

Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire

Sylvaine Poillot Peruzzetto

Comité français de droit international privé 28 mars 2002

Introduction

« Tout doit être construit – composé de parties qui forment un tout : un arbre comme un corps humain, un corps humain comme une cathédrale ».

Ce propos de Matisse, pourrait illustrer, le rôle des mécanismes d'ordre public et de loi de police, dans la rencontre entre ordre interne et ordre communautaire, dès lors qu'ils se présentent comme des éléments d'architecture qui garantissent la cohésion de la construction d'un ordre juridique, de la cathédrale nationale, en dépit de l'ouverture sur l'extérieur, en dépit de l'influence externe. Ils garantissent l'équilibre des formes mais aussi des matériaux.

Puisque l'ordre communautaire modifie les équilibres nationaux, comment ces mécanismes d'ordre public et de loi de police se présentent-ils ?

Mais également, puisque l'ordre communautaire lui-même se construit à partir d'architectures nationales distinctes qu'il cherche à organiser en un tout cohérent et équilibré, dans le respect des diversités, quel rôle jouent-ils ?

Dans ce rapport dialectique entre ordre national et ordre communautaire, la question de l'incidence réciproque de l'ordre communautaire sur les mécanismes d'ordre public et de loi de police initialement de conception nationale, se pose ainsi dans le référentiel national comme dans le référentiel communautaire, soit encore du point de vue national comme du point de vue communautaire : chaque ordre juridique ayant à préserver l'équilibre de sa construction et cherchant des outils propres à assurer cet équilibre.

Il est cependant important pour l'analyse, de fixer préalablement les **hypothèses**, soit le référentiel que nous adopterons entre ordre communautaire et ordres nationaux pour chacune des définitions de base.

Pour les **mécanismes d'ordre public et de loi de police**, nous adopterons le référentiel national comme point de départ de la démarche, c'est à dire que nous partirons des définitions nationales de l'ordre public et des lois de police : soit pour l'ordre public, l'ordre public international au sens du droit international privé, c'est à dire le mécanisme permettant par exception d'écarter la loi étrangère désignée par la règle de conflit de lois si son application concrète entraîne un résultat peu compatible avec le système de valeurs du for ; soit pour les lois de police les normes auxquelles un Etat accorde une importance telle qu'il exige leur application dès lors que la situation juridique présente un lien avec son territoire, quelle que soit par ailleurs, la loi applicable à la situation.¹

L'association des deux mécanismes montre que l'on ne retiendra du point de vue national que le mécanisme particulariste de l'ordre public au sens du droit international privé, soit mécanisme d'éviction d'une loi étrangère, soit mécanisme d'éviction d'un jugement étranger : est donc exclu l'ordre public international².

Pour l'**ordre communautaire**, nous retiendrons la définition dans son propre référentiel et en tout cas, nous écarterons l'ordre européen même si certains principes européens ont été intégrés dans l'ordre communautaire

Pour autant, l'ordre communautaire pose la difficulté de ses contours tant du point de vue des textes que des situations, il ne fait qu'amplifier la difficile question de l'internationalité

¹ Définitions reprises du glossaire du livre vert qui partent de la fonctionnalité des mécanismes.

² même s'il peut être utilisé par l'ordre communautaire pour affirmer son application, voir CJE Ecoswiss 1.9.1999 JDI, 2000, 2 p.299

puisque au rapport interne externe, il ajoute l'externe aux Etats membres qui se trouve cependant être l'interne de l'Union. Du point de vue des **textes**, nous retiendrons évidemment pour notre analyse des mécanismes d'ordre public et de lois de police, les règlements et les directives, mais également puisque elle continue à jouer dans les rapports avec le Danemark, la convention de Bruxelles car prise sur l'article 220, interprétée par la cour de justice et car visant en principe les seules relations intracommunautaires. En revanche la convention de Rome, tant qu'elle ne devient par un règlement ne relève pas de l'ordre communautaire mais de l'ordre international. Du point de vue des **situations** la question de la limite de l'ordre communautaire est particulièrement difficile ; elle est évidemment liée à la question du **domaine de la rencontre** entre ordre communautaire et domaine d'application du droit international privé de source interne : tout d'abord, il s'agit pour le droit international privé de définir les situations d'internationalité et, en particulier, la question se pose aujourd'hui du caractère interne des situations communautaires lorsque le droit communautaire est intervenu pour unifier ou harmoniser les normes ; ensuite pour l'ordre communautaire, il s'agit de définir la limite des situations communautaires : à cet égard, d'une part les textes de droit dérivé soit ne précisent pas toujours leur domaine d'application, soit, lorsqu'ils le font, ils peuvent se limiter aux territoires communautaires ou étendre l'application aux situations impliquant des Etats tiers ou des entreprises d'Etats tiers, d'autre part, les principes fondamentaux de libre circulation s'appliquent chaque fois qu'une pratique ou une législation nationale y porte atteinte, ce qui fondamentalement permet un contrôle potentiel de toute législation ou pratique nationale et qui fait dire à certains qu'il s'agit d'un véritable contrôle de constitutionnalité.

Ceci posé, la question de l'ordre public et des lois de police dans l'ordre communautaire pourrait paraître **paradoxe** de plusieurs manières.

Nous ne reprendrons pas l'idée dépassée de l'absence de droit international privé dans l'ordre communautaire qui ne fonctionnerait que par la méthode de l'unification : depuis longtemps la méthode de l'harmonisation, puis de la reconnaissance mutuelle a complété celle de l'unification ; depuis longtemps, la doctrine a constaté dans des textes de droit dérivé communautaire l'existence de règles de conflit de lois ; et puis l'actualité du traité d'Amsterdam a communautarisé, certes d'une manière un peu empirique et emportée à l'arrachée³, ce qui relevait de l'intergouvernemental soit la coopération judiciaire en matière civile. Nous ne reprendrons pas davantage l'idée de la mort du droit international privé par la compétence du juge de l'Etat d'origine et la loi d'origine, soit la règle de conflit de lois cachée du droit communautaire⁴, position combattue théoriquement⁵ et que l'actualité ne vérifie pas : il convient plutôt aujourd'hui de rechercher un mode de combinaison entre les deux méthodes⁶.

Au delà de ces fausses oppositions, le paradoxe peut rester entier pour diverses raisons.

Tout d'abord, les grammaires sont différentes si bien que la comparaison de concepts peut être discutable dans des référentiels si différents, comme est discutable, au delà de la finalité pédagogique, la traduction des mécanismes communautaires dans la langue du droit

³ C. Kohler Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam RCDIP 95 p. 1)

⁴ 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 compte rendu P. Lagarde RCDIP93, 401

⁵ L. Idot L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé, in colloque Toulouse « Le droit international privé communautaire, émergence et incidences », Petites Affiches 2002 ; M. Wilderspinn et X. Lewis les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois des Etats membres, RCDIP 2002,1

⁶ L. Idot, article précité

international privé par la doctrine⁷. Il est vrai cependant que l'on retrouve des éléments communs dans les deux grammaires. Ainsi en est-il de l'effet utile, essentiel en droit communautaire et qui se retrouve de plus en plus dans les RCL substantielle lesquelles partent d'un résultat plutôt que d'une localisation objective; ainsi encore de la reconnaissance, devenue essentielle dans la nouvelle approche communautaire et qu'en droit international privé l'on connaît pour la question des effets des jugements; ainsi encore de la théorie de l'équivalence du droit communautaire que l'on a connue en droit international privé d'abord avec la question des effets des jugements relativement au contrôle de la loi appliquée et que l'on rencontre maintenant dans le cadre de la mise en œuvre de la règle de conflit de lois.

Mais au delà de cette perméabilité entre les deux référentiels, les grammaires restent largement distinctes ou plus exactement, étaient distinctes, grammaire économique pour l'ordre communautaire, grammaire civiliste pour le droit international privé, ce qui faisait justement dire à Savatier qu'il fallait transposer le langage économique de la libre circulation en langage juridique⁸.

Les méthodes sont différentes et en particulier la dialectique norme/fait se présente différemment: l'ordre communautaire est très attaché aux faits, à la situation globale, et avance empiriquement⁹, finalement peu soucieux des méthodes, alors que le droit international privé classique raisonne en catégories juridiques et seule l'analyse de l'ordre public fait intervenir le fait, même si cependant Barile a montré que le syllogisme du droit international privé classique n'est peut-être pas aussi évident et qu'il y a plutôt interdépendance et non succession entre la norme et le fait¹⁰.

Les points de départ sont différents puisqu'en effet a priori, l'ordre communautaire n'est pas neutre mais porteur de la finalité de la création du marché intérieur¹¹, à la différence du droit international privé dans le modèle savignien en tout cas, qui affiche sa neutralité; pour autant, la création communautaire en se diversifiant, en avançant le principe de la protection de l'environnement, mais surtout en consacrant la citoyenneté européenne devient de plus en plus neutre, en tout cas moins marquée de la seule étiquette économique, tandis que les règles de conflit de lois internes se cherchent des moyens d'échapper à la neutralité et de porter du sens, par une forme de retour au statutisme.

L'autre paradoxe du sujet vient du couple lui-même; en effet, le couple ordre public et loi de police est un couple de la grammaire du droit international privé, couple qui entretient des rapports d'identité et d'opposition, mais n'existe pas en tant que tel dans l'ordre communautaire. Plus exactement, le couple n'existait pas dans l'ordre communautaire jusqu'à la publication du livre vert sur la modification de la convention de Rome qui, dans le glossaire final donne une définition des deux mécanismes, mais la définition est directement tirée de celle du droit international privé, dans la mesure où des spécialistes de ce domaine sont intervenus.

Ce livre Vert qui réunit les deux notions dans l'ordre communautaire est un premier élément en faveur de l'intérêt du sujet. D'autres s'y ajoutent.

D'abord et a priori, l'intérêt du sujet vient du point de vue communautaire sur des mécanismes d'origine interne, forme de perspective de droit comparé: l'interne se comprend

⁷ Il s'agit tant de l'utilisation de la notion de règle de conflit mais également de celle de l'ordre public ou des lois de police; voir par exemple J. Meeusen et M. Fallon *Le commerce électronique*, la directive 2000/31/CE et le droit international privé, RCDIP 2002,435

⁸ R. Savatier *Le marché commun au regard du droit international privé* RCDIP 1959, 237

⁹ L. Idot *article précité*

¹⁰ cité par G. Badiali *Le droit international privé des communautés européennes* RCADI 1985 II n°191 p. 9 Badiali

¹¹ Le droit répond davantage à un objectif économique, voir H. Muir-Watt *Law and Economics: quel apport pour le droit international privé*, mélanges Ghestin

par l'externe, même si en l'occurrence le droit communautaire est autre chose que de l'externe puisque cet externe devient l'interne des Etats membres

En tout cas, l'étude de ces mécanismes par un point de vue externe à l'ordre national part de l'idée que tout ce qui existe est vrai mais qu'il manque parfois des clés pour expliquer les phénomènes n'entrant pas dans les catégories traditionnelles alors qu'un point de vue différent, permet parfois de trouver l'une des clés manquantes et vider ainsi le paradoxe.

Ensuite, l'intérêt de l'étude a trait à ce que l'ordre communautaire apporte à ce couple dialectique de l'ordre interne, à leur identité, à leur unité, à leur différences, dès lors qu'il s'agit d'un contexte nouveau. L'intérêt vient de ce qu'il apporte à leur unité en tant qu'éléments d'architecture juridique visant à sauvegarder la cohésion de la construction nationale, soit un ensemble déjà construit et cohérent, dès lors que ces éléments participent d'abord à cette défense de la cohésion de l'ordre interne plutôt qu'à l'harmonie internationale de solutions ; L'intérêt vient de ce qu'il apporte à leur unité en tant que réserve nationale puisque la question revient à se demander ce que l'ordre communautaire fait d'une réserve nationale sur une question jugée essentielle par l'ordre national, on touchera là évidemment la question des souverainetés puisqu'il s'agit de considérations lexforistes¹². Si la mondialisation rend aujourd'hui la question brûlante et conduit à la fois à rechercher l'auto-régulation et des lois de police, dans l'OC, la question est particulière puisqu'elle inscrit cette dialectique dans le cadre d'un ordre juridique. L'intérêt vient encore de ce qu'il apporte à leur unité en tant que **modalités jumelles de non application** d'une loi étrangère, soit l'effet négatif des deux mécanismes.

L'intérêt vient également de l'étude de l'apport de l'ordre communautaire à leur diversité en tant que **méthode**, méthode défensive ou méthode d'attaque, méthode unilatérale ou conflictuelle, effet négatif d'abord ou effet positif d'abord, à leur diversité en tant que **point de départ**, soit la règle abstraite pour la loi de police, pour autant cependant qu'un rattachement aura été mis en évidence, la situation concrète résultant de l'application de la loi étrangère dans le cas de l'ordre public.

En passant les mécanismes d'ordre public et de lois de police aux cribles de ces interrogations, nous pouvons avancer que ce qui résistera à l'analyse sera au cœur du mécanisme : les inventions totales sont rares, elles se fondent toujours sur une base existante par une application nouvelle ou différente d'une idée, d'un outil dans un contexte différent avec l'idée que l'ordre communautaire révélera peut-être des potentialités de ce couple,

2 Mais réciproquement, l'intérêt de l'analyse vient également ce que ce l'étude de ce couple apporte à l'ordre communautaire. Il s'agit d'un ordre en pleine création, d'un ordre en pleine mutation puisqu'à la finalité économique initiale, a été ajoutée une finalité politique, puisqu'à la grammaire unique et à la méthode unique ont été ajoutées des méthodes nouvelles, dont la technique conflictuelle. Il s'agit également d'un ordre présentant d'indéniables caractéristiques. En effet, il associe des relations verticales et horizontales, des relations internes et externes alors que le droit international privé classique ne joue que dans des rapports horizontaux et externes. Par ailleurs, il s'agit d'un ordre qui génère un espace juridique et judiciaire mêlant unité et diversité ; si l'on insiste souvent sur l'unification induite par l'ordre communautaire, il faut cependant mettre en avant l'importance dans cet ordre de la diversité : à cet égard la méthode des directives d'harmonisation est bien instrument de diversité, tout comme l'est le renvoi au droit national (marque, société, procédure) ; pour se convaincre de l'importance du maintien des diversités, il suffit d'en voir la consécration par l'introduction d'un droit international privé communautaire, garant de la volonté du maintien des diversités.

¹² J.M. Jacquet la fonction supranationale de la règle de conflit de lois cours à l'académie de droit international de La Haye recueil tome 292 (2001) p. 151

La dernière caractéristique de l'ordre communautaire que nous retiendrons est celle de son mode d'évolution. En effet si son essence est totalement originale, son évolution emprunte largement aux ordres nationaux. Son essence est totalement originale dans la mesure où la construction constitue une expérience sans précédent, puisque l'ordre communautaire s'est construit à partir des règles juridiques de droit économique, sans passé politique, sans infrastructure civiliste ; c'est donc un mode nouveau et qui ne répond pas à l'évolution des états, lesquels ont inversement découvert le droit économique à partir d'une infrastructure civiliste. Son évolution en revanche est largement empruntée à l'existant puisque l'ordre communautaire se développe par observation, réception, dépassement des outils nationaux (société européenne, marque communautaire) si bien qu'il y a à la fois un continuel recours aux ordres juridiques nationaux et affirmation de l'autonomie des concepts communautaires : en fait ce rapport dialectique est dû à ce que Badiali a appelé l'insuffisance normative de l'ordre communautaire dont le fonctionnement complet ne peut se faire sans l'intégration des ordres nationaux¹³.

C'est précisément parce que l'ordre communautaire évolue par les ordres nationaux et leurs concepts que les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police ont une place dans l'ordre communautaire.

Nous voudrions ainsi préciser cette place en montrant que loin de nier ces réserves nationales, d'une part l'ordre communautaire prolonge les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police et d'autre part, l'ordre communautaire construit par les mécanismes d'ordre public et de lois de police.

I L'ordre communautaire prolonge les mécanismes nationaux d'ordre public et lois de police

Si dans sa merveilleuse fable « la grammaire est une chanson douce » Erik Orsenna a montré que l'oubli des mots conduit à la mort de la réalité on aurait pu craindre que l'ordre communautaire pour affirmer son existence écarte de son vocabulaire les mécanismes de réserve nationale que sont l'ordre public et les lois de police et par là-même, écrase la vitalité des Etats.

Tel n'est pas le cas puisque ces concepts nationaux sont d'une certaine manière prolongés dans l'ordre communautaire .

Si les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont prolongés dans l'ordre communautaire, leur substance est par là-même modifiée par cette prolongation.

Dès lors, en adoptant un point de vue purement national, les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont **perturbés** par l'ordre communautaire et il en résulte un désordre conceptuel puisque sous le même terme, la réalité du mécanisme est différente.

En fait, ce désordre conceptuel existe déjà dans l'ordre interne puisque la notion d'ordre public répond à des définitions variées, et sous certaines plumes la notion de loi de police se rapproche d'ordre public¹⁴. Par ailleurs, dans l'ordre interne la doctrine a déjà mis en évidence

¹³ Badiali article précité

¹⁴ par exemple P. de Vareilles Sommieres évoque l'ordre public pour inclure les deux formes que sont c l'éviction a posteriori de la loi étrangère évincée et l'application directe d'une loi sans passer par la règle de conflit , voir « Loi de police et ordre international en matière contractuelle : problèmes d'interprétation des articles 7 et 16 de la convention de Rome du 19 juin 1980 » in actes du colloque ERA-Université paris Sud à paraître aux Petites Affiches

la nécessité de raisonner non seulement à partir des concepts mais également des fonctionnalités : les mots ne renvoient pas aux fonctions connues, des fonctions connues n'utilisent pas les mots consacrés : l'approche fonctionnelle a permis de rapprocher les notions de loi d'application immédiate et de lois territoriale, quitte à les distinguer ensuite. Finalement, selon certains, « cette hésitation de vocabulaire n'est peut-être pas accidentelle. Chacune des appellations capte un aspect de la méthode »¹⁵ et Francescakis disait déjà à propos des lois de police ou d'application immédiate que « le mot importe ici bien moins que la réalité signifiée ».

Dans l'ordre communautaire, l'approche fonctionnelle semble également montrer que, sous des appellations différentes, certains mécanismes paraissent se rapprocher des mécanismes d'ordre public et de lois de police. Il s'agit cependant de faux semblant de fonctions d'ordre public et de lois de police. L'ordre communautaire utilise en effet des mécanismes que certains ont comparé à celui de l'ordre public et/ou des lois de police mais une approche très rapide permet d'éviter des assimilations trop rapides qui perturbent les grammaires.

Ainsi en est-il des mécanismes d'**effet direct et de primauté** qui présentent certains un effet positif et un effet négatif. Pour autant, d'une part ces mécanismes ne jouent que dans les relations verticales, et ne constituent pas une réserve nationale et d'autre part, il s'agit de mécanismes purement institutionnels qui ne tiennent pas compte du contenu

Des auteurs ont également rapproché la **clause marché intérieur** du mécanismes de l'ordre public et des lois de police dans la mesure où elle écarte la loi applicable ou la modifie si elle porte atteinte au principe de libre circulation. Pour conclure à ce rapprochement, la doctrine a d'abord écarté la qualification de règle de conflit de lois cachée car le mécanisme ne sert pas à désigner une loi, il ne s'agit pas davantage d'une règle de conflit à rattachement alternatif avec un élément de faveur puisqu'il s'agit en fait d'accepter ou non une situation dès lors qu'elle porte ou non atteinte à ce principe¹⁶, d'ailleurs la directive commerce électronique annonce clairement qu'elle n'utilise pas la technique conflictuelle¹⁷.

Selon Messieurs Wilderspinn et Lewis, le rapprochement à l'ordre public est envisageable au sens où le contrôle se situe a posteriori, soit au niveau de l'application, et où il s'agit d'une réserve communautaire. Messieurs Fallon et Meeusen¹⁸ distinguent selon que l'on se trouve du point de vue de l'Etat d'origine, il s'agirait alors d'une loi de police, ou de l'Etat de réception, et il s'agirait d'un contrôle proche de l'ordre public. Il nous semble cependant que l'assimilation, malgré ses vertus pédagogiques est un peu artificielle car il ne s'agit pas d'exception par une réserve, car la relation est avant tout une relation verticale entre ordre communautaire et ordre interne, car l'impérativité de la loi de police se distingue de l'effet de primauté.

Ces faux-semblants de l'ordre communautaire écartés, l'analyse peut se centrer sur les véritables prolongements des mécanismes nationaux de l'ordre public et des lois de police. Ils sont en fait prolongés de deux manières puisque d'une part l'ordre communautaire réceptionne les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police et que d'autre part il imite ces mécanismes nationaux.

¹⁵ B. Ancel et Y. Lequette

¹⁶ H.D. Tebbens les conflits de lois en matière de publicité déloyale à l'épreuve du droit communautaire RCDROIT INTERNATIONAL PRIVÉ 94, 451

¹⁷ M. Wilderspinn et X. Lewis, article précité

¹⁸ J. Meeusen et M. Fallon, article précité

A Le prolongement par la réception des mécanismes nationaux

Le prolongement des mécanismes nationaux dans l'ordre communautaire par leur réception dans cette machinerie, résulte à la fois du contrôle communautaire et de l'intégration communautaire.

Lorsque l'ordre communautaire contrôle, il modifie les effets des mécanismes et éventuellement leur contenu. Lorsqu'il intègre, l'ordre communautaire utilise et modifie le contenu des mécanismes.

a) Le contrôle communautaire et la modification des effets

Le contrôle par un organe relevant d'un ordre juridique différent de celui du législateur conduit au dépassement du particularisme¹⁹.

En tout cas, lorsque l'ordre communautaire contrôle, c'est en fait le raisonnement qui est prolongé et cette prolongation du raisonnement tient plus ou moins compte des mécanismes nationaux selon qu'il s'agit d'un contrôle indirect de la loi désignée ou du contrôle direct du mécanisme.

1. Le contrôle indirect : L'ordre communautaire contrôle la loi désignée par le mécanisme national

Ce mécanisme national peut être la règle de conflit de lois assortie de l'exception d'ordre public, ou la loi de police nationale.

Ce contrôle n'interviendra que dans les hypothèses d'absence de champ d'application du droit communautaire dérivé²⁰ qui comprend le cas de l'absence d'une harmonisation totale ou dans les hypothèses d'une harmonisation communautaire dans laquelle le texte communautaire prévoit des exceptions nationales (par exemple l'article 3 par 4 de la directive sur le commerce électronique).

Ce contrôle se situera toujours en aval des deux mécanismes de désignation ce qui fait perdre aux lois de police leur caractère de loi d'application immédiate.

Il est vrai que la jurisprudence donne plutôt des exemples de contrôle de lois de police plutôt que de lois désignées par le mécanisme d'ordre public car jusqu'à présent le droit communautaire s'est plutôt développé dans la sphère économique où le principe de libre circulation s'insérait dans le domaine de règles de droit public relevant de l'organisation de l'Etat. L'extension du droit communautaire pourrait cependant donner lieu à un contrôle de la règle nationale appliquée après la correction de l'ordre public comme dans l'arrêt de la cour de Justice Koestler²¹.

En matière de lois de police en tout cas, dans l'arrêt Arblade du 23 novembre 1999 la cour de Justice a reconnu et défini dans ses observations liminaires les lois de police comme « *visant des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'état membre concerné au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet Etat membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci* ».

¹⁹ Y. Loussouarn l'incidence des communautés Européennes sur la conception française du droit international privé RTDE 1974, 7°8

²⁰ Radicati di Brozolo a rapidement donné l'exemple en matière de prestation de service de règles interdisant la conclusion de certains accords, par exemple les contrats sur certains risques, ou excluant un taux d'intérêt variable et les règles sur la nullité de certains contrats (colportage, démarchage), article précité
-auteur du contrôle : le juge national, en qualité de juge de droit communautaire, mais éventuellement la cour de Justice

²¹ arrêt CJE 24.100.78 aff 15/78 rec 78 p. 1971 coté par Marc Fallon Les conflits de lois et de juridiction dans un espace économique intégré. L'expérience de la communauté européenne RCDAI 1995 n° 223

Ce contrôle des lois de police, qui existe depuis longtemps a été en tout cas clairement consacré par cet arrêt Arblade : « *L'appartenance de règles nationales à la catégorie des lois de police et de sûreté, ne les soustrait pas au respect des dispositions du traité, sous peine de méconnaître la primauté et l'application uniforme du droit communautaire. Les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* »²².

L'objet de contrôle est la conformité de la loi nationale qui revendique son application, quel que soit le titre, au principe de libre circulation, lequel, a priori, sans désigner véritablement la loi d'origine, car il ne s'agit pas d'une règle de conflit au sens du droit international privé, conduit cependant à appliquer cette loi du pays d'origine. Les éléments du contrôle sont ainsi la loi nationale avancée par exception et le principe de libre circulation, accessoirement l'autre loi nationale qui aurait dû s'appliquer sans l'exception avancée et à laquelle il est fait référence par le test de l'équivalence. En effet, les tests du contrôle sont la non discrimination, l'existence d'un intérêt général comme objectif, la proportionnalité. A l'issue de ce contrôle, joueront un effet négatif et positif : un effet négatif d'éviction du principe de libre circulation, ou de la loi nationale revendiquant son application comme loi de police²³ ou comme loi de substitution à la loi étrangère par le mécanisme de l'ordre public, un effet positif d'application de la loi de police nationale malgré le principe de libre circulation et éventuellement en sus de la loi d'origine comme dans l'arrêt Rush Portuguesa. Il peut même s'agir d'un effet modificatif de la loi d'origine puisqu'au final c'est la situation qui intéresse l'ordre communautaire.

En tout cas, l'effet est d'abord vertical plutôt qu'horizontal. C'est ce que dit la cour de Justice : « Le contrôle de la proportionnalité d'une réglementation nationale qui poursuit un but légitime au regard du droit communautaire met en balance l'intérêt national à la réalisation de ce but avec l'intérêt communautaire à la libre circulation des marchandises »²⁴.

C'est ce qu'avait déjà indiqué Monsieur Tebbens : « la cour cherche un équilibre optimal des intérêts nationaux et communautaires en cause, une justice distributive adaptée aux caractéristiques du cas qui lui est soumis. Les intérêts en cause ne se réduisent pas à ceux de l'Etat d'origine. Ils sont accompagnés d'un intérêt communautaire, mais cet intérêt est lui-même multiple. En effet, ce n'est pas seulement l'intérêt de la libre circulation qui est présent, d'autres intérêts s'affirment, aussi, comme celui notamment, de respecter la compétence des états membres pour protéger les consommateurs ou maintenir la loyauté des transactions commerciales²⁵...La cour n'assume pas la fonction d'un arbitre entre la prétention des lois nationales en cause. Dans ce sens, le contrôle qu'elle exerce n'est pas « horizontal » et il ne comporte pas de choix a priori de la loi d'origine ou de la loi du marché. On est plutôt en présence d'un contrôle vertical et matériel qui, ayant son origine dans le seul droit communautaire, détermine l'espace libre pour l'application du droit national quel qu'il soit »²⁶.

On le voit bien le contrôle est indirect puisqu'il porte sur la loi désignée quel que soit le mécanisme de désignation, sur le résultat quel que soit le moyen, au point que dans ce cas, on pourrait presque dire que l'ordre communautaire ignore ces mécanismes plutôt qu'il les prolonge. L'historique de la jurisprudence de la Cour milite d'ailleurs en ce sens puisque

²² CJE 23 nov 1999 J.C. Arblade RCDIP 2000, 710 commentaire M. Fallon

²³ par exemple la loi française relative à l'utilisation de la langue française

²⁴ CJE 16.12.92 council of the city of stoke on trent cité par Teubbens

²⁵ Tebbens article précité

²⁶ Tebbens article précité

pendant longtemps, elle s'est contentée d'analyser le résultat sans tenir compte du moyen et sans prononcer le terme de loi de police ou d'ordre public.

Il nous semble cependant qu'à cette totale indifférence²⁷ initiale il faut désormais substituer une réception des mécanismes de désignation dans la mesure où ils suscitent la perturbation de l'application du principe communautaire de libre circulation et entraînent le débat.

C'est en ce sens que dans l'arrêt Arblade, la Cour a « reconnu » l'existence de lois de police nationales, qu'elle a d'ailleurs définies. En s'inspirant d'une définition nationale (restrictive).

La réception des mécanismes ne conduit certes pas à créer une exception communautaire nouvelle puisque ces mécanismes sont assimilées aux exceptions communautaires existantes, en cela on peut dire qu'elle est limitée. Mais pour autant, en nommant ces mécanismes l'ordre communautaire consacre et prend en compte le débat suscité²⁸.

« Les mots, écrit Erik Orsenna, c'est comme les notes. Il ne suffit pas de les accumuler... La musique a besoin de solfège comme la parole a besoin de grammaire ».

Si dans l'hypothèse du contrôle indirect la prolongation des mécanismes d'ordre public et de lois de police conduit seulement à une reconnaissance, les concepts restant dans la seule grammaire nationale, dans le cas du contrôle direct, ces mécanismes entrent directement dans la grammaire communautaire.

2. Le contrôle direct : L'ordre communautaire contrôle les mécanismes nationaux de contrôle ou de désignation

Il s'agit des hypothèses dans lesquelles la cour de Justice a une compétence d'interprétation d'un texte comportant le concept d'ordre public ou de loi de police : c'est évidemment le cas lorsqu'il s'agit d'un texte communautaire mais également, avec la convention de Bruxelles, en l'absence de source clairement communautaire lorsque la cour a compétence d'interprétation ; inversement l'origine conventionnelle d'un texte ne suffit pas à ce contrôle, ainsi que le montrent les conventions de La Haye.

Sont ainsi contrôlés les mécanismes d'ordre public en matière d'effets des jugements et ceux d'ordre public et de lois de police des conflits de lois. Dans la première hypothèse, il s'agit du règlement 44²⁹, de la convention de Bruxelles, des règlements 1346 et 1347³⁰. Dans la seconde, les directives assurance sont aujourd'hui les seuls textes de droit positif. Ils font référence à la loi de police du for ou éventuellement à la loi de police d'un autre état membre qui écartent la loi applicable (article 4 par 4 de la deuxième directive assurance directe sur la vie qui fait référence à la loi de police du for et éventuellement à celle d'un autre état membre³¹ et article 7 par 2 de la deuxième directive assurance directe autre que l'assurance sur la vie).

²⁷ Tebbens art. précit.

²⁸ Même si l'arrêt postérieur CJE Mazzoleni ne le reprend pas CJE 15.3. 2001 RCDIP 2001, 495, commentaire E. Pataut

²⁹ G.A.L. Droz et H. Gaudemet-Tallon la transposition de la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 en règlement du conseil concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale RCDIP 2001, 601

³⁰ A. Borrás le règlement 1347/2000 in colloque de Toulouse précité

³¹ art 4 par 4 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 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

A l'avenir ce sera également l'ordre public et les lois de police en matière de règles de conflit de lois avec les règlements Rome 1, Rome 2 (voir l'article 12 relatif aux lois de police du for et l'article 20 relatif à l'ordre public dans l'avant projet de proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations non contractuelles).

Le contrôle communautaire porte sur l'utilisation d'une exception nationale à l'aune du droit communautaire ; a priori, le contrôle était institutionnel relatif au mode de recours (le caractère exceptionnel était contrôlé) mais pour mesurer ce caractère exceptionnel, il devient, par le test de la proportionnalité, un contrôle matériel du contenu.

Pour l'instant la jurisprudence sur ce contrôle n'a été rendue qu'en matière d'effets des jugements où le contrôle institutionnel est clairement devenu un contrôle matériel du contenu national. Il faudra se demander si le contrôle de la cour en matière de conflits de lois risque de suivre cette même évolution d'un contrôle institutionnel à un contrôle matériel

i) L'ordre public des effets des jugements :

Dans cette hypothèse, il convient d'apprécier la norme nationale avancée par le juge national au regard de ses propres solutions et qui le conduit à ne pas reconnaître d'effet à un jugement national, à l'aune de la règle communautaire de **libre circulation des jugements**.

Les arrêts Krombach³² et Renault³³ relatifs à ce contrôle l'affirment dans son existence et montrent sa vigueur.

Dans l'arrêt Krombach du 28 mars 2000 la cour pose les conditions institutionnelles du recours à l'ordre public: *« Un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27 point 1, de la convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre état contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'Etat requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer en une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique ».*

La cour définit la répartition des compétences entre ordre national et ordre communautaire : *« Si les états contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public, les limites de cette notion relèvent de l'interprétation de la convention. Dès lors, s'il n'appartient pas à la cour de définir le contenu de l'ordre public d'un Etat contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un Etat contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre Etat contractant ».*

En contrôlant la proportionnalité, le contrôle de l'utilisation du mécanisme devient un contrôle du contenu qui se distingue de la définition d'un contenu communautaire.

En matière de contrôle de l'ordre public dans les effets des jugements, la cour ne définit pas directement et positivement l'ordre public mais la norme nationale avancée, dont le contenu est contrôlé à l'aune d'une règle communautaire, celle de la libre circulation des jugements. Or, la portée de ce principe communautaire, considéré comme la 5^{ème} liberté est particulièrement vigoureux, ce qui explique l'importance du contrôle communautaire et sans

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 ».

³² CJE 28.3.2000 Dieter Krombach RCDIP 2000, 481 commentaire H. Muir watt, RAE-LEA 2001, 274

commentaire L. Bernardeau

³³ CJE 11.5.2000 Régie nationale des usines Renault SA RCDIP 2000, 497 commentaire H. Gaudemet-Tallon

doute sa sévérité. Il n'est pas certain que la situation soit la même pour le contrôle de l'ordre public et des lois de police relatifs à la loi applicable.

ii) L'ordre public et les lois de police en matière de conflit de lois

Le contrôle des exceptions d'ordre public et de lois de police, en matière de conflit de lois, a donné lieu à peu de jurisprudence. Ceci s'explique d'abord par le fait que seules les deux directives sectorielles en matière d'assurance comportent actuellement ces notions. L'intérêt de l'interrogation est plutôt prospectif dans l'hypothèse en particulier d'un règlement Rome 1 et Rome 2.

Il nous semble en tout cas que dans ces hypothèses, le contrôle communautaire devrait être moins vigoureux, c'est à dire qu'il devrait davantage accepter les exceptions nationales, et ce pour deux raisons.

Tout d'abord, à la différence de l'ordre public des effets des jugements, le principe communautaire à l'aune duquel les exceptions nationales seront contrôlées, soit la création d'un espace de liberté, sécurité, justice est **moins chargé de valeur communautaire** que la libre circulation des jugements. A cette question est d'ailleurs liée celle de la légitimité des règles de conflits de lois de source communautaire en droit de la famille³⁴

Ensuite, si l'ordre communautaire se forge petit à petit des règles de procédures et, comme ordre juridique, doit respecter ces minima, le droit communautaire matériel, au delà de directives sectorielles relatif aux contrats ou à la responsabilité civile est encore à ses débuts si bien qu'il n'y a **pas de lex fori d'arrière plan** et que les exceptions nationales, pour autant qu'elles soient raisonnablement avancées, auront plus de chance de l'emporter : dans la mesure où la norme nationale comme loi de police ou substitutive de la loi étrangère par le jeu de l'ordre public est moins confrontée à un contenu matériel communautaire, elle a plus de chance de l'emporter.

Il nous semble ainsi que dans les domaines de la subsidiarité, c'est seulement le contrôle de la loyauté des Etats qui devrait jouer pour écarter les exceptions « odieuses », pour autant que les Etats ne se soient pas auto-limités.

Dans les deux domaines en tout cas, les **effets** du contrôle sont similaires : un effet négatif et positif selon la norme qui l'emporte (soit éviction de la règle communautaire de libre circulation ou visant à la création de l'espace de liberté sécurité justice par l'établissement de règles de conflit de lois unifiées, et effet positif pour la loi nationale proposée, soit éviction d'une norme nationale ou d'un jugement et maintien du principe communautaire de libre circulation des jugements ou de la règle de conflit de lois de source communautaire.³⁵ Enfin, comme précédemment, l'effet est vertical plutôt qu'horizontal.

Par ce contrôle, l'ordre communautaire prolonge les mécanismes nationaux en dessinant en creux ce que pourrait être un ordre public ou une loi de police dans la grammaire communautaire. Le contenu n'est pas positivement affirmé, il est déduit des contenus nationaux puisque la cour se contente de dire ce qui peut en relever et ce qui ne peut en relever.

Au delà du contrôle, la réception des mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police résulte également du mouvement d'intégration généré par l'OC.

b) L'intégration communautaire et la modification du contenu

³⁴ 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

³⁵ L'Ordre public peut être celui du for ou d'un autre EM sans qu'il s'agisse d'un effet réflexe (2^{ème} directive assurance notée par M. Fallon) M. Fallon RCADI précité

Si l'intégration communautaire prolonge les mécanismes nationaux d'ordre public et de loi de police, il est vrai que parfois elle annihile non seulement les contenus nationaux mais surtout les mécanismes eux-mêmes. Tel est en effet le résultat de la création progressive d'une territorialité communautaire, soit d'un espace unifié. L'ordre communautaire crée ainsi un « universalisme régional »³⁶ qui de jure ou de facto limite le recours aux exceptions d'ordre public et de lois de police par l'existence d'une culture juridique commune et l'absence de saut dans le vide.

Si ce phénomène est indéniable, pour l'instant il est limité dès lors que l'intégration est essentiellement économique, domaine où les différences sont traditionnellement plus effacées ; Même dans ce domaine, il n'y a pas systématiquement disparition des mécanismes d'exceptions puisque d'une part le droit communautaire ne couvre pas tous les domaines du droit, et d'autre part, lorsqu'un domaine est couvert, il n'est en général qu'harmonisé si bien que l'on retrouve la communauté culturelle de Savigny qui n'écartait pas le recours aux exceptions d'ordre public.

Au delà de ces hypothèses où l'intégration conduit à écarter les mécanismes nationaux, nous voudrions montrer comment cette intégration conduit au prolongement de ces mécanismes.

En effet, les Etats ont l'obligation d'intégrer dans leurs ordres juridiques les normes communautaires et cette obligation entraîne des conséquences pour les mécanismes d'ordre public et de loi de police.

Le prolongement dont nous voudrions ici rendre compte est celui de l'utilisation du mécanisme lui-même, le contenu devenant un contenu communautaire utilisant l'outil de la réserve nationale. En fait deux hypothèses doivent être distinguées : soit l'utilisation du mécanisme national conduit seulement à qualifier une norme communautaire, soit elle conduit en outre à évincer le contenu national existant.

1 L'utilisation du mécanisme national sans éviction de la norme nationale

Il se peut d'abord qu'une norme communautaire sans équivalent dans les Etats membres utilise le mécanisme de la loi de police pour s'appliquer, quelle que soit la règle de conflit de lois. On pense ainsi en droit de la concurrence à l'interdiction des différentes clauses figurant dans l'ensemble des règlements d'exemption.

Dans ce cas, l'application du droit communautaire utilise la qualification de loi de police pour s'imposer aux parties à un contrat. L'hypothèse est ainsi différente de celle visée par la cour dans l'arrêt Renault où la cour a justement dit que l'exception d'ordre public ne pouvait servir à écarter une loi nationale qui ne serait pas conforme au droit communautaire dès lors qu'il existe d'autres moyens pour ces contentieux et pour écarter une norme nationale contraire au droit communautaire.

Précisément, dans certains cas, l'utilisation du mécanisme national par une norme communautaire sera associée à l'éviction de la norme nationale

2 L'utilisation du mécanisme national associée à la substitution à la norme nationale de la norme communautaire

Cette utilisation liée à une substitution se rencontre dans deux hypothèses. Tout d'abord, la norme nationale peut être évincée par le principe de primauté du droit communautaire. C'est l'outil communautaire le plus fréquent et en ce sens les droits nationaux qui comportaient des lois de police en matière de protection des consommateurs ont écarté leurs normes pour faire application de la norme communautaire. Ce n'est pas la qualification de loi de police communautaire qui évince la norme nationale mais bien le principe de primauté. Parfois,

³⁶ Y. Loussouarn article précité

l'éviction de la norme nationale ne vient pas du principe de primauté mais de l'affirmation de la compétence exclusive de la norme communautaire qualifiée de loi de police : ce sera le cas du droit communautaire des concentrations.

L'on voit en tout cas qu'il faut distinguer, malgré leurs effets positifs communs, entre primauté et impérativité, ainsi qu'il a déjà été dit.

Lorsque l'ordre communautaire réceptionne ainsi les mécanismes nationaux par le contrôle, par leur utilisation, il ne fait pas œuvre créatrice.

L'observation de l'évolution de l'ordre communautaire montre que souvent, après avoir observé, analysé, voire utilisé, les expériences nationales, l'ordre communautaire procède par imitation et crée, par référence aux concepts nationaux ses propres concepts dont l'autonomie communautaire peut ensuite être revendiquée. L'observation des mécanismes d'ordre public et de loi de police dans l'ordre communautaire illustre cette évolution, c'est pourquoi après avoir montré le prolongement des mécanismes nationaux par leur réception dans l'OC, nous pouvons évoquer leur prolongement par imitation de l'OC.

B Le prolongement par l'imitation des mécanismes nationaux d'ordre public et de loi de police

Si l'ordre communautaire imite en inventant ses propres concepts d'Ordre public et de loi de police, il peut introduire une perturbation des concepts eux-mêmes.

Et l'on ne peut alors s'empêcher de penser dans la fable d'Erik Orsenna à la parabole sur l'hôpital des mots et à cette phrase du sage Monsieur Henri : *« Il faut faire attention aux mots. Ne pas les répéter à tout bout de champ, ni les employer à tort et à travers, les uns pour les autres, en racontant des mensonges. Autrement, les mots s'usent et parfois, il est trop tard pour les sauver ».*

Dans ce rapport dialectique d'emprunts et intégration réciproques, dans ce jeu de miroirs, le juriste perd en effet facilement ses repères et doit continuellement préciser le référentiel dans lequel il se situe pour définir les concepts et leur régime dans ce référentiel. L'Europe, comme la mondialisation nous apprennent la relativité.

En tout cas, s'il faut aujourd'hui distinguer la marque communautaire de la marque nationale, la société européenne de la société nationale, il faut distinguer les mécanismes d'ordre public et de loi de police de conception et de contenu communautaire.

La définition du référentiel est ici d'autant plus nécessaire que les concepts d'ordre public et de loi de police de l'ordre communautaire se trouvent d'une manière ou d'une autre distincts de ceux l'ordre national.

En effet, en ce qui concerne le concept de loi de police, alors qu'il n'a pas été véritablement consacré par l'ordre communautaire, lequel évoque davantage les « dispositions impératives » la fonctionnalité existe. On peut dire ainsi que le mécanisme tout comme le contenu sont de source communautaire.

Inversement, alors que le concept d'ordre public communautaire existe dès l'origine dans les traités de l'OC, il recouvre une réalité largement différente, si bien qu'il s'agit d'un faux ami du concept national.

Pour être exhaustif, il faudrait cependant ajouter qu'aujourd'hui, par imitation, la doctrine évoque, et sans que le terme soit encore consacré un ordre public communautaire, forgé par imitation des concepts nationaux d'ordre public international.

En effet, lorsque la doctrine utilise l'expression ordre public communautaire, il s'agit plutôt de l'imitation de ce que nous appelons ordre public interne, voire ordre public international.

L'expression « **ordre public communautaire** » que l'on retrouve dans la doctrine et dans le glossaire, mais dans la version française seulement, malheureusement sous « ordre public international » à la suite de la définition du mécanisme de l'ordre public du droit international privé comme s'il s'agissait de la même chose, renvoie en effet d'avantage à ce que les ordres nationaux qualifient d'ordre public international .

Cette expression a ainsi été utilisée par la doctrine pour marquer l'impérativité des règles communautaires³⁷ ou pour revendiquer l'existence d'un ordre public européen qui contiendrait un ordre public de concurrence, un ordre public monétaire et finalement un ordre public méta-économique de politique et de sécurité³⁸, ou encore pour limiter la recherche d'un droit uniforme des contrats aux seules dispositions impératives³⁹ et finalement pour constater une culture européenne faite de principes juridiques et de normes de base⁴⁰.

Au delà de cette création doctrinale, l'ordre communautaire a en effet connu dès l'origine le concept d'ordre public qui figurait à l'article 30, (ex art 36), en matière de libre circulation des marchandises , à l'article 39 par 3 (ex-art 48) en matière de libre circulation des travailleurs, à l'article 46 par 1 (ex-art 56) en matière de libre circulation des personnes , à l'article 55 (ex-art 66) pour la libre circulation des services, à l'article 58 (ex-article 73D) en matière de libre circulation des capitaux⁴¹.

On retrouve depuis le Traité d'Amsterdam ce concept à l'article 64 par comme limite, par les Etats membres à l'action communautaire sur la création d'un espace de liberté, sécurité, justice⁴².

Par analogie à l'exception légale de l'ordre public, interprétée strictement par la Cour , la jurisprudence communautaire a développé des concepts de fonctionnalité similaire : soit celui d'exigence impérative pour la libre circulation des marchandises et celui de raison impérieuse pour la libre circulation des services .

Dans toutes ces hypothèses cependant, il s'agit d'une fonctionnalité différente de celle de l'ordre public au sens du droit international privé, même si ces mécanismes permettent la prolongation des mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police.

En effet, l'ordre public , comme l'exigence impérative, comme la raison impérieuse recouvrent toute exception nationale au principe de libre circulation⁴³ ; pour cette raison

³⁷ M. Fallon article précité

³⁸ G. Karydis Ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable, RTDE 2002, 1

³⁹ H.J. Sonnenberger L'harmonisation ou l'unification européenne du droit des contrats sont-elles nécessaires RCDIP 2002, 430

⁴⁰ A.V.M. Struycken Les conséquences de l'intégration européenne sur le droit international privé RCADI tome 232, 1992, 261

⁴¹ par exemple CJE 14 mars 2000 aff C-54/99 Association Eglise de Scientologie de Paris JDI 2001, 648 par lequel la cour condamne le jeu de l'autorisation préalable en matière d'investissements étrangers pour indétermination de la règle et sur le fondement de l'impératif de sécurité publique

⁴² Il est curieux d'ailleurs que l'article 68 par 2 prévoit que la cour n'est pas compétente pour statuer sur les mesures prises en application de l'article 62 point 1) portant sur le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure, ces mesures visant « à assurer l'absence de tout contrôle des personnes, qu'il s'agisse des citoyens de l'Union ou des ressortissants des pays tiers, lorsqu'elles franchissent les frontières intérieures ». En fait, la cour, comme les juges nationaux gardent, au moins pour les situations intra-communautaires, le contrôle général du respect des règles communautaires de libre circulation, au delà de ce texte spécifique qui a trait à l'espace de liberté, sécurité et justice. La totale liberté des Etats ne se manifestant que pour les relations externes.

⁴³ exception prévue par le traité ou la jurisprudence permettant aux Etats, sur le fondement de leur ordre public national, ou d'une exigence impérative, ou d'une raison impérieuse, soit, selon l'arrêt Rutili « des intérêts fondamentaux sur lesquels reposent les Etats » de ne pas appliquer le principe de libre circulation ;

d'ailleurs la cour de Justice a pu qualifier, pour la traduire dans la grammaire communautaire, une loi de police nationale d'exigence impérative.

Quoi qu'il en soit, il n'y a ici aucune analogie avec l'ordre public au sens du droit international privé car ces concepts communautaires sont des outils du contrôle communautaire évoqué précédemment : l'ordre public, comme l'exigence impérative ou la raison impérieuse de l'ordre communautaire sont les contenants communautaires dans lesquels peuvent se glisser des normes nationales qui revendiquent leur application, soit comme loi de police, soit comme loi désignée par la règle de conflit de lois et éventuellement corrigée par le mécanisme de l'ordre public à l'encontre du principe de libre circulation. Il s'agit d'une réserve nationale mais contre l'ordre communautaire et non d'une réserve nationale contre un autre ordre interne comme dans l'hypothèse du droit international privé classique.

Il s'agit d'un outil dans la relation verticale entre l'ordre communautaire et les ordres nationaux, d'ailleurs pour l'ordre public de la libre circulation des personnes, c'est vraiment l'effet vertical qui prime puisqu'il s'agit de la réserve nationale non pas à l'encontre de la loi d'un autre état membre mais du principe communautaire de non discrimination⁴⁴.

Ces faux-amis écartés, il reste que le véritable prolongement par imitation a trait aux lois de police, même si, encore une fois, l'expression ne figure pas dans les textes et n'a pas été consacrée par la cour de justice. Nous allons ainsi constater dans un premier temps cette imitation pour pouvoir ensuite en analyser les effets sur les relations structurelles entre les ordres juridiques.

1) La constatation de l'imitation

Nous allons d'abord en partant de la définition des lois de police au sens du droit international privé faire l'inventaire dans le corpus communautaire des dispositions répondant à ces caractéristiques. Nous verrons dans un second temps si l'imitation est pure et simple ou si l'ordre communautaire joue le rôle d'un miroir déformant mettant en évidence d'autres caractéristiques de ces dispositions.

a) l'inventaire

Ces dispositions résultent d'abord de la législation communautaire mais la jurisprudence de la cour de justice consacre sa compétence pour créer d'autres normes impératives.

i) Les dispositions légales

Chronologiquement, les dispositions impératives sont apparues dans les **sources légales**. C'est même dans le droit originaire des traités que l'on trouve les conditions de l'applicabilité spatiale du droit de la concurrence avec la restriction de la concurrence sur le territoire du marché commun. Mais ce sont surtout les directives sectorielles qui ont multiplié les dispositions internationalement impératives⁴⁵, sous l'article intitulé « caractère contraignant ».

⁴⁴ U. Drobniç L'apport du droit communautaire au droit international privé CDE 1970-5, 526

⁴⁵ -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 ».

Nous ne comptons pas dans ces textes les deux directives relatives à l'assurance dans la mesure où les dispositions impératives auxquelles il est fait référence sont les dispositions des Etats membres, si bien qu'ils relèvent de la problématique antérieure.

Un inventaire et une typologie de ces clauses a pu être établie⁴⁶.

Dans tous les cas le texte commence par l'expression : les Etats membres prennent les mesures nécessaires pour que ne soit pas privé de la protection accordée par la présente directive. Des divergences subsistent cependant d'une directive à l'autre.

Selon les textes, les dispositions impératives s'appliquent quelle que soit la loi applicable (multipropriété, détachement des travailleurs) ou seulement s'il s'agit de la loi choisie (clause abusive, services financiers, contrats négociés à distance, vente et garantie des biens de consommation), si la loi applicable est seulement celle d'un Etat tiers (clause abusive, services financiers, contrats négociés à distance, vente et garantie des biens de consommation) ou s'il s'agit également de la loi d'un Etat membre (multipropriété, détachement des travailleurs). Par ailleurs, les directives divergent par la définition du lien à l'Union, il peut s'agir de la seule mention d'un lien (clause abusive : « lorsque le contrat présente un lien étroit avec le territoire des Etats membres, services financiers, contrats négociés à distance, vente et garanties des biens de consommation), ce qui rend pour certains la disposition « impérialiste »⁴⁷ ou le lien peut être précisé (multipropriété « si le bien immobilier est situé sur le territoire d'EM » ; détachement des travailleurs le détachement sur le territoire d'un Etat membre). Enfin, elles divergent dans la méthode puisque certaines prévoient le test de la comparaison de la faveur. Ainsi la directive relative au détachement des travailleurs prévoit à l'article 3 par 7 que « les paragraphes 1 à 6 ne font pas obstacle à l'application de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs »

* Les dispositions de source jurisprudentielle

Si le législateur communautaire a créé des dispositions internationalement impératives, le juge communautaire a suivi ce même mouvement : comme en droit interne, et sans doute plus qu'en droit interne puisque les arrêts de la cour de justice sont sources de droit

-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, ... »

⁴⁶ Sur l'inventaire 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 1993, 84 sur la typologie voir M. Wilderspin et X. Lewis les relations entre le droit communautaire et les règles de conflit de lois RCDIP 2002 1 et 289

⁴⁷ P. Mayer la protection de la partie faible en droit international privé in la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, LGDJ 96, 525

communautaire, le juge communautaire, aura vocation à faire jouer ce mécanisme à l'égard de certaines dispositions communautaires sur lesquelles le législateur était resté silencieux.

En effet, par l'arrêt Ingmar⁴⁸, qui n'échappe cependant pas à la critique, le mécanisme a été consacré par la cour de justice, laquelle, sans le dire, l'a utilisé pour rendre une disposition de source communautaire applicable malgré la désignation d'une autre loi par la règle de conflit de lois dans un domaine organisé par une directive communautaire mais alors que la directive se contentait d'imposer aux Etats une impérativité interne aux dispositions assurant à l'agent commercial une indemnité de clientèle⁴⁹. La directive n'évoque d'ailleurs pas le contexte international du contrat.

La cour conclut en effet que « les articles 17 et 18 de la directive, qui garantissent certains droits à l'agent commercial après la cessation du contrat d'agence, doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un Etat membre et alors même que le commettant est établi dans un pays tiers, et que, en vertu d'une clause du contrat, ce dernier est régi par la loi de ce pays ».

L'impérativité internationale et le mécanisme d'application immédiate sont ainsi exprimés : « La fonction que remplissent les dispositions en cause (protéger la liberté d'établissement et la concurrence non faussée des agents commerciaux) exige ne effet qu'elles trouvent application dès lors que la situation présente un lien étroit avec la communauté quelle que soit la loi à laquelle les parties ont entendu soumettre le contrat ». Les éléments de l'impérativité internationale figurent bien, soit un contenu à défendre (« la fonction de ces dispositions »), une application immédiate (« dès lors que »), une proximité territoriale (« un lien étroit avec la communauté »), le mécanisme conflictuel écarté (« quelle que soit la loi applicable »).

Au delà de la justification en l'espèce critiquable⁵⁰, la cour ouvre, par cet arrêt, la possibilité, pour les juges nationaux, certes sous le contrôle de la cour de justice, de déclarer d'autres règles de source communautaire internationalement applicables malgré la loi désignée par la RCL et en l'absence de toute indication par le législateur⁵¹. Cela participe au dialogue entre juge national et communautaire.

Ainsi, les dispositions impératives en interne seulement d'autres directives, pourraient-elles être qualifiées par le juge d'internationalement impératives (on retrouve la même impérativité interne à l'article 6 de la directive sur les contrats négociés en dehors des établissements commerciaux⁵² et à l'article 5 par 3 de la directive concernant les voyages, vacances et circuits à forfait⁵³).

L'inventaire montre cependant qu'imitées sur le modèle national, les dispositions ne sont pas totalement identiques et que l'ordre communautaire opère en quelque sorte comme un miroir déformant.

b) Le miroir déformant

⁴⁸ CJE 9.11.20000 Ingmar conclusions de l'Avocat général Ph Léger RJDA 2001 n°2, 115 ; RCDIP 2001, 107, note L. Idot ; SJ CDE 20901 N°2, 12 J. Raynard ; JCP ed G 2001 I p. 1158 note L. Bernardeau également cass com 28.11.2001 P.Affiches n° 124 p.10 note C. Nourissat

⁴⁹ Selon l'article 19 de la directive « les parties ne peuvent pas, avant l'échéance du contrat, déroger aux dispositions des articles 17 et 18 au détriment de l'agent commercial »

⁵⁰ voir commentaire L. Idot précité

⁵¹ Il est vrai que certains auteurs ont interprété cet arrêt comme relevant du mécanisme de l'ordre public national intégrant la disposition communautaire, voir P. de Vareilles Sommières

⁵² directive 85/577 du 20 décembre 1985

⁵³ directive 90/314 du 13 juin 1990

Dès lors que nous sommes partis de la définition interne des lois de police, les similitudes sont évidentes si bien que l'ordre communautaire utilisant pleinement la grammaire du droit international privé, il n'y a finalement pas d'artifice à utiliser les concepts nationaux.

Dans tous les cas, que la source soit législative ou jurisprudentielle, il y a éviction de la règle de conflit de lois. Dans tous les cas, il y a effet positif, soit l'application de la norme de source communautaire. Dans tous les cas, il y a application directe et sans contrôle externe. Le fait que le juge national, juge de droit communautaire puisse intervenir et qu'il le fasse, dans ce cas, sous le contrôle du juge communautaire, ne change rien au résultat : le même ordre juridique définit le contenu et contrôle l'application. Dans tous les cas, il y a rattachement au territoire communautaire, plus ou moins bien définis il est vrai, et l'on retrouve la nécessaire proximité. Comme dans l'ordre interne, le législateur, mais également le juge peut créer des dispositions internationalement impératives. Comme dans l'ordre interne, et contrairement aux domaines où le droit communautaire interviendrait par le seul biais de règles de conflits de lois sans droit matériel unifié en arrière plan, la disposition impérative est liée à une disposition substantielle de la *lex fori*. Comme dans l'ordre interne et conventionnel, la doctrine s'interroge sur la nature de ces règles entre règles d'application immédiate ou règle à rattachement unilatéral, voire même bilatéralité mais porteuse d'un contenu : c'est en particulier la question de l'articulation entre les articles 5, 6 et 7 de la convention de Rome⁵⁴. Par ailleurs, comme dans l'ordre interne, le contenu de la catégorie des dispositions impératives sera difficile à définir, surtout par l'intervention possible du juge. Pour l'instant, on peut se contenter de dire qu'il s'agit de règles d'organisation, avec les règles de concurrence mais également de règles protectrices. Le débat doctrinal sur l'existence d'un intérêt étatique, à côté de l'existence d'un intérêt privé peut, de la même manière être posé ; tout au plus l'ordre communautaire, qui jusqu'à présent se soucie d'avantage d'intérêt publics organisationnels que des intérêts privés, apporte sa réponse en intégrant dans les dispositions internationalement impératives des règles protectrices. Quoi qu'il en soit, l'ordre communautaire ne devrait pas conduire à un approche différente des lois de police selon laquelle, pour reprendre l'expression de Monsieur Audit « les lois de police ne se découvrent pas par la mise en œuvre d'un critère synthétique et elles ne s'appliquent pas en fonction de critères généraux et prédéterminés »⁵⁵.

D'une manière générale d'ailleurs, les règles de source communautaires connaîtront les mêmes difficultés que les règles de source nationale. En particulier, s'agissant de règles essentiellement protectrices, soit des lois de police de protection plutôt que des lois de police administratives, elles seront fondées sur la proximité plutôt que sur la territorialité, elles ne seront applicables que si elles sont plus favorables, ajoutant ainsi un test de contenu, et elles devraient être applicables à toute la situation, même aux éléments situés à l'étranger⁵⁶.

Reste que ces dispositions ne sont pas des imitations pures et simples des lois de police connues du droit international privé et que des différences apparaissent avec évidence. Tout d'abord, s'agissant de directives, ces textes sont transposés et induisent ainsi une variété d'expression selon les ordres internes. S'il y a ainsi miroir déformant entre la norme communautaire et la norme de transposition, cet effet est éventuellement multiplié par la variété des transpositions d'un Etat à l'autre.

Par ailleurs, les directives distinguent entre l'impérativité à l'égard de la loi des Etats tiers et l'impérativité à l'égard des lois des autres Etats membres. En outre, ces dispositions impératives conduisent à s'interroger sur la qualification du contenant national dans lequel elles vont s'insérer, dès lors que les Etats ou du moins certains Etats, reconnaissent les lois de

⁵⁴ P. Mayer précité

⁵⁵ B. Audit ordre public. cit. n°116

⁵⁶ A. Nuyts L'application des lois de police dans l'espace RCDIP 1999, 31

police du for mais également les lois de police étrangères ; la territorialité communautaire créée par l'unification ou l'harmonisation conduit à traiter les normes communautaires comme des lois de police interne, exactement comme les ordres publics nationaux se chargent du contenu communautaire. Ainsi, pour reprendre la convention de Rome, les dispositions impératives communautaires sont appliquées selon l'article 7.2, soit comme lois de police internes

En outre même si s'agit de dispositions de source et de contenu communautaire, les juges nationaux, en qualité de juge communautaire, peuvent proposer qu'un texte devienne internationalement impératif, dans l'hypothèse évidemment où la question n'aura pas été préalablement tranchée, ce qui n'était pas le cas de l'affaire Allium dans laquelle la cour de cassation s'est prononcée postérieurement à la cour de justice : il y a ainsi, du fait de la machinerie communautaire une différence entre l'autorité qui propose et celle qui contrôle et en tout cas un dialogue entre juge national et juge communautaire.

Egalement, s'agissant de règles créées à partir de l'analyse du droit comparé, le critère spatial pourrait être énoncé de manière bilatérale, mais ce n'est pas le propre de l'ordre communautaire puisque la convention de Rome connaît la bi latéralisation avec les articles 5 et 6⁵⁷.

Enfin, du point de vue du contenu, dans le référentiel communautaire, ces dispositions posent la question de leur lien au principe cardinal de libre circulation et de libre concurrence, mis en avant par l'arrêt Ingmar. Il nous semble que malgré les conclusions de l'Avocat général qui se fonde sur ces principes, le lien est difficile à démontrer, sauf à dire que tout est dans tout : il s'agit plutôt, pour l'ordre communautaire d'inventer par ce mécanisme d'autres principes.

Au delà de ces différences qui nécessiteront pour le juriste de prendre pleinement conscience de l'importance de la source communautaire du mécanisme, l'introduction d'un degré supplémentaire de mécanisme d'exception induit forcément une perturbation structurelle dans les relations entre les différents ordres juridiques par l'existence d'éventuelles antinomies.

2 Les effets de l'imitation : les perturbations structurelles dans les relations entre les OJ

La présence d'un nouveau degré dans les mécanismes d'exception, si une « antinomie »⁵⁸ est constatée, soit si l'on se trouve dans un domaine d'application commun à plusieurs ordres juridiques⁵⁹, conduit à des perturbations non seulement conceptuelles, comme il a déjà été dit, mais structurelles, par la confrontation des ordres juridiques entre eux : ces conflits se manifestent matériellement par des conflits de solutions et institutionnellement par des conflits d'instruments.

Nous ne verrons pas les conflits au sein de l'ordre communautaire (art 68 du règlement 44), mais nous nous attacherons surtout aux conflits engendrés par l'ordre communautaire avec les ordres internes d'une part, avec l'ordre international d'autre part.

⁵⁷ P. Mayer article précité

⁵⁸ Léa Ganagé le droit international privé à l'épreuve de la hiérarchie des normes RCDIP 2001, 1

⁵⁹ si c'est un règlement ou une directive, le domaine est en principe défini et n'est pas forcément une situation communautaire (directive télévision sans frontière) ; en dehors c'est le domaine du principe de libre circulation qui revient à la situation communautaire de l'article 66), étant entendu que par l'arrêt Keck, qui a distingué entre les règles sur les modalités de vente et les règles sur les produits, le risque d'entrave par les règles de droit privé a été limité, et donc le champ d'application du droit communautaire, à la différence des règles de droit public sur le produit.

a) le Conflit norme communautaire/interne : le mécanisme interne de loi de police et le mécanisme communautaire de loi de police

Que l'ordre communautaire crée son propre mécanisme de loi de police ou qu'il utilise le mécanisme national pour le nourrir d'un contenu communautaire, comme vu précédemment, ne change finalement pas grand chose puisque le principe de primauté jouera dans les deux cas pour imposer la solution communautaire quelle qu'en soit son origine.

Par le principe institutionnel de primauté, qui écarte la norme nationale contraire au droit communautaire, au bénéfice de la norme communautaire, les dispositions impératives de source communautaire, écartent toute norme nationale qui serait contraire.

C'est ainsi que les règles communautaires de la concurrence si elles n'écartent pas toutes l'application parallèle des règles nationales, et l'on pense aux articles 81 et 82, obligent cependant à ce que ces règles ne portent pas atteinte à l'application pleine et entière du droit communautaire de la concurrence. On ajoutera cependant que le nouveau règlement d'application des articles 81 et 82 1/2003 qui permet aux Etats membres d'adopter pour les comportements unilatéraux des dispositions plus restrictives que celles de l'ordre communautaire, conduit finalement l'ordre communautaire à donner un plancher d'interdiction au delà duquel les Etats reprenant leur liberté et le contrôle de leur impérativité. Plus généralement, l'utilisation de l'ordre public national ou d'une loi de police nationale écarte l'application d'une loi nationale qui ne reprendrait pas les caractéristiques de l'impérativité communautaire, pour autant que ces caractéristiques seraient définies, ou qui ne reprendrait pas du tout l'impérativité communautaire comme ce fut le cas dans l'arrêt Allium qui pourrait conduire à une action en manquement contre l'état français.

La création d'un mécanisme communautaire de dispositions impératives pose surtout des difficultés dans les relations avec les textes de source internationale, et plus particulièrement avec la convention de Rome.

b) Le conflit norme communautaire/conventionnelle : le mécanisme conventionnel de loi de police et le mécanisme communautaire de loi de police

Ce conflit a été rapidement mis en évidence à propos de l'interaction entre la convention de Rome et les dispositions communautaires des directives sectorielles relatives à certains types de contrat par la doctrine⁶⁰ et par le GEDIP⁶¹.

Il pose des questions très pratiques auxquelles la doctrine propose un certain nombre de solutions .

1. Les problèmes

Messieurs Jayme et Kohler ont particulièrement montré les conflits dès lors que les solutions sont différentes à partir des directives de protection des consommateurs et de protection des salariés détachés, dès lors que les règles des directives sont unilatérales, alors que celles de la convention de Rome sont bilatérales, dès lors que les dispositions des directives sont fragmentaires, alors que celles de la convention de Rome sont plus détaillées, dès lors que les dispositions des directives sont peu claires dans leurs objectifs (faut-il protéger les consommateurs résidents dans des états tiers s'ils sont en relations avec des ressortissants communautaires, faut-il protéger les consommateurs résident en Europe et contractant avec des tiers ou dans des Etats tiers).⁶²

⁶⁰ E. Jayme et C. Kohler RCDIP art précité ; P. Mayer article précité ; M. Wilderspinn et X. Lewis article précité

⁶¹ RCDIP 2000, 929

⁶² voir E. Jayme et C. Kohler, article précité

Ils ont également montré le conflit en termes de résultat entre les solutions de la directive relativement au détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de service et les solutions de la convention de Rome. La seconde, par l'article 6 retient l'application de la loi du pays d'origine, tandis que la première donne une impérativité à certaines dispositions de la loi du détachement. Si l'on considère que l'article 6 est une loi spéciale par rapport à l'article 7 de la convention de Rome, l'article 7 ne pourra s'appliquer pour donner une impérativité à la loi du détachement⁶³.

En tout cas, si la convention de Rome est écartée, en matière de protection des consommateurs, on peut arriver, par la seule application d'une directive, à des résultats moins protecteurs pour le consommateur.

C'est le cas d'un consommateur résidant en Belgique incité par un vendeur à se rendre en Espagne pour conclure un contrat multipropriété régi par la loi choisie par les parties, soit la loi suisse. Selon la directive, l'impérativité minimale de la directive doit être assurée par le juge alors que la loi du for ou la loi du contrat peut être allée au delà. Si l'article 5 de la convention de Rome reste applicable, les dispositions impératives, mais il s'agit cette fois de l'impérativité nationale définie, de la loi belge, du lieu de résidence peuvent être appliquées si elles sont plus favorables, par suite d'un examen comparatif du juge entre ces deux lois⁶⁴.

2 Les solutions proposées

La doctrine a proposé un certain nombre de solutions à ce conflit et il faut souhaiter que le reformatage de la convention de Rome en un règlement communautaire, quoique certains aient annoncé qu'il s'agirait d'une nouvelle politique sectorielle⁶⁵, soit l'occasion, au delà des questions de compétence, de systématisation des solutions.

i) Le principe de conciliation

Ainsi, les Etats membres appliquant la convention de Rome doivent tenir compte de leurs obligations communautaires : revoir les articles 5, 6, 7 de la convention de Rome pour que la loi désignée soit conforme au droit communautaire⁶⁶.

De la même manière, selon Messieurs Jayme et Kohler, en transposant les directives, les Etats, doivent agir sur le fondement du principe de conciliation et tenir compte des solutions conventionnelles. Cette affirmation nécessite cependant que les obligations communautaires soient clairement définies, ce qui n'est pas toujours le cas avec les directives, et ce qui l'est encore moins avec les créations jurisprudentielles de dispositions internationalement impératives⁶⁷.

ii) Les instruments institutionnels

Messieurs Wilderspinn et Lewis⁶⁸, ont par ailleurs énuméré les outils institutionnels.

Ainsi en est-il d'abord du principe général de l'article 307 al 1 CE qui précise que les droits et obligations résultant de conventions conclues antérieurement au 1^{er} janvier 1958 ou avant l'adhésion, entre un ou plusieurs Etats membres d'une part et un ou plusieurs états tiers d'autre part, ne sont pas affectés par les dispositions du présent traité. Deux observations doivent être faites, selon certains, cela devrait valoir pour les traités postérieurs non contraire

⁶³ article précité

⁶⁴ M. Wilderspinn et X. Lewis article précité p. 293

⁶⁵ C. Kohler article précité

⁶⁶ E. Jayme et C. Kohler article précité

⁶⁷ L'interaction des règles de conflit contenues dans le droit dérivé de la communauté européenne et des conventions de Bruxelles et de Rome RCDIP 1993, 1

au traité mais contraire au droit dérivé.⁶⁹ Mais surtout la cour a interprété ce texte dans la seule faveur aux Etats tiers dont les seuls droits doivent être sauvegardés⁷⁰.

Mais on sait que si un texte comporte une disposition spéciale sur ses liens avec d'autres instruments, cette règle spéciale doit l'emporter. Tel pourrait être le cas de l'article 20 de la convention de Rome intitulé « priorité du droit communautaire » qui reprend à la fois ce principe de primauté mais lié au principe de la supériorité de la règle spéciale (il est vrai qu'au moment de la signature de la convention, les textes communautaires étaient plutôt des textes spéciaux) : « La présente convention ne préjuge pas l'application des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des communautés européennes ou dans les législations nationales harmonisées en exécution de ces actes ».

Il est vrai que la portée de ce texte peut être limitée à l'éviction de la convention de Rome, seulement face une règle de conflit de loi et non à une disposition impérative, ce qui limiterait la portée des directives sectorielles de protection des consommateurs qui sont avant tout du droit matériel et qui comportent non des règles de conflit de lois mais des dispositions internationalement impératives.

Par ailleurs les cas de véritable conflit de normes qui donneraient priorité aux textes de source communautaire doivent être clairement définis. Ainsi, selon Messieurs Wilderspinn et Lewis, l'article 20 ne donne priorité au texte communautaire que dans la mesure où il s'applique : or, ce n'est pas le cas lorsque, dans les hypothèses très nombreuses de directives minimales, les Etats reprennent leur liberté, et donc leur possibilité d'imposer une impérativité internationale, au delà du standard minimal imposé ; ainsi, même dans l'hypothèse d'une directive, pour autant qu'il s'agisse d'une directive minimale, il peut y avoir répartition de la compétence de détermination de l'impérativité⁷¹. Il est vrai qu'au delà de ce minimum, la compétence des Etats à imposer une impérativité reste contrôlée par le contrôle général de l'ordre communautaire ainsi qu'on l'a vu dans la première partie.

Ainsi en est-il dans l'hypothèse où une règle de conflit de lois désigne une loi imposant au fournisseur plus de contraintes que la loi d'origine (atteinte au principe de libre circulation) mais qui a cependant respecté la protection minimale de la directive ? On est dans domaine harmonisé mais au delà de la protection minimale, l'impérativité vient de l'art 20 mais il y aura contrôle communautaire.

Il faut donc distinguer les sources d'impérativité internationale : s'il s'agit d'un domaine harmonisé, en deçà de la protection minimale, l'ordre communautaire peut déterminer l'impérativité internationale, s'il s'agit d'un domaine non harmonisé ou d'un domaine harmonisé mais au delà du seuil minimal, ce sont les ordres internes avec leurs normes conventionnelles ou internes qui peuvent prévoir des dispositions internationalement impératives mais sous le contrôle général de l'ordre communautaire. Ainsi au binôme loi de police du for et étrangère, il convient d'ajouter la loi de police d'un autre Etat membre qui n'est pas totalement étrangère mais qui n'est pas totalement interne puisque l'on travaille au delà du domaine unifié ou harmonisé.

Certains avancent également qu'il pourrait y avoir sur des questions différentes application cumulative des lois de police résultant de la convention de Rome et résultant d'un texte sectoriel : ainsi selon J.S. Bergé⁷², l'application cumulative de l'article 3 de la directive sur le

⁶⁹ M. Wilderspinn et X. Lewis, article précité

⁷⁰ CJE 2.8.93 Ministère Public c/ Levy cité par M. Wilderspinn et X. Lewis

⁷¹ M. Wilderspinn et X. Lewis article précité p. 310

⁷² J.S. Bergé et M.N. Jobard-Bachelier L'acquis communautaire du droit international privé des conflits de lois, in colloque Nanterre 30 et 31 janvier 2003 La réception du droit communautaire en droit privé des Etats membres, non encore publiée

détachement des travailleurs et l'article 6 de la convention de Rome peut conduire à faire coexister plusieurs lois de police selon les finalités, l'une sur l'absence de dumping social, l'autre sur la protection.

Ainsi pour conclure sur le prolongement par l'ordre communautaire des mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police, on peut distinguer les effets sur les mécanismes eux-mêmes et sur leur contenu.

Le mécanisme est parfois écarté, souvent réceptionné, parfois utilisé et éventuellement imité par l'ordre communautaire.

Lorsqu'il est réceptionné, on a vu que le couple ordre public/loi de police retrouvait une identité par le contrôle indirect a posteriori lequel fait perdre aux lois de police leur caractère d'application immédiate, et par le contrôle direct dans l'analyse de l'utilisation passant par le contenu. Ce sont finalement les effets positifs et négatifs de l'ordre public mis en évidence par Erik Jayme, si ce n'est cependant qu'ils jouent dans une relation verticale. On a vu encore dans le cas de la réception, la perte de particularisme puisque juge et législateur ne relèvent pas du même ordre juridique. Enfin, la proximité reste un élément contrôlé dans le test de la proportionnalité mais se trouve parfois en concurrence avec la proximité communautaire.

Lorsque le mécanisme est utilisé ou imité pour une norme communautaire, la situation est plus connue avec des effets positifs et négatifs horizontaux, si ce n'est que la définition de l'externe n'est plus la même. Le mécanisme de loi de police plutôt que celui d'ordre public est utilisé ou imité, sans doute parce que l'ordre communautaire est encore dans une phase où il a besoin de s'affirmer plutôt que de se défendre. La proximité dans ces cas est une proximité communautaire⁷³.

Du point de vue du contenu, le contrôle par son effet positif peut écarter une norme nationale, et l'intégration enrichit le contenu national de normes communautaires, mais écarte éventuellement par le principe de primauté, une norme nationale de sens contraire.

Mais dans tous ces cas, qu'il s'agisse de contrôle, d'utilisation, d'imitation des mécanismes nationaux, les exceptions nationales d'ordre public et de lois de police ainsi prolongées dans l'ordre communautaire, permettent à l'ordre communautaire, en dernière analyse, de construire, car effectivement, l'ordre communautaire construit avec les mécanismes d'ordre public et de lois de police.

II L'ordre communautaire construit avec les mécanismes d'ordre public et de loi de police

Certes l'Europe a construit une infrastructure économique par l'adoption d'une grammaire propre et limitée aux relations économiques.

Cette infrastructure économique aujourd'hui à peu près achevée, l'Europe se trouve cependant aujourd'hui à la croisée des chemins. Elle est en crise en quelque sorte puisque l'Europe se veut autre mais qu'elle a épuisé les potentialités de sa grammaire et de ses fondements.

Elle a compris l'appauvrissement d'une Europe qui serait seulement l'Europe des marchands, mais il lui faut alors chercher dans un creuset culturel des principes nouveaux pour retrouver l'éclat de l'Europe des Lumières et construire une Europe humaniste.

Elle a également compris, du moins on veut l'espérer, les vertus du maintien des diversités (ou en tout cas la difficulté de l'universalité), mais il lui faut alors abandonner l'empirisme de

⁷³ sous réserve des transpositions, voir infra

sa construction, s'interroger sur les méthodes plutôt que sur les objectifs et rechercher alors un modèle original d'architecture juridique.

Nous montrerons ainsi comment les mécanismes d'ordre public et de lois de police participent à ces deux défis, comment ils peuvent permettre à l'Europe des marchands de construire une autre Europe, que l'on voudrait humaniste,

Comment ils peuvent permettre à l'Europe de l'uniformité de construire une architecture juridique que l'on voudrait de la diversité.

A L'ordre communautaire par les mécanismes d'ordre public et de loi de police peut construire une Europe humaniste

Comment construire une ville humaine et florissante à partir d'une infrastructure économique ? Tel est le défi auquel l'Union tente de répondre.

L'Union vit aujourd'hui une crise qui n'est pas seulement politique. Elle a en effet épuisé les potentialités du discours économique et de sa grammaire. Pour construire pleinement une Europe au delà de l'Europe des marchands, une Europe que l'on pourrait rêver humaniste, elle se tourne finalement vers les Etats et leurs valeurs essentielles pour se donner un autre contenu.

La fable d'Erik Orsenna oppose ainsi le terrible Necrole décidé à faire périr les langues inutiles, au sage Monsieur Henry, défenseur de la diversité des langues et des mots rares car la vie ne se résume pas aux affaires, à l'argent, à acheter et vendre.

Ainsi, au delà de la création de l'ordre communautaire par les principes de libre circulation, de libre concurrence, principes cardinaux de l'ordre communautaire, nous voudrions montrer que ces mécanismes nationaux d'ordre public et loi de police, par le contenu qu'ils proposent à l'ordre communautaire, permettent ou devraient permettre de construire une Europe avec un autre contenu : ordre public et loi de police, se présentent ainsi comme vecteurs de la construction européenne, des boîtes à rêver d'une autre Europe et éventuellement les boîtes à fonder une autre Europe. Il s'agit d'une potentialité du mécanisme déjà annoncée par la doctrine qui y voit dans l'ordre interne une préparation de la création d'une norme de droit matériel⁷⁴.

Cette étude s'inscrit évidemment dans le seul référentiel communautaire : s'il y a perturbation ou désordre du point de vue national, il y a en revanche un sens du point de vue de l'ordre communautaire. La particularité de l'ordre communautaire telle que décrite par Badiali, et selon laquelle l'ordre communautaire a nécessairement besoin des ordres nationaux, par manque d'infrastructure juridique qui puisse servir d'arrière plan à son développement⁷⁵, trouve son illustration⁷⁶.

Nous avons vu précédemment que l'ordre communautaire contrôle les lois nationales ou les mécanismes nationaux de contrôle. A l'issue de ce contrôle le principe communautaire peut l'emporter, c'est à dire que le principe communautaire de libre circulation : il y aura confirmation de l'Europe des marchands.

Mais nous voudrions montrer que si tel n'est pas le cas, si la norme nationale proposée l'emporte sur le principe communautaire, ce peut être au moins la reconnaissance en Europe d'une autre valeur et éventuellement le point de départ de la création d'une norme communautaire porteuse de cette valeur autre que celles de la libre circulation.

⁷⁴ Y. Lequette et Ancel GADIP Dalloz 4^{ème} ed (2001) ; 1999 Ch civ 21 juin 1950 Etats français c/ comité de la bourse d'Amsterdam

⁷⁵ L. Idot colloque Toulouse

⁷⁶ C'est d'ailleurs cette limitation dans les actuels fondements qui pose aujourd'hui la question de la légitimité d'un droit commun des contrats de source communautaire Sonnenberger RCDIP 2002, 428

Cette création se fait à l'issue d'un processus original qui se rapproche peut-être finalement de la création de norme en amont du législateur et dans un contexte particulier de multiplication de sources possibles. Cette création originale et dont on peut observer les différentes étapes, donne en tout cas une idée, des cheminements sous-terrains des normes avant leur consécration par tel ou tel législateur.

Nous allons monter la chronologie du mécanisme avant de nous interroger sur ses effets.

1 Le mécanisme de construction

Ce mécanisme propre part des mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police réceptionnés et, par le truchement des mécanismes communautaires imités, conduit soit à la seule reconnaissance d'une valeur nationale, soit à la consécration de cette valeur en valeur communautaire.

Il passe ainsi par l'appropriation par l'ordre communautaire, d'une manière ou d'une autre, d'un lieu de discussion, par la proposition par un Etat d'une norme nouvelle qui s'oppose a priori au principe de libre circulation, par le contrôle communautaire de l'intérêt de cette norme, et finalement, éventuellement, par la consécration directe ou indirecte de cette norme dans l'ordre communautaire

a) L'ordre communautaire crée ou s'approprie des lieux de discussion

Pour les contrôler, l'ordre communautaire a soit créé dès l'origine des lieux de confrontation entre norme communautaire et norme nationale, soit s'est approprié le contrôle de ces lieux prévus par les droits nationaux.

L'ordre communautaire a ainsi créé dans le droit originaire des lieux de discussion proprement communautaires et la jurisprudence en a créé d'autres : il s'agit des réserves d'ordre public, réserve à la libre circulation, et des exigences impératives et raisons impérieuses. L'ordre communautaire fait ainsi passer les lois de police ou les normes nationales éventuellement avancées sur le fondement de l'ordre public au sens du droit international privé, dans ses propres mécanismes de contrôle et de discussion.

L'ordre communautaire, par le contrôle direct, s'est également approprié le contrôle des mécanismes nationaux de contrôle, soit l'ordre public de la convention de Bruxelles et des règlements 44, 1346 et 1347, soit l'ordre public et les lois de police des futurs règlements relatifs aux règles de conflit de lois.

Pour pouvoir les utiliser efficacement, l'ordre communautaire étend leur champ d'intervention : c'est ainsi que selon l'arrêt Krombach, il s'agit tant de l'ordre public de procédure qu'au fond, même si dans cet arrêt c'est plutôt l'ordre public procédural qui l'emporte alors que c'est l'ordre public du fond qui est sollicité dans l'arrêt Renault.

b) Les EM, par le biais des parties et des juges nationaux proposent dans le cadre de ces « forum » de discussion des principes essentiels sous forme de réserve d'ordre public ou de lois de police. Il peut s'agir de principes de source interne ou internationale car en effet ; c'est ainsi qu'en matière d'effet des jugements, l'ordre public se présente comme un véritable point de jonction entre l'espace judiciaire communautaire et l'espace des droits de l'homme et « offre un lieu précieux de dialogue entre divers ordres juridiques⁷⁷. Il y a quoi qu'il en

⁷⁷ H. Muir-Watt commentaire de l'arrêt Krombach précité ; également du même auteur « evidence of an emergent Eurordre publican Legal Culture : Public Policy Requirements of Procedural Fairness under the Brussels and Lugano Conventions, Texas international law review vol 36 N 3 special issue 2001 ; rapport de synthèse les effets des jugements nationaux dans les autres Etats membres de l'Union européenne colloque Lyon 3 Bruylant Bruxelles 2001, 235

soit, une auto-limitation des Etats dans leurs propositions ainsi que le montre la jurisprudence récente.⁷⁸

c) L'ordre communautaire contrôle l'existence d'un intérêt général
Cet intérêt national initial peut finalement devenir un intérêt général de l'ordre communautaire

d) L'ordre communautaire crée

Il crée la diversité ou l'unité.

Il crée la diversité par la reconnaissance d'une valeur nationale.

Ainsi, en reconnaissant qu'une norme nationale peut l'emporter sur le principe de libre circulation, l'ordre communautaire se crée dans la mesure où il admet dans son périmètre une norme, sans qu'il s'agisse d'une norme partagée par l'ensemble des états.

Ainsi, avec le contrôle des mécanismes nationaux, il définit en creux l'ordre public communautaire en disant ce qui en relève et ce qui n'en relève pas.

Un principe ainsi reconnu ne s'impose pas aux autres Etats, tout au plus, les Etats peuvent-ils éventuellement s'en inspirer par solidarité⁷⁹.

Quoi qu'il en soit, même s'il n'y a pas création d'une norme unique, il y a discussion à laquelle sont mêlés les différents droits nationaux, le droit comparé⁸⁰

L'ordre communautaire crée aussi la diversité.

Il nous semble que l'ordre communautaire peut, à partir de ces lieux de discussion aller plus loin et éventuellement définir positivement une norme communautaire commune.

C'est ainsi par exemple que la directive 64 sur l'exception d'ordre public⁸¹ de l'article 30 définit l'ordre public communautaire. Si l'article 2 de la directive définit négativement l'ordre public comme ne pouvant se référer à des fins économiques, et si l'article 3 par 2 interdit la référence aux condamnations pénales, l'article 3 par 1 est plus positif et indique que les mesures d'ordre public et de sécurité publique doivent être fondées exclusivement sur le comportement personnel de l'individu tandis que l'article 4 précise les maladies pouvant justifier l'entrée et le séjour.

Au delà de cet exemple, le développement de la politique communautaire de protection des consommateurs s'est bien développée à partir des exceptions d'exigence impérative avancées par les Etats comme moyen de s'opposer à la libre circulation⁸². Monsieur Karydis montre également que la proposition de règlement du conseil sur les mouvements de capitaux par les personnes suspectées de terrorisme résulte de la réception des exceptions nationales⁸³.

Dans le même sens, on notera que l'article 26 du règlement 1346 relatif aux procédures d'insolvabilité» précise désormais l'ordre public : « Tout état membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre Etat membre ou d'exécuter

⁷⁸ la cour de cassation a refusé de faire jouer l'article 27 1 à l'égard d'une fausse fraude alléguée dès lors que le défendeur assigné en Angleterre aurait dû faire valoir la fraude en Angleterre et non lors de la demande d'exequatur en France (1^{ère} civ 29 janvier 2002 RC 2002, 573 ;

de la même manière, la cour de paris a refusé de faire jouer l'ordre public à l'égard de l'exequatur d'une Mareva injunction dès lors que l'atteinte aux libertés fondamentales n'était pas prouvée (Paris 5.10.2000 RCDIP 2002, 704)

⁷⁹ R. Savatier article précité et U. Drobnig article précité

⁸⁰ mais également différents acteurs (juges nationaux, société civile en droit social)

⁸¹ directive 64/221/CEE du 25 février 1964 pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique

⁸² G. Jazottes La notion d'exigence impérative dans la jurisprudence de la cour de justice : contribution à l'étude du principe de libre circulation, thèse Toulouse janvier 1997

⁸³ article précité

une décision prise dans le cadre d'une telle procédure lorsque cette reconnaissance ou cette exécution produirait des effets manifestement contraires à son ordre public, en particulier à ses principes fondamentaux ou aux droits et aux libertés individuelles garantis par sa constitution ».⁸⁴

e) L'ordre communautaire réinjecte éventuellement les principes communautarisés dans les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police

A priori, il n'y a alors aucune raison pour que ces principes soient limités aux relations intra-communautaires, ces principes construisant alors petit à petit un ordre public communautaire au sens du droit international.

2 Les effets

a) Contenu :

Dans tous les cas, le contenu résultant de la construction se situe hors principe de libre circulation, mais également hors principe communautaire, de non discrimination, d'égalité entre les sexes. Il s'agira sans doute de règles de procédure générées par l'ordre public des effets des jugements⁸⁵, mais également des règles de fond avec le contrôle indirect par le truchement des exigences impératives qui ont permis l'émergence de règles de protection des parties faibles (consommateur, artiste, preneur d'assurance, salarié) mais également de loyauté des transactions commerciales, de protection de l'environnement. Des règles de fond résulteront sans doute également du contrôle direct de l'ordre public et des lois de police en matière de règles de conflit de lois.

En tout cas, la construction étant à ses débuts, d'une part il faut reconnaître que les résultats sont loin encore de l'Europe humaniste, qu'à côté des principes à valeur de justice universelle, on retrouve un certain nombre de principes relevant plutôt de politiques législatives. Le chemin vers la création d'un jus gentium par le mécanisme de l'ordre public comme le voyait Lerebourg Pigeonnière⁸⁶ est tout juste ébauché..

b) Les effets sur les mécanismes d'ordre public et de loi de police

L'effet positif de ces deux mécanismes plutôt que son effet négatif va primer puisqu'il va s'agir d'écarter le principe communautaire de libre circulation au profit d'un concept différent et d'origine nationale, proposé par les Etats. En ce sens, les mécanismes ne vont plus s'opposer entre eux puisqu'ils permettront l'un comme l'autre d'écarter la norme communautaire.

⁸⁴ tel n'est pas nous semble-t-il le cas du règlement 1347 qui évoque l'ordre public eu égard aux intérêts supérieurs de l'enfant directement nourri des obligations internationales des Etats

⁸⁵ Si l'ordre public, comme exception au principe de libre circulation des jugements de la convention de Bruxelles et du règlement 44 fait avancer les règles fondamentales de procédure il n'interdit pas non plus l'intégration des règles de fond de la charte : en fait les éléments de la charte, comme ceux de la CEDH qui viennent des Etats s pourront être réinjectés dans l'ordre public contrôlé par l'ordre communautaire : cela nourrira à la fois l'ordre public procédural que l'ordre public au fond (principe d'inviolabilité du domicile, liberté de penser d'expression, d'information, respect de la vie privée...)⁸⁵. C'est par cette catégorie qu'avec ou sans portée juridique les principes de la charte, qui sont des principes communs aux Etats peuvent quoi qu'il en soit être introduits dans l'ordre communautaire.

⁸⁶ Il est pareillement difficile de distinguer entre un ordre public absolu et de proximité appelé par des critères contextuels, compte rendu d'ouvrage H.Muir Watt RCDIP 2002, 901

Par ailleurs, c'est un mécanisme de création et non pas d'application du droit communautaire qui est consacré, ainsi d'ailleurs que l'a affirmé clairement l'arrêt Maxicar.

En fait ce mécanisme de recherche d'autres valeurs à partir d'un forum de discussion où les réserves nationales peuvent être proposées et s'affronter est particulièrement permis par l'ordre communautaire, par le caractère empirique et incomplet de sa construction, initialement fondée sur la seule perspective de la création du grand marché, sans historique juridique, ce marché ayant été créé par les seules règles de droit.

Ainsi ces mécanismes de réserve nationales, inspirent l'ordre communautaire en lui permettant un dépassement dans sa recherche d'un contenu : il s'agit en ce sens d'un dépassement matériel des concepts de sa grammaire économique, soit les principes de libre circulation.

Au delà de ce dépassement matériel, il nous semble que le mécanisme montre parallèlement un dépassement des principes institutionnels, et particulièrement le dépassement, ou un détournement, du principe hiérarchique de primauté, par référence au contenu. Il est remarquable ainsi de voir dans l'ordre communautaire lui-même cette résistance au principe hiérarchique qui a été mis en évidence dans l'ordre national confronté à la multiplication des sources externes⁸⁷.

Ce dépassement du principe hiérarchique de primauté par la prise en compte du contenu, montre que l'Europe ne recherche pas seulement un nouveau contenu, elle recherche un nouveau modèle de construction, soit un nouveau modèle d'architecture juridique intégrant la diversité.

B L'ordre communautaire par les mécanismes d'ordre public et de loi de police peut construire une architecture juridique de la diversité

Comment construire une ville à partir des édifices nationaux, ? Comment définir une cohérence dans la diversité ? Tel est un autre défi de l'Europe dont l'identité doit aussi passer par la pluralité.

Nous voudrions montrer ici comment les mécanismes d'inspiration nationale d'ordre public et de loi de police, par leur potentialité, que la doctrine avait d'ailleurs mise en évidence, permettent de répondre à la nécessaire recherche d'une internormativité dans le cadre de l'ordre communautaire qui, disons le mot, tend vers une fédération.

En effet, l'ordre communautaire, qui a surtout avancé empiriquement par l'extension de l'application de ses principes et qui, accumulant les résultats, s'est peu embarrassée de questions de méthodes⁸⁸, devrait tenter, d'organiser non pas seulement le marché intérieur, mais, dans le maintien des diversités nationales, les relations entre les normes.

Sans une action positive et une recherche en ce sens, la loi du marché ou de l'effet utile l'emportera et avec elle l'inévitable unification par la loi du plus fort. Dans l'attente d'une éventuelle unification par les rapprochements culturels et par la pratique, cette organisation nous semble nécessaire. Il s'agit ici non pas de construire une libre circulation des normes mais plutôt une relation entre les normes.

L'on définira l'internormativité comme une technique de détermination des liens entre les normes d'ordres juridiques distincts, technique rendue nécessaire par la multiplication des ordres juridiques et le développement des situations relevant de plusieurs ordres et privilégiant les outils d'effet positif et négatif. Si dans l'ordre interne, et dans les systèmes civilistes en particulier, l'internormativité a été résolue par le principe hiérarchique de

⁸⁷ L. Gannagé article précité

⁸⁸ L. Idot, article précité, colloque Toulouse

Kelsen, il n'est pas évident que ce principe hiérarchique soit la seule clé dans les relations entre ordres juridiques. On pourra en particulier s'inspirer de l'idée de réseau de normes qui ne postule pas forcément de centre et de hiérarchie mais nécessite des liens entre les normes. La question est finalement proche de celle de la recherche d'un gouvernement européen pour laquelle Monsieur Contantinesco montre la difficulté à penser au delà du paradigme de l'état⁸⁹.

Il est évident que le droit international privé dispose par excellence de la compétence et des outils nécessaires à la réflexion en tant qu'ensemble de règles de détermination d'une norme applicable, il n'en donne pas non plus une réponse complète puisqu'en particulier le droit communautaire touche au droit public. Mais ses potentialités ne sont peut-être pas épuisées. En tout cas, si la réponse de l'ordre interne à la question de l'internormativité ne suffit pas, c'est que, du point de vue de l'ordre communautaire cette fois, l'internormativité présente des particularités, dont certaines doivent être relevées.

Tout d'abord, l'ordre communautaire est en soi porteur d'internormativité. Il s'est créé à partir des ordres nationaux, ce qui a l'a évidemment conduit à se définir par rapport à eux mais il s'est créé pour établir des liens entre les ordres nationaux. Savatier l'avait bien indiqué en écrivant que l'ordre communautaire se présentait comme la multiplication des enjambements dans le maquis des diverses législations⁹⁰. Dès sa naissance, la question de l'internormativité s'est posée.

La deuxième particularité a trait à la globalisation des matières sur le fondement économique et le principe de l'effet utile : le droit communautaire ne distingue ni entre droit public et droit privé, ni entre droit pénal et droit public ou droit privé. Son souci d'internormativité est dès l'origine global alors que le droit international privé a dès l'origine circonscrit sa sphère aux relations de droit privé⁹¹.

La troisième particularité a trait à l'importance donnée à la coordination humaine par le biais des réseaux d'autorités, réseaux de juges, créations divers d'agences ; il s'agit de la coordination des hommes et des cerveaux, sans doute plus efficace que la coordination entre les normes et qui explique dans l'ordre communautaire le recul de la question des conflits de lois derrière celle de l'exécution des jugements liée à la question de la compétence internationale.

La quatrième particularité a trait à l'existence d'une répartition des compétences entre le niveau que l'on qualifiera de fédéral et les niveaux nationaux, répartition qui permettrait à l'ordre communautaire de n'intervenir dans certains domaines que par coordination des diversités nationales, sans *lex fori* en arrière plan : en ce sens, Monsieur Sonnenberger évoque « un rôle constituant du droit international privé pour l'ordre civil de la communauté européenne »⁹². En théorie, l'idée d'un modèle communautaire de règle de conflit de lois dans les domaines de la subsidiarité est séduisant. L'idée est néanmoins à creuser. C'est toujours le problème de la frontière entre l'audace et la témérité⁹³. D'un côté, le risque est de créer des règles en dehors de toute réalité, en dehors de toute *lex fori*. A trop sortir de l'empirisme, pour le coup, le risque est le dogmatisme lié au culte de la raison abstraite qui accompagne le despote éclairé. Il n'est pas d'exemple de règles de conflits portées sans règles matérielles dont elles restent la projection⁹⁴. Peut-on ainsi trouver des règles de conflit

⁸⁹ V. Contantinesco La question du Gouvernement de l'Union Européenne, Europe juillet 2002

⁹⁰ R. Savatier Le marché commun au regard du droit international privé, article précité

⁹¹ H. Muir Watt RCDIP 2002, 914

⁹² article précité RCDIP 2002, 417

⁹³ Struycken cours de l'académie de La haye

⁹⁴ F. Rigaux droit international privé et droit communautaire in L'internationalisation du droit, Mélanges Y. Lousouarn Paris Dalloz 1994, 341

parfaitement neutres et ne visant qu'à la coordination ? D'un autre côté la fonction supranationale de ces règles de conflit ne seraient pas fondées sur le sentiment de la relativité comme dans l'ordre interne, mais bien sur un ordre juridique en construction.

Mais au delà c'est au regard de deux autres particularités de l'internormativité communautaire que nous voudrions montrer comment les mécanismes d'ORDRE PUBLIC et de LOI DE POLICE non seulement résistent mais se renforcent dans ce nouveau défi : d'une part ils participent à la construction de relations originales de l'internormativité communautaire , d'autre part ils sont utilisés dans deux méthodes d'internormativité.

1 Ordre public et loi de police, outils dans les relations de l'internormativité communautaire

Une autre particularité de cette internormativité communautaire est en effet d'ajouter aux relations horizontales sur lesquelles travaille le droit international privé, même si le principe d'antériorité de l'ordre interne conduit finalement à un principe hiérarchique fondant les réserves nationales d'ordre public et de lois de police, des relations verticales entre ordre interne et ordre communautaire. Monsieur Drobnig⁹⁵ avait d'ailleurs très rapidement identifié des règles de conflit de lois dans les relations verticales entre les Etats. Par ailleurs, dans les relations horizontales, l'ordre communautaire conduit à distinguer entre les relations internes , soit les relations entre les Etats membres, et les relations externes, soit entre Etats membres et les Etats tiers ou entre l'Union et les Etats tiers.

a) ordre public et loi de police dans les relations verticales

Dans ces relations⁹⁶ ce sont les principes de primauté et d'effet direct qui jouent le rôle de règles d'application et qui absorbent l'impérativité communautaire. On a vu cependant que dans ces relations, les mécanismes d'ordre public et de lois de police de source interne jouent un rôle de création qui peut conduire à la reconnaissance de l'application d'une norme nationale et éventuellement à la création d'une norme communautaire, par éviction du principe communautaire de libre circulation.

b) Ordre public et loi de police dans les relations horizontales

Ces mécanismes dans les relations horizontales nécessitent de distinguer entre deux types de relations : les relations internes et les relations externes. L'existence d'une communauté de droit illustre les premières, le risque de « véritables conflits » caractérise les secondes.⁹⁷

⁹⁵ art précité, voir également H.D. Tebbens article précité

⁹⁶ Elles ont été analysées tant par les communautaristes que par la doctrine internationaliste en utilisant les outils du droit international privé, quitte à en montrer les limites, voir par exemple Badiali article précité ; également U. Drobnig conflict of laws and the european community AJCL 1966 vol 15 n°1 et 2 p. 204

⁹⁷ La distinction entre ces relations pose des problèmes de terminologie quant à la qualification des règles communautaires participant à la désignation de la norme . Si l'on peut distinguer entre relations internes /externes, ce qui d'ailleurs ne sera pas toujours facile, cette distinction conduit-elle à distinguer entre droit international privé intra-communautaire et droit international privé-extra-communautaire qui présuppose donc les mêmes mécanismes mais des solutions différentes et qui présuppose également , par le terme « international » qu'il existe toujours dans les deux cas une situation présentant un élément d'extranéité ce qui ne va pas de soi pour l'ensemble des relations intra-communautaire

L'expression « droit communautaire privé » qui suppose une situation communautaire, plutôt qu'international et une diversité normative, a été proposée et permet d'envisager, sur la base des mécanismes classiques de droit international privé, des méthodologies

1) Les relations horizontales internes

Si « plus de communauté appelle plus de droit international privé »⁹⁸, il faut néanmoins distinguer entre les différents domaines.

Dans le domaine unifié, les mécanismes de source interne et de source communautaire disparaissent de fait, dès lors que la situation devient une situation interne. Les réserves nationales ne peuvent plus jouer sauf si les textes prévoient un **renvoi** au droit national, voire des réserves nationales. L'impérativité est de source communautaire mais ne passe pas par le mécanisme des lois de police.

Dans les domaines harmonisés matériellement, les mécanismes d'exception reculent également par le principe de reconnaissance. Pour autant, ils ne disparaissent pas.

Ainsi, les directives d'harmonisation peuvent-elles prévoir des exceptions de réserve nationale. Dans les domaines de coordination, au delà des règles communes de base, le principe de reconnaissance n'empêche pas les Etats, par exception, d'avancer une valeur nationale qui sera soumise au contrôle indirect.

Dans les domaines non harmonisés et au delà de l'harmonisation minimale, il ne peut y avoir d'impérativité communautaire. Une nouvelle distinction doit cependant être établie. Soit il existe dans ce domaine des règles de droit international privé de source communautaire qui donneront lieu au contrôle direct de l'utilisation des mécanismes d'exception : dans ce cas, l'application de principe résultera des règles de conflit de source communautaire et les exceptions nationales pourront conduire à des applications particulières. Soit il n'existe pas de règles de conflit de source communautaire et il convient alors de distinguer entre la situation communautaire qui conduira au contrôle indirect des mécanismes d'exception et la situation non communautaire qui ne conduira pas à ce contrôle.

2) Les relations horizontales externes

Ces relations posent évidemment une question politique de compétence⁹⁹. La question se pose tant pour l'adoption de règles matérielles que pour l'adoption de règles d'internormativité.

Elles posent également la difficile question de la définition de l'externe, comme se pose ailleurs la difficile question de la situation internationale. Si chaque texte communautaire définissait son champ d'application spatiale, les choses seraient facilitées mais tel n'est pas le cas. En effet, peu de règlements et directives précisent ce champ^{100 101}.

complémentaires spécifiques. La matière serait distincte du droit privé communautaire, en tant qu'ensemble de règles matérielles de source communautaire dans des domaines du droit privé⁹⁷. Mais les règles communautaires sont-elles pour l'instant prêtes à distinguer entre situations privées et publiques ?

L'expression « droit privé international » a également été proposée pour dépasser la différence de méthodes et signifier seulement que l'on traite des situations internationales⁹⁷. Nous préférons finalement l'expression générique internormativité avec la distinction relations internes et externes, sachant que les instruments du droit international privé en tant que méthode, sont utilisés.

⁹⁸ P. de Vareilles Sommières Un droit international privé eurordre publicéen in le droit privé eurordre publicéen Economica 1998 136 et s.

⁹⁹ P. Lagarde rapport de synthèse, colloque de Toulouse précité ; G. Jazottes L'incidence du droit international privé sur l'ordre communautaire, colloque Toulouse précité

¹⁰⁰ Ainsi les directives comportant des dispositions impératives ne prévoient pas d'élément de définition si ce n'est la directive 90/314 sur les voyages, vacances et circuit à forfait qui précise qu'il suffit à son application que le forfait ait été vendu ou ait été offert à la vente dans le territoire d'un Etat membre (art1) et la directive

D'ailleurs le Traité d'Amsterdam fondant une compétence pour des règles de droit international privé n'évoque que les relations internes.

Dans les domaines harmonisés en tout cas, l'application de la norme communautaire passera par son impérativité voulue, soit par le mécanisme des lois de police, alors que dans les relations verticales, cette impérativité est absorbée par le principe de primauté et d'effet direct. Dans ce domaine la fonction classique de la loi de police, se retrouve si ce n'est qu'elle est de source et contenu communautaire. Peut-on parler d'un ordre public communautaire au sens du droit international privé ? Sans doute dans le cas où le contenu sera communautaire et où la source du mécanisme le sera également. La différence avec l'ordre public national au sens du droit international privé sera alors l'identité d'appartenance entre le législateur et le juge de contrôle. Dans ce domaine encore, les mécanismes nationaux d'ordre public et de lois de police pourront être nourris de contenu communautaire, ainsi que le montre le droit de la concurrence.

Dans le domaine non harmonisé, il faut pareillement distinguer entre l'hypothèse de l'existence règles de droit international privé de source communautaire et l'hypothèse de règles de droit international privé de source interne¹⁰². En l'absence de règles de droit international privé de source communautaire, les réserves de source et de contenu nationaux ne seront contrôlées que si la situation est communautaire si bien que les Etats retrouvent leur liberté pour les relations externes. Cependant, puisque les mécanismes nationaux doivent intégrer les principes communautaires, les réserves nationales de contenu communautaire s'imposent dans les relations externes, par exemple en droit de la concurrence dans l'hypothèse d'une atteinte sur le territoire communautaire.

Ainsi pour les relations horizontales, la distinction entre les relations horizontales internes et externes, du point de vue de la fonctionnalité des mécanismes d'ordre public et de lois de police, montre bien la création d'une nouvelle extériorité dans laquelle les fonctionnalités classiques des mécanismes réapparaissent.

Dans les relations internes faites d'horizontalité et de verticalité, les mécanismes d'ordre public et de lois de police non seulement résistent mais se renforcent, parce qu'ils continuent à jouer un rôle dans ces différentes relations, mais également parce qu'ils se présentent comme des outils des différentes méthodes de l'internormativité communautaire.

2 Ordre public et loi de police, outils des méthodes de l'internormativité

96/71 sur le détachement des travailleurs qui précise que « le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les Etats membres étendent le champ d'application de leur législation ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux à toute personne effectuant un travail salarié, y compris temporaire, sur leur territoire, même si l'employeur est établi dans un autre état membre », la directive 93/7 sur les biens culturels qui s'applique aux biens culturels qui ont quitté illicitement le territoire d'autres Etats membres »¹⁰⁰. La directive 93/98 sur la protection du droit d'auteur et du droit voisin prévoit quant à elle des dispositions sur la durée de la protection dans l'hypothèse où le pays d'origine est un pays tiers et si l'auteur n'est pas un ressortissant de l'Union

¹⁰¹ J.S. Bergé RCDIP 2002, 785

¹⁰² S'il existe des règles de droit international privé communautaire faut-il vraiment les appliquer aux seules relations internes dès lors qu'il s'agit de règles techniques ? Le risque de discrimination est grand à distinguer entre les relations, (même si l'article 52 de la charte précise qu'elle ne vaut que pour les relations internes). Si en tout cas les règles sont les mêmes, la question de la compétence de la cour dans le contrôle des réserves nationales devrait être moins vigoureux. Mais il s'agit encore d'une question politique de compétence.

Après s'être donné essentiellement des principes institutionnels hiérarchiques pour les relations entre ordre communautaire et ordres internes, après avoir assimilé les difficultés de l'unification, après avoir utilisé la technique du métalangage associé au principe de la reconnaissance mutuelle¹⁰³, l'ordre communautaire s'intéresse directement¹⁰⁴, à la technique conflictuelle. Cette confrontation des méthodes et l'« indispensable conciliation des méthodes¹⁰⁵ » nécessite en tout cas une réflexion et une recherche.

Dans cette recherche méthodologique, les mécanismes d'ordre public et de lois de police se présentent comme des instruments d'internormativité, utilisés par les deux méthodes et dont les fonctions varient selon les méthodes.

Si les mécanismes d'ordre public et de lois de police ont naturellement résisté à l'utilisation de la technique conflictuelle, puisqu'elles en émanent, il est intéressant de constater qu'ils ont également trouvé une place, parfois critiquable d'ailleurs, dans la méthode du métalangage. L'utilisation parallèle dans l'ordre communautaire des deux techniques en vue de la création d'une architecture juridique dans l'Union européenne, justifie que l'on s'interroge sur l'intérêt et les limites de l'utilisation d'un métalangage à l'égard des mécanismes d'ordre public et de loi de police.

Nous poserons que le métalangage juridique est un langage juridique au dessus des langages particuliers avec, à leur égard, une fonction matricielle telle qu'il englobe les langages particuliers et tels que ces derniers puissent en être considérés comme des cas particuliers¹⁰⁶. Il s'agit par ce métalangage, de donner une grammaire en laissant libre le vocabulaire¹⁰⁷. Les éléments du métalangage sont des principes (forcément matriciels) communs et des nœuds de coordination, soit des passages obligés pour les législations nationales au delà desquels les langages retrouvent un espace de liberté d'expression et de création. Ces nœuds de coordination peuvent au minimum comporter la seule mention d'une question à traiter, comme dans les guides pratiques de la CNUDCI, soit compléter la mention du point par le résultat à atteindre, comme dans les directives communautaires pour autant qu'elles ne soient pas précises, soit imposer une méthode en vue de parvenir au résultat, si bien que la seule expression reste de la liberté des Etats. On le voit bien, l'unité résulte de ces principes communs et des nœuds de coordination, la diversité résulte des surfaces entre les nœuds, soit parce que l'espace est laissé vierge, soit parce que, après contrôle communautaire, il y a acceptation de l'application d'une norme nationale, cependant contraire au principe de libre circulation alors que la norme n'est pas encore devenue norme communautaire. Ainsi, la méthode du métalangage assure-t-elle, pour l'ordre communautaire, la cohérence de la diversité¹⁰⁸.

¹⁰³ B. Sousi-Roubi la convention de Rome et la loi applicable aux contrats bancaires D. 1993, chr. 183

¹⁰⁴ Tebbens art. précité

¹⁰⁵ L. Idot colloque Toulouse, voir également J.S. Bergé montrant en droit de la propriété intellectuelle comment les deux méthodes se conjuguent RCDIP 2002, 771

¹⁰⁶ Le terme métalangage juridique peut se définir à partir du préfixe méta qui signifie ce qui dépasse, ce qui englobe, comme un langage plus général que les langages juridiques nationaux.

Du coup ce métalangage est aussi ce qui permet de parler des langages, de les décrire

¹⁰⁷ Par un mouvement dialectique bien connu dans les relations ordre communautaire/ordres nationaux, si le métalangage communautaire sert de matrice aux langages nationaux, il résulte bien souvent de l'observation des expériences nationales, si bien que ce métalangage proposé tire sa valeur de l'analyse du droit comparé.

¹⁰⁸ Monsieur Savatier a rapidement vu comment le droit communautaire utilise le métalangage par le biais de « lois-cadre », de loi-programme » plut^pot que de lois « immédiatement exécutoires », article précité

En fait, la distinction entre directive et règlement ne correspond pas forcément au clivage langage unique et métalangage. Si l'instrument de la directive est l'instrument approprié pour le métalangage, par opposition au règlement, le règlement peut non seulement renvoyer des questions à la compétence étatique ou laisser des choix aux Etats pour aboutir à un résultat. Inversement, lorsque la directive est claire et précise, elle se présente comme un instrument de langage unique.

Certes, l'ordre communautaire n'est pas le seul à utiliser un métalangage, puisque cette même technique fonde les lois-types ou les guides pratiques de la CNUDCI ; l'ordre communautaire présente cependant des particularités : d'une part le métalangage proposé s'adresse aux Etats membres, à la différence de métalangages proposés tant aux parties qu'aux arbitres, d'autre part l'ordre communautaire utilise également et en parallèle le langage unifié. Mais surtout, la matrice est en fait moins proposée aux Etats qu'elle n'est imposée.

Posons d'emblée que l'expression des règles de conflit classiques, ne doivent pas relever du métalangage : s'agissant de règles techniques, de lien entre les langages, elles doivent être unifiées dans leur expression sans laisser la moindre marge de manœuvre aux Etats.

Qu'en est-il cependant des mécanismes d'ordre public et de lois de police qui, à la différence des règles de conflit classiques, s'intéressent au contenu et à ce titre, rencontrent le métalangage ? Si une place peut leur être réservée dans la technique du métalangage, elle doit, nous semble-t-il, être limitée.

a) Les mécanismes nationaux d'ordre public et de loi de police de contenu national et communautaire

Il convient de distinguer entre le contenu et le mécanisme lui-même : les contenus nationaux et communautaires des mécanismes nationaux peuvent créer les principes du métalangage communautaire ; les mécanismes nationaux dès lors qu'il s'agit de règles d'application par exception doivent être unifiés dans leurs définitions et leurs fonctionnalités.

b) Les lois de police communautaires

Lorsqu'elles ne sont pas précises, les directives communautaires créent des nœuds de coordination, des passages obligés pour les législations nationales. Lorsqu'elles se présentent comme des directives a minima, ces standards sont des planchers minima à respecter, au delà desquels les Etats retrouvent leur liberté. Il y a ainsi des résultats imposés avec liberté du moyen pour y parvenir. Qu'en est-il lorsque les directives comportent des éléments d'impérativité ?

Toute la difficulté vient de ce que la norme, comme toute norme de police, définit son impérativité par son contenu et de ce que contenu et applicabilité sont liés dans l'expression. A notre sens, dès lors que le contenu est élément d'applicabilité de la norme dans ses relations aux autres normes, il nous semble qu'il ne peut relever du métalangage et que toute liberté d'expression devrait être exclue. En effet, l'impérativité, comme les règles de conflit de lois classiques, conduit à la désignation d'une loi et devrait relever d'un langage unifié. 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.

La transposition en droit français pose en effet certaines difficultés.¹⁰⁹

¹⁰⁹ 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

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 ».

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 transposition¹¹⁰.

La transposition de la directive timeshare en droit français 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 professionnel¹¹¹.

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

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
¹¹⁰ art L 121-20-6 lorsque les parties ont choisi 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.

¹¹¹ 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.

compte de leurs engagements internationaux¹¹² 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^{113 114}.)

Quoi qu'il en soit l'existence d'un métalangage explique que c'est la norme transposée et non la directive qui doit être appliquée comme loi de police. Tant que la norme impérative résulte de l'utilisation du métalangage, c'est la solution à retenir dans l'attente d'une plus grande sécurité par l'utilisation du langage unifié.

Pour conclure, sur ces mécanismes dans l'ordre communautaire, ils ne font pas finalement l'objet d'une attaque frontale, la rencontre fut plutôt indirecte, même s'ils inspirent désormais directement l'ordre communautaire dans la recherche de voies nouvelles.

Ce couple se présente finalement plutôt comme une identité que comme une opposition lorsqu'il s'agit des mécanismes de source nationale : identité dans leur effet d'abord positif, identité dans le contrôle communautaire, identité dans l'importance des mécanismes tant dans les relations verticales qu'horizontales. En revanche pour les mécanismes de source communautaire, il faut reconnaître davantage une opposition, le mécanisme des lois de police étant aujourd'hui seul consacré dans les relations externes, d'ailleurs dans une fonction traditionnelle.

En tout cas, l'ordre communautaire qui propose une perspective dynamique dans la création, l'application et l'évolution des normes montre en outre que ces mécanismes analysés dans l'ordre interne comme répondant au défi de la cohésion de l'ordre interne, répondent dans l'ordre communautaire, également au défi de l'harmonisation communautaire des solutions.

En effet, après avoir construit l'infrastructure économique d'une ville, l'Europe, c'est à dire les esprits d'Europe, médite le propos de Matisse. L'Europe, ayant compris l'intérêt du rapprochement économique mais consciente de ses insuffisances dans la recherche d'une identité, l'Europe, ayant compris l'intérêt du pragmatisme mais consciente du risque de désordre, l'Europe, ayant compris l'intérêt de l'unité mais consciente de l'appauvrissement sans la diversité, cherche le secret de Rodin. Elle se tourne ainsi vers les cathédrales nationales, pour ne rien perdre de leur grandeur, pour s'en inspirer, dans la recherche sans doute de son âme et de sa clé de voûte.

¹¹² 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

¹¹³ à propos de la directive clause abusive, voir article précité

¹¹⁴ 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