

EUROPEAN UNIVERSITY INSTITUTE, FLORENCE
DEPARTMENT OF LAW

EUI Working Paper LAW No. 2004/4

Sur la légitimité d'européaniser le droit privé
Plaidoyer pour une approche procédurale

CHRISTIAN JOERGES

BADIA FIESOLANA, SAN DOMENICO (FI)

All rights reserved.
No part of this paper may be reproduced in any form
without permission of the author(s)

© 2004 Christian Joerges
Published in Italy in March 2004
European University Institute
Badia Fiesolana
I – 50016 San Domenico (FI)
Italy

Sur la légitimité d'européaniser le droit privé*

Plaidoyer pour une approche procédurale

CHRISTIAN JOERGES**

Bremen/Florence

* Traduit par Anthony Chamboredon, Faculté de droit de l'Université René Descartes, Paris 5.

** Une première ébauche de cet article a été présentée en avril 2002 dans le cadre d'un colloque sur la théorie du droit privé à l'Institut universitaire européen, co-organisé par Gunter Teubner (Université de Francfort sur le Main). Une seconde version a été présentée en Novembre 2002 à la conférence de la *Ius Commune société* à Amsterdam. Cette troisième version a fait l'objet d'utiles commentaires des participants du séminaire à Florence et de la conférence à Amsterdam. Je remercie vivement madame le professeur Horatia Muir Watt pour avoir encourager la traduction en français de cet article. Anthony Chamboredon m'a proposé d'intégrer les éléments pertinents du débat en France. J'ai finalement considéré qu'il était plus honnête et plus réaliste de laisser le texte tel quel, c'est-à-dire d'accepter un certain parochialisme : malgré une présentation relative à au moins trois cultures juridiques différentes, le style et la substance de l'argument demeurent clairement allemands. Mais cela ne reflète-t'il pas notre situation en Europe : on aborde une question commune dans un pluralisme de perspectives sans, hélas, réussir toujours à bien comprendre ses voisins.

Sommaire

I Trois modèles concurrents d'européanisation	3
1.1 <u>La rationalité du marché comme principe de droit (constitutionnel)</u>	5
1.2 <u>L'Intégration Fonctionnalisme</u>	6
1.3 <u>L'Europe comme un Etat (social) et un législateur pour le droit privé ?</u>	8
II Trois série d'exemples	10
II.1 Les arrêts Centros et Überseering : Libertés de la citoyenneté du marché comme droits politiques et l'obsolescence du droit international privé traditionnelle	10
II.1.1 <i>L'arrêt Centros</i>	11
II.1.2 <i>Interprétation</i>	12
II.1.3 <i>Les conséquences, et l'arrêt "Überseering"</i>	15
II.2 Découplage et redistribution du droit réglementaire et du droit privé général Les arrêts Pronuptia et Courage	18
II.2.1 <i>Eviter le conflit pronuptia</i>	19
II.2.2 <i>Just-ification dans un vide juridique :l'arrêt Courage</i>	21
II.3 La logique de l'intégration du marché et la logique de jus-tification du droit privé	22
II.3.1 <i>L'arrêt Océano</i>	24
II.3.2 <i>La responsabilité du fait des produits défectueux</i>	25
II.4 Commentaires provisoires	28
III Vers un approche procédurale pour l'européanisation du droit privé	29
III.1 Supranationalisme "Délibératif"	31
III.1.1 <i>Les Conflits Diagonaux</i>	32
III.1.2 <i>Le Supranationalisme Délibératif I:</i> <i>Le droit européen comme droit des conflits de droits</i>	32
III.2 Droit supranational	33
III.3 Réinterprétations	34
III.4 Supranationalisme délibératif II: Institutionnalisme de "dispositions de gouvernance transnationale"	36
III.5 Impasses ?	38

Introduction

L'européanisation du droit privé est un thème des plus actuels. Et bien que ce thème ne soit plus très nouveau, il s'est développé ces trois dernières années autour d'une nouvelle dynamique. Quiconque entreprend de l'aborder avec l'intention ou l'espoir de suivre le rythme des développements de la politique juridique et des débats universitaires, se laisse entraîner dans une course où il se sentira inévitablement comme un lièvre malchanceux qui, malgré tous ses efforts, ne peut arriver que trop tard : de nouveaux changements ou de nouveaux articles dont la pertinence devra d'abord être vérifiée seront apparus. Et quiconque cherche à éviter une telle course en se spécialisant dans le général n'est pas nécessairement dans une meilleure situation. Est-ce que tout n'a pas déjà été dit ? – On peut répondre à une telle question à la manière de comédien Bavaois Karl Valentin : "C'est vrai, tout a déjà été dit, mais pas par tout le monde !"

Des études sur le développement du droit, sur la politique juridique et sur les débats doctrinaux restent valables si et parce que toute nouvelle systématisation de la matière est constructive. Évidemment, plus la matière apparaît immense, plus cela demande du temps pour la passer en revue. Dans ce contexte, je dois recourir à une forme de réinterprétation d'une constatation de fait en me référant aux travaux précédents¹ que je précise maintenant de manière à lier les débats sur l'Européanisation du droit privé et la problématique fondamentale de la légitimation de la production du droit dans l'Union européenne (I). Pour cela, je distingue trois stratégies de légitimation et, dans la section suivante (II), à partir de trois séries d'exemples, je vérifie et remets en cause leur viabilité. Ces thèses et antithèses ont pour but de fonder une synthèse dans la section conclusive (III), voulue comme l'esquisse d'une réponse constructive à la question principale des conditions de légitimité du processus d'européanisation.

I - Trois modèles concurrents de légitimation

L'Europe attend beaucoup du droit, l'exposant à des changements du sommet à la base - et l'obligeant à justifier lui-même ses défis. Cette exigence qui peut sembler aller de soi, et qui se retrouve, d'ailleurs, dans les traités et leurs amendements, a, en réalité, besoin de clarification, et, est difficile à satisfaire. Pourquoi ? – Le processus de l'intégration européenne a été considéré comme formant et constituant « une association de souveraineté d'une nature spéciale » (*Herrschaftsverband eigener Prägung*) comme le présente le sociologue M. Rainer Lepsius² – une formulation heureuse, puisqu'en utilisant simplement la catégorie Wébérienne de l'*Herrschaft* (domination/souveraineté), elle désigne un problème clef et récurant du projet européen. Cet *Herrschaftsverband* dépend de sa reconnaissance par ses sujets – cette dépendance est *de facto* devenue de plus en plus visible et perceptible³. Les spécialistes des sciences

¹Spéc. Ch. Joerges/ G.Brüggemeier, Europäisierung des Vertrags und Haftungsrechts, in : P. - Ch. Müller-Graff (éd.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft, Baden-Baden* : 2^e éd., Baden-Baden : Nomos 1999, pp. 301 et s. ; The impact of European Integration on Private Law: Reductionist perceptions, True Conflicts and a New Constitutionalist Perspective, *European Law Journal* 3 (1997), pp. 378 et s. ; Interactive Adjudication in the Europeanisation Process? A Demanding Perspective and a Modest Example, *European Review of Private Law* 8 (2000), pp. 1 et s.

²Pour ce terme allemand, voir M. Rainer Lepsius, Die Europäische Union als Herrschaftsverband eigener Prägung (The European Union as a Sovereignty Association of a Special Nature), in : Ch. Joerges/Y. Mény/J.H.H. Weiler (éd.), *What Kind of Constitution for What Kind of Polity? Responses to Joschka Fischer*, Institut Universitaire Européen Florence /Harvard Law School, 2000, pp. 203 et s. (pp. 213 et s.); <http://www.iue.it/RSC/symposium/>.

³Cela a maintenant fait l'objet d'un examen approfondi par des disciplines explicatives, plus récemment dans K.J. Alter, *Establishing the Supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*, Oxford/New York: Oxford University Press 2001.

sociales ne devraient pas, et nous juristes ne pouvons pas, se satisfaire d'un concept empirique de légitimité : est-ce que les exigences de souveraineté de l'Europe sont si justifiables pour mériter aussi notre reconnaissance ? – C'est une question que nous devons nous poser nous-mêmes, indépendamment de savoir si nous devons ou non utiliser Jürgen Habermas dans ce but⁴.

En fait, la science juridique a posé la question du fondement de la validité du droit européen «dès le début », c'est-à-dire, dans la première étape de la formation de la C.E.E. Il me semble que cela est arrivé de façon plus fondamentale en Allemagne qu'ailleurs – pas nécessairement pour des raisons particulièrement bonnes, mais simplement grâce à une logique irrésistible de l'histoire allemande : à cette époque, la République fédérale était encore une très jeune démocratie ; elle ne voulait et ne pouvait remettre en question l'accomplissement d'une légitimité démocratique. En même temps, l'acceptation de la nouvelle démocratie dépendait de son intégration en Europe. Le droit fondamental (*Grundgesetz*) s'était dégagé avec prévoyance de ce problème théoriquement délicat. Il avait simplement transformé en droit constitutionnel positif, les principes d'inviolabilité de la démocratie (dans l'article 79 III) ainsi que l'ouverture de la République Fédérale à l'intégration (dans l'article 23). Une réponse paradoxale ? – Un exemple du caractère intrinsèquement contradictoire de tout le droit ? -- Il s'agit, en tout cas, d'une problématique qui préoccupe jusqu'à présent le droit européen et qui tient en haleine ses interprètes. Je souhaite distinguer ici trois séries de tentatives de représentation et donner au processus européen un fondement normatif solide.

1.1 La rationalité du marché comme principe de droit (constitutionnel)

La première tentative, « l'ordo-libéralisme » (une version allemande du libéralisme connu en France surtout grâce à sa constante opposition contre toute sorte de planification), avait été conçue avant même que la C.E.E. existait encore. Elle s'est développée durant la tumultueuse République de Weimar, en affirmant qu'un ordre libre pour la vie économique devait être établi (« constitué ») juridiquement de façon à protéger cet ordre contre des empiétements politiques opportunistes et discrétionnaires⁵.

⁴Pour un examen très précis, voir une nouvelle fois, J. Habermas, Remarks on Legitimation through Human Rights, in *The Postnational Constellation*, Cambridge: Polity 2001, pp. 113 et s. Pour une analyse de cette position, voir Christian JETZLSPERGER, Legitimacy through Jurisprudence? The Impact of the European Court of Justice on the Legitimacy of the European Union, EUI Working Paper LAW 2003/12, disponible sur <http://www.iue.it/PUB/law03-12.pdf>.

⁵Cf., sur cette tradition en langue anglaise D.J. Gerber, Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the “New” Europe, *American Journal of Comparative Law* 42 (1994),

Cette tradition a survécu au «Troisième Reich », et a marqué la sensibilité de la République fédérale par rapport à la politique économique entendue comme *Ordnungspolitik*. Au cours de l'intégration européenne, «l'ordo-libéralisme » est devenu la «théorie allemande dominante », avec un double sens particulier pour les deux éléments composant le terme : elle « domina » parmi les professeurs de droit économique et dans de nombreuses déclarations politiques officielles , mais la pratique du droit et de la politique apparaissait différente⁶. Cela était également vrai pour la Communauté européenne et son droit : les « quatre libertés » garanties dans le Traité C.E.E., l'ouverture des économies nationales, l'interdiction de la discrimination et les règles de concurrence, furent comprises comme une « décision » en faveur d'une *constitution économique* qui correspondait aux conceptions de l'école ordo-libérale au regard de l'ensemble des conditions d'encadrement d'un système de marché concurrentiel⁷. Et le fait même que l'Europe se transformait en une simple communauté économique rendait plus plausible l'argument ordo-libéral : en interprétant l'ensemble des dispositions de droit économique du Traité C.E.E. comme un ordre juridiquement établi chargé de garantir les libertés économiques, la Communauté obtenait par elle-même une légitimité, qui ne dépendait pas des institutions d'un Etat constitutionnel démocratique, et de laquelle résultent les engagements de politiques juridiquement obligatoires de cette communauté⁸. Il s'agissait d'un cadre qui laissait de l'espace pour des alternatives. En fait, pendant de nombreuses années, jusqu'aux programmes du marché intérieur de 1985 et de l'Acte unique européen de 1987, le droit privé était laissé à lui-même⁹. C'est au cours de ces initiatives, que le principe juridique de reconnaissance mutuelle fut découvert pour le droit privé, constituant ainsi l'espoir que les mécanismes de réglementation de la concurrence encourageraient une rationalisation

pp. 25 et s.; W. Sauter, *Competition Law and Industrial Policy in the EU*, 1997, pp. 26 et s.; Ph. Manow, *Modell Deutschland as an interdenominational Compromise*. Program for the Study of Germany and Europe, Working Paper No. 00.3. Center for European Studies, Harvard University, Cambridge, MA, 2000; en langue française voir p.ex. L.-J. Constantinesco, « La constitution économique de la C.E.E. », *Revue trimestrielle de droit européen*, 1977, pp. 244 et s.

⁶Cf., par exemple, Ch. Joerges, *The Market without a State ? States without Markets ? Two Essays on the Law of the European Economy*, EUI Working Paper Law 1/96, San Domenico di Fiesole 1996 (<<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-019a.htm>>; <<http://eiop.or.at/eiop/texte/1997-020.htm>>); “Good Governance” in the European Internal Market: Two Competing Legal Conceptualisation of European Integration and their Synthesis, in: A. v. Bogdandy/P.C. Mavroides/Y. Mény (éd.), *European Integration and International Co-ordination. Studies in Transnational Economic Law in Honour of Claus-Dieter Ehlermann*, Den Haag-London-New York: Kluwer Law International 2002, pp. 219 et s.

⁷Evidemment, les traités C.E.E. contiennent eux-mêmes beaucoup d'exceptions importantes au régime de la liberté de la concurrence, tels que tout le secteur de l'agriculture.

⁸A. Müller-Armack, *Die Wirtschaftsordnung des Gemeinsamen Marktes*, in *idem*, *Wirtschaftsordnung und Wirtschaftspolitik*, Freiburg i.Br.: Rombach 1966, pp. 401 et s.

⁹Ou plus ou moins de manière décisive s'est préservé contre les premiers projets liés à la protection des consommateurs ; cf., Ch. Joerges, *Zielsetzungen und Instrumentarien der Europäischen Verbraucherrechtspolitik: Eine Analyse von Entwicklungen im Bereich des Zivilrechts*, *Zeitschrift für Verbraucherpolitik* 3 (1979), pp. 213 et s.

« économique » du droit privé en Europe¹⁰. De toute façon, au début des années 90, un code européen du droit privé fut également envisagé¹¹. Toutefois, la nouvelle version de cette idée est maintenant désignée par le concept de « privatisation du droit privé »¹².

I.2 Intégration Fonctionnalisme

La référence à une rationalité économique du Marché ne suffisait cependant pas pour permettre au droit européen de revendiquer une validité supranationale pour des objectifs beaucoup plus vastes et complexes. En outre, en droit international, en droit constitutionnel et en droit public (*Staatsrecht*), – c'était dans les catégories de ces disciplines que l'Europe fut approfondie en termes juridiques – le concept d'une constitution économique supranationale contraignant les Etats constitutionnels était difficile à accepter¹³. Cependant, puisque aucune justification constitutionnelle, fondée sur une majorité parlementaire, n'était utilisable pour légitimer une gouvernance politique supranationale, les possibilités d'action de la Communauté devaient être limitées par des restrictions aussi bien de ses pouvoirs que de ses futures positions en faveur des Etats membres (« pères fondateurs des traités »). Mais tout cela n'était que des réponses pragmatiques, peu satisfaisantes pour une tradition juridique comme celle de l'Allemagne. Évidemment, il fallait trouver une conception plus théorique, un fondement d'une dignité constitutionnelle pour légitimer une gouvernance supranationale. Hans Peter Ipsen y parvient très tôt, avec sa caractérisation des trois communautés européennes d'alors, entendues comme « des associations à but

¹⁰Pour une position officielle, v. Wissenschaftlicher Beirat beim Bundesministerium für Wirtschaft, *Stellungnahme zum Weißbuch der EG-Kommission über den Binnenmarkt* (Schriften-Reihe 51), Bonn 1986.

¹¹Cf., en particulier. E.-J. Mestmäcker *Die Wiederkehr der bürgerlichen Gesellschaft und ihres Rechts*, *Rechtshistorisches Journal* 10 (1991), pp. 177 et s., pp. 190 et s. ; W. Tilmann, *Eine Privatrechtskodifikation für die Europäische Gemeinschaft*, in P.-Ch. Müller-Graff (éd.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, Baden-Baden : Nomos 1993, pp. 485 et s.

¹²V. le titre programmatique de la conférence d'Heidelberg de septembre 2002 de l'Association allemande des jeunes enseignants de droit civil, <http://www.junge.zivilrechtswissenschaftler.de/> – Une autre école de pensée, représentée d'abord et avant tout par Reinhard Zimmermann, conceptualise le droit privé comme un corps autonome de droit se libérant lui-même de ses liens nationaux (et redécouvrant le chemin du *ius commune europaeum*); cf. R. Zimmermann, *Das Römisch-Kanonische Ius commune als Grundlage europäischer Rechtseinheit*, *Juristen Zeitung* 1992, pp. 8 et s. ; *Der Europäische Charakter des englischen Rechts – Historische Verbindungen zwischen civil law und common law*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 1993, pp. 4 et s. [reprinted in P.-Ch. Müller-Graff (éd.), *Gemeinsames Privatrecht in der Europäischen Gemeinschaft*, 2. Aufl.#, Baden-Baden : Nomos 1999, 103 et s.] ; v., aussi, *idem*, *Roman Law and European Legal Unity*, in A.S. Hartkamp/M.W. Hesselink/E. Hondius/C. Joustra/E. du Perron (éds.), *Towards a European Civil Code*, 2^e éd., Nijmegen-Den Haag : Kluwer 1998, pp. 21 et s.

¹³Pour une analyse instructive de l'histoire juridique, v. Ch. Tietje, *Internationalisiertes Verwaltungshandeln*, Berlin : Duncker & Humblot 2001, pp. 50 et s., pp. 86 et s., pp. 155 et s.

spécifique d'intégration fonctionnelle » (*Zweckverbände funktioneller Integration*)¹⁴. Le terme d'« association à but spécifique » désigne des domaines qui n'ont pas été prévus dans le concept ordo-libéral – sans cependant, exposer le droit communautaire à des exigences démocratiques. Comme association à but spécifique, l'Europe était supposée traiter des problèmes de « réalisation technique », *i.e.*, des fonctions administratives qui pouvaient – et devaient être confiées à une bureaucratie supranationale¹⁵.

La thèse suivant laquelle tout ceci concerne le droit privé peut paraître artificielle. Mais ce lien devient plus évident si on se rappelle que le fonctionnalisme d'Ipsen était une continuation, à l'échelle européenne, de la seconde tradition en droit économique allemand de ce que K.W. Nörr¹⁶ appelait le concept « d'économie organisée ». Cette tradition est indifférente au regard de la politique économique et n'a jamais donné de signification juridique à son organisation et à la rationalité d'une économie libre. La politique économique et la direction de l'économie comprenaient des tâches législatives et administratives. Mais exactement pour cette raison, il fallait savoir comment la politique pouvait être légitimée si elle dépassait le cadre d'Etat constitutionnel sans être capable de trouver un fondement en droit international. La réponse ingénieuse d'Ipsen était que l'Europe devait se comprendre comme institutionnalisant une rationalité fonctionnaliste et technocratique, comme fondement et contenu de son droit. Et, pendant très longtemps, cela semblait suffisamment expliquer ce que la politique d'intégration était vraiment en train de faire. Ce ne fut cependant plus le cas lorsque le programme du marché intérieur conduit à des stratégies régulatrices que Giandomenico Majone considéra comme les copies de la « réglementation économique et sociale » américaine¹⁷. De son point de vue, l'Europe s'est établie comme « Etat régulateur », dont la fonction principale est de corriger un dysfonctionnement du marché, et il faudrait confier ces tâches à des institutions non majoritaires¹⁸.

À partir de telles perspectives, le droit privé en tant que tel demeure marginal ; son importance par rapport au projet européen reste en quelque sorte nulle. Aussi bien les

¹⁴H.P. Ipsen, *Der deutsche Jurist und das Europäische Gemeinschaftsrecht*, *Verhandlungen des 43. Deutschen Juristentages*, München : C.H. Beck 1964, vol. 2 L, pp. 14 et s.

¹⁵H.P. Ipsen, *Europäisches Gemeinschaftsrecht*, Tübingen : Mohr/Siebeck 1972, pp. 176 et s.

¹⁶*Die Republik der Wirtschaft. Teil I: Von der Besatzungszeit bis zur Großen Koalition*, Tübingen: Mohr/Siebeck 1999, pp. 5 et s.; cf., plus tôt, K.W. Nörr, *Zwischen den Mühlsteinen. Eine Privatrechtsgeschichte der Weimarer Republik*, Tübingen : Mohr/Siebeck 1988.

¹⁷Comme exemple de paradigme : *Regulating Europe : Problems and Perspectives*, *Jahrbuch zur Staats- und Verwaltungswissenschaft* 3 (1989), pp. 159 et s. pour laquelle il a développé la formule de légitimation correspondante.

¹⁸Pour un équilibre provisoire, v. G. Majone, *Regulating Europe*, London : Routledge 1996. Depuis lors, l'édifice conceptuel a été perfectionné de façon équilibrée : cf., par exemple, G. Majone, *Non-majoritarian Institutions and the Limits of Democratic Governance: A Political Transaction-Cost Approach*, *Journal of Institutional and Theoretical Economics* 157 (2001), pp. 57 et s.

spécialistes de droit communautaire que les spécialistes de droit privé ont partagé ce point de vue : les premiers ont participé au renouvellement de l'ensemble du cadre réglementaire de l'économie européenne ; les seconds – surtout la communauté universitaire allemande – se sont plaint des distorsions des législations européennes en droit privé, mais a souligné que les domaines essentiels du droit privé demeuraient de compétence nationale : la logique de la politique d'intégration et la logique du développement du droit privé fonctionnaient apparemment de façon autonome¹⁹.

1.3 L'Europe comme un Etat (social) et un codificateur du droit privé ?

« Un Code Dur Maintenant » ! Ce titre qui a sonné un peu comme une provocation. Ugo Mattei, qui l'inscrit sur ses bannières²⁰, est en réalité plus conciliant et circonspect que son slogan. Un code européen doit permettre d'établir des dispositions obligatoires, mais doit se contenter d'un programme minimal axé sur la procédure. C'est seulement de cette manière qu'il pourrait ajuster le « tissu social du capitalisme européen ». Est-ce que cela voudrait dire alors un code « avec des fondations suffisamment profondes et des voûtes suffisamment hautes » pour inclure « dans son édifice conceptuel » ces questions sociales qu'Otto von Gierke avait défendues dans sa critique du premier projet du BGB²¹ ? – Si Otto von Gierke n'est plus tellement connu en dehors de l'Allemagne, sa critique sur le formalisme de la tradition pandectiste allemande semble encore bien vivante et actuelle²².

Est-ce que les aspects « sociaux » du droit privé seraient mieux protégés dans un code civil européen ? – C'est une question qui ne concerne pas seulement le droit privé, mais qui est aussi liée au destin de l'Etat providence dans son ensemble. Il faudra y revenir²³. Les difficultés auxquelles se confronte une telle vision sont cependant si énormes qu'il ne ferait aucun sens de les écarter. Pour anticiper l'argument que nous allons développer : la qualité normative d'un « droit privé social » national dépend du jeu croisé des sources législatives et non-législatives du droit, de la politique réglementaire, des législations spéciales et des codifications, des communautés d'experts et du public en général²⁴. Ces circonstances ne sont pas présentes dans le contexte européen et ne

¹⁹pour plus de détails, v. Ch. Joerges/G. Brüggemeier, *Europäisierung des Vertrags- und Haftungsrechts* (note 1 *supra*). Ch. Joerges, *The Impact of European Integration on Private Law* (note 1 *supra*).

²⁰U. Mattei, *Hard Code Now!*, *Global Jurist Frontiers*, Vol. 2 : No. 1 (2002), Article 1.

²¹O. v. Gierke, *Die soziale Aufgabe des Privatrechts*, Berlin 1889, p. 17.

²²Cf., Ch. Schmid, *On the Legitimacy of a European Civil Code*, *Maastricht Journal of Comparative Law* 8 (2001), pp. 277 et s.

²³Sections II.3 et III *infra*.

²⁴ Cf., Ch. Joerges, *Formale Freiheitsethik, materiale Verantwortungsethik und Diskursethik im modernen Privatrecht*, in : F.U. Pappi (ed.), *Wirtschaftsethik. Gesellschaftswissenschaftliche Perspektiven*

vont pas émerger dans un avenir proche. Le fait que ce soit le cas est simplement dû à « l'état de l'Union (européenne) » : ce régime n'est pas unitaire, mais pluraliste²⁵ (« hétérarchique » pour certains²⁶, ou « mixte » pour d'autres²⁷). En cela, il y a – d'une certaine manière – des unités politiques autonomes, aucune d'elles n'est investie de la compétence de la compétence (*Kompetenz-Kompetenz*) nécessaire pour un règlement autorisé des conflits juridictionnels. Il en résulte une disjonction très particulière de la « société » et de « l'Etat », des libertés économiques et des droits politiques, de la citoyenneté politique et de la citoyenneté économique du marché. Prenons de la distance avec les deux approches évoquées jusqu'ici : l'Europe n'est jamais devenue un « marché sans Etat » dans lequel une constitution économique supranationale peut attribuer au droit privé son domaine ; et c'est encore moins un Etat social européen qui se superpose sur les ordres nationaux. Il s'agit plutôt d'un processus qui se trouve lui-même dans un « moment constitutionnel » de longue durée, c'est-à-dire à la recherche d'un droit capable de structurer la production du droit privé européen. Pour la désignation de cette tâche, j'ai adopté le terme « *Recht-Fertigungs-Recht* » (littéralement : droit de la production du droit (*Recht-Fertigungs-Recht*)), un terme apparemment artificiel, mais qui me paraît approprié ici²⁸.

(*Sonderheft der Christiana Albertina Universität*), Kiel 1989, pp. 127-139 ; The Science of Private Law and the Nation-State, in F. Snyder, *The Europeanization of Law. The Legal Effects of European Integration*, Oxford/Portland: Hart 2000, pp. 47 et s., pp. 70 et s.) ; O. Gerstenberg, Public Intervention, Private Ordering and Social Pluralism, in Ch. Joerges/O. Gerstenberg (éd.), *Private governance, democratic constitutionalism and supranationalism*, Luxembourg : Commission européenne (Direction générale Science, Recherche et développement) EUR 18340 EN), 1998, pp. 205 et s.

²⁵ As so well argued by N. Walker, The Idea of Constitutional Pluralism, *Modern Law Review* 65 (2002), pp. 317 et s.

²⁶ K.-H. Ladeur, The Theory of Autopoiesis. An Approach to a Better Understanding of Post-modern Law. From the Hierarchy of Norms to the Heterarchy of Changing Patterns of Legal Inter-relationships, EUI Working Paper Law 99/3.

²⁷ G. Majone, Delegation of Regulatory Powers in a Mixed Polity, *European Law Journal* 8 (2002), pp. 319 et s.

²⁸ Le terme "*Recht-Fertigungs-Recht*" est une création de Rudolf Wiethölter (dans son essai "Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts", à paraître dans Christian Joerges/ Gunther Teubner (éd.), *Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie*, Baden-Baden : Nomos 2003, 13-22) qu'utilise Wiethölter quand il décrit les fonctions normatives de la justification – La traduction est particulièrement délicate lorsque elle doit transmettre le sens d'un terme construit librement et qui n'est pas encore établi dans un espace sémantique étranger. Les raisons spécifiques pour l'adoption de ce terme dans notre contexte apparaîtront dans le cours de l'analyse. Il suffit ici de souligner notre scepticisme quant à la possibilité et la désirabilité d'un "code dur à contenu social" ne résulte pas, comme l'écrit P. Legrand dans, *European Legal Systems are not Converging.. International and Comparative Law Quarterly* 45 (1996), 52 et s.], de difficultés de communication présumées infranchissables entre le *common law* et le *civil law*. Il n'est pas non plus la marque, comme l'écrit par exemple H. Collins, dans, *European Private Law and the Cultural Identity of States*, *European Review of Private Law* 3 (1995), pp. 353 et s.] d'une défense rigide des liens "culturels" du droit privé. Mais suppose plutôt "deux sortes d'intégration sociale – *culturelle et politique*. La première désigne le type d'intégration nécessaire aux individus et aux groupes qui cherchent à découvrir qui ils sont ou qui ils aimeraient être ..., la dernière ne repose pas sur un ensemble particulier de valeurs mais sur des normes transculturelles et des principes universels", E.O. Eriksen and J.E. Fossum, *The EU and Post-national Legitimacy*, Oslo : Arena-Working Paper 26/2000, le texte accompagnant les notes pp. 40 et s. De

II Trois séries d'exemples

Verba docent, exempla trahunt. Le droit réel, le droit vivant ne se trouve pas dans les théories ou les doctrines ; on le trouve dans la jurisprudence et les interactions qui constituent le système juridique (dans le sens sociologique). Toutefois, les exemples tirés de la jurisprudence de la C.J.C.E. et discutés plus bas, ne peuvent certainement pas représenter à eux seuls cette réalité complexe. Notre confrontation des paradigmes esquissés dans la première section avec les cas choisis a un but moins ambitieux et plus réaliste. D'une part, on veut utiliser le potentiel analytique de ces paradigmes démontrant leur « présence » dans les raisonnements des acteurs intéressés et le monde académique, sans suggérer cependant que l'un d'entre eux domine totalement la « pratique » du système juridique, ou qu'une tradition de pensée disparaisse sans trace même après avoir été réfutée dans un contexte spécifique. D'autre part, l'analyse qui suit, poursuit néanmoins des objectifs systématiques et théoriques : il s'agit d'illustrer des problèmes que les trois paradigmes ne peuvent pas résoudre ou traiter de manière satisfaisante, préparant ainsi une transition vers le point de vue qui sera esquissé dans la section conclusive.

II.1 Les arrêts *Centros* et *Überseering*: La transformation des libertés économiques en droits politiques, et l'obsolescence du droit international privé traditionnel

L'arrêt de la C.J.C.E. dans l'affaire *Centros*²⁹ doit être considérée comme l'une de ses plus importantes décisions³⁰ ou, du moins, comme la plus débattue, depuis l'arrêt *Cassis de Dijon* de 1979³¹. Les attentes de l'arrêt ultérieur *Überseering* étaient également fortes³². On a tellement écrit sur le sujet qu'il semble approprié de commencer par les thèses qui seront développées plus loin : (1) Cette décision jurisprudentielle transforme les libertés économiques en droits politiques de

manière similaire, cf. : M.W. Hesselink, *The New European Legal Culture*, Deventer : Kluwer 2001, pp.72 et s.

²⁹ Affaire 212/97, arrêt du 9 Mars 1999, Recueil C.E. [1999-I] 1459 – *Centros Ltd. v. Ervervsog Selskabsstrylsen*.

³⁰ Une recherche sur Celex du 25 mars 2002 indique 112 commentaires. Ce chiffre est trop modeste, il ne prend pas en compte par exemple l'ouvrage de H. Halbhuber, *Limited Company statt GmbH? Europarechtlicher Rahmen und deutscher Widerstand – Ein Beitrag zur Auslegung von Art. 48 EG und zum Europäischen Gesellschaftsrecht*, Baden-Baden : Nomos 2001.

³¹ Rs. 120/78, Slg. 1979, 649 – *Cassis de Dijon*.

³² Rs. 208/00, U. v. 5.11.2002 – *Überseering BV v. Nordic Construction Company Baumanagement GmbH (NCC)*.

participation. (2) Elle s'efforce de juridifier la concurrence en matière de réglementation. (3) Elle a les moyens de « constitutionnaliser » le processus d'eupéanisation par un droit de justification qui rejette le supranationalisme orthodoxe sans chercher refuge dans le droit international privé classique.

II.1.1 L'arrêt *Centros*

L'arrêt *Centros* concerne l'essentiel de l'acquis juridique européen, à savoir, les libertés économiques, d'application directe, et qui devraient pour cela avoir la primauté sur le droit national. En outre, cet arrêt constitue un prolongement et un renforcement de la conception qui a profondément pénétré la conscience et la sensibilisation juridique du droit économique : on considère qu'elle sert ce que certains appellent l'intégration négative, parce que les libertés directement applicables fondent le contrôle du contenu du droit national par la C.J.C.E., l'exposant à une concurrence de réglementation. Cette justification mériterait une argumentation plus détaillée que les limites de cet article ne nous permettent pas ici³³

Comme c'est souvent le cas, dans cette affaire qui fait école, les faits étaient triviaux : un couple marié de Danois, Marianne et Tony Bryde, souhaitaient importer du vin au Danemark, mais ne souhaitaient pas payer les droits de 200,000 DK (28,000 Euro) que le Danemark exige pour l'enregistrement des sociétés. Le couple eut alors l'idée de « faire la nique » à leur droit danois³⁴. En mai 1992, ils fondèrent en Angleterre une société privée à responsabilité limitée, la maintenant légendaire *Centros Ltd.*, et créèrent une succursale à Copenhague – ils n'ont dû [à aucun moment] verser d'apports minimaux en capital.

Cependant, les autorités danoises refusèrent la constitution de la société ; au début de juin 1997, après avoir saisi toutes les juridictions, les Bryde se présentèrent devant le *Højesteret* qui demanda³⁵ à la C.J.C.E. si le refus d'installation au Danemark de la succursale de la société anglaise était compatible avec la liberté d'établissement garantie par l'article 43 [ex 52] et les articles 52 et 58 du Traité C.E.E. Donnée le 9 mars 1999, la réponse de la C.J.C.E. fut la suivante:

« Les articles 52 et 58 du traité CE s'opposent à ce qu'un Etat membre refuse l'immatriculation d'une succursale d'une société constituée en conformité avec la législation d'un autre Etat membre dans lequel elle a son siège sans y exercer

³³ Les développements qui suivent doivent beaucoup à Barbara Trefil (dont le mémoire de LL.M. qui porte sur "Die Niederlassungsfreiheit für Gesellschaften in der Rechtsprechung des EuGH und ihre Auswirkungen auf nationales Recht" *Working Paper* 2003/9 du département de droit de l'IUE, disponible sur <http://www.iue.it/PUB/law03-9.pdf>).

³⁴ Leur conduite est interprétée avec ce degré de sévérité par le *maître penseur* du droit international privé en Allemagne, Gerhard Kegel dans son editorial in *Europäisches Wirtschafts und Steuerrecht* Heft 9/1999 ["Il y a quelque chose de pourri dans le royaume du Danemark"].

³⁵ § 13.

d'activités commerciales lorsque la succursale est destinée à permettre à la société en cause d'exercer l'ensemble de son activité dans l'Etat où cette succursale sera constituée, en évitant d'y constituer une société et en éludant ainsi l'application des règles de constitution des sociétés qui y sont plus contraignantes en matière de libération du capital social minimal³⁶ ».

II.1.2 Interprétation

Pour certains³⁷, la C.J.C.E. confirme prudemment sa jurisprudence précédente sur la liberté d'établissement³⁸, pour d'autres, plus critiques, elle la radicalise³⁹. Grâce à la C.J.C.E., la théorie du siège statutaire et [*Gründungstheorie*] est considérée comme ayant prévalu sur le principe du siège effectif [*Sitztheorie*]⁴⁰. Rien de ceci n'est vrai, d'autres soutiennent qu'on applique de toute façon la théorie du siège statutaire au Danemark, et que la reconnaissance du principe du siège effectif par l'arrêt *Daily Mail*⁴¹ n'est pas ici pertinente : par conséquent, il s'agit d'une question classique de droit international privé⁴². Une nouvelle fois, on considère que la C.J.C.E. ouvre la voie à une concurrence de réglementation, on doit donc s'attendre aux effets du Delaware en Europe⁴³.

Ma première thèse⁴⁴ cherche à se démarquer elle-même de cette dichotomie doctrinale entre le droit européen et le droit international privé, entre le fait de penser en termes de primauté et de lien, et le célèbre dualisme entre intégration «négative » et intégration

³⁶ *Affaire 212/97*, arrêt du 9 Mars 1999, Recueil CE. [1999-I] 1459 – *Centros Ltd. v. Ervervsog Selskabsstyrelsen*.

³⁷ L'exhaustivité peut à peine être atteinte en esquissant le nombre des points de vue. Spécifiquement, sur la réponse en Allemagne, v. H. Halbhuber, National Doctrinal Structures and European Company Law, *Common Market Law Rev.* 38 (2001) ; une analyse "externe" très complète sur l'ensemble du développement du droit des sociétés est faite par J. Wouters, European Company Law : *Quo Vadis?*, *Common Market Law Rev.* 37 (2000), pp. 257 et s. ; de manière plus topique, B. Trefil (note. 33).

³⁸ Arrêt du 10.07.1986, *Affaire C-79/85*, [1986] Recueil CE. 2375 – *Segers*.

³⁹ Pour un commentaire, v., E Steindorff, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, *Juristen Zeitung* 1999, pp. 1140 et s.

⁴⁰ Cf., par exemple, P. Behrens, Das Internationale Gesellschaftsrecht nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Praxis des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts* 19 (1999), pp. 323 et s. ; c'est la question que la Haute Cour Fédérale soumise à la C.J.C.E. le 25.05.2000 ; cf., the *Uberseering* decision, II.1.4 *infra*.

⁴¹ *Affaire C-81/87*, arrêt du 27.09.1988, [1988] ECR 5483 – *The Queen/Treasury and Commissioners of Inland Revenue, ex parte Daily Mail and General Trust PLC*.

⁴² Ainsi, par exemple, W. Ebke, Das Schicksal der Sitztheorie nach dem Centros-Urteil des EuGH, *Juristen Zeitung* 1999, pp. 656 et s. ; P. Kindler, Niederlassungsfreiheit für Scheinauslandsgesellschaften? Die Centros-Entscheidung des EuGH und das internationale Privatrecht, *Neue Juristische Wochenschrift* 1999, pp. 1993 et s. ; W.-H. Roth, Case Note, *Common Market Law Rev.* 37 (2000), pp. 147 et s.

⁴³ C'était spécialement le paragraphe 20 dans l'avis de l'Avocat Général La Pergola qui a inspiré ce type d'interprétation.

⁴⁴ *supra* avant la Section II.1.

« positive ». La manière avec laquelle la C.J.C.E. a traité la conduite des Bryde semble rendre plausible ce type d'interprétation. Pour la critique de la C.J.C.E., le droit européen n'a pas à interférer avec un problème danois purement interne. Les Bryde, qui n'avaient aucun intérêt commercial en Angleterre, devaient s'incliner devant leur propre souverain. Mais est-ce que les Bryde ne sont que danois ? N'ont-ils pas « droit au système juridique le plus favorable »⁴⁵, simplement parce qu'ils ne sont pas seulement des citoyens du Danemark, mais aussi des citoyens de l'Union européenne ? C'est en fait de cette manière que je lis l'arrêt de la C.J.C.E. : il n'y a rien en soi d'abusif à ce qu'un citoyen d'un Etat membre crée une société suivant les dispositions d'un autre Etat membre qui lui sont plus favorables. C'est simplement son droit.⁴⁶

Centros est certainement relatif à la constitution d'une société en Angleterre ; les Bryde n'ont jamais eu l'intention de faire des affaires en Angleterre, mais souhaitaient simplement commencer leur activité au Danemark. Peut-on cependant considérer comme un abus le fait d'exercer sa liberté d'exploiter une disposition du droit anglais ? – Non, soutient la C.J.C.E. :

« Le fait qu'un ressortissant national d'un Etat membre, qui souhaite créer une société, choisisse de la constituer dans l'Etat membre dont les règles du droit des sociétés lui semblent les moins restrictives, et de constituer des succursales dans d'autres Etats membres, ne peut, en soi, constituer un abus de droit d'établissement. Le droit de constituer une société suivant le droit d'un Etat membre, et de constituer des succursales dans d'autres Etats membres, est inhérent à l'exercice, dans un marché unique, de la liberté d'établissement garantie par le Traité »⁴⁷.

Est-ce que cette « intégration négative » interfère avec l'autonomie constitutionnelle du Danemark, ou est-ce une nouvelle confirmation de l'effet dérégulateur des libertés⁴⁸ ? Est-ce que la C.J.C.E. est en train de mener le droit constitutionnel de l'Europe sur la route du Delaware ? – Pas vraiment. Le Danemark peut toujours imposer des exigences de réglementation aussi bien sur ses propres citoyens que sur des étrangers, tant qu'il peut invoquer « les fondements contraignants de l'intérêt général » (suivant la formule de la jurisprudence *Cassis de Dijon* relative à l'article 30 du Traité C.E.E). Le droit européen ne rejette pas le droit danois, mais le presse de se justifier. C'est à cette pression que le Danemark n'a pu résister : il était tout à fait incapable de réaliser la protection des créanciers qui, d'après le gouvernement danois, faisait l'objet de la

⁴⁵ E. Steindorff, *Centros und das Recht auf die günstigste Rechtsordnung*, note 39 *supra*.

⁴⁶ § 27 ; cf. § 29.

⁴⁷ § 35.

⁴⁸ M. Baudisch discute et conteste ce point de vue dans une étude très exhaustive : *From status to contract. An American Perspective on Recent Developments in European Company Law*, Ms New York (Columbia Law School) 2002.

réglementation danoise – ce furent les conclusions de la C.J.C.E.⁴⁹. La C.J.C.E. a agi comme une cour constitutionnelle. Elle s’attribue effectivement le droit de contrôler si le droit danois respecte les droits garantis au niveau européen. Toutefois, les contraintes imposées au Danemark restent limitées. Le Danemark a le droit de protéger ses créanciers et d’agir contre la fraude – mais suivant les conditions familières aux lecteurs de la jurisprudence de l’article 28 [ex 30]⁵⁰. Le Danemark a depuis adopté de nouvelles réglementations suivant lesquelles une société doit, soit déposer une caution équivalent à 110.000 DK en liquide aux autorités bancaires danoises, soit sous forme d’obligations ou de garanties bancaires (qui en cas d’endettement sont exclusivement utilisées pour désintéresser le fisc) ou autre, il est clair qu’un minimum d’actifs d’au moins 125.000 DK doit être disponible⁵¹.

Qu’est-ce qui alors est supposé «pourri» au royaume du Danemark ou ailleurs⁵²? Le Danemark doit se justifier devant ses propres citoyens au sein du forum de la C.J.C.E. Il a l’obligation de poursuivre ses objectifs politiques, mais il doit aussi montrer que les moyens qu’il choisit servent les fins qu’il poursuit. Alors, à quelle sorte de droit avons-nous à faire ici? – Des dispositions qui assujettissent les faits au droit «géographiquement» le meilleur? – Une innovation juridique appuyée par des études comparatives? – Ce qui est en jeu, c’est plutôt un «conflit européen de lois», dans la mesure où cela implique un examen des différences juridiques, un conflit de lois qui cherche à réconcilier l’autonomie politique du Danemark avec l’octroi aux citoyens des droits liés à la citoyenneté européenne. En refaçonant les libertés économiques comme des droits à une participation politique, je vois une essence constitutionnelle dans cet arrêt. L’autonomie privée et les droits politiques dans les démocraties, comme l’a continuellement défendu Jürgen Habermas depuis *Entre faits et normes*⁵³, doivent être conçus comme ayant chacun une dignité originale et équivalente⁵⁴. Qu’est-ce que cela veut dire dans le contexte européen? – Suivant l’arrêt dans *Centros*, cela signifie que le

⁴⁹ §§34-36.

⁵⁰ §§ 37-39.

⁵¹ Cf., B. Trefil (note 33 *supra*), pp. 31 et s., avec les références sur www.retsinfo.dk et une analyse du débat sur le caractère discutable des nouvelles réglementations en droit européen. Depuis lors, la Cour Suprême du Danemark, le 3 février 2002, a rendu son arrêt dans l’affaire *Centros*. La Cour a renvoyé la demande d’enregistrement de la société Centros de sa branche danoise de nouveau à la société et à l’agence commerciale parce que certaines conditions formelles n’avaient pas été remplies, entre autres parce qu’une incertitude existait concernant le capital de la maison mère Britannique; l’Affaire est rapportée dans la revue juridique hebdomadaire danoise *Ugeskrift for Retsvæsen* 2000.1079H.

⁵² Kegel, note 34 *supra*.

⁵³ J. Habermas, *Droit et Démocratie. Entre faits et normes*, Paris, Gallimard, 1997 trad. Fr., de *Faktizität und Geltung*, Frankfurt a.M.: Suhrkamp 1992, pp. 109 et s.; *Between Facts and Norms*, Cambridge, MA: MIT Press 1998, pp.82 et s., pp.133 et s.

⁵⁴ Cf., sa déclaration récente dans *Constitutional Democracy: A Paradoxical Union of Contradictory Principles?*, *Political Theory* 29, 766-781) ainsi que “So, why does Europe need a Constitution?”, [http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02\(uk\).pdf](http://www.iue.it/RSC/EU/Reform02(uk).pdf).

citoyen danois peut poursuivre son souverain devant une juridiction en arguant que ce dernier n'a pas de bonnes raisons pour lui refuser l'usage d'une réglementation alternative offerte par un autre Etat Membre⁵⁵.

II.1.3 Les conséquences, et l'arrêt « *Überseering* »

Que sera l'impact de l'arrêt *Centros* sur le droit européen des sociétés ? – Est-ce que les tribunaux des Etat Membres vont « utiliser » son potentiel dérégulateur⁵⁶ ? – Est-ce que les petites sociétés européennes vont fuir vers le droit britannique⁵⁷ ? – Est-ce qu'un nombre croissant de services étrangers sera offert par des sociétés à responsabilité limitée constituée au Royaume-Uni⁵⁸ ? – Est-ce que le modèle allemand du droit des sociétés qui cherche à protéger l'intérêt général par des dispositions impératives et des règles d'organisation obligatoires sera remplacé par les philosophies anglo-saxonnes de *corporate governance* ?

Peut-on attendre de la C.J.C.E. qu'elle réponde à toutes ces questions ? – Pour commencer, elle doit se confronter à la « logique » juridique de sa position. Par une ordonnance du 30 mars 2002 (*Überseering*⁵⁹), le *Bundesgerichtshof** a demandé si le droit allemand pouvait interdire à une demanderesse néerlandaise d'intenter une action en paiement d'une somme de plus d'un million de marks allemands au motif que, d'une part, le §50 I du code de procédure civile allemand (ZPO) dispose que : « A la capacité à agir en justice celui qui a la capacité juridique [c'est-à-dire l'aptitude à acquérir des droits et des obligations] », et que, d'autre part, le droit allemand prévoit que la capacité juridique d'une société créée en vertu du droit néerlandais est perdue lorsque son activité en Allemagne prend une telle importance qu'elle en devient synonyme, selon le

⁵⁵ Pour conceptualiser ce type de juridification du processus d'eupéanisation, l'adoption du terme utilisé de "droit de just-ification" par Rudolf Wiethölter me semble pour le moins admissible pour les raisons indiquées dans note 28 *supra*. V. aussi S. Deakin, Regulatory Competition versus Harmonisation, dans *European Company Law, Cambridge Yearbook of European Law 2* (1999), pp. 231 et s. *illustrates with the help of Centros his concept of "reflexive harmonisation" which risks, in my view, deducing normative conclusions from analytical concepts and factual observation*. Mais voir M. Dougan, *Vive La Différence ? Exploring The Legal Framework For Reflexive Harmonisation Within The Single European Market*, ms. Cambridge 2002..

⁵⁶ Cf., l'Affaire commentée par K. Nemeth, 37 *Common Market Law Rev.* (2000), pp. 1277 et s.

⁵⁷ Cela est discuté et contesté par M. Baudisch, dans, *From Status to Contract. An American Perspective on Recent Developments in European Company Law*, ms. New York (Columbia Law School) 2002 .

⁵⁸ Cf., D. Karollus-Bruner, *Das steirische Bordell als Zweigniederlassung einer englischen "Private Limited Company"*, *ecolex* 200, pp. 725 et s.

⁵⁹ BGH *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p. 412 ; voir à ce sujet P. Behrens, *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2000, p.385, et *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht* 2002, p.129.XXX

* N.d.T. : Cour suprême fédérale allemande , qui correspond très approximativement à la Cour de cassation française.

droit allemand, d'un transfert de siège social [*Siège d'administration effective*]⁶⁰. Dans les conditions du marché intérieur, de tels principes juridiques semblent franchement impensables – s'ils étaient vraiment aussi rigides et rigoureux que le *Bundesgerichtshof* ne le laissait entendre. Comme l'avocat général Colomer le fit remarquer, le gouvernement allemand avait soutenu à l'audience qu'une société dans la situation d'*Überseering* puisse, au regard du droit allemand, continuer à faire valoir ses droits devant un juge, en tant qu'entité dépourvue de personnalité juridique⁶¹, en outre, il fit remarquer, qu'en droit allemand, malgré le nouveau siège de la société, la capacité d'agir en justice d'*Überseering* demeure⁶². Mais même si la C.J.C.E. s'était strictement limitée à la question préliminaire qui lui avait été soumise, il lui aurait suffi de décider que le droit allemand ne pouvait pas interdire à la société néerlandaise d'agir en justice en Allemagne, et que si le droit civil processuel international allemand qui prescrit de tels effets n'était pas discriminatoire, il n'était pas non plus raisonnable. Les arguments de l'avocat général sont intéressants pour une autre raison : les raisons générales en faveur de la théorie du siège effectif (protection des créanciers / protection des succursales /co-gestion des employés / risque d'une double fiscalité), qui doivent être reconnues comme des raisons contraignantes d'intérêt général, ne pouvaient être prises en compte ici.⁶³

Les arguments et les recommandations de l'avocat général correspondent à la pratique d'une européanisation qui respecterait l'autonomie des Etats membres tout en soutenant néanmoins la compatibilité des politiques nationales avec les valeurs de la Communauté⁶⁴. En revanche, dans son arrêt du 5 novembre 2002, la C.J.C.E. a utilisé des mots beaucoup plus forts. Ses critiques sur le droit international privé allemand et le droit processuel ne tiennent pas compte des possibilités abordées par l'avocat général Colomer, et semblent en conséquence pleines d'assurance, pour ne pas dire présomptueuses : « Une précondition nécessaire pour l'exercice de la liberté d'établissement est la reconnaissance de ces sociétés par n'importe quel Etat membre dans lequel elles souhaitent elles-mêmes s'établir »⁶⁵. Le droit allemand ne doit pas ignorer le fait que la société néerlandaise n'a jamais eu l'intention de transférer le siège⁶⁶. On peut comprendre cela de la manière suivante : on ne peut pas tolérer que dans l'Union européenne, chaque Etat membre détermine « unilatéralement », selon sa

⁶⁰ Cf., § 45 de l'avis de l'avocat général Colomer du 4.12.2001 dans l'arrêt C-208/00 – *Überseering*.

⁶¹ § 55.

⁶² § 46.

⁶³ §§ 50 et s.

⁶⁴ Cf., F.W. Scharpf, *Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich. Zur Logik der europäischen Mehrebenenpolitik*, in *idem, Optionen des Föderalismus in Deutschland und Europa*, Frankfurt a. M.: Campus, pp. 131 et s.

⁶⁵ Aet s. C-208/00, § 59.

⁶⁶ Aet s. C-208/00, §§ 62, 63.

lex fori, quelle signification juridique il attache aux actes transfrontaliers, sans prendre en compte les points de vue juridiques des Etats membres concernés et/ou les intérêts des autres citoyens de la Communauté. Cette sorte de remontrance polie est une chose ; une conversion complète et inconditionnée du droit international privé allemand et de la théorie du siège statutaire est une autre *problématique* ⁶⁷.

Cette question correspond une nouvelle fois au débat au sein de la C.J.C.E. relatif aux raisons invoquées pour fonder la théorie du «siège effectif ». Il est certain que, suivant le paragraphe 92 de l'arrêt, il « n'est pas inconcevable que des exigences prépondérantes liées à l'intérêt général, comme la protection des intérêts des créanciers des actionnaires minoritaires, des employés et même des autorités fiscales, puissent, dans certaines circonstances, et sous certaines conditions, justifier des restrictions à la liberté d'établissement ». Mais le paragraphe suivant poursuit : « Toutefois, de tels objectifs ne peuvent justifier le refus de la capacité juridique et, en conséquence, de la capacité d'être une partie dans une procédure juridique, à une société proprement constituée dans un autre Etat membre dans lequel elle a son siège. Une telle mesure équivaut à une négation absolue de la liberté d'établissement conférée aux sociétés par les articles 43 et 48 C.E.E ». Est-ce que la C.J.C.E. a voulu indiquer qu'il ne semblait plus nécessaire de dire quelque chose sur le raisonnement qui fonde la théorie du « siège effectif » ; qu'il n'y avait plus de raison de prendre au sérieux les engagements de co-gestion, parce que le règlement sur la *societas europa* entrainait en vigueur le 8 octobre 2004, et qu'il y a, à côté, une directive sur la cogestion des salariés ?

II.2 Un découplage et de nouvelles dispositions du droit réglementaire et du droit privé général : Pronuptia et Courage.

La deuxième série d'exemples est relative aux tensions entre le droit privé et le droit économique, et entre le droit privé spécial et général. De telles constellations de conflits ont été largement et profondément analysées, en particulier en Allemagne⁶⁸. Ces tensions ne peuvent être comprises de manière adéquate comme des problèmes doctrinaux issus de domaines juridiques imparfaitement systématisés. Elles se rapportent généralement aux fonctions régulatrices des dispositions juridiques, spécialement de droit économique, qui sont en conflit avec les hypothèses

⁶⁷ Une *problématique* aux dimensions considérables au moins du point de vue allemand ; cf., pour un aperçu, D. Sadowski/J. Junkes/S. Lindenthal, *The German Model of Corporate and Labour Governance*, *Comparative Labor Law & Policy Journal* 22 (2000), pp. 33 et s.# Nouvelle initiative de la Commission#

⁶⁸ Cf., Ch. Joerges, *The Science of Private Law and the Nation State*, in Francis Snyder, *The Europeanization of Law. The Legal Effects of European Integration*, Oxford/Portland: Hart 2000, pp. 47 et s., pp. 70 et s.

fondamentales du droit privé « classique »⁶⁹. C'est un trait spécifique du système européen à plusieurs niveaux que l'ensemble du droit économique tombe pratiquement sous la tutelle du droit européen, en particulier au cours du programme « d'achèvement » du marché intérieur dans le milieu des années quatre-vingt. La protection du consommateur correspond à ce modèle. Cela explique pourquoi le droit communautaire européen a pu ignorer le droit privé pendant si longtemps⁷⁰. Pourtant, plus on a approfondi avec résolution le marché intérieur, plus les découplages du droit économique réglementaire (européen) d'un côté, et du droit privé général (national) de l'autre, ont produit des effets secondaires de désintégration dans les systèmes juridiques nationaux⁷¹. Et pour cela, il faut qu'on se demande à quel niveau et par quels acteurs la question devait alors être traitée – et en conséquence quelles stratégies de légitimation devaient être prises en considération.

Anticipons une nouvelle fois nos conclusions sous la forme de thèses. (1) De la même façon que la concurrence « juridifiée » de réglementations promue par la C.J.C.E. en droit des sociétés ne correspond pas aux idées directrices de la tradition ordo-libérale, les modèles de résolution des conflits entre le droit réglementaire européen et le droit civil national ne correspondent pas aux lignes directrices du fonctionnalisme et aux modèles d'« Etat régulateur » européen. (2) Au lieu de cela, on assiste à l'émergence d'un droit des conflits « diagonaux » qui rend la politique régulatrice commencée en Europe (le droit couvert par la compétence de l'UE), compatible avec le droit civil général (la sphère de compétence des Etats membres). On peut ici envisager trois réponses : a) Le droit européen et/ou le droit national revendiquent chacun leur propre légitimité (mettant l'accent sur leur « *lex fori* ») ; b) ils poursuivent chacun une stratégie d'évitement du conflit en traitant leur propre droit de façon restrictive ; et c) ils découvrent un principe ou une règle compatible avec les préoccupations de réglementation des deux niveaux juridiques qui permet un règlement du conflit.

Les exemples qui démontrent ce modèle de conflit font légion. Prenons simplement ici deux affaires importantes relatives à ces tensions entre le droit européen de la concurrence et le droit civil national. Ces exemples illustreront une nouvelle fois combien les trois paradigmes présentés plus haut sont limités pour orienter la justification du droit dans un processus d'eupéanisation.

Le droit européen de la concurrence s'est développé dans un système de plus en plus complet – à tel point, que le simple bénéfice de l'obtention de son d'obtenir son application a rendu à présent inévitable le renforcement du niveau de l'Etat membre. Le

⁶⁹ Cf., R. Wiethölter, *Wirtschaftsrecht*, in A. Görlitz (ed.), *Handlexikon zur Rechtswissenschaft*, München: Ehrenwirth 1972, pp. 531 et s.

⁷⁰ Voir les Sections I.1 et I.2 *supra*.

⁷¹ Cf., Ch. Joerges, *Economic Law, the Nation-State and the Maastricht Treaty*, in : R. Dehousse (éd.), *Europe after Maastricht: an Ever Closer Union?*, München: C.H. Beck 1994, pp. 29 et s.

besoin de faire coopérer les niveaux de gouvernance dans l'UE a « toujours » coexisté avec les conséquences des violations du droit de la concurrence en droit civil. Il est certain que les systèmes juridiques nationaux ont dû aussi déterminer jusqu'à quel point les objectifs du droit de la concurrence devaient primer sur ceux du droit privé. Mais dans le contexte de l'Union Européenne, la division des compétences entre les deux niveaux de gouvernance complique la question : dans quelle mesure le droit de la concurrence peut « s'immiscer » dans le domaine du droit privé où il demeure national. Ni le principe de suprématie du droit européen – la règle de conflit « vertical » – ni le droit international privé et ses règles de conflit « horizontal » n'ont les qualités requises pour traiter de telles constellations : ce sont des conflits « diagonaux » qui sont ici en jeu⁷².

II.2.1 Eviter le conflit : L'arrêt *Pronuptia*

La franchise a trouvé sa forme juridique grâce à l'arrêt de la C.J.C.E. dans l'affaire *Pronuptia* où la cour affirme que les liens régissant les franchisés, considérés comme essentiels pour cette technique commerciale, sont hors de portée de l'article 81 [ex 85], et que la pratique de la franchise est une stratégie commerciale innovatrice et favorable en général, à la concurrence⁷³. L'acceptabilité de la franchise du point de vue du droit de la concurrence a son prix en droit civil : l'imposer exige que les liens, qui sont légalisés aux termes du droit de la concurrence, ne soient pas considérés comme abusifs par le droit des contrats⁷⁴. Ces tensions entre la « justice de la concurrence » et la « justice contractuelle » sont d'abord apparues dans les contrats de concessions automobile – elles furent atténuées en intégrant des dispositions pour protéger les revendeurs dans le groupe d'exemptions appropriées⁷⁵. Cette sortie de secours n'a pas été recherchée par le droit de la franchise. Le potentiel de conflit qui en résulte reste cependant, latent. Pourtant, la situation en elle-même est sans aucun doute potentiellement conflictuelle : le contrat de commercialisation de la collection *Pronuptia*

⁷² Ch. Joerges/A.Furrer/O.Gerstenberg, Challenges of European Integration to Private Law, *Collected Courses of the Academy of Law*, Den Haag-Boston-London: Kluwer, Vol. VII, Book 1, pp. 281 et s., pp. 311 et s.; Ch. Schmid, Diagonal Competence Conflicts between European Competition Law and National Regulation. A conflict of laws reconstruction of the dispute on book price-fixing, *European Review of Private Law* 8 (2000) pp. 155 et s.

⁷³ Cf., Affaire C-161/84, [1986], Recueil C.E. 353 – *Pronuptia*, J.O. L 359/88, 46.

⁷⁴ Sur la jurisprudence de la C.J.C.E. cf., Ch. Schmid, *Europäische Wirtschaftsverfassung und Privatrecht*, ms. Florence/Munich 2002, 2. Teil, 1. Abschnitt.

⁷⁵ Ch. Joerges, Wettbewerbsschutz und Vertragsgerechtigkeit in den Beziehungen zwischen Automobilherstellern und händlern: Über die Aufgaben richterlicher Rechtspolitik in "Relationierungsverträgen", in Ch. Broda/E. Deutsch/H.-L. Schreiber/H.-J. Vogel (éds.), *Festschrift für Rudolf Wassermann*, Neuwied: Luchterhand, 1985, pp. 697 et s.

que Mme Irmgard Schillgalis avait signé, prévoyait une protection territoriale qui pouvait être entendue comme une condition préalable précise de réciprocité des obligations que l'on demandait à Mme Schillgalis ; et l'imposition d'un système de prix de revente était aussi tout à fait dans l'intérêt des franchisés. Mais même si on devait considérer comme irréfutable la sanction du droit de la concurrence par la nullité du contrat, cela ne signifiait en aucune façon que Mme Schillgalis avait le droit de refuser une réparation en vertu du principe de l'enrichissement sans cause⁷⁶. (Explanation : The contract may be void. But she has used the franchise system, trade-marks etc ; she is under German law liable under unjust enrichment)

Ce fut la position que chercha à imposer juridiquement, avec une extraordinaire opiniâtreté, la C.J.C.E. dans l'arrêt *Pronuptia*⁷⁷. Le procès *Pronuptia*, engagé à l'origine à Hambourg en décembre 1981, suivi tous les degrés de juridiction en Allemagne, vint devant la C.J.C.E., et revint de nouveau en 1994 devant la Cour d'appel de Francfort qui alloua exactement le même montant à *Pronuptia* que celui que le tribunal de district de Hambourg lui avait déjà attribué en 1981. «Une justice retardée n'est-elle pas une justice niée » ? – « Reportée ne signifie-t'il pas suspendue » ? – On peut répondre par l'affirmative aux deux questions. Le système judiciaire allemand n'était pas prêt à enrichir de façon injustifiée Mme Schillgalis au nom de l'*effet utile* du droit de la concurrence. Toutefois, du point de vue du droit communautaire de la concurrence, on ne peut rien objecter de plus. L'emprise du droit de la concurrence sur le contrat de Mme Schillgalis ne doit pas se comprendre comme un effort pour promouvoir les ventes de robes de mariage dans la région de Hambourg ou même à l'étranger ; ni comme ayant pour but de perturber gravement la politique des prix d'un système de franchise. Il s'agissait plutôt de dissiper les incertitudes du droit de la concurrence que le développement d'une disposition contractuelle, tout à fait souhaitable en termes de politique concurrentielle, ne pouvait convenablement résoudre⁷⁸. Cet objectif fut atteint par l'arrêt de la C.J.C.E. dans *Pronuptia* qui n'était pas relatif à un « vrai » conflit, mais seulement à un faux conflit. Le fait que cela ait pris tant d'années pour l'obtenir constitue un lourd tribut sur ses citoyens de la pratique de l'UE pour la création du droit.

⁷⁶ Le § 817, 2 BGB ne contredit pas ce point de vue comme tout connaisseur de cette disposition le confirmera.

⁷⁷ Pour un compte rendu détaillé de l'histoire du litige, voir W. Skaupy, *Der Pronuptia-Prozess 1974-1995*, *Betriebsberater* 1996, pp. 1899 et s.

⁷⁸ Cf., en détail, Ch. Joerges, *Franchise-Verträge und Europäisches Wettbewerbsrecht: Eine Kritik der Pronuptia-Entscheidungen des EuGH und der Kommission*, *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht* 151 (1987), pp.195 et s. ; *spéc.* p. 223 ; *Contract and Status in Franchising Law*, in *idem* (éd.), *Franchising and the Law: Theoretical and Comparative Approaches in Europe and the United States*, Baden-Baden : Nomos 1991, pp. 11 et s., pp. 50 et s.

II.2.2 Just-ification dans un vide juridique : L'arrêt *Courage*

La nullité d'un accord au regard du droit européen de la concurrence fut aussi le sujet de l'affaire *Courage*⁷⁹, laquelle, fut évidemment marquée par une particularité qui lui assurait une place dans l'histoire du droit de l'Union Européenne⁸⁰ : Bernhard Crehan, détenteur d'une licence pour l'exploitation du pub *Courage*, refusa non seulement de payer £15.266 pour son approvisionnement de bière, mais demanda, dans une demande reconventionnelle, une indemnisation pour le préjudice qu'il avait subi parce que le contrat de débit de boisson qui l'astreignait par bail à vendre en exclusivité de la bière d'une seule brasserie lui imposait des prix considérablement supérieurs à ceux qui étaient demandés à des établissements qui n'étaient pas liés à une seule brasserie par un contrat d'exclusivité. La Cour d'appel (pour l'Angleterre et le pays de Galles) affirma qu'en droit anglais, une partie à un contrat illicite ne peut demander de réparations pour dommages⁸¹. La situation juridique reflète celle de *Pronuptia* : là, le droit communautaire de la concurrence devait être enrichi par le droit des contrats ; mais ici, le droit communautaire de la concurrence avait à se munir lui-même de sanctions inexistantes en droit anglais. L'arrêt de la C.J.C.E. règle la difficulté comme une évidence :

« Quant à la possibilité de demander une réparation pour la perte causée par un contrat ou une conduite ayant entraîné une restriction ou une distorsion de la concurrence, on devrait rappeler que depuis le début, suivant une jurisprudence établie, les tribunaux nationaux dont la tâche est d'appliquer les dispositions du droit communautaire dans les domaines de leur compétence doivent garantir que ces règles prennent tout leur effet et protéger les droits qu'elles confèrent aux individus »⁸².

Cette affirmation est accompagnée d'une référence emphatique aux garanties des droits subjectifs par la Communauté et à l'effet direct des règles de concurrence⁸³. Toutefois, le problème n'est pas seulement celui d'un *octroi* européen. La C.J.C.E. démontre son

⁷⁹ Affaire 453/99, arrêt du 20.09.2001 [2001] Recueil CE. I-6279 – *Courage v. Bernard Crehan*.

⁸⁰ L'affaire attira même l'attention dès la phase préparatoire de l'arrêt de la C.J.C.E ; cf. par exemple, W. van Gerven, Substantive Remedies for the Private Enforcement of EC Antitrust Rules before National Courts, in C.-D. Ehlermann/I. Atanasiu (éds.), *European Competition Law Annual 2001: Effective Private Enforcement of EC Antitrust Law*, Oxford/Portland : Hart 2002. et voir les références dans, A.P. Komninos, New Prospects for Private Enforcement of EC Competition Law: *Courage v. Crehan* and the Community Right to Damages, *Common Market Law Rev.* 39 (2002), pp. 447 et s., pp. 479 et s., pp. 9 et s., et le commentaire exhaustif de l'arrêt auquel nous nous référons ici.

⁸¹ Les références sur le droit anglais peuvent être trouvées dans A. Komninos (note 81), p. 462.

⁸² Affaire C-453/99 – *Courage*, § 25.

⁸³ Affaire C-453/99 – *Courage*, §§ 19, 20, 23.

respect de l'autonomie procédurale⁸⁴ et substantielle⁸⁵ du droit national. Elle prend en compte le fait que les innovations que le droit européen exige diffèrent d'un pays à un autre, et tolère certaines divergences. Elle ne cherche manifestement pas à homogénéiser les systèmes juridiques, mais tient à ce que chaque système de droit privé apprenne à coordonner sa validité avec celle du droit communautaire de la concurrence. Comme dans l'affaire *Centros*, les droits individuels peuvent être invoqués par les citoyens de l'Union européenne à fin de procéder dans chaque affaire à une reformulation de leur propre droit.

La médiation effectuée entre les différentes politiques de réglementation et les divers intérêts des juridictions concernées, dépasse l'unilatéralité des règles du droit international privé et représente un véritable droit européen des conflits de lois⁸⁶. Cette médiation est « délibérative » si, et parce qu'elle ne se contente pas d'invoquer la suprématie du droit européen, elle est européenne parce qu'elle cherche à identifier les principes et les règles qui rendent compatibles des droits différents dans l'UE ; avec l'ambition de s'élever « au-dessus » du droit national parce qu'elle indique et déclare obligatoire une méta-norme qui peut résoudre des conflits intra-européens.

II.3 La logique de l'intégration du marché et la logique de la justification du droit privé

C'est toujours un grand plaisir de relire les réflexions d'Eric Stein : « *Tucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed, until recently, with benign neglect by the powers that be and the mass media, the Court of Justice of the European Communities has fashioned a constitutional framework for a federal-type Europe* »⁸⁷ ; et même maintenant que la C.J.C.E. est devenue définitivement visible, son respect reste très grand : les critiques telles que celles auxquelles les juridictions nationales sont

⁸⁴ « Toutefois, en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire, pour autant que ces modalités ne soient pas moins favorables que celles concernant des recours similaires de nature interne (principe de l'équivalence) et qu'elles ne rendent pas pratiquement impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique communautaire (principe d'effectivité) », Affaire C-453/99 – *Courage*, § 29.

⁸⁵ « De même, le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que, à la condition de respecter les principes de l'équivalence et d'effectivité ..., le droit national refuse à une partie, dont il est constaté qu'elle porte une responsabilité significative dans la distorsion de la concurrence, le droit d'obtenir des dommages et intérêts de son cocontractant », C 453/99 – *Courage*, § 31.

⁸⁶ Cf. Section III.1.2 *infra*.

⁸⁷ « *Repliée dans le royaume de fées du duché du Luxembourg, ayant, jusqu'à présent, le bonheur de jouir d'un manque bienveillant d'intérêt des pouvoirs existants et des masses media, la Cour de Justice des Communautés européennes a façonné un cadre constitutionnel pour une Europe de type fédéral* » : E. Stein, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, *American Journal of International Law* 75 (1981), pp. 1 et s., *spéc.* p.1.

accoutumées demeurent exceptionnelles. Il y a beaucoup de raisons et d'explications à cela⁸⁸. Le travail de la C.J.C.E. est surtout évalué en fonction de son rôle de promoteur d'une politique d'intégration et, est, en général, apprécié. Mais on peut concevoir d'autres critères. La cour fait l'objet d'attentes très différentes : sa jurisprudence ne doit pas seulement servir à promouvoir l'intégration, mais à garantir l'intégrité normative du processus d'intégration, et à répondre de manière prudente aux questions politiques souvent sensibles. Une telle institution peut-elle en même temps fonctionner comme une juridiction de dernier ressort, gagnant le respect des juridictions spécialisées des Etats membres, et répondre, en outre, aux attentes de la part des citoyens de plus de justice dans les prétoires ?

D'une manière plus précise, la protection du consommateur, pionnière et moteur de l'eupéanisation du droit privé, soulève bizarrement deux questions. Les deux cas examinés ici sont relatifs à deux exemples éminents de la législation européenne, il s'agit de la directive sur les clauses abusives de 1993⁸⁹ et de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux de 1985⁹⁰. Commençons par rappeler une nouvelle fois le résultat de l'analyse : dans l'arrêt *Océano*⁹¹ relatif à la directive sur les clauses abusives dans les contrats de la consommation, la C.J.C.E. réussit à faire appliquer la disposition de la directive dans le droit national (espagnol) en redéfinissant les fonctions des tribunaux de telle manière que le système juridique espagnol puisse transformer cette intervention en une réforme innovatrice. On peut, en revanche, attribuer aux arrêts relatifs à la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux du 25 avril 2002⁹² le but bien plus ambitieux de mettre en œuvre un droit de la responsabilité dans le système européen – entreprise qui devrait, selon toute vraisemblance, complètement échouer.

⁸⁸ Cf. only A.-M. Slaughter/A. Stone Sweet/J.H.H. Weiler 1998: *The European Court and National Courts – doctrine and jurisprudence: legal change in its social context*, Oxford/Portland: Hart, 1998 ; K.J. Alter, *Establishing the supremacy of European Law: the making of an international rule of law in Europe*, Oxford/New York: Oxford UP 2001.

⁸⁹ Directive 93/13/C.E.E. du 5.04.1993 relative aux clauses abusives dans les contrats de la consommation J.O. L 95/1993, 29.

⁹⁰ Directive 85/374/C.E.E. du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux., J.O L307/1988, 54 ; amendée par la directive 1999/34/EC du Parlement et du Conseil du 10.05.1999, J. O. L 283/1999, 20

⁹¹ Affaires C-240-244/98, arrêt du 27.06.2000, [2000] Recueil CE. I-4941– *Grupo Editorial SA v. Rocío Murciano Quintero et al.*

⁹² Affaire C-52/00 – *Commission v. France* ; Affaire C-183/00 – *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA* ; Affaire C-154/00 – *Commission v. Hellenic Republic* ; voir aussi Affaire C-203/99 – *Henning Vedfeld v. Århus Amtskommune* – [2000] Recueil CE.. I-3569.

II.3.1 L'arrêt *Océano*

Adoptée en 1993 après de longs préliminaires, et instamment attendue par les protagonistes de la politique européenne de la consommation *Océano Grupo Editorial SA*⁹³ fut la première position de droit, relative à la directive sur les clauses abusives dans les contrats de la consommation⁹⁴.

Dans les affaires envisagées ici, les défendeurs avaient conclu des contrats pour l'achat à crédit d'une encyclopédie à usage. Le contrat d'achat fut conclu en 1995, mais l'installation n'avait pas encore été payée. L'acheteur intenta un procès contre les défendeurs en 1997 devant le Tribunal de première instance n° 35 de Barcelone, et cela en application des clauses contractuelles attribuant la compétence aux juridictions de Barcelone. Les défendeurs venus de toute l'Espagne ne se présentèrent finalement pas aux audiences programmées à Barcelone.

Rien de compliqué en soi, pourrait-on penser. Pourtant, le *Juzgado* s'est vu interdit de rejeter la demande. Le «*juicio di cognición*» est une procédure sommaire pour des litiges relatifs à de petites sommes (80.000 et 8.000.000 pesetas)⁹⁵. Évidemment, le *Tribunal Supremo* avait déclaré à plusieurs reprises que la présence de telles clauses dans un contrat était abusive. Cependant, ce qui faisait l'objet du litige était de savoir si le *Juzgado* était aussi en droit de faire cette constatation alors que dans la procédure, il n'avait pas été saisi de la question par les défendeurs eux-mêmes. La question de savoir s'il pouvait prononcer la nullité d'office avait été posée par l'avocat général espagnol au *Juzgado*, et avait reçu une réponse négative⁹⁶. Imperturbable, la C.J.C.E. fût saisie d'une question préjudicielle aux fins de savoir si la directive 93/13 autorisait un contrôle d'office.

Avant de répondre à cette question de procédure, on doit, suivant le point de vue de l'avocat général⁹⁷, examiner le caractère abusif de la clause attribuant la compétence aux tribunaux de Barcelone. À cette question, la C.J.C.E. a répondu sans plus de cérémonie, que n'ayant pas été individuellement négociée, la clause était considérée comme abusive au sens de l'article 3 de la directive⁹⁸. Le fait important que cette clause n'était pas comprise dans la liste indicative en annexe de la directive, ne fut pas examiné par la C.J.C.E. De la même façon, la question suivante, soumise à la C.J.C.E.,

⁹³ Note 90.

⁹⁴ M. Tenreiro/J. Karsten, Unfair Terms in Consumer Contracts: uncertainties, contradictions and novelties of a directive, in H. Schulte-Nölke/R. Schulze (eds.), *Europäische Rechtsangleichung und nationale Privatrechte*, Baden-Baden: Nomos 1999, pp. 223 et s.

⁹⁵ § 16 dans l'avis de l'Avocat général Saggio du 16.12.1999.

⁹⁶ *Ibidem*.

⁹⁷ *Ibidem* § 20

⁹⁸ C.J.C.E. (note 90), §§21 et s.

relative à la compétence de la cour espagnole, et discutée en grand détail par l'avocat général⁹⁹, ne posa aucun problème : il aurait été contraire aux objectifs de protection de la directive d'exiger du consommateur de paraître devant un tribunal alors même que la clause exigeant une telle parution est abusive¹⁰⁰. Cette position peut paraître tout à fait modeste, mais c'est néanmoins une réforme remarquable : on s'attend à ce que l'Espagne adapte ses règles de procédure nationales aux objectifs de la politique consumériste acceptée dans toute l'Europe. Puisque l'Espagne partage ces objectifs, c'est simplement, en même temps, une sorte de correction, c'est-à-dire la réalisation d'exigences procédurales sans lesquelles un accord sur un contrôle judiciaire de clauses générales d'affaires ne serait pas crédible.

II.3.2 La responsabilité du fait des produits défectueux

Dans ces trois arrêts du 25 avril 2002¹⁰¹, la C.J.C.E. semble accorder une plus grande valeur à la directive 85/374/C.E.E.¹⁰² sur la responsabilité du fait des produits défectueux, jusqu'ici tout à fait en sommeil, en affirmant que cette législation ne reposait pas simplement sur des standards minima, mais était plutôt destinée à « parachever l'harmonisation ». Ce fut une surprise : de très modestes effets d'harmonisation avaient été jusque-là minutieusement développés¹⁰³, et la directive était qualifiée comme un produit ayant peu d'effets en matière de politique d'intégration, et plutôt défectueux en matière de droit de la responsabilité. De toute façon, il y avait un large accord pour que la directive n'affecte pas le droit général de la responsabilité extra-contractuelle, et en particulier, pour cela aussi, le droit de la responsabilité civile et son développement judiciaire dans les Etats membres¹⁰⁴.

Ce consensus a un fondement objectif. Il est certain que la responsabilité du fait des produits en matière délictuelle dans de nombreux pays fait double emploi avec la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux. Mais l'approche conceptuelle du droit allemand de la responsabilité délictuelle des fabricants et le modèle conceptuel de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux,

⁹⁹ *Ibidem* §§ 20-27

¹⁰⁰ C.J.C.E., *ibidem*, §§ 25-29. – L'Espagne en 1995 (à l'époque où l'on vendait les encyclopédies) ne s'était pas conformé à son obligation de transposer la directive. Pour la C.J.C.E. (*ibidem*, § 31), dans l'affaire présente, ceci pouvait être compensé par une interprétation du droit espagnol "selon la directive".

¹⁰¹ Note 91 *supra*.

¹⁰² Note 89 *supra*.

¹⁰³ Cf., par exemple, H. Koch, Internationale Produkthaftung und Grenzen der Rechtsangleichung durch die EG-Richtlinie, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 152 (1988), pp. 537 et s.

¹⁰⁴ Les références dans G. Brüggemeier, Produkthaftung und Produktsicherheit, *Zeitschrift für das gesamte Handels- und Wirtschaftsrecht* 152 (1988), pp.511 et s., pp.531 et s.

diffère de façon aussi significative que les procédures du droit national et européen. Ce qui est vrai pour l'Allemagne est aussi vrai pour d'autres Etats, par exemple, pour la France et son principe du *non-cumul*. C'est ce même consensus que la C.J.C.E. semble maintenant souhaiter rejeter, et qui se rapproche d'une position appelée à l'époque, la « théorie de la fossilisation » [*Versteinerungstheorie*]¹⁰⁵. La décision en droit espagnol¹⁰⁶ nourrie en particulier de telles craintes.

Du fait d'une transfusion sanguine dans une clinique, la demanderesse avait été infectée par le virus de l'hépatite C. Elle fonda son action sur la loi n° 22/94 du 6 juillet 1994 relative à la responsabilité civile pour les dommages causés par un produit défectueux qui transposait la directive, sur les dispositions générales en matière de responsabilité du droit civil espagnol, et enfin sur la loi générale n°26 du 19 juillet 1984 relative à la protection des consommateurs et des utilisateurs, à son tour fondée sur un « règlement de responsabilité objective » suivant lequel la partie qui agit, doit seulement prouver son dommage et son lien de causalité. La demanderesse agit en réparation du préjudice subi contre le propriétaire de l'établissement médical (*Medicina Asturiana SA*), et non le fabricant du produit sanguin (le *Centro Comunitario de Transfusión del Principado de Asturias*).

La juridiction saisie considéra que les dispositions de la loi n° 22/94 qui transposaient la directive 85/374 étaient plus restrictives que la loi plus ancienne de 1984. Le principe de la *lex posterior* énonce que les dispositions plus anciennes « ne s'appliquent pas à la responsabilité civile pour les dommages causés par les produits défectueux visés » à l'article 2 de la loi nouvelle de la loi nouvelle]¹⁰⁷. Cette interprétation fit l'objet d'une question préjudicielle, à savoir si l'article 13 de la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux pouvait « être interprété en ce sens qu'il s'oppose à ce que les droits reconnus aux consommateurs par la législation de l'État membre se trouvent limités ou restreints à la suite de la transposition de la directive ?¹⁰⁸ » ?

Bizarrement, il n'est plus fait mention des séquelles du conflit temporaire des dispositions du droit espagnol que l'on vient de citer. La C.J.C.E. emploie plutôt les principes traditionnels d'une pleine harmonisation des directives de l'article 100 ancienne version, avec ses effets de prévention : et donc « la marge de discrétion disponible laissée aux Etats membres pour édicter des dispositions relatives à la responsabilité du fait des produits défectueux est entièrement déterminée par la

¹⁰⁵ G. Brüggemeier, *ibid.*, p.531.

¹⁰⁶ Affaire C-183/00, arrêt du 25.04.2002 – *María Victoria González Sánchez v. Medicina Asturiana SA*.

¹⁰⁷ Affaire 183/00, § 8.

¹⁰⁸ Affaire 183/00, § 13. Article 13 énonce : “La présente directive ne porte pas atteinte aux droits dont la victime d'un dommage peut se prévaloir au titre du droit de la responsabilité contractuelle ou extracontractuelle ou au titre d'un régime spécial de responsabilité existant au moment de la notification de la présente directive”.

directive elle-même et doit être déduite de ses termes, de sa finalité et de sa structure »¹⁰⁹. En conséquence, il ne s'agit pas d'une sorte d'autocorrection du droit espagnol, mais d'une revendication de suprématie du droit communautaire qui affaiblit le niveau de protection en Espagne. Est-ce cela conduit alors aussi à une « fossilisation » du droit civil général évoquée lors du premier débat relatif à la directive sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹¹⁰ ? En fait, la C.J.C.E. ne va pas aussi loin :

« La référence aux droits, dans l'article 13 de la directive, que la victime peut invoquer au titre de la responsabilité extra-contractuelle ou contractuelle, doit être interprétée en ce sens que le système des règles mis en place par la directive, qui, dans l'article 4, permet à la victime de demander une réparation lorsqu'elle peut prouver le préjudice, le défaut dans le produit et le lien de causalité entre le défaut et le préjudice, n'empêche pas l'application des autres systèmes de responsabilité extra-contractuelle ou contractuelle fondés sur d'autres fondements comme la faute ou les vices cachés »¹¹¹.

Des questions moins graves ont été posées par deux arrêts similaires. Elles sont toutes les deux relatives à la conformité des transpositions de la directive qui vont au delà des standards de protection prévus : la Grèce avait voulu épargner à ses citoyens la contribution personnelle de 500 euros prévue par l'article 9 I (b) de la directive¹¹². La France avait en plus voulu rendre le distributeur co-responsable avec le fabricant, et en outre restreindre les causes d'exonération de responsabilité prévues à l'article 7 de la directive¹¹³.

Ces déviations ne poseraient aucune difficulté si la directive avait recherché à mettre en place des standards minima de protection du consommateur européen. Et d'ailleurs, si la directive avait été adoptée après l'Acte unique européen et, en conséquence, fondée sur l'article 100a (95 nouveau), conformément aux sections 4 et 5 de cette disposition, la procédure aurait alors dû s'appliquer. Mais c'était, après tout, une ancienne directive, dont le rédacteur avaient toujours souligné qu'elle était destinée au développement du marché intérieur et n'accomplissait donc qu'implicitement des objectifs de protection du consommateur¹¹⁴. Ainsi, l'avocat général Geelhoed – comme dans l'affaire C-

¹⁰⁹ Cf., C-183/00, § 25.

¹¹⁰ G. Brüggemeier, *supra* note 104.

¹¹¹ Affaire 183/00, § 31.

¹¹² Affaire 154/00, § 6.

¹¹³ Affaire 52/00, §§ 6 et s.

¹¹⁴ Cf., H.-C. Taschner, Die künftige Produzentenhaftung in Deutschland, *Neue Juristische Wochenschrift* 1986, 611 et s. ; cet argument a répondu à des critiques comme celle de B. Börner, Die Produkthaftung oder das vergessene Gemeinschaftsrecht, *Festschrift zum 70. Geburtstag von Hans Kutscher*, Baden-Baden : Nomos 1981, pp. 43 et s.

183/00 – fut en mesure d’appliquer l’interprétation orthodoxe de la suprématie et de la préemption¹¹⁵. La C.J.C.E. a suivi le mouvement¹¹⁶. Après tout, cela n’est pas particulièrement tragique, puisque l’article 13 de la directive « n’exclut pas l’application des autres systèmes de responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle basés sur d’autres fondements, comme la faute ou la garantie pour vices cachés »¹¹⁷, et parce que l’article 9 (1) (b) signifie seulement que les victimes « doivent agir en justice sur le fondement du régime commun de la responsabilité contractuelle ou extra-contractuelle »¹¹⁸.

II.4 Commentaires provisoires

Exempla trahunt ? Les trois séries d’exemples ont eu pour but de démontrer les limites de la pertinence et les limites du pouvoir d’interprétation des modèles de légitimation présentés dans la première section. En résumé, ces trois paradigmes ont tous laissé des traces, mais aucun d’entre eux ne s’est appliqué « pleinement » ou de façon exclusive. *Centros* et *Uberseering* n’indiquent nullement la volonté d’exposer la production du droit des sociétés aux mécanismes de la concurrence entre les juridictions européennes. Ni *Pronuptia* ni *Courage* ne peuvent être utilisés pour déduire une primauté de la politique européenne de la concurrence sur les conceptions concurrentes de justice contractuelle du droit privé. En outre, nulle part, et sûrement pas dans la jurisprudence relative à la protection du consommateur, on ne peut observer quelque chose comme la formation d’un Etat (social) européen. Ces trois paradigmes sont tous insuffisamment complexes d’un point de vue analytique, et défectueux d’un point de vue normatif. Toutefois, on peut aussi trouver certainement des messages positifs dans l’énigmatique puzzle apparemment incompréhensible des points de vue qui soutiennent le processus d’eupéanisation. Cela présuppose évidemment une extension des univers conceptuels jusqu’ici utilisés.

III Vers un approche procédurale pour l’eupéanisation du droit privé

Pour en revenir au début de notre réflexion : notre thèse initiale affirmait qu’en conceptualisant l’eupéanisation du droit privé, il ne fallait pas oublier la

¹¹⁵ Conclusions, Affaire 154/00 § 4 ; § C. 52/00 et C 183/00, n° 27 et s.

¹¹⁶ Affaire C-154/00, § 10 ; Affaire C-52/00, § 14

¹¹⁷ Affaire C-52/00 § 22

¹¹⁸ Affaire C- 52/00 et Affaire C-154/00 toutes deux dans le §30

problématique de la légitimation qui a, depuis le début, parfois explicitement, parfois moins visiblement, été à l'ordre du jour du projet d'intégration, et qui a maintenant, depuis le succès de la Convention des droits de l'homme¹¹⁹, le traité de Nice¹²⁰, le « processus postérieur » de Nice et le « processus de la Convention »¹²¹, fait l'objet d'un intérêt croissant de la doctrine et du public. « L'Europe n'est pas un Etat, mais elle a besoin d'une constitution » – n'est pas exactement une *communis opinio*, mais une formule qui est caractéristique du discours actuel relatif au droit européen¹²². Une des positions opposées les plus nuancées considère que « l'Europe a déjà une constitution qui maintenant a besoin d'être davantage développée, mais pas nécessairement par écrit »¹²³. Les spécialistes de droit privé sont difficiles à entendre dans les débats juridiques actuels sur la constitution de l'Europe. L'indication de ces défauts n'est pas sans ironie et sans une plus profonde signification. Puisqu'il s'agit après tout, d'un projet que les pères fondateurs avaient considéré comme une « communauté économique ». Il est certain qu'une des pièces maîtresse de ces débordants débats sur l'eupéanisation du droit privé est constituée par la question du caractère recommandable ou non d'un code civil européen. Il s'agit en tant que telle d'une question constitutionnelle *par excellence*. On ne peut pas l'écarter, par une certaine évaluation des « coûts d'un non-code », sur le modèle des écrits de Paolo Cecchini relatifs au marché intérieur¹²⁴ ; ni s'appuyer sur l'expérience allemande de l'histoire pré-républicaine et pré-démocratique de l'unification du droit privé. Malheureusement, le développement du débat constitutionnel actuel en droit public offre une aide limitée. Certainement tout projet de politique du marché intérieur, toute directive aussi technique et fonctionnaliste qu'elle puisse paraître, déclenche régulièrement de très grandes controverses. Mais les constitutionnalistes ont perdu de vue l'économie et la société : leur empressement à comprendre une « constitution sans état et sans nation » – une perspective qui ne paraît presque plus offenser personne maintenant – semble promouvoir un constitutionnalisme au delà et en deçà des constellations de conflits économiques et sociaux, renforçant ainsi les traditions de rationalité apolitique, économique ou technocratique qui déterminent le processus d'intégration au stade de sa formation.

119 J.O. C 364/2000, 1

120 J.O. C 80/2001, 1

121 Voir <http://european-convention.eu.int>.

122 De façon tout à fait symptomatique, cf. J. Habermas, note 54 *supra*.

123 J.H.H. Weiler, Prologue: Amsterdam and the Quest for Constitutional Democracy, in B. O'Keefe/ P. Twomey (éds.), *Legal Issues of the Amsterdam Treaty*, Oxford/Portland : Hart 1999, pp. 1 et s. ; M. Poiares Maduro, Where to look for Legitimacy ?, in E.O. Eriksen/J.E. Fossum/A. José Menéndez (éds.), *Constitution Making and Democratic Legitimacy*, Oslo : ARENA Report No 5/2002, pp. 81 et s.

124 Cf., P. Cecchini/M. Catinat/A. Jacquemin, *The European challenge, 1992: the benefits of a single market*, Brookfield : Aldershot 1988.

Un constitutionnalisme aussi abstrait remettrait en question de précieuses réalisations. Le privé et le public, les libertés économiques et les droits politiques des citoyens, peuvent, dans un état constitutionnel démocratique, être entendus comme des catégories interdépendantes¹²⁵. Le droit privé a trouvé sa voie dans ces contextes, trouvant sa place constitutionnelle dans l'interaction entre la législation, la jurisprudence, l'expertise juridique et l'opinion publique¹²⁶. La constellation européenne est différente. Mais est-elle d'une telle nature que les libertés économiques doivent être entendues comme fonctionnant dans une sphère qui reste déconnectée des processus politiques, et au delà de la portée des droits politiques des citoyens européens ? Les réponses à cette question dépendront de notre compréhension de la reconfiguration du politique, de l'économique et du social qui caractérise l'Union européenne, et des fonctions du droit privé dans ce nouvel environnement.

C'est une manière très abstraite de décrire le sujet de cette section. Afin, d'une certaine façon, d'atténuer ce caractère abstrait, on peut anticiper la conclusion qui résulte de deux thèses. La première est que nous ne pouvons concevoir le processus d'eupéanisation du droit privé comme la construction d'un édifice de droit privé à structure unitaire. On doit plutôt accepter un processus à plusieurs étapes dans lequel des séries de problèmes très différents devront être traités. La seconde thèse soutient que l'eupéanisation du droit privé doit fonder sa légitimité sur la *qualité* des processus au travers desquels elle émerge ; on doit juridifier ces *processus* ; en reformulant le titre de notre essai, il faut juridifier les changements et les innovations que le processus d'eupéanisation entraîne ; on a besoin d'un droit procédural de l'eupéanisation.

Cet argument peut être développé en cinq étapes :

- la première se réfère aux analyses très répandues en science politique qui définissent l'UE comme un système à niveaux multiples ; à partir de ces analyses, on fonde l'idée que le supranationalisme orthodoxe et ses concepts hiérarchiques de suprématie doivent être remplacés par une reconceptualisation « délibérative » du supranationalisme (Section III.1)

Un supranationalisme délibératif organisant la communication et la coopération – et dépendant d'eux – ne doit pas seulement s'appuyer sur un « pouvoir du meilleur argument ». Il requiert aussi un droit capable de transformer des interactions stratégiques en interactions d'argumentations. La deuxième étape de l'argument se formulera de la façon suivante (Section III.2).

¹²⁵ Les références de Jürgen Habermas sont insuffisantes comme explication, mais doivent suffire pourtant ici ; cf., les références dans les notes 4 et 53 *supra*.

¹²⁶ Cf., Les références dans la note 24 *supra*.

On défendra l'idée d'une supériorité de ces catégories sur les paradigmes présentés dans la section introductive, à partir d'un regard rétrospectif sur les séries d'exemples analysés dans la seconde section (Section III.3).

Quatrièmement, on indiquera l'émergence d'authentiques « dispositions de gouvernance transnationale », sans offrir cependant d'analyse exhaustive (Section III.4).

La vision d'un droit (procédural) du processus d'eupéanisation révèle un programme normatif. Sa défense n'implique pas la prédiction que cette vision devienne la réalité (Section III.5).

III.1 Supranationalisme "Délibératif"

Depuis plusieurs années maintenant, la recherche en matière d'intégration européenne n'a cessé d'affirmer que l'UE doit s'entendre comme un « système *sui generis* à niveaux multiples de gouvernance »¹²⁷. Jürgen Neyer, en particulier, a enrichi le débat en termes normatifs : si et dans la mesure où, les capacités d'action et les ressources pour l'action sont situées dans l'UE, à des niveaux autonomes relativement différents, la possibilité de faire face à des situations problématiques fonctionnellement imbriquées dépendra alors toujours de la communication entre les acteurs compétents dans leurs différents domaines¹²⁸. On peut de plusieurs manières parvenir à une telle communication. Mais Neyer cherche à rendre plausible l'idée que, dans les conditions spécifiques de l'UE, on puisse attendre d'un mode de communication « délibératif » fondé sur des motivations universalisables et lié à des règles et des principes, des solutions couronnées de succès¹²⁹. Il est certain que l'analyse à « niveaux multiples » du système juridique européen ne doit pas se comprendre comme révélant une réalité (« une facticité ou un fait ») à partir de laquelle, les interprétations juridiques auront elles-mêmes à s'orienter ; c'est particulièrement vrai pour les arguments théoriques de Neyer. Toutefois, l'approche à « niveaux multiples » se réfère à des problématiques que la science juridique affronte également. Et de toute façon, le caractère normatif donné par Neyer à l'approche à « niveaux multiples », soutient bien l'hypothèse selon laquelle

¹²⁷ Pour une synthèse, voir M. Jachtenfuchs, *The Governance Approach to European Integration*, *Journal of Common Market Studies* 39 (2001), pp. 245 et s., et F.W. Scharpf, *Notes Toward a Theory of Multilevel Governing in Europe*, *Scandinavian Political Studies* 24 (2001), pp. 1 et s.

¹²⁸ J. Neyer, *Discourse and Order in the EU, A Deliberative Approach to Multi-Level Governance*, *Journal of Common Market Studies* 41 (2003) (à paraître).

¹²⁹ Dans le même sens et avec plus de détails dans sa thèse d'Habilitation 'Politische Herrschaft in horizontalen Mehrebenensystemen. Effektivität und Vergesellschaftung jenseits des Staates', Bremen 2002.

l'Europe n'aura pas à se noyer dans un chaos si, au lieu de s'appuyer sur la formation de hiérarchies, elle s'appuie sur une interaction délibérative.

III.1.1 Conflits diagonaux

En délimitant et en harmonisant les pouvoirs de la Communauté européenne et des Etats membres, certains parallèles deviennent particulièrement clairs. Les conflits liés aux compétences sont caractérisés dans l'UE par le fait que l'Etat membre qui défend son autonomie appartient lui-même à la Communauté, contre laquelle il se défend. Ici, le principe des pouvoirs énumérés (aux Articles 3-4 ; 3-7 nouveaux), selon lesquels la Communauté doit seulement agir dans les domaines qui lui sont spécifiquement attribués, est bien souvent marqué par un dysfonctionnement : les activités axées sur la résolution de problèmes économiques et sociaux impliquent souvent, à la fois, les pouvoirs de la Communauté et de l'Etat membre. Le double emploi qui en résulte en pratique, contraints *de facto* la Communauté et les Etats membres à des coordinations complexes de leurs activités : chacun peut bloquer l'autre, mais aucun ne peut trouver de solutions aux problèmes en agissant seul¹³⁰. Des constellations de conflits « diagonaux » de cette sorte constituent l'expérience quotidienne de la politique et du droit européen ¹³¹ : la Communauté détient des pouvoirs qui sont liés seulement à un segment de questions interdépendantes. Les Etats Membres détiennent des pouvoirs partiels qui également ne suffisent pas à trouver une solution aux problèmes de façon autonome. Les Etats-Membres ont perdu la compétence de leur compétence. Ils ont transféré leurs compétences, « même si ce n'est que dans des domaines limités » à l'Union européenne. Chaque fois qu'une question de constellation de conflit concerne les compétences nationales *et* européennes, les Etats Membres se trouvent politiquement pris au piège. Ni l'Etat Membre, ni l'Union européenne peuvent agir seuls. La suprématie européenne n'atteint pas certains domaines où l'Union européenne n'a pas de compétence. Les Etats Membres ne peuvent reprendre ce qu'ils ont délégué. Afin de résoudre une question les Etats Membres et l'Union européenne doivent coordonner leur efforts. Une telle coordination est diagonale : elle doit lier deux niveaux de gouvernance.

¹³⁰ F.W. Scharpf, The joint-decision trap: lessons from German federalism, *Public Administration* 66 (1988), pp. 239 et s. ; A. Benz, Politische Steuerung in lose gekoppelten Mehrebenensystemen, in R Wehrle/U. Schimank, (éd.), *Gesellschaftliche Komplexität und kollektive Handlungsfähigkeit*, Frankfurt a.M./New York : Campus 2000, pp. 99 et s.

¹³¹ Cf., II.2 et II.3 *supra*.

III.1.2 Supranationalisme délibératif I: Le droit européen comme un droit des conflits de droits

À partir de cet aperçu, il s'agit d'un petit pas vers une interprétation des dispositions juridiques comme les préceptes d'une communication fondée sur un style politique « délibératif » qui peut être pleinement justifié s'il est situé dans un contexte plus large. Dans la « constellation post-nationale » caractérisée par une interpénétration et une interdépendance économique, les effets extraterritoriaux des décisions et les lacunes des politiques nationales sont inévitables. Les Etats Nations constitutionnels ne peuvent plus prétendre être démocratiques si leurs décisions affectent des personnes qui ne peuvent pas participer à leur processus politique interne. : « Pas de fiscalité sans représentation » – c'est un principe qui impose aux Etats membres de l'UE l'obligation de prendre en compte les intérêts et les préoccupations des non-nationaux, même dans le cadre d'une politique nationale¹³². Dans une formule plus radicale : nécessairement l'Etat national n'est pas démocratique parce que ses décisions concernent des citoyens qui ne peuvent pas les influencer.

Mais précisément c'est cela même qui est l'essence normative de ces règles et de ces principes supranationaux, qui légitiment le droit européen, où l'on exige des Etats membres qu'ils « appliquent » un droit étranger et qu'ils s'abstiennent de maintenir leur *lex fori* et leurs intérêts nationaux¹³³. Cette sorte de restriction de l'autonomie politique d'un Etat membre demeure cependant limitée. En particulier la jurisprudence relative à l'article 30 (28 nouveau) a indiqué à plusieurs reprises¹³⁴ comment les particularités de chaque Etat peuvent être identifiées comme telles et réduites à un niveau admissible – « *autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich* »¹³⁵.

¹³² Cf., déjà Ch. Joerges, *The Impact of European Integration* (note 1), p. 390 ; et aussi de manière comparable M. Maduro Póiares, *Where To Look For Legitimacy ?*, note 122 *supra*.

¹³³ Cf., les analyses de A. Furrer, *Zivilrecht im gemeinschaftsrechtlichen Kontext. Das Europäische Kollisionsrecht als Koordinierungsinstrument für die Einbindung des Zivilrechts in das europäische Wirtschaftsrecht*, Bern : Stämpfli 2002, pp. 171 et s. ; Fetsch, *Eingriffsnormen und EG-Vertrag*, Tübingen 2002, 21 et s., pp. 71 et s. ; Ch. Schmid, *Europäische Europäische Wirtschaftsverfassung und Privatrecht* (note 74), Kap. IV. – For a heuristic using American conflict of law methodologies for the structuring of European *Kollisionsrecht* cf. Ch. Joerges, “Deliberative Supranationalism” – Two Defences, *European Law Journal* 8 (2002), pp. 133 et s., pp. 135 et s. avec les références, en particulier, B. Currie, *Notes on Methods and Objectives in the Conflict of Law*, in *idem, Selected Essays on the Conflict of Laws*, Durham, N.C. : Duke UP, pp. 177 et s. and B. Currie's particularly lucid summary of his position in his *Comment on Babcock v. Jackson*, *Columbia Law Rev.* 63 (1963) pp. 1233 et s., pp. 1242 et s.

¹³⁴ Voir, par exemple, M. Maduro Póiares, *We the Court*, Oxford : Hart 1998, pp.150 et s. ; J.H.H. Weiler, *The Constitution of Europe*, Cambridge : Cambridge UP 1999, pp. 221 et s.

¹³⁵ F.W. Scharpf, *Autonomieschonend und gemeinschaftsverträglich*, note 63 *supra*.

III.2 Droit supranational

Une des forces analytiques du supranationalisme délibératif est de concevoir l'UE comme une politique non-unitaire dans laquelle les Etats membres ne sont pas seulement «relativement» autonomes, mais aussi «relativement» différents, dans laquelle les différences culturelles¹³⁶ peuvent subsister¹³⁷. Il laisse entrevoir des perspectives réalistes pour un modèle de la politique européenne. Il suggère des formes «flexibles» de contrôle qui prennent en compte les traits particuliers de l'expérience des institutions nationales. En même temps, la compatibilité du supranationalisme délibératif et de la démocratie est clairement visible – on peut vraiment concevoir le supranationalisme délibératif comme une exigence de démocratie, puisqu'il cherche à promouvoir la protection des citoyens européens affectés par des décisions qu'ils ne peuvent influencer.

La légitimité du supranationalisme délibératif qui cherche à donner la voix à des étrangers et à promouvoir un processus politique délibératif dans l'UE, n'est pas si problématique. Ce qui est plutôt discutable, c'est de savoir si les circonstances institutionnelles de l'UE et les configurations d'intérêts en présence, favorisent vraiment de tels processus. La dimension empirique de cette question doit être laissée de côté ici¹³⁸. Bien que l'on souhaite affirmer que les principales règles et principes du droit européen peuvent au moins être interprétés comme les institutionnalisations d'un style délibératif de politiques, et qu'ainsi, dans un droit supranational européen, il y a vraiment une couche de droit qui ne favorise pas simplement les interactions délibératives, mais qui restreint ces interactions à des règles substantielles et obligatoires¹³⁹. Cet authentique droit constitutionnel comprend l'interdiction des discriminations de l'article 12 [ex 6], les libertés fondamentales qui se sont transformées en droits civiques, la Convention européenne des droits de l'homme, et aussi (probablement dans un avenir prévisible) les droits fondamentaux proclamés à

¹³⁶ Voir *supra* note 28.

¹³⁷ C'est ainsi que je lis la défense d'un "constitutionalisme pluralisme" dans N.Walker, *The Idea of Constitutional Pluralism*, *Modern Law Review* 65 (2002), pp.317 et s.

¹³⁸ Cf., les références au récent travail de J. Neyer dans les notes 127 et *supra*.

¹³⁹ Ch. Möllers, dans son essai "Transnational Governance without a Public Law ?", à paraître dans Christian Joerges, Inger-Johanne Sand, Gunther Teubner (éd.), *Transnational Governance and Constitutionalism*, Oxford : Hart Publishing 2003, distingue entre "private law frameworks of public institutions" (qui comprends la production du droit ou la génération de normes comme le résultat de processus de coordination spontanée) et un "public law framework" (qui conçoit le droit comme le résultat d'acte autoritaire législatifs légitimes par des décisions majoritaires. Les deux normes pourraient ou devraient être complémentaire). L'argument dans l'article satisfait en partie cette exigence en ce qu'il soutient le caractère indispensable de règles et de principes obligatoires régissant les interactions dans la politique européenne.

Nice et confirmés par la Convention Européenne. Il faut aussi prendre en compte les devoirs de coopération de l'article 10 [ex 5], l'interdiction du protectionnisme de l'article 28 [ex 30] et l'obligation de reconnaissance mutuelle déduite de cette disposition. Toutes ces dispositions légales sont importantes non pas seulement pour leurs effets directs à la fois verticaux et horizontaux, mais aussi parce qu'elles donnent une ligne directrice dans la production du droit, comprenant les sources législatives et exécutives du droit. Elles peuvent être invoquées dans toutes dispositions de gouvernance moderne ou moins moderne, et constituent un bouclier protecteur contre des arguments stratégiques.

III.3 Réinterprétations

On peut vérifier si ce cadre conceptuel est fructueux en l'utilisant pour réinterpréter les situations dans les affaires discutées dans la seconde section, et le confronter aux interprétations qui restent attachées aux modèles traditionnels de légitimation. Brièvement :

1. *Les arrêts Centros et Überseering*¹⁴⁰ ont confirmé l'importance fondamentale des libertés dans l'UE. En même temps, ils ont montré que le cadre juridique ou supranational de l'UE ne peut être compris comme un ensemble de règles facilement applicables, ou de toute façon, ne doivent pas être comprises de cette façon : dans l'arrêt *Centros*, évoquée plus haut, la liberté d'établissement n'est pas simplement une liberté économique, mais n'est pas non plus l'élément d'une constitution économique européenne – prédestinée pour les Etats membres et/ou exposant leurs droits à des processus de concurrence de réglementation. Il s'agit davantage d'une liberté qui agit simultanément comme un droit *politique* parce qu'elle permet aux citoyens d'un Etat membre de contraindre leur souverain à fournir une justification¹⁴¹. Dans cette interprétation, ce qui est en jeu, c'est vraiment un droit procédural de justification, qui implique avant tout, les tribunaux, ensuite le législateur (et puis de nouveau, les tribunaux si c'est nécessaire). Est-ce un rêve ? Dans une certaine mesure ; mais on doit garder à l'esprit les implications d'une interprétation plus rigide comme semble le suggérer l'arrêt *Überseering* : si la liberté d'établissement était comprise comme un principe juridique qui écarte les clefs de voûtes de la réglementation du droit des sociétés et les préoccupations historiquement et politiquement importantes que le principe du siège eût défendu¹⁴², ce « droit » n'aurait alors pas simplement des effets de

¹⁴⁰ Section II.1 *supra*.

¹⁴¹ Section II.1.2. *supra*.

¹⁴² Section II.1.3 *supra*.

désintégration au sein de certains Etats membres, mais délégitimerait la Communauté et le projet d'intégration dans son ensemble.

2. Dans les affaires *Pronuptia* et *Courage*, nous avons caractérisé les conflits entre le droit européen de la concurrence et le droit privé national comme des constellations de conflits « diagonaux »¹⁴³. Dans la saga *Pronuptia*, le « règlement » de ce conflit fut véritablement obtenu par épuisement. C'est un mécanisme que tous les systèmes juridiques utilisent, mais qui ne rend nullement justice à des problèmes complexes. Ce qui est en jeu dans l'arrêt *Pronuptia*, c'est de savoir si le droit européen intègre ou non des éléments d'un droit de protection du franchisé comme une règle d'ordre public européen, ou tolère que de tels objectifs soient poursuivis par le droit national des contrats¹⁴⁴. Encore une fois, on observera alors un processus de justification issu du conflit entre les deux niveaux de gouvernance dans l'UE ; sa légitimité reposerait sur l'idée que les intérêts de protection du franchisé ne sont pas remis en cause par le droit de la concurrence, bien qu'un tel besoin de protection n'ait pas besoin d'être uniformément déterminé par toutes les juridictions européennes. Ce qui était simplement implicite dans *Pronuptia* est apparu au premier plan dans *Courage* : ici le conflit de droits a conduit à la justification d'un nouveau droit privé que les Etats membres doivent incorporer comme leur « droit interne ». Dans ce cas, les revendications de prescriptions du droit communautaire sont certainement plus rigides, même si l'incorporation qu'il requiert puisse prendre, d'un point de vue doctrinal, des formes différentes¹⁴⁵.

3. On peut difficilement interpréter les arrêts en matière de droit de la concurrence comme la confirmation de l'émergence d'un « Etat régulateur » européen, une telle intégration serait également peu plausible au regard des arrêts en matière de protection du consommateur (sur les directives relatives aux clauses abusives dans les contrats de la consommation et sur la responsabilité du fait des produits défectueux¹⁴⁶). Dans *Océano*, la C.J.C.E. a encouragé des développements à demi autonomes de droits nationaux¹⁴⁷. Ses positions sur la responsabilité du fait des produits défectueux ne peuvent, – heureusement ! – quelque'en soient les termes, changer quelque chose dans le fait que la directive 85/374/EWG n'a seulement qu'une signification complémentaire qui ne peut pas beaucoup contribuer à la fonction d'extension du droit continuellement en cours en matière de responsabilité extra-contractuelle des fabricants. Il reste à voir si ces arrêts vont provoquer ou inciter une nouvelle législation communautaire. Même si de telles initiatives sont prises, les tensions entre la « logique de l'intégration du marché » et la « logique d'un droit de justification du droit privé » ne sont pas prêtes

¹⁴³ Section II.2 *supra*.

¹⁴⁴ Ch. Joerges, Status und Kontrakt im Franchise-Recht, *op. cit.* (note 79), 350.

¹⁴⁵ Section II.2.2 *supra*.

de s'achever. La machinerie juridique européenne n'a simplement pas les qualités requises pour faire face de façon exhaustive et encore moins centralisée, aux nombreux aspects de ce domaine.

III.4 Supranationalisme Délibératif II: Vers une « constitutionalisation » de la gouvernance transnationale

Dans beaucoup de domaines de la politique de réglementation, le domaine du droit privé qui était rarement visible devient plus évident : par l'accumulation de dispositions hybrides de gouvernance transnationales, ni purement structurées en termes de droit privé, ni purement en termes de droit public, ni nationales, ni européennes, ni purement gouvernementales, ni purement non gouvernementales¹⁴⁸, les acteurs sociaux et gouvernementaux adaptent une réalité transnationale qui n'est plus localisable à l'échelle nationale. Ce qui est spécifique dans la politique de réglementation doit aussi marquer le droit privé. L'exemple présenté dans la Section II.2.1 sur le droit de franchise est le plus clair : ce droit est ni purement national, ni purement européen. La Commission, la C.J.C.E. et les tribunaux des Etats membres sont tous impliqués dans sa création – sans oublier les représentations professionnelles qui élaborent des dispositions contractuelles à fin de transporter les différents concepts de la franchise, lesquels doivent rester en même temps compatibles avec le droit européen de la concurrence et de nombreux types de systèmes juridiques nationaux. Le domaine du droit privé est même encore plus large. Avec une intensité croissante, des groupes d'universitaires et d'associations ont leur mot à dire sur l'europanisation du droit privé, pas simplement «en faisant le portrait, mais en produisant aussi» du droit, et, pour légitimer la revendication de leur participation, ils invoquent non seulement la réputation de leur expertise, mais aussi l'intention que leurs contributions s'appliquent à la politique et la pratique juridique¹⁴⁹. On observe que le même processus de production du droit est aussi bien visible dans la législation que dans la jurisprudence. Les tribunaux jouent un rôle limité dans le règlement des litiges importants. Dans les contextes européens, ils font partie de réseaux complexes dans lesquels on trouve des acteurs gouvernementaux et non-gouvernementaux, européens et nationaux. Tout cela est plus que, et différent du type de conflit de droits décrit ici, parce que ces dispositions de gouvernance transnationale ne font pas qu'agir en médiateur entre les différentes politiques et les différentes lois données, mais doivent élaborer des réponses transnationales à des constellations de problèmes transnationaux. Seulement, à cause de son importance factuelle, mais aussi de son potentiel normatif, ce type de gouvernance ne peut être rejeté comme étant complètement illégal or illégitime. Le besoin de dessiner un droit «constitutionnalisant» de telles dispositions qui méritent la

reconnaissance de leur revendication est seulement réalisé de façon progressive – et tout ce que je souhaite faire ici, c’est de souligner que nous devons faire face à ces défis¹⁵⁰.

III.5 Impasses

Tout cela « peut être vrai en théorie, mais ne s’applique pas en pratique », dit la fameuse maxime générale d’Emmanuel Kant¹⁴⁶ qui peut être appropriée ici – même si on accepte toutes les bienveillantes reconstructions des exemples présentés dans les sections précédentes. Partout, des obstacles, des faiblesses et des lacunes sont aussi devenus visibles : dans une organisation complexe comme la C.J.C.E., il ne peut y avoir d’auto-perception institutionnelle unitaire. Les interactions entre la C.J.C.E. et les tribunaux nationaux sont gouvernées par des prescriptions formalistes et sont vulnérables à des comportements stratégiques, qu’ils soient le fait de puissants acteurs privés, gouvernementaux, de tribunaux de premier ou dernier ressort : il n’existe pas dans l’UE de moyens alternatifs pour rendre la justice, bien que sa qualité soit difficile à évaluer¹⁴⁷, et encore plus difficile à garantir¹⁴⁸. Et cependant, les tribunaux prudents peuvent délibérer, ils ne sont pas sous le contrôle des processus de production du droit. Ils font beaucoup s’ils garantissent le respect des engagements juridiques de l’Europe et aide à identifier et défendre les garanties procédurales qui encouragent des interactions délibératives. Est-ce que tous ces problèmes pratiques militent finalement en faveur d’un projet de code civil européen ? - Premièrement, ils démontrent qu’en acceptant un tel projet, les difficultés qui apparaissent sont les mêmes que celles qui sont supposées être réglées. Les modèles « classiques » de codification du droit privé ne peuvent être envisagés pour l’Europe d’aujourd’hui. Tout d’abord, parce que l’Europe ne deviendra pas une politique structurée hiérarchiquement, mais demeurera hétéroarchique et plurielle ; il n’y a pas d’acteurs législatifs ayant la vocation d’une législation universelle qui ferait de l’Europe un régime codifié unitaire. L’Europe n’est pas non plus une sorte de nation culturelle capable de rédiger son code sans avoir à attendre la formation d’un

¹⁴⁶ I. Kant, *Über den Gemeinspruch : Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis* (Bd. 9 der von W. Weischedel besorgten Werkausgabe der Wissenschaftlichen Buchgesellschaft Darmstadt), 1971, pp. 125 et s.

¹⁴⁷ Il y a de très nombreux exemples d’interaction heureuse dans le système judiciaire européen. Et il y a des contre-exemples et des cas frontières : *Überseering* (voir Section II.1.3) et les récentes décisions sur la directive relative à la responsabilité du fait des produits défectueux (voir Section II.3.2) sont certainement peu encourageant bien qu’ils ne soient pas aussi décevant que l’Affaire C-481/99, arrêt du 13.12.2001 – *Georg und Helga Heininger v. Bayerische Hypotheken- und Vereinsbank*). *Lasciate ogni speranza!* Un tel désespoir serait disproportionné.

¹⁴⁸ Ch. Joerges, “La langue de l’étranger” – Observations on the need to observe and understand discourses on foreign territories, Comments on Silvana Sciarra (éd.), *Labour Law in the Courts. National Judges and the European Court of Justice*, Oxford/Portland : Hart 2001 (<http://www.europeanbooks.org/>).

Etat. La situation mixte dans laquelle nous nous trouvons nous-mêmes est celle d'un « droit primaire », qui est sur le point d'apprendre comment organiser l'interdépendance des libertés des « citoyens du marché » avec les aspirations de citoyenneté politique dans l'Union européenne, d'une politique de réglementation organisée en réseaux, d'une mosaïque de législations spécifiques qui s'attaque à des problèmes concrets produisant un grand nombre d'effets de désintégration dans les systèmes juridiques nationaux – cette situation, c'est « l'état de l'Union (européenne) ». Est-ce que la qualité du droit privé est par là endommagée, et est-ce que l'idée d'une co-originalité [*Gleichursprünglichkeit*] entre l'autonomie du droit privé et les droits politiques doit être considérée comme LA théorie ? Serons-nous les témoins d'une génération d'un droit constitué de « mosaïques » de pièces colorées et disparates, assemblés par des daltoniens¹⁴⁹ ? Cela n'est pas du tout établi. La question est de savoir si ce développement excède les capacités d'apprentissage et de pouvoir d'imagination productive de ceux qui sont concernés.

¹⁴⁹ Ainsi P. Schlechtriem, *Wandlungen des Schuldrechts in Europa – wozu und wohin*, *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht* 10 (2002), pp. 213 et s., p. 214.