas des directives société ou consommation qui se sont largement inspirées des existants nationaux ou au moins d'une norme nationale. C'est dire que l'élaboration de la norme communautaire passe d'abord par une analyse des normes nationales, quitte à se les réapproprier²¹. C'est toute l'approche du droit comparé bien souvent préalable aux travaux de l'union européenne. Il peut être également résulter, de l'observation de la « lex mercatoria » et des pratiques, comme pour les anciens règlements d'exemption en droit de la concurrence, mais l'ordre communautaire qui avance pour l'instant essentiellement dans le domaine de l'impératif donne peu d'exemples de cette observation. Dans ces domaines où les Etats individuellement ou par le biais de travail concerté passant par des conventions

¹⁹ CJE 23 nov 1977 Enka aff 38/77 rec 2212

²⁰ voir l'analyse de J.S. Bergé Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des Etats membres Les Petites Affiches 2003 N°99 p. 5

²¹ L. Idot rapport introductif in La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, sous la direction de J.S. Bergé et M.L. Niboyet, Bruylant 2003 p. 27

existantes ont déjà des solutions, l'ordre communautaire se présente comme un lieu idéal de la circulation et de l'échange des modèles.

Ainsi, la méthode comparative, limitée jusqu'à présent à une fonction documentaire nécessite aujourd'hui un approfondissement théorique évident : elle sert d'abord, dans l'hypothèse d'un métalangage communautaire construit par imitation, à la création d'une norme communautaire la plus légitime, c'est à dire la plus en phase avec la substance des normes nationales ; elle sert également, dans tous les cas, à vérifier l'existence d'un rapprochement des normes nationales et finalement, à en titrer les conséquences. Mais c'est déjà aborder ici les effets de ce métalangage dans l'ordre communautaire.

B Les effets du métalangage dans l'ordre communautaire

Les effets du métalangage créés par l'ordre communautaire varient en intensité par leur portée, en mode d'utilisation par leur fonction.

1 La portée du métalangage dans l'ordre communautaire

La portée du métalangage communautaire varie directement selon la portée de l'instrument porteur de métalangage, et indirectement par l'existence éventuelle d'outils d'accompagnement autour du métalangage. Ainsi faut-il distinguer dans l'ordre communautaire, selon l'instrument porteur, entre le métalangage imposé et le métalangage proposé, et selon l'existence d'outils d'accompagnement entre le métalangage isolé et le métalangage accompagné.

a) Le métalangage imposé/proposé

Si en principe le métalangage communautaire est imposé, parce que, du moins au début de l'avènement de l'Europe, les normes se présentaient plutôt comme des normes impératives pour tous, il n'en reste pas moins que l'ordre communautaire intervient de plus en plus par incitation. Cette distinction norme imposée/norme proposée vaut tant pour la norme communautaire unique et s'imposant directement comme un langage, que pour le métalangage communautaire.

C'est sans doute la nature de l'instrument porteur de métalangage qui en déterminera la portée. Ainsi, les directives sont-elles évidemment porteuses de métalangage imposé puisqu'elles s'imposent aux Etats. Pour autant, les recommandations, les communications, les résolutions foisonnent de plus en plus dans les domaines de compétence partagée : sans s'imposer aux Etats, elles proposent un résultat à atteindre, sans obligation de résultat. Elles sont ainsi doublement souples puisque non seulement il s'agit d'un métalangage mais également elles ne s'imposent pas aux Etats.

En matière d'éducation, par exemple, les textes communautaires relèvent du métalangage au sens où ils donnent des directions sur des nœuds de coordination, par une approche globale conduisant à une sensibilisation sur une question nécessaire à traiter, et à une stimulation des Etats, laissant les Etats membres libres de définir les éléments à partir et au delà de ces nœuds de coordination. Relèvent ainsi de la méthode les résolutions relatives à la scolarisation des enfants de tziganes et de voyageurs et à la scolarisation des enfants de parents exerçant des professions itinérantes du 22 mai 1989^{22, 23}.

²² JOCE C 153 21.6.1989

Ces résolutions adoptées par le Conseil et les ministre de l'éducation réunis au sein du conseil se contentent de poser le principe de la promotion d'un ensemble de mesures en matière de scolarisation avec l'objectif de « développer une démarche globale et structurelle contribuant à vaincre les obstacles majeurs qui freinent l'accès à l'école des enfants de voyageurs. Ces mesures doivent viser à favoriser les initiatives porteuses d'innovation, à proposer et soutenir les actions, à faire en sorte que les réalisations s'articulent entre elles, à faire largement connaître les résultats et enseignements qui en découlent, à favoriser les échanges d'expérience. L'action de la

Cette même méthode est encore utilisée dans la **lutte contre la traite des êtres humains et de la lutte contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédophilie**^{24 25}.

Il y a cependant une différence entre métalangage imposé et proposé dans la vie du langage second engendré. Lorsqu'il est proposé, le métalangage présente les inconvénients de ses avantages : s'il est plus rapide à élaborer dans la mesure où il est moins exposé aux souverainetés, le langage fille vit par la suite une existence indépendante dans les ordres nationaux, en particulier dans sa mise en œuvre et dans son interprétation.^{26 27}

Du point de vue du résultat sur la relation d'équivalence entre les normes, il n'est pas sûr que la norme imposée soit forcément la plus efficace, tant il faut tenir compte des rapprochements de fait²⁸.

b) Le métalangage isolé et le métalangage accompagné

La force du métalangage varie, certes plus indirectement, en fonction de l'existence d'outils d'accompagnement. Partant, l'intensité de la relation d'équivalence dépend de l'existence des mesures d'accompagnement.

Ainsi, la réflexion aujourd'hui ne se limite pas à l'internormativité, le titre du colloque l'annonce, il convient, en parallèle de s'interroger sur les liens entre les autorités, entre les agences, entre les acteurs, en particulier producteurs, applicateurs ou contrôleurs des normes. Si dans sa conception classique le droit international privé met l'accent sur les conflits de lois, soit les relations entre les normes, mettant les questions de liens entre les juges ou entre les autorités au second plan, tout simplement parce que dans le contexte classique, chacun restait chez soi, l'ordre communautaire semble désormais prendre les choses par l'autre bout en mettant l'accent sur le liens entre les acteurs, celui entre les normes devant en découler.

Il faut ainsi distinguer les hypothèses où le métalangage est ainsi proposé isolément par une directive ou une recommandation ou résolution, de celles où il est proposé avec un complément de relations entre acteurs.

Communauté vise ainsi à stimuler les initiatives nationales, à organiser les échanges de vue et d'expériences, à assurer une coordination, une cohérence entre ces mesures et les autres actions communautaires

²³ On notera d'ailleurs qu'avec le traité de Maastricht et l'article 149CE, l'Union a développé une dimension européenne de l'éducation qui tend à établir une coopération entre les Etats lesquels restent responsables du contenu de l'enseignement, l'Union devant seulement développer une dimension européenne de l'éducation, favoriser la mobilité des jeunes et la coopération entre établissements d'enseignementS. RAMET thèse précitée

²⁴²⁴ communication de la commission au conseil et au parlement européen et proposition de décisions cadres du conseil COM (2000) 854 final/2

La communication introduit les décisions-cadres et donne les éléments de la méthode nouvelle soit une approche globale et multidisciplinaire, la sensibilisation de l'opinion publique, l'examen de l'auto-regulation, la définition des éléments essentiels des incriminations et des sanctions. Elle précise en effet que l'Union cherche activement à définir une « approche globale et multidisciplinaire de la prévention de la traite des êtres humains et de l'exploitation sexuelle des enfants ainsi que de la lutte contre ces phénomènes ».

²⁵ La communication fait également référence au programme du Conseil DAPHNE, qui en vue de combattre la violence envers les femmes et les enfants propose un métalangage par « la mise au point de nouveaux modèles ainsi que la diffusion des meilleurs pratiques », rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur le Programme Daphné janvier 2002 COM(2002)169 final

²⁶ On comprendra le terme langage comme la fonction d'expression verbale de la pensée, par opposition à la langue qui est le système d'expression verbale de la pensée comportant un vocabulaire et une grammaire définis. Saussure distingue d'ailleurs le langage de la langue et de la parole. Le langage est le phénomène total, la langue est le langage moins la parole, elle est l'ensemble des habitudes linguistiques qui permettent à un sujet de comprendre et de se faire comprendre ; la langue nécessite une « masse parlante » parce qu'elle est un fait social. Saussure prend également en compte le temps qui fait de la langue un système non libre et qui altère la langue

²⁷ De la même manière une loi-modèle interprétée de manière autonome par les ordres nationaux, peut également être modifiée de manière autonome par les ordres nationaux, voire écartée sans information préalable

²⁸ L. Idot L'harmonisaiton du droit commercial précitée

Il n'est pas étonnant de voir la transformation de l'approche en droit communautaire de la concurrence : à une première approche où seules les relations entre les normes nationales et communautaires étaient envisagées, succède un système, consacré par le règlement 1/2003 où le lien entre les autorités et les juges de mise en œuvre est pris en compte²⁹. Certes, le droit de la concurrence ne procède pas par métalangage, il utilise le langage unique et unifié. Pour autant, cette évolution vers la prise en compte du lien entre les acteurs se retrouve dans l'hypothèse de certains métalangage.

Ainsi, l'importance de la coordination entre organes est illustrée par le programme DAPHNE dont le rapport³⁰ détaille la liste des « méthodes innovantes » autour de la coordination soit les méthodes innovantes en matière de coopération, d'échanges et de mise en réseau³¹. Cette coordination qui passe essentiellement par les organes est doublée d'une coordination entre les normes, un accessoire essentiel à la construction d'une internormativité communautaire³².

2 La fonction du métalangage dans l'ordre communautaire

Si la portée du métalangage communautaire varie directement selon l'instrument porteur et indirectement, selon les outils d'accompagnement, la fonction du métalangage de l'ordre communautaire nécessite de distinguer entre les effets directs recherchés et les effets indirects induits.

a) La fonction recherchée : le rapprochement substantiel

L'existence d'un métalangage conduit ainsi à des effets directs sur la substance des normes nationales : du fait de l'harmonisation, l'existence d'une matrice commune conduit à des similitudes dans les langages nationaux, similitudes qui limiteront les obstacles à la libre circulation. Ce rapprochement est le but affiché, fondé sur l'argument économique souvent avancé dans l'ordre communautaire selon lequel une différence constitue un obstacle à la libre circulation et fausse le jeu de la concurrence, les acteurs n'étant pas soumis aux mêmes règles sur l'espace du marché.

Pour autant, indirectement, le rapprochement induit un effet d'applicabilité.

b) La fonction induite : l'effet d'applicabilité

Indirectement en effet, l'existence de ce lien matériel peut justifier, par l'existence d'une relation d'équivalence, un effet d'applicabilité entre les normes nationales, et plus précisément de non applicabilité, sauf exception, de la loi de l'Etat de réception dès lors que

²⁹ Idot L., Le nouveau système communautaire de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE (Règlement 1/2003 et projets de textes d'application), à paraître Cahiers de droit européen, fin 2003

³⁰ Rapport de la commission au parlement européen et au conseil sur le programme Daphné janvier 2002 COM(2002)169 final

³¹ Le rapport fait état du renforcement des capacités de coordination et de gestion entre les organismes concernés : « la mise en réseau a déjà en soi un impact : elle met les organismes en contact et les amène à collaborer, ce qui constitue une première rupture par rapport à des modes de travail plutôt fondés sur la rivalité ». Sans revenir sur le fond de ce programme, la méthode mérite encore d'être soulignée puisque ce programme Daphné qui ne se limite plus à une coordination des ONG et du secteur associatif et intègre les établissements publics locaux, construit dans l'Union une architecture horizontale par des outils nouveaux : l'établissement de réseaux à l'échelon européen, la promotion de la coordination, l'échange d'informations et des meilleures pratiques, la diffusion de l'information, l'organisation de campagnes de sensibilisation de l'opinion publique.

³² voir également la communication précitée relative à la lutte contre la traite des êtres humains et contre l'exploitation sexuelle des enfants et la pédopornographie qui à côté du métalangage introduit une coordination en association tous les intervenants dont les ONG. Il s'agit plus particulièrement de renforcer la coopération policière et judiciaire. Elle se réfère également à l'article 29 du traité d'Amsterdam qui dans la création d'un espace de liberté, sécurité justice, fait référence aux crimes contre les enfants.

la loi d'origine, cousine de la loi de réception, dessine ce que l'ordre communautaire a jugé essentiel en élaborant un métalangage. Il s'agit d'un effet de non applicabilité car l'ordre communautaire vise à limiter l'applicabilité d'une loi nationale qui irait à l'encontre du principe communautaire plutôt qu'à se prononcer sur un contenu et partant à se prononcer sur une applicabilité³³.

Cet effet induit entre équivalence et applicabilité n'est pas nouveau et existe déjà en droit international privé classique puisque dans le cadre du contrôle des jugements étrangers, le contrôle de la loi appliquée par le juge étranger retient aussi l'équivalence des solutions pour admettre l'applicabilité d'une loi différente de celle désignée par la règle de conflit française, pour autant qu'elle conduise à une équivalence des solutions³⁴. L'équivalence des solutions peut même venir justifier le défaut de recours à la règle de conflit de lois lorsque finalement la solution retenue est équivalente à celle à laquelle la méthode orthodoxe aurait conduit³⁵.

Ainsi, dans l'ordre communautaire, la proximité entre les langues filles conduit indirectement à une norme d'applicabilité. Il est vrai que l'existence de relations substantielles d'équivalence n'est pas suffisante à une organisation juridique. Si elles facilitent la communication par une expression harmonisée, elles ne peuvent faire l'économie de la construction parallèle des voies de communication. La forme générale de l'amphore imposée comme une norme minimale avait également en son temps été complétée par des voies maritimes adaptées ou auxquelles les amphores étaient adaptées. La construction de voies de communication entre les normes nationales est sans doute le pendant nécessaire dans la recherche d'une coordination et justifie la recherche parallèle, dans l'ordre communautaire, d'une internormativité structurelle.

Cette internormativité structurelle passe par des relations entre les normes cette fois fondées sur des normes d'applicabilité.

II L'internormativité structurelle : la relation entre les normes fondée sur la recherche de normes d'applicabilité

L'harmonie et l'équilibre d'un ensemble relèvent également des règles de composition qui fixent les rapports entre les différents espaces. Précisément, l'Europe a associé à sa recherche d'un métalangage, une recherche de règles structurelles : si l'internormativité matérielle établit des liens entre les normes par une équivalence des contenus résultant d'un métalangage commun, l'internormativité structurelle établit des liens entre les normes par une norme communautaire spécifique relative à l'applicabilité.

Cette recherche est passée de l'empirisme à la théorisation.

L'ordre communautaire, s'est beaucoup construit empiriquement trouvant des solutions au fur et à mesure de la survenance de questions nouvelles³⁶.

³³ H. Duintjer Tebbens Les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire R.C.D.I.P. 1994, 451 ; M.N. Jobard-Bachellet et J.S. Bergé La réception du droit communautaire en droit des conflits de lois in La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres sous la direction de J.S. Bergé et M.N. Niboyet p. 182 Bruylant 2003

³⁴ Civ 29 juillet 1929 Drichemont RCDIP 1931, 334, Clunet 1930, 377 GADIP B. Ancel et Y. Lequette Dalloz 2001 p. 373

³⁵ 1^{ère} civ 13 avril 1999 Cie Royale Belge GADIP B. Ancel et Y. Lequette Dalloz 2001 p. 704

³⁶ L. Idot Rapport introductif précité . M. Fallon Droit matériel général de l'Union européenne Bruylant 2002 p.34 et s.

Le principe de reconnaissance constitue une première règle d'applicabilité dans les relations entre les normes nationales. Le recours à l'application de la loi d'origine ne constitue cependant pas, loin s'en faut, la seule norme communautaire d'applicabilité.

Dans un second temps en effet, et en particulier sous l'impulsion du traité d'Amsterdam, l'ordre communautaire a compris les vertus des règles de droit international privé élaborées par les Etats et s'en est inspiré pour construire des normes communautaires ayant la même fonction structurelle. Du coup, le champ de l'espace coordonné a pu s'étendre.

Elle est ainsi également passée d'une approche sectorielle à une approche plus générale, cette démarche étant liée à la recherche parallèle de valeurs nouvelles, des « valeurs de société » et l'affirmation de principes généraux³⁷.

Le trait marquant du recours à la technique conflictuelle est sans doute l'évolution de son utilisation : connexe dans un premier temps à des règles d'harmonisation, elle est devenue objet essentiel, voire spécifique des textes. En effet ces règles d'abord parcellaires dans les directives d'harmonisation sectorielles peuvent aujourd'hui constituer une partie substantielle du texte communautaire comme le règlement 1346 en matière d'insolvabilité, ou l'essentiel du texte communautaire, comme ce sera le cas si la convention de Rome devient un règlement³⁸ ou si le règlement Rome 2 en matière de loi applicable aux obligations contractuelles voit le jour³⁹.

L'évolution est significative de l'évolution de l'ordre communautaire lui-même. Il s'agissait dans un premier temps de trouver tous les vecteurs possibles pour imprimer dans les législations nationales le sens communautaire, la question de la répartition des compétences entre les différentes lois nationales n'étant que secondaire.

Il nous semble que ce sens communautaire désormais imprégné dans les ordres nationaux, l'ordre communautaire est confronté essentiellement à un souci d'organisation de sa construction empirique par strates. L'intérêt pour la méthode conflictuelle vient sans doute de cette recherche de règles de structure. Du coup la recherche s'est plutôt focalisée sur les méthodes et la production de normes de structure.

Ces normes d'applicabilité diffèrent selon les éléments mis en relation, soit leur destination, elles diffèrent également dans leur composition.

A La diversité de la destination des règles d'applicabilité

La structure de l'ordre communautaire dont les normes s'intègrent dans les ordres nationaux conduit à distinguer entre les relations verticales, soit les relations entre la norme communautaire et la norme nationale et les relations horizontales, soit entre les normes des ordres nationaux. Par ailleurs, l'ordre communautaire créant une nouvelle « internationalité », il convient de s'interroger sur les relations organisées par l'ordre communautaire entre norme communautaire et norme externe.

Dans tous les cas, diverses règles d'applicabilité prennent en compte les divers sens des relations, les diverses destinations.

En fait, nous ne reviendrons ni sur les règles d'applicabilité verticale que sont les principes de primauté et d'effet direct, largement étudiés par la doctrine et fonctionnant sur un critère hiérarchique ni sur les règles particulières de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence et sur la distinction entre les règles relatives aux ententes et abus de position dominante, donnant lieu à une double barrière et les règles relatives aux concentrations communautaires excluant les règles nationales. Dans ces deux cas, l'adaptation de la norme

³⁷ M. Fallon op. cit. p. 21 et s. et 41 et s.

³⁸ Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 COM(2002) 654 final du 14 janvier 2003

³⁹ document COM(2003) 427 final 22 juillet 2003

nationale à la norme communautaire ou son exclusion sont également fondées sur un critère hiérarchique. Ce sont donc les relations horizontales entre les normes nationales telles qu'organisées par l'ordre communautaire qui nous intéresseront d'avantage.

A cet égard, nous distinguerons entre les règles d'applicabilité horizontales directes et indirectes d'une part, interne et externes d'autre part.

1 Les règles d'applicabilité horizontale directes et indirectes

Certaines règles visent directement à l'applicabilité. Elles supposent un élément de rattachement prédéterminé.

D'autres règles communautaires ont un effet indirect d'applicabilité, ce sont les principes de libre circulation et de reconnaissance.

a) Les règles d'applicabilité horizontale directes fondées sur un élément de rattachement

Elles sont sans doute les plus faciles à identifier d'autant qu'elles sont construites à partir de la méthode conflictuelle. Ces règles, posées par l'ordre communautaire visent, par l'identification d'un élément de rattachement, à déterminer parmi les lois des Etats membres, la loi applicable.

Il n'est pas utile dans le cadre de cet exposé de revenir sur le détail des règles dites de droit international privé de l'ordre communautaire. Elles sont en tout cas ainsi nommées au sens où elles en présentent les caractéristiques, soit l'applicabilité liée au choix d'un critère de rattachement objectif préalablement établi.

De telles règles ont d'abord vu le jour dans des textes de droit matériel ou d'harmonisation⁴⁰, par exemple en matière de sécurité sociale⁴¹ et d'assurance⁴².

Le traité d'Amsterdam et la nécessité de créer un espace de liberté, sécurité et justice fondent le recours à des instruments de technique conflictuelle. C'est ainsi que la convention de Bruxelles 1 est devenu le règlement 44, celle de Bruxelles 2 le règlement 1347 et qu'a pu être édicté le règlement 1346 en matière d'insolvabilité, sans compter les projets aujourd'hui en chantier tendant notamment à transformer la convention de Rome en un règlement et à créer un règlement Rome 2 en matière de loi applicable aux obligations contractuelles⁴³.

⁴⁰ sur un bilan voir E. Jayme et C. Kohler L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la Communauté Européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome RCDIP 1995, 1 ; M. Wilderspin et X. Lewis Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres RCDIP 2002 p. 1 et s. p. 289 et s.

⁴¹ voir le règlement 1408/71 du 14 juin 1971 relatif à l'application des régimes de sécurité sociale aux travailleurs salariés, aux travailleurs non salariés, et aux membres de leur famille qui se déplacent à l'intérieur de la Communauté (JOCE L 149 5.7.71)

⁴² voir les deux directives relatives aux assurances

art 4 par 4 de la 2^{ème} directive assurance directe sur la vie :

le présent article ne peut porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation, quelle que soit la loi applicable au contrat.

Si le droit d'un pays membre le prévoit, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi de l'état membre de l'engagement si et dans la mesure où selon le droit de cet Etat membre, ses dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat

Art 7 par 2 de la deuxième directive assurance directe autre que l'assurance sur la vie :

Le présent article ne peut porter atteinte à l'application des règles de la loi du pays du juge qui régissent impérativement la situation quelle que soit la loi applicable au contrat.

Si le droit d'un Etat membre le prévoit, il peut être donné effet aux dispositions impératives de la loi de l'état membre où le risque est situé ou d'un état membre qui impose l'obligation d'assurance, si et dans la mesure où selon le droit de ces pays, ces dispositions sont applicables quelle que soit la loi régissant le contrat. Lorsque le contrat couvre des risques situés dans plus d'un Etat membre, le contrat est considéré pour l'application du présent paragraphe, comme représentant plusieurs contrats dont chacun se rapporterait à un seul état membre ».

⁴³ Voir supra

L'utilisation de l'expression « national » dans l'expression « droit international privé » à laquelle on ajoute simplement l'adjectif « communautaire » pour marquer la différence d'origine de la norme, masque mal la différence d'objectifs et donc finalement de mise en œuvre de ces normes⁴⁴. Ainsi, dans la mesure où il s'agit de règles de répartition des compétences entre les lois des différents Etats membres, règles qui s'imposent à l'ensemble de ces Etats, il y a différenciation entre le législateur et l'Etat obligé. Par ailleurs, s'agissant de règles applicables dans un espace au moins harmonisé, le nombre des divergences fondamentales entre les normes nationales tendra à s'amenuiser. En outre, la comparaison entre l'évolution du droit international privé interne et le droit international privé de source communautaire est édifiante. Le premier, parti des grandes catégories du droit civil ne cesse de s'effriter en une multitude de sous-catégories imposée par la difficulté à s'entendre sur les grandes catégories du droit international privé dans l'ordre international si bien que les conventions internationales de droit international privé proposées ont en général un champ limité. A l'inverse, l'ordre communautaire parti de règles de conflits pour la seule question de la sécurité sociale ou de la clause abusive dans un contrat conclu avec un consommateur, se tourne désormais vers les grandes catégories classiques du droit international privé que sont les contrats, les délits et peut-être les régimes matrimoniaux et les successions, sans même connaître ces catégories.

La technique conflictuelle dont toutes les potentialités n'ont sans doute pas été explorées se présente en tout cas comme une technique permettant de maintenir la diversité au cœur des Etats tout en laissant l'ordre communautaire coordonner les normes nationales dans le cadre des principes matriciels et communs.

b) Les règles d'applicabilité horizontale indirectes liées au principe de libre circulation ou de reconnaissance

Très indirectement, le principe de libre circulation peut induire une règle d'applicabilité de la norme du pays d'origine, ou tout au moins de non applicabilité⁴⁵ en l'état et sauf exception de la norme du pays de destination. Il est évident que la fonction de ce principe ne relève pas de l'applicabilité d'une norme nationale mais il n'en reste pas moins vrai qu'il conduit à cet effet.

De manière moins indirecte, le principe de reconnaissance induit également une règle d'applicabilité puisqu'il conduit a priori à l'application de la loi d'origine et à l'éviction en l'état de la loi du pays de réception, sauf exception dans tous les cas contrôlée par le juge communautaire (ordre public, loi de police ou norme simple dont l'Etat d'accueil revendique l'application).

L'arrêt *cassis de Dijon* a en effet posé ce principe fondateur à propos du refus par l'Allemagne de l'importation du *Cassis de Dijon*, au motif du non-respect de la législation allemande qui interdit la mise sur le marché de liqueurs de fruit d'une teneur alcoolique inférieure à 25° d'alcool. Pour écarter ce refus la Cour a ainsi posé :

« tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un Etat membre doit être, en principe, admis sur le marché d'un autre Etat membre »⁴⁶.

Il en est résulté l'obligation pour les Etats « de reconnaître comme équivalents les techniques, normes, contrôles, prescriptions de toute sorte exigées par les autres Etats membres »⁴⁷.

⁴⁴ voir Le droit international privé communautaire : émergence et incidences, colloque organisé à Toulouse sous la direction de S.Poillot-Peruzzetto Les Petites Affiches 12 2002 N° 248

⁴⁵ voir supra

⁴⁶ CJE 20 février 1979 *Rewe-Zentral AG* aff 120/78 rec 649, attendus 14 et 15

⁴⁷ J. Boulouis, R.M. Chevalier, D. Fasquelle, M. Blanquet Les grands arrêts de la jurisprudence communautaire tome 2 commentaire p.38

Il est vrai que ce principe qui finissait par écarter toute application de la loi de l'Etat de réception pour autant qu'elle soit différente a été limité dans son champ d'application par l'arrêt Keck et Mithouard du 24 novembre 1993 : seules les « règles relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises » donnent lieu à l'application de ce principe et non plus les mesures qui « limitent ou interdisent certaines modalités de vente » pourvu qu'elles soient indistinctement applicables.

Ce principe de reconnaissance conduit les Etats de réception, en matière de libre prestation de service, avant de faire une application automatique de leur législation, et de s'opposer ainsi éventuellement à une prestation de service sur leur territoire au motif que la prestataire ne répond pas à ses conditions, de se demander si la loi d'origine n'a pas déjà pris en compte l'intérêt général⁴⁸. Il impose une analyse comparative des substances. La directive sur le commerce électronique⁴⁹ pose également que l'opérateur établi sur son territoire doit respecter ses propres dispositions qui relèvent en fait d'un domaine coordonné. Du coup, les Etats de réception ne peuvent opposer d'autres conditions⁵⁰.

Ce principe de reconnaissance a encore été utilisé dans la « Nouvelle approche » fondée sur des principes nouveaux : le texte des directives fixe les seules exigences essentielles conditionnant la mise sur le marché des produits couverts, les spécifications techniques sont fixées par normalisation fondée sur une base volontaire, l'évaluation de la conformité peut être effectuée par des organismes reconnus, les produits conformes sont revêtus de la marque CE et ils sont dès lors reconnus dans l'ensemble des Etats, c'est dire qu'il peut librement circuler et être commercialisé sur le territoire de l'Union⁵¹. En matière de jugements, le principe de reconnaissance est central puisque tant le règlement 44 que le règlement 1347 en matière matrimoniale mettent en place un système de reconnaissance et exécution des jugements sur le territoire de l'Union.

Ce principe a dans un premier temps conduit une partie de la doctrine à généraliser la solution et à considérer qu'il y avait là une sorte de règle de conflit de lois cachée dans l'ordre communautaire conduisant toujours à l'application de la loi d'origine⁵². Cette généralisation trop rapide a cependant été revue par la doctrine plus récente qui y a apporté des nuances⁵³. S'il y a un effet d'applicabilité, il n'est qu'indirect, ce qui différencie dans leurs conceptions les règles de rattachement classiques à ces règles communautaires.

Ainsi Madame Idot, tout en reconnaissant qu'il s'agit d'un critère de désignation limite le champ de ce principe au domaine des directives et surtout met en évidence la différence d'approche entre le droit communautaire et la technique, conflictuelle, le droit communautaire étant surtout axé sur le contrôle vertical entre la loi nationale de l'Etat de réception et la norme communautaire⁵⁴. Dans le même sens, Messieurs Fallon et Meeusen repensent le principe d'origine en disant qu'il s'agit bien d'une règle d'applicabilité pour l'Etat d'origine, même s'il s'agit d'une « exception de reconnaissance mutuelle » pour les autres Etats, par analogie à l'exception d'ordre public⁵⁵.

⁴⁸ C. Gavaldà et G. Parléani Droit des affaires de l'Union européenne Litec 4^{ème} ed 2002 n°301

⁴⁹ directive 2000/31 du 8 juin 2000 JOCE L 178 17 juillet 2000

⁵⁰

⁵¹ F. Dintilhac « Rapprochement des législations » encyclopédie Dalloz droit communautaire n°207-209

⁵² G. Radicati di Brozolo L'influence sur les conflits de lois des principes de droit communautaire en matière de libre circulation RCDIP 1993, 401 ; J. Basedow « Der kollisionsrechtliche Gehalt der Produktfreiheiten im europäischen Binnenmarkt : favor offerentis Rabels 1995, 1, compte-rendu P. Lagarde RCDIP 1996, 853 ;

⁵³ M. Wilderspin et X. Lewis Les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres RCDIP 2002,1

⁵⁴ L. IDOT L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé in Le droit international privé communautaire, Les Petites Affiches 12 décembre 2002 N°248

⁵⁵ M. Fallon et J. Meeusen Le commerce électronique, la directive 2000/31/CE et le droit international privé RCDIP 2002, 434

Il nous semble bien que le principe de reconnaissance, qu'il s'agisse des normes des Etats d'origine ou des jugements des Etats d'origine, conduit seulement indirectement à un effet d'applicabilité horizontale alors qu'il était dessiné dans le cadre de la relation verticale entre norme communautaire et norme nationale et ne se présente pas comme une règle d'applicabilité.

2 Les règles d'applicabilité horizontale internes et externes

Les règles de conflit de lois de source communautaire comme le principe de reconnaissance sont a priori dessinées pour les relations internes.

La solution n'est pourtant pas évidente pour les règles de rattachement. En effet au delà de la question très politique de la compétence pour déterminer les règles de conflit de lois dans les situations véritablement internationales, il n'est pas sûr que la logique de la construction communautaire, et en particulier la création du marché intérieur, puisse toujours justifier l'existence de rattachements différents selon que l'on se trouve dans une situation communautaire ou externe. C'est la question qui se pose aujourd'hui avec la transformation de la convention de Rome en un règlement communautaire.

Quoi qu'il en soit, il existe clairement des règles d'applicabilité de l'ordre communautaire qui n'ont trait qu'aux relations externes, ce sont les lois de police de source communautaire, même si l'expression «loi de police» n'a jamais été utilisée. Ces règles peuvent désormais être d'origine légale ou d'origine jurisprudentielle. Les règles d'origine légale résultent de certaines directives de domaine limité mais ayant pour but la protection du consommateur ou du salarié, proposent sous le titre « caractère contraignant » des dispositions d'applicabilité dont la fonctionnalité relève des lois de police⁵⁶⁵⁷. En outre, par l'arrêt Ingmar, très critiquable certes, la Cour a admis la possibilité pour le juge communautaire, et sans doute pour le juge national, de transformer une règle communautaire impérative en une règle

⁵⁶ -directive 93/13 du (avril 1993 concernant les clauses abusives, article 6 2 « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres »

-directive 2002/65/CE du 23 septembre 2002 concernant la commercialisation de services financiers auprès de consommateurs, article 12 al 2 « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour veiller à ce que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait que la loi choisie pour régir le contrat serait la loi d'un pays tiers, si le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou plusieurs Etats membres ».

-directive 97/7 du 20 mai 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrats à distance, article 12 al 2 « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive du fait du choix du droit d'un pays tiers comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire d'un ou de plusieurs des Etats membres »

-directive 94/47 du 26 octobre 1994 concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, art 9 « les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que, quelle que soit la loi applicable, l'acquéreur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive, si le bien immobilier est situé sur le territoire d'un Etat membre »

-directive 1999/44 du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, art 7 al 2 « Les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que le consommateur ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive par le choix du droit d'un Etat non membre comme droit applicable au contrat, lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres »

-directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de service art 3 par 1 « les Etats membres veillent à ce que, quelle que soit la loi applicable à la relation de travail, les entreprises visées à l'article 1^{er} par 1 garantissent aux travailleurs détachés sur leur territoire les conditions de travail et d'emploi concernant les matières visées ci-après qui, dans l'Etat membre sur le territoire duquel le travail est exécuté, ... »

⁵⁷ voir E. Jayme et C. Kohler art. précité

internationalement impérative, soit dont l'application s'impose à l'égard d'une norme d'un Etat tiers, même choisie par les parties⁵⁸.

Dans les deux cas, ces règles ne visent que les relations externes de l'Union dès lors que les règles impératives communautaires disposent d'autres moyens institutionnels pour s'imposer dans les ordres nationaux ainsi que l'a rappelé la Cour de Justice dans l'affaire Maxicar⁵⁹.

Bien que la jurisprudence n'en donne pas d'exemples nommés, l'on pourrait aussi imaginer que le mécanisme d'ordre public au sens du droit international privé se présente pour les juges des Etats membres comme un moyen d'imposer à l'égard d'une loi tierce, une règle de source communautaire, le mécanisme permettant déjà d'intégrer des règles de source européenne ainsi que le montre l'arrêt Krombach⁶⁰. L'intégration des principes de la charte permettra de nourrir cet ordre public communautaire et d'évincer des lois étrangères.

Par le mécanisme de l'ordre public nourri des valeurs communautaires et par celui des lois de police, l'ordre communautaire viendrait ainsi affirmer sa culture à l'égard des Etats tiers en imposant, du fait de leur contenu, une applicabilité de ses normes.

Au delà de la diversité de sens des règles d'applicabilité selon le référentiel en cause, l'analyse montre que la composition des règles d'applicabilité se présente sous des formes différentes

B La diversité de la composition des règles d'applicabilité

Il n'y a pas lieu dans le cadre de cette étude de revenir trop longuement sur la diversité de l'expression de la norme dès lors qu'elle est portée par une directive et non un règlement directement applicable. Il a été en effet précédemment montré que l'ordre communautaire avançant par secteur a développé un métalangage pour conduire à un rapprochement des législations. Il en est parfois résulté, que les textes, en général les directives sectorielles, comportant une disposition d'internormativité, soit une règle de conflit, soit une loi de police, prennent la forme essentiellement d'un métalangage, laissant aux Etats une liberté d'expression dans les interstices des nœuds de coordination. Cette situation est dommageable pour les règles structurelles qui devraient toujours se présenter sous une expression unique dès lors qu'il s'agit de règles d'architecture. Les règles d'applicabilité, pour garder leur efficacité, en tant que système de coordination entre les normes, doivent, à notre sens, être exprimées de manière unifiée. Cette constatation vaut particulièrement pour les dispositions de police des directives sectorielles qui définissent, par une directive, leur impérativité en laissant une liberté d'expression aux Etats. Il serait donc nécessaire que l'ordre communautaire puisse revoir ses dispositions impératives en définissant clairement le lien de rattachement au territoire, la nature du rattachement écarté. Cela résoudrait sans doute des questions qui se posent par mauvaise précision des actuelles dispositions^{61 62 63}.

⁵⁸ CJE 9 novembre 2000 aff C381/98 Rec p. I69305

⁵⁹ CJE 11 mai 2000 Régie nationale des usines Renault SA RCDIP 2000, 947 commentaire H. Gaudemet Tallon

⁶⁰ CJE 28 mars 2000 Dieter Krombach RCDIP 2000, 481, commentaire H. Muir-Watt

⁶¹ On pourrait citer la transposition française de la directive sur les clauses abusives qui adopte une formulation unilatérale très limitative et qui précise en même temps le rattachement par la résidence de l'une des parties dans l'Union européenne et par le lien entre le contrat et ce territoire. : « Nonobstant toute stipulation contraire, les dispositions de l'article L 132-1 sont applicables lorsque la loi qui régit le contrat est celle d'un Etat n'appartenant pas à l'Union européenne, que le consommateur ou le non-professionnel a son domicile sur le territoire de l'un des Etats membres de l'Union européenne et que le contrat y est proposé, conclu ou exécuté

⁶² Si les textes sur le démarchage ne reprennent pas de dispositions impératives, dès lors que les sanctions sont pénales, la transposition de la directive sur les ventes à distance par l'article L 121-20-6 (résultant de l'article 12 de l'ordonnance du 23 août 2001) conduit en revanche le juge lorsque les parties ont choisi la loi d'un état tiers, à écarter cette loi « au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive ... du 20 mars 1997... lorsque cette résidence est située dans un Etat membre ».

Ainsi, si la partie matérielle de la norme peut relever du métalangage, la définition de son impérativité doit être claire et unifiée et si les deux éléments sont liés comme dans les lois de police l'unité devrait l'emporter. Certes la transposition permet aux Etats membres de tenir compte de leurs engagements internationaux⁶⁴ mais il nous semble que l'ordre communautaire pourrait d'emblée proposer une forme unifiée d'impérativité, précisant en particulier le lien de rattachement, ainsi que le suggèrent Messieurs Jayme et Kohler^{65 66}. Nous soutenons ainsi l'intérêt de l'utilisation du règlement plutôt que de la directive pour toute disposition de structure, qu'il s'agisse d'une règle de conflit classique ou d'une règle hétérogène s'apparentant aux lois de police. D'ailleurs, c'est, avec le Traité d'Amsterdam, l'évolution qui semble se dessiner : ébauchées d'abord par le moyen du métalangage, ces règles tendent à une expression unifiée en particulier par le biais du règlement.

On voit que le droit français d'une part retient le rattachement par la résidence habituelle du consommateur et d'autre part conduit à l'application éventuelle d'une loi de police semi-étrangère, pour autant que les dispositions sont plus protectrices et qu'il y a eu transposition art L 121-20-6 lorsque les parties choisissent la loi d'un Etat non-membre de la communauté européenne pour régir le contrat, le juge devant lequel est invoquée cette loi est tenu d'en écarter l'application au profit des dispositions plus protectrices de la loi de la résidence habituelle du consommateur assurant la transposition de la directive 97/7/CE du parlement et du conseil du 20 mars 1997 concernant la protection des consommateurs en matière de contrat à distance, lorsque cette résidence est située dans un Etat membre.

⁶³ Il en est de même de la transposition de la directive times share en droit français :

La transposition va plus loin que la directive puisqu'elle prévoit une protection, non seulement lorsque le bien est situé dans un Etat membre mais également lorsqu'il ne l'est pas si le consommateur a sa résidence dans un Etat de l'Union. Dans le premier cas, le texte français impose un test de contenu puisque la loi de l'état du lieu de situation du bien n'est applicable que si la loi qui régit le contrat ne comporte pas de règles conformes à la directive. Le texte français, comme la directive, fait référence à toute la loi régissant le contrat, qu'elle soit ou non choisie, qu'elle soit ou non celle d'un Etat tiers. Le texte français ajoute encore en posant qu'à défaut, et ce serait sans doute le cas où la loi du lieu de situation du bien ne respecterait pas elle-même la directive, la loi française serait applicable. Dans le second cas, le droit français se réfère sans doute aux dispositions de l'article 5 de la convention de Rome pour protéger le consommateur en faisant application de la loi de sa résidence laquelle a dû intégrer les dispositions de la directive ; le texte reprend les conditions restrictives de l'article 5 soit les hypothèses où le contrat a été conclu dans l'Etat du consommateur, ou précédé dans cet Etat d'une offre ou publicité, ou si le consommateur s'est rendu dans un autre état sur invitation du professionnel

Art L121-74 lorsque le bien ou l'un des biens est situé sur le territoire d'un Etat membre de la Communauté européenne, et lorsque la loi qui régit le contrat ne comporte pas des règles conformes à la directive 94/47/CE du parlement et du conseil du 26 octobre 1994, concernant la protection des acquéreurs pour certains aspects des contrats portant sur l'acquisition d'un droit d'utilisation à temps partiel de biens immobiliers, il sera fait impérativement application des dispositions mises en vigueur, pour respecter ladite directive par l'Etat sur le territoire duquel est situé ce bien, ou, à défaut, des dispositions de la présente section.

L 121-75 lorsque le bien ou l'un des biens n'est pas situé sur le territoire d'un Etat membre de la communauté européenne, le consommateur qui a sa résidence habituelle dans un Etat membre de la communauté européenne ne peut être privé, quelle que soit la loi applicable, de la protection que lui assurent les dispositions impératives prises par cet Etat en application de la directive 94/47/CE du Parlement européen et du conseil, du 26 octobre 1994 précitée :

- si le contrat a été conclu dans l'état du lieu de résidence habituelle du consommateur ;
- si le contrat a été précédé dans cet Etat d'une offre spécialement faite ou d'une publicité et des actes accomplis par le consommateur nécessaires à la conclusion du contrat ;
- si le contrat a été conclu dans un Etat où le consommateur s'est rendu à la suite d'une proposition de voyage ou de séjour faite, directement ou indirectement, par le professionnel pour l'inciter à contracter.

⁶⁴ voire de ne pas transposer si le droit conventionnel de la convention de Rome permet la protection, comme dans le cas de la directive timeshare ou contrats négociés à distance, E. Jayme et . Kohler article précité

⁶⁵ à propos de la directive clause abusive, voir article précité

⁶⁶ sur la nécessité de préciser dans les directives leur champ spatial et de préciser les limites de l'impérativité voir également A. Nuyts, article précité

Au delà de cette variation dans l'expression, ces règles peuvent se présenter comme des règles hétérogènes soit composées de substance et de structure ou des règles homogènes de structure pure.

Le droit international privé classique connaît déjà la distinction entre les normes d'applicabilité pure ou homogènes qui se contentent de déterminer l'élément de rattachement à partir d'une catégorie juridique donnée et les normes d'applicabilité que l'on peut qualifier d'hétérogène au sens où elles présentent à la fois une disposition d'applicabilité et une disposition substantielle, comme les lois de police, et éventuellement les règles de conflit substantielles. L'ordre communautaire a en quelque sorte imité les deux techniques, sans les nommer. A priori, l'on pourrait classer dans les règles hétérogènes les lois de police de source communautaire qui comportent à la fois un élément matériel et un élément d'applicabilité. L'on pourrait également classer dans les règles homogènes de structure les règles institutionnelles fondées sur le principe hiérarchique, soit le principe de primauté.

Au delà, il nous semble que les autres règles structurelles sont faussement homogènes et qu'il est difficile, si ce n'est dans le cas du principe hiérarchique, de concevoir des règles de pure structure⁶⁷. Il y a ainsi une nécessaire hétérogénéité des normes de l'internormativité.

Les règles de structures sont faussement homogènes dès lors qu'elles s'appuient sur des règles substantielles ou qu'elles les engendrent. Une distinction doit cependant être établie entre les différentes règles structurelles : certaines sont fondées sur des règles substantielles tandis que d'autres les génèrent.

1) Des règles structurelles fondées sur des règles substantielles

Les quelques règles de rattachement contenues dans les directives sectorielles trouvent leur justification dans l'existence d'un droit matériel communautaire. Le même instrument porte les deux types de normes.

De la même manière, le principe de reconnaissance ne vaut que dans les hypothèses d'une harmonisation minimale par le biais d'un métalangage communautaire. Ce principe nécessite en effet le recours parallèle au métalangage pour assurer au delà de la diversité un socle commun aux Etats permettant précisément, dans un deuxième temps, la mise en œuvre du principe de reconnaissance. Ainsi en est-il par exemple, des particularismes en matière de formation, limite à la reconnaissance des diplômes, qui a été le fondement des directives relatives aux professions médicales. En matière de banque et assurance, le système de la licence unique a pu être institué dès lors que les conditions d'agrément et les règles prudentielles relatives à la gestion ont été harmonisées⁶⁸. A la différence des normes de type « lois de police » qui contiennent à la fois un élément substantiel et un élément structurel, le principe de reconnaissance se présente a priori comme un principe purement structurel mais il est cependant conçu pour n'intervenir que dans les hypothèses d'un travail préalable d'harmonisation. Il en est d'ailleurs de même du principe de reconnaissance en matière d'effets des jugements qui a pu être posé une fois unifiées les règles de compétence internationale. Le principe de libre circulation qui induit une règle d'applicabilité est, on l'a déjà vu, principalement porteur de substance.

Il s'agit dans tous ces cas de règles inscrites dans le domaine du marché intérieur si bien qu'elles répondent au but premier de l'applicabilité de la norme communautaire.

La règle d'applicabilité est ainsi liée à la norme communautaire substantielle. Il est vrai que ce rapport entre norme d'applicabilité et orientation matérielle est bien connu du droit

⁶⁷ L. Gannagé Le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes (L'exemple du droit de la famille) RCDIP 2001, 1

⁶⁸ C. Lucas de Leyssac et G. Parleani Droit du marché PUF 2002 p. 479

international privé national, présenté comme une projection du droit interne dans la recherche de réponse aux situations présentant un élément d'extranéité.

Ce rapport dialectique se présente cependant différemment dans l'ordre communautaire puisque la relation est tripartite et non bipartite. En effet les règles de droit international privé nationales s'inspirent de leur propre solution pour déterminer les cas d'application d'une loi étrangère tandis que l'ordre communautaire s'inspire de ses solutions, et précisément de son grand principe de création du marché intérieur pour déterminer la coordination entre les normes des Etats membres⁶⁹.

En tout cas, avec le Traité d'Amsterdam et la volonté de créer un espace de liberté, sécurité, justice, une fonction différente à la norme d'applicabilité communautaire se dessine.

2 Des règles structurelles générant des règles substantielles

A la différence du principe de reconnaissance, le passage de la convention de Rome en un règlement communautaire ferait la preuve de l'existence de règles de conflit en matière de contrat sans harmonisation préalable du droit matériel. La preuve serait encore plus évidente si l'ordre communautaire se dotait de règles de conflit en matière de droit de la famille.

Pour autant, il nous semble que l'absence de lex fori communautaire en amont ne conduira pas à une neutralité totale, à une absence de sens.

Le choix des rattachements sera forcément le fruit d'une politique préalable et partant, les règles de structure finiront dans un deuxième temps par ébaucher des règles matérielles. Au final, à la différence des droits nationaux qui ont d'abord établi leur droit matériel et qui en ont tiré une projection en droit international privé, le droit communautaire, à partir de ses règles d'internormativité structurelle sera finalement porteuse d'un sens matériel.

Cet effet induit explique sans doute les réticences à l'égard de l'élaboration d'un droit international privé communautaire en matière de droit de la famille⁷⁰. Pour ma part, j'y vois pourtant la seule issue à maintenir la famille à la fois au cœur des Etats et au cœur de l'Europe. Certes les règles de coordination ne sont jamais totalement neutres mais nous vivons en Europe, pour l'instant en tout cas, dans une communauté culturelle qui devrait conduire à s'entendre sur des critères de rattachement, si c'est le prix à payer au maintien de la diversité. A défaut, la règle du plus fort s'imposera ou, pire, la méthode empirique communautaire qui conduit à une unification rampante.

Ces différentes règles en tout cas couvrent les domaines extérieurs au marché intérieur et visent à coordonner les normes nationales dans cet espace. Dans les domaines vierges d'harmonisation, et plus encore dans les domaines où le principe de libre circulation économique n'a a priori peu de prise, sauf à accepter une conception marxiste et à considérer que tout est économique et donc lié à la création du marché intérieur, dans ces domaines vierges de lex fori communautaire, l'ordre communautaire envisage pourtant une coordination des législations.

Sauf à dire que l'espace de liberté, sécurité justice relève encore de la logique marché intérieur, il nous semble que le fondement devient ici radicalement différent puisqu'il s'agit seulement de coordonner les normes nationales. La technique conflictuelle dont s'inspire l'ordre communautaire change incontestablement de perspective mais permet par ses potentialités un tel objectif. En tout cas, le droit international privé, pour une fois, serait

⁶⁹ En revanche, lorsque l'on évoque les « lois de police » de source communautaire, il nous semble que l'existence d'une relation bipartite est la même, dès lors que la loi de police communautaire ne joue que dans les relations avec les Etats tiers : l'existence d'une harmonisation la rend inutile dans les relations horizontales entre les Etats membres.

⁷⁰ H. Gaudemet Tallon de l'utilité d'une unification du droit international privé de la famille dans l'union Européenne, étude en l'hommage au professeur Doutoura almedina volume 1, 159

antérieur à l'existence d'un droit matériel ,et peut-être participerait-il à son élaboration. L'ordre communautaire remplirait en tout cas parfaitement sa mission d'architecte laissant aux Etats la liberté de leurs législations sous réserve du respect des principes fondamentaux de l'ordre communautaire dont on ne peut plus dire qu'ils sont seulement économiques. La relation entre droit matériel et droit international privé par la dialectique engendrée deviendrait une relation symétrique.

Nous avons vu que la coordination entre les normes nationales dans l'Union passe par des liens de substance et de structure. Malgré cette présentation distincte pour des raisons plutôt pédagogique, il n'y a pas opposition entre ces deux types de lien : au delà de la règle de structure fondée sur un principe hiérarchique, comme le principe de primauté, les autres règles de structure sont plus ou moins porteuses de substance ; par ailleurs toute relation d'équivalence peut avoir des effets d'applicabilité. En tout cas, les deux types de lien sont nécessaires et complémentaires dans une coordination, comme l'amphore et les routes maritimes le furent au commerce de l'ancienne Grèce.

Au commerce ? J'anticipe la critique fondamentale que vous ne manquerez pas de formuler sur le point de départ de l'analyse : le droit, n'est pas une marchandises, le modèle économique avec l'amphore et les routes ne s'applique pas.

La réponse sous forme de contre-argument l'Orchestre du Capitole de Toulouse la trouva qui, un jour, à la Halle aux Grains, cette halle devenue salle de spectacles, joua la Symphonie des Nations. Les rythmes, russes, chinois, andalous, occidentaux se sont harmonieusement coordonnés dans la symphonie dans une même unité d'espace et de temps. A la diversité des mélodies et des rythmes répondait une harmonie des instruments et le respect des règles de la symphonie.

Alors , si à Toulouse un jour, la Symphonie des Nations a été possible, pourquoi ne pas imaginer en réponse à la morosité de l'Europe que je continue à vouloir rêver, que l'on puisse, avec les forces vives du DESS juriste international, avec l'énergie des chercheurs du CERES et du LIEu, par les cœurs et par le droit, inventer aujourd'hui dans cet amphi, de l'Union, une Symphonie.