HAL
open science

L'honneur des professeurs de droit Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit

Vincent Heuzé

To cite this version:

Vincent Heuzé. L'honneur des professeurs de droit Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit. La Semaine juridique. Édition générale, 2007. hal-02075205

HAL Id: hal-02075205

https://hal.science/hal-02075205v1

Submitted on 21 Mar 2019

HAL is a multi-disciplinary open access archive for the deposit and dissemination of scientific research documents, whether they are published or not. The documents may come from teaching and research institutions in France or abroad, or from public or private research centers.

L'archive ouverte pluridisciplinaire **HAL**, est destinée au dépôt et à la diffusion de documents scientifiques de niveau recherche, publiés ou non, émanant des établissements d'enseignement et de recherche français ou étrangers, des laboratoires publics ou privés.

L'honneur des professeurs de droit
Explication d'une lettre ouverte sur l'Union européenne, la démocratie et l'État de droit

(Publié au JCP, éd. G, 2007. I. 116)

La lettre ouverte au Président de la République qui dénonce l'excès de pouvoir entachant la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations contractuelles (JCP G 2006 act. 586) a provoqué une réaction (JCP G 2007 act. 18) motivée par le soupçon évident que les auteurs de cette lettre seraient animés de sentiments anti-européens. C'est ce malentendu que cherche à dissiper le présent article, qui refuse d'admettre que la défense des principes supérieurs de la démocratie et de l'état de droit puisse être, d'une part incompatible avec la construction européenne, d'autre part la cause d'une division de la doctrine française.

Les lecteurs de cette revue ont certainement pris connaissance de la « pétition » par laquelle un certain nombre de « professeurs de droit » ont éprouvé le besoin d'apporter une « réponse » à la lettre ouverte d'une quarantaine de leurs collègues qui demandaient au Chef de l'État d'user de son autorité pour qu'il soit mis un terme à une évolution du droit communautaire les condamnant, selon eux, à ne plus pouvoir exercer leur profession sans se déshonorer. Et autant que le ton, d'une grande virulence, qu'emploient les premiers à l'égard des seconds, soupçonnés à maintes reprises d'ignorance, voire de malhonnêteté, c'est la forme, jusqu'alors inusitée, de cette réponse qui n'a pu manquer d'étonner.

Le caractère collectif de la lettre ouverte était rendu, non seulement légitime, mais proprement indispensable par son objet. Parce qu'elle requiert une intervention du Chef de l'État, et que cette requête n'avait évidemment aucune chance de parvenir à son destinataire si elle avait été isolée, il était seulement la condition qu'il fallait remplir pour vaincre les obstacles prévisibles à sa transmission. C'est pourquoi, une fois réuni le nombre des signatures qui a paru suffisant, ses auteurs ont adressé leur lettre à la Présidence de la République. Et la publication, près de deux mois plus tard, de leur texte n'a été réalisée qu'afin d'informer ceux que la question posée pouvait intéresser. En d'autres termes, jamais les auteurs de la lettre ouverte n'ont eu le moindre souci de « se compter ».

Mais en quoi une « réponse » à cette lettre ouverte imposait-elle la forme d'une « pétition ». À s'en tenir à ses termes, ses auteurs ne formulent aucune demande[1] : ils entendent seulement faire savoir qu'ils « ne considèrent pas qu'ils se déshonorent en enseignant, oralement ou par écrit, le droit communautaire et en le tenant pour du droit ». Fort bien ! Mais ils n'ignorent pas que, plutôt que leur nombre, ce sont leurs raisons qui importent. Pourquoi alors ne s'être pas donné la peine d'une contribution à ce « débat serein » auquel, dans « l'avis au lecteur » qui précède leur pétition, ceux qui se désignent ainsi comme ses initiateurs reconnaissent avoir renoncé ? Car le texte qu'ils ont rédigé porte à ce point la marque de l'émotion qui l'a inspiré que l'on est bien en peine de distinguer ce qui justifie sa prétention à constituer « une réponse » aux questions que soulève la lettre ouverte. Ce à quoi il se ramène entièrement est seulement l'expression d'un désaccord violent.

Bien entendu, la gravité du sujet ne permet pas de l'ignorer, sous prétexte que sa formulation ne l'expose que trop évidemment à la sentence fameuse : *Vicit pudorem libido, timorem audacia, rationem amentia*. Mais pour autant, il ne saurait être question de se laisser aller à une réplique sur le même ton. Les signataires des deux textes se connaissent tous

[1] Par définition, elle doit bien en contenir une. Mais puisqu'elle n'est pas exprimée, on se refuse à imaginer qu'elle puisse être celle-là même que, par sa simple publication, le présent article ne satisfait pas.

parfaitement et éprouvent les uns pour les autres des sentiments qui vont souvent bien au-delà de la simple estime. La divergence de vues qui les oppose en l'occurrence, et dont on a toutes les peines à croire qu'elle est aussi profonde qu'il paraît, ne peut suffire à le faire oublier.

Bien plus d'ailleurs qu'une réplique, c'est une explication qui de toute évidence s'impose.

Car, sans rien concéder sur le fond, les auteurs de la lettre ouverte doivent bien convenir qu'ils ont certainement quelques torts dans ce qui a provoqué la colère de leurs collègues. Et puisque l'on ne perçoit aucune erreur d'analyse, le malentendu vient sans doute de ce que, dans l'exposé des raisons de leur démarche, ils n'ont pas su rendre suffisamment discernable ce qui distingue la cause de l'occasion (I), non plus que de la justification (II) de leur indignation.

C'est tout naturellement à celui dont la Semaine Juridique a révélé le rôle dans la rédaction matérielle de la lettre ouverte qu'il appartenait d'apporter ces précisions.

I. La cause et l'occasion de l'indignation.

La cause de l'indignation des auteurs de la lettre ouverte est la volonté clairement manifestée des institutions de l'Union européenne de ne tenir aucun compte des limites dans lesquelles ont été enfermés les pouvoirs qu'elles tirent du Traité d'Amsterdam pour procéder à la « communautarisation » du droit international privé. Ce dont il est question n'est donc en rien la « décision politique» de cette communautarisation non plus, par voie de conséquence, que l'opportunité des compétences données en la matière aux autorités de l'Union, puisque sinon, c'est le Traité d'Amsterdam lui-même qui eût été contesté. Mais tel n'est pas le cas : les critiques sont exclusivement, et nous semble-t-il, très clairement dirigées contre les modalités dans lesquelles lesdites compétences sont en pratique exercées.

Pas davantage, la cause de l'indignation ne réside-t-elle dans la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, dont le « contenu » serait ainsi l'objet même des « attaques » des auteurs de la lettre ouverte : ceux-ci n'invoquent cette proposition récente qu'en tant qu'elle constitue l'illustration à ce jour la plus lourde de conséquences des excès de pouvoir délibérés qu'ils dénoncent. La proposition de règlement n'est donc que l'occasion de leur indignation.

A) L'excès de pouvoir.

Les libertés que les institutions européennes prennent à l'égard des limites fixées à leurs attributions constituent une réalité déjà ancienne puisqu'elle est la conséquence du refus de la Cour de justice des communautés européennes de strictement sanctionner, depuis une trentaine d'années, la définition que le Traité CE donne des directives, au point de faire ressentir aux auteurs du Traité de Maastricht le besoin d'exprimer ce qui, de l'avis général des spécialistes du droit communautaire, se déduisait clairement des textes antérieurs : les compétences non exclusives de l'Union doivent être exercées dans le respect des principes de proportionnalité et de subsidiarité.

Mais ces dérives, qui ont immédiatement été critiquées par les « communautaristes », pouvaient être défendues par des considérations d'opportunité auxquelles il n'est pas interdit aux juristes de se montrer sensibles aussi longtemps que les travaux de rapprochement des

législations entrepris par la CEE concernaient exclusivement des sujets tels que « la mayonnaise… et les autres sauces condimentaires émulsionnées », « les citernes de transports routier et ferroviaire utilisées comme récipients-mesures » ou « l'accès aux activités non salariées de l'opticien-lunetier et l'exercice de celles-ci ». Elles sont en revanche devenues de plus en plus préoccupantes à mesure que les questions traitées au niveau communautaire gagnaient en importance et en subissaient l'influence, si bien que ceux qui prêtaient jusqu'alors une attention seulement distante à l'évolution du droit européen ont progressivement mieux compris les inquiétudes qu'il revient à Bruno Oppetit d'avoir, voici près de vingt ans déjà, solennellement exprimées[2]. C'est ainsi, pour n'en donner que ce seul exemple, que l'on se souvient de l'émoi provoqué par la condamnation prononcée par la CJCE contre les Etats qui, dans leur transposition de la directive sur la responsabilité du fait des produits, ont voulu sauvegarder la protection plus étendue que leur droit national accordait aux victimes[3] : il témoigne d'une prise de conscience de ce à quoi conduit la méconnaissance de l'objet exact des directives communautaires, désormais conçues comme un instrument d'uniformisation des droits et non plus comme un simple vecteur de leur harmonisation, définissant uniquement des objectifs à garantir.

Un pas supplémentaire dans la désinvolture avec laquelle les textes fixant les compétences de l'Union sont appliqués a été franchi en 1999 lorsque, par l'arrêt Centros[4], la CJCE a estimé n'avoir aucun compte à tenir de l'article 293 du Traité CE, pour attacher à la liberté d'établissement cette vertu fort choquante d'obliger les Etats membres à reconnaître les sociétés fictives constituées dans les autres Etats membres dans l'unique but de frauder leur propre législation en matière de droit et de la fiscalité des sociétés. Et la confirmation de cette solution par trois arrêts postérieurs en dépit, non seulement des critiques les plus vives de la doctrine semble-t-il unanime, mais encore de la reconduction, par le Traité de Nice de 2001, des dispositions du Traité CE qu'elle contredit radicalement, justifie assurément la guerre de tranchée que persistent à lui mener nombre de nos collègues allemands[5], qui y voient fréquemment le paroxysme de cette tendance de la CJCE à l'instauration d'un gouvernement des juges qu'ils dénoncent depuis longtemps.

Mais les conditions dans lesquelles l'article 65. b du Traité CE est mis en oeuvre engendrent une situation infiniment plus grave puisqu'elles mettent en cause l'ensemble du droit international privé et, à travers lui, tous les principes directeurs des droits privés nationaux. En effet, elles n'affectent plus ici quelques règles éparses, dont l'adoption irrégulière laisse intacte la légitimité des autres : c'est tout le droit international privé et, au moins potentiellement, en fonction des solutions retenues dans ce domaine, le droit privé en son entier qu'elles concernent. Or l'étendue de la compétence de l'UE en la matière ne suscite guère d'hésitations. Plus précisément, la difficulté que soulève sa définition est très exactement du niveau de celles qu'un élève de CM2 doit être capable de surmonter : il s'agit de « savoir lire une consigne ».

---

[2] « L'Eurocratie ou le mythe du législateur suprême », D., 1990, p. 73.
[3] CJCE, 25 avril 2002 : Rec.I, p. 3856 et 3887.
[4] CJCE, 9 mars 1999 : Rec. I, p. 1459.
[5] Il semble cependant que leur front aujourd'hui se divise puisque, pour remédier à la grave insécurité juridique résultant de cette jurisprudence, le Deutscher Rat für internationales Privatrecht a rédigé, le 9 février 2006, une « proposition visant à l'adoption d'un règlement CE relatif à la loi applicable aux sociétés » (voy. le texte français : RCDIP, 2006, p. 712). Cette initiative, dont on comprend bien qu'elle est dictée par une certaine représentation de ce que le « réalisme » impose, est néanmoins fort regrettable dans la mesure où d'une part, elle tend à reconnaître à l'Union une compétence dont elle ne dispose cependant pas, d'autre part elle ne peut que conforter les juges de la CJCE dans leur conviction que, nonobstant les termes du Traité, leur mission est de faire triompher, non pas le droit européen, mais « LA logique de la construction européenne », qu'ils ont la prétention de dégager et qui ne correspond cependant à aucun projet jamais soumis à l'approbation des peuples européens.

En l'occurrence, l'article 65 TCE n'attribue à l'U. E. que le pouvoir de « favoriser la compatibilité » des règles de compétence internationale ou de conflit de lois. Or un enfant de dix ans est parfaitement apte à comprendre que « favoriser la compatibilité », qui suppose les différences et oblige à les respecter, n'est pas « uniformiser », c'est-à-dire « rendre identiques » par une substitution dans chacun des Etats membres d'un corps de règles nouveau aux solutions actuellement existantes.

Qui d'ailleurs s'est jamais avisé d'affirmer le contraire ? Car la thèse qui vient d'être rappelée à été maintes fois exposée depuis l'adoption du Traité d'Amsterdam[6]. Mais elle n'a jamais été contredite : on trouve certes en doctrine des analyses qui supposent la compétence de l'Union aujourd'hui acquise ; ou qui expriment l'idée qu'elle serait opportune et mériterait d'être en conséquence admise ; ou encore que celle dont elle est pourvue est « controversée », si bien que « l'ambiguïté » ou « le manque de clarté » du texte qui se déduirait de cette « controverse » prétendue pourrait autoriser une interprétation extensive. Mais dans la controverse en question, l'une des positions n'a toujours pas été exposée : parce que nul n'ignore que l'UE jouit seulement d'une compétence d'attribution, aucun auteur ne s'est encore jamais hasardé à assurer que la lettre même du Traité lui confère le pouvoir d'uniformiser les règles de compétence internationale et de conflit de lois. Est-ce donc par l'effet d'une simple inadvertance que cette affirmation ne figure pas même dans le texte de la pétition ?

Et n'est-ce pas la conscience même de cet obstacle qui explique le fondement que se donnent les textes déjà adoptés ou en cours d'adoption dans ce domaine ? Comment, en effet, comprendre que, ni les règlements Bruxelles I, Bruxelles II et Bruxelles II bis, ni le règlement sur les procédures d'insolvabilité, ni les propositions de règlement Rome I et Rome II, qui visent expressément les articles 61.c et 67 du Traité CE, ne comportent pas la moindre référence à l'article 65, qui constitue pourtant le siège des compétences de l'Union ? N'est-ce pas la marque du profond embarras de leurs auteurs devant les termes de celui-ci ?

Est-il dans ces conditions bien utile d'ajouter que, par la précision que les pouvoirs des institutions communautaires dans le domaine considéré ne peuvent être exercés que « dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », le même article 65 du Traité CE rend irrégulière la portée universelle attribuée aux solutions de la plupart de ces règlements ou propositions[7] ? Et n'est-ce pas à nouveau à la conscience de la difficulté que suscite cette exigence que l'on doit le projet de sa suppression par le Traité sur la Constitution européenne (art. III-269), non encore entré en vigueur ?

Aussi bien, ne peut-on finalement que se demander quel intérêt les professeurs de droit pourraient trouver à donner à croire que leur titre les empêche de voir ce que tous les autres tiendraient pour évident : la compétence de l'Union pour uniformiser les règles de compétence internationale ou de conflit de lois est, non pas douteuse ou discutable, mais proprement inexistante.

B) La proposition de règlement Rome I

[6] Voy. not., pour les indications qui se déduisent de la genèse du texte, Christian Kohler, « Interrogations sur les sources du droit international privé européen après le traité d'Amsterdam » : RCDIP, 1999, p. 1.

[7] Par exemple, on ne voit pas en quoi il est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur que le tribunal de commerce du Havre, dans le ressort duquel les marchandises ont été livrées, tranche le litige opposant leur vendeur canadien à un acheteur établi en Suisse par application d'une règle de conflit de lois d'origine communautaire, dès lors qu'il ne peut pas même être allégué que la reconnaissance du jugement dans les autres Etats de l'Union s'en trouvera facilitée : chacun sait que la « compétence » de la loi appliquée au fond n'est en rien une condition de l'efficacité internationale des décisions selon le règlement Bruxelles I.

Ainsi qu'il a été indiqué, la lettre de l'article 65 du Traité CE n'a pas été respectée par le règlement sur les procédures d'insolvabilité non plus que par les règlements Bruxelles I et II qui ont été les tous premiers textes adoptés pour son application. Mais, parce qu'ils portent sur les conflits de juridictions et d'autorités, leurs incidences sur les droits substantiels, si elles sont parfois sensibles, sont seulement indirectes. Surtout, leur irrégularité n'est que partielle : elle affecte les dispositions relatives à la compétence internationale des tribunaux, mais non celles qui concernent l'efficacité des décisions puisque, dans ce domaine, l'article 65 ne limite pas les compétences de l'Union. Même si rien n'oblige à lier les deux questions, on pouvait imaginer que les autorités communautaires avaient pris une liberté incompatible avec la définition de leur mission dans la conviction erronée qu'elles ne pouvaient les traiter séparément et se résoudre à renoncer, pour cette raison, à l'exercice des pouvoirs étendus qui leur sont conférés à l'égard de l'une d'elles seulement.

Mais cette explication ne peut valoir pour les propositions de règlement Rome I et II qui prétendent uniformiser les règles de conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et non contractuelles. Et le fait que soient en préparation des textes ayant le même objet à propos du divorce, des successions, des régimes matrimoniaux, des obligations alimentaires et, à un terme certainement très prochain, l'ensemble des autres questions du droit privé semble bien attester que la décision a été prise, au moins par la Commission, de délibérément outrepasser les pouvoirs de l'Union. Or cette décision, par elle-même très choquante, l'est rendue plus encore par la portée considérable des effets qu'elle est de nature à produire. Et, de ce point de vue, la proposition de règlement Rome I, qui est la dernière en date, est assurément la plus inquiétante.

On sait que les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles sont aujourd'hui gouvernés par des règles uniformes, qui résultent de la Convention de Rome du 19 juin 1980, en vigueur dans les quinze premiers Etats membres de l'Union. Il existe donc dans ce domaine un moyen très simple pour les autorités communautaires de « favoriser la compatibilité » des solutions, dont elles n'ont d'ailleurs pas attendu le Traité d'Amsterdam pour faire systématiquement usage. Il consiste à « recommander » à tous les nouveaux Etats membres d'adhérer à cette Convention. Et le procédé a toujours donné d'excellents résultats, puisque cette recommandation a, chaque fois, été suivie dans les délais les plus brefs.

Il présente au surplus de nombreux avantages. D'abord, il fait de toute adhésion nouvelle à l'UE l'occasion d'un réexamen des solutions, et donc d'une amélioration du texte de la Convention sur tous les points à propos desquels elle peut éventuellement sembler lacunaire ou mal adaptée aux besoins de la pratique. Ensuite, elle conserve intacte la possibilité de l'offrir à l'adhésion d'Etats non membres de l'Union. Car les bienfaits des règles de conflits uniformes, surtout en matière contractuelle, ne s'arrêtent évidemment pas aux frontières de celle-ci et les mérites des solutions qu'elles retiennent ne sont en aucune façon limités par elles. Les entreprises, qui contractent avec des opérateurs établis dans des pays tiers, auraient donc tout intérêt à ce que les tribunaux de ceux-ci appliquent les mêmes règles que leurs propres juges nationaux. C'est ainsi, en particulier, qu'il serait certainement judicieux d'ouvrir la Convention de Rome à l'adhésion de tous les pays membres de l'Espace économique européen, auxquels les libertés communautaires sont largement étendues, voire aux pays qui sont seulement candidats à une entrée dans l'UE, sans donc attendre celle-ci. Mais cette possibilité ne pourra plus exister si la Convention est « communautarisée ». Aussi bien cette communautarisation, incompatible avec les pouvoirs de l'Union, ne répond, en opportunité, à aucune nécessité.

Seule par conséquent importe sa réelle portée.

Dans la Convention de Rome, la loi que désigne la règle de rattachement (loi choisie par les parties ou loi du pays où le fournisseur est établi) ne dispose que d'une vocation subsidiaire par rapport aux règles impératives -- les « lois de police » dans le jargon

des internationalistes -- dont le respect paraît nécessaire pour garantir la justice commutative et l'utilité sociale des contrats. Or la transformation de la Convention en instrument de droit communautaire a pour objet, en soumettant ces règles impératives à un contrôle de légitimité et de proportionnalité dont dépendrait alors leur application, de transposer à la matière contractuelle la jurisprudence Cassis de Dijon[8], qui postule l'équivalence des réglementations administratives encadrant, dans les Etats membres, l'exercice des activités professionnelles et la circulation des produits sur les marchés nationaux. Autrement dit, il s'agit uniquement d'aboutir au résultat même que poursuit avec acharnement la Commission depuis quelques années au travers du principe de compétence de « la loi du pays d'origine », et auquel elle a dû renoncer à deux reprises devant l'épreuve de la démocratie : on se souvient certainement que la proposition de « directive Bolkestein », qu'elle avait déposée une première fois devant le Parlement de Strasbourg le 13 janvier 2004, a été retirée par elle à la demande du Président Chirac en raison de ses effets désastreux dans la campagne du référendum sur la constitution européenne ; et qu'elle n'a pu finalement être adoptée, le 12 décembre 2006, que parce que la Commission a dû consentir à l'amputer de toute référence à la loi du pays d'origine devant l'hostilité que les députés européens ont manifestée à l'égard de celle-ci[9].

On le nie, et on crie au procès d'intention en assurant que le contrôle des lois de police serait déjà la conséquence, d'une part de l'article 20 de la Convention de Rome, qui réserverait « la priorité du droit communautaire », d'autre part de la récente entrée en vigueur des protocoles du 19 décembre 1988 confiant à la CJCE l'uniformisation de l'interprétation de la Convention.

D'un triple point de vue, cependant, l'objection est radicalement dépourvue de fondement.

D'abord, elle constitue une nouvelle marque d'indifférence envers la lettre même des textes, dès lors que l'article 20 de la Convention de Rome réserve la priorité, non pas du droit communautaire dans son ensemble, mais seulement « des dispositions qui, dans des matières particulières, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles et qui sont ou seront contenues dans les actes émanant des institutions des Communautés européennes ».

Ensuite, elle est infectée d'anachronisme puisqu'elle néglige qu'en 1988, date à laquelle il convient de se placer pour apprécier la mesure dans laquelle a été conçu le pouvoir d'interprétation confiée à la CJCE, l'état des analyses relatives, d'une part aux lois de police, d'autre part à la portée des libertés communautaires, ne pouvait permettre d'envisager un contrôle des premières à l'aune de ce que l'on fait aujourd'hui dire aux secondes. Il importe en effet de rappeler que la « nouvelle approche » des modes de réalisation du Marché commun, que la Commission a déduit de l'arrêt Cassis de Dijon, ne concernait alors que les règles nationales de droit public : dans son « Livre blanc sur l'achèvement du marché intérieur » du 14 juin 1986[10], aucune allusion n'est faite aux normes du droit privé. L'idée de la transposer en matière d'obligations contractuelles et extra contractuelles, au demeurant aberrante dès lors que la notion d'équivalence entre des règles de droit privé est un pur non-sens[11], n'est apparue

[8] CJCE, 20 février 1979 : Rec. 649.

[9] Il n'en a pas moins été veillé à ce que cette reculade ne puisse être interprétée comme un abandon de la solution : comme l'indiquent eux-mêmes, et de manière fort inattendue, les auteurs de la pétition, la position commune du 7 novembre 2006 a réservé les règles du droit international privé, et a donc laissé intacte la possibilité offerte par la proposition de règlement Rome I, qui venait d'être déposée devant le Parlement, de faire triompher la règle de rattachement écartée, en l'affublant d'un faux nez.

[10] Com. (1985) 310 final

[11] Voy. V. Heuzé, « « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », Mélanges Lagarde, 2005, p. 393 ; L. Idot, « Marché européen des services : directive “Bolkestein” ou “ Frankenstein” ? Le mythe de la loi d'origine... » : Europe, mars 2005, p. 3 ; H. Muir Watt, « L'entrave à la

en doctrine qu'au cours de la décennie suivante, et ce n'est qu'à la fin de celle-ci que se rencontrent les premières manifestations de son influence sur la jurisprudence de la CJCE. Il était donc totalement impossible d'imaginer en 1988 que le pouvoir qu'il s'agissait d'attribuer à celle-ci « d'interpréter » la Convention de Rome emportât celui de contrôler la légitimité et la proportionnalité des règles que les État jugent « nécessaires à la sauvegarde de (leur) organisation économique, politique et sociale ».

Mais enfin et surtout un tel contrôle est nécessairement exclu par l'absence de système de référence au regard duquel l'exercer. En effet, la Convention de Rome n'étant pas un texte de droit dérivé, elle n'est pas asservie aux objectifs du Traité C. E., quel que soit le contenu que l'on prétende en donner, si bien que l'on ne peut déduire de son interprétation aucune limite à la liberté qu'elle reconnaît à l'ordre juridique du for de trancher les litiges contractuels par application de normes impératives étrangères à la loi désignée par les règles de rattachement qu'elle formule.

Et c'est précisément en cela que la communautarisation opère un complet bouleversement des solutions : parce qu'elle se prétend « nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur », elle érige les rattachements retenus en système de référence. Par-là, elle vise à faire admettre, conformément aux thèses les plus libérales qui l'inspirent, que les libertés communautaires postulent que le fournisseur est toujours en droit de se prévaloir de la loi du pays dans lequel il est établi -- donc la loi de son pays d'origine -- s'il n'y a pas renoncé dans le contrat par une clause désignant un autre droit, de sorte que toute règle impérative issue d'un ordre juridique différent constitue une entrave à ces libertés. Et c'est cette analyse qui fonderait le pouvoir dont disposerait alors le juge de vérifier que l'entrave en question répond à une préoccupation réellement légitime du législateur de qui elle émane et que la contrainte qui en résulte n'excède pas ce qui est strictement nécessaire à la satisfaction de l'objectif qu'il poursuit[12].

Mais c'est la conséquence ultime que tend à produire ce système qui n'est pas tolérable : parce qu'il confère aux entreprises établies dans les pays à la législation la moins contraignante un avantage décisif dans la concurrence qu'elles livrent à celles qui sont au contraire chargées de lourdes obligations envers leurs clients par leur loi nationale, il vise à retirer toute liberté aux Parlements des Etats membres pour apprécier ce que la justice contractuelle commande. Afin de prévenir le risque de délocalisation ou de faillite des entreprises établies sur leur sol, ils n'ont d'autre possibilité, au nom de la sauvegarde des emplois dépendant de la survie de celles-ci, que d'aligner mécaniquement les dispositions de leur loi sur, chaque fois, la plus libérale en Europe.

Et c'est précisément parce que l'abus de pouvoir est en l'occurrence gravement attentatoire à la démocratie que les auteurs de la lettre ouverte ont estimé ne plus pouvoir contenir l'expression de leur indignation.

Ils ne sont pas, ce faisant, sortis du rôle qui correspond à leur titre.

---

prestation transfrontière de service : réflexions sur l'impact des libertés économiques sur le droit international privé des Etats membres » : Mélanges Béguin, 2005, p. 545.

[12] Il est vrai qu'aujourd'hui déjà, la CJCE, sans aucunement s'encombrer des règles de conflits de lois, s'aventure parfois à directement opposer à certaines règles impératives contractuelles la conception idéologique des libertés communautaires que recouvre sa représentation de « la logique de la construction européenne ». Mais ses arrêts sont alors seulement le produit de déductions éminemment critiquables de textes qui, eux, ne le sont pas. Et ce à quoi tend la communautarisation de la Convention de Rome est précisément de purger ce vice, en rendant incontestables les mêmes déductions, mais en leur conférant un fondement qui, lui, serait entaché d'illégalité. Autrement dit, à un dysfonctionnement du système, résultant d'une défaillance des hommes, on cherche à substituer un changement de système, par un abandon des principes supérieurs de l'État de droit.

II. La justification de l'indignation

La sanction des excès de pouvoir entachant les actes des autorités communautaires relève de la compétence exclusive de la Cour de Luxembourg. Mais les signataires de la lettre ouverte ne peuvent exercer devant celle-ci aucun recours puisque les règlements ou propositions de règlement élaborés en violation de l'article 65 du Traité CE ne les concernent pas « directement et individuellement ». Seuls peuvent introduire une action en annulation le Parlement européen, le Conseil, la Commission et les Etats membres, dans les deux mois de leur adoption. Passé ce délai, l'excès de pouvoir ne peut plus être invoqué qu'à l'appui d'une exception d'illégalité. Mais celle-ci n'a, en vérité, guère de chances d'être accueillie en l'occurrence si, en dépit de la dépossession de leurs attributions résultant des règlements en cause, aucun État ne se décide jamais à prononcer contre les institutions de l'Union les mots de Cicéron à l'adresse de Catalina.

Le Président de la République, en sa qualité de gardien des institutions mais aussi de chef de l'exécutif dont dépendent, non seulement la position de la France lors des réunions du Conseil au cours desquelles les règlements en préparation devront être approuvés, mais encore, en cas d'adoption, l'éventuelle introduction d'un recours devant la CJCE, était évidemment celui auquel les auteurs de la lettre ouverte devaient à cet effet s'adresser. Mais étaient-ils fondés à le faire en tant que « professeurs de droit » ?

La réponse à cette question, à laquelle invitent clairement les signataires de la pétition par leur prétention à ramener le débat à une divergence « d'opinions... sur la construction de l'Europe », oblige à l'envisager, par un rappel de quelques vérités premières, selon les trois qualités que recouvre le titre de professeurs de droit : ceux-ci sont à la fois enseignants-chercheurs, juristes et universitaires.

A) L'enseignant-chercheur.

Les auteurs de la lettre ouverte sont tous des professeurs en exercice. Et ils sont tous spécialisés dans les matières qu'affectent les excès de pouvoir qu'ils dénoncent. En tant qu'ils défendent les conditions d'exercice de leur profession, ils ne sont donc guère exposés aux justes observations de Pierre Bourdieu à propos de « ce que parler veut dire ».

Comme enseignants, le volume horaire des cours qu'ils ont à dispenser les oblige à faire le choix de ce qui mérite d'être enseigné. Or les règlements déjà adoptés sont dès à présents la cause d'un profond embarras pour les « internationalistes » et les « processualistes » : lorsqu'ils ont à exposer les règles de la compétence internationale en matière civile et commerciale, ils ne peuvent ignorer le règlement du 22 décembre 2000, puisque la violation de l'article 65 du traité C. E. qui l'entache n'a pas contrarié son entrée en vigueur. Mais parce qu'une exception d'illégalité demeure toujours recevable, une stricte neutralité inspirée d'un positivisme purement technique ne peut suffire à justifier qu'ils passent sous silence les solutions antérieures de la Convention de Bruxelles. Pas davantage, lorsqu'ils abordent la question de la protection des mineurs, ne leur est-il permis de se fier aux seules dispositions du règlement du 27 novembre 2003, sous prétexte que son irrégularité n'a pas encore été sanctionnée et que, au mépris des règles du droit des traités, il énonce qu'il « prévaut » sur la Convention de La Haye du 5 octobre 1961.

Comment pourront-ils demain construire un cours de droit international privé si c'est l'ensemble de la matière qui doit être constitué d'un double corps de règles entre lesquels ils ne pourront prendre la responsabilité de choisir celui que leurs étudiants doivent connaître ? Et leur dilemne sera alors partagé par tous ceux qui enseignent le droit substantiel. Car que restera-t-il à dire dans un cours de droit des obligations, de droit des affaires, de droit bancaire, de droit immobilier, de droits de la propriété littéraire et artistique, de droit des contrats spéciaux, etc..., s'il sera devenu suffisant, pour que les règles impératives qui charpentent toutes ces matières soient rendues, sinon radicalement inapplicables, du moins toujours contestables, que l'une des parties ouvre une simple boîte aux lettres dans l'un quelconque des autres Etats membres où elle prétendra, à la faveur de la jurisprudence Centros et Überseering, avoir transféré son siège ?

Mais l'enseignant a aussi à évaluer ses élèves. Or, si la lettre de la loi ne peut plus servir de repère, doit-il leur donner à comprendre qu'il ne peut les juger, plutôt que d'après la rigueur de leurs analyses, qu'en fonction de la plus ou moins grande sympathie que lui inspire leurs engagements en faveur de l'Europe (d'*une* Europe), des théories économiques les plus libérales, ou n'importe quelle autre cause ? Et peut-il abandonner à leur détresse ceux de ses étudiants qui, à l'aube de la soutenance de leur thèse, découvrent que leur sujet n'existe plus parce que les autorités qui ont à mettre en oeuvre les textes qui leur en avaient donné l'idée ont fait le choix de réputer ceux-ci nuls et non avenus ?

Et en tant que chercheurs, que peut-il rester aux professeurs de droit à dire si les textes n'ont plus d'autre sens que celui que le juge, auquel d'ailleurs rien n'interdit de changer d'avis, veut bien leur donner ? Sont-ils condamnés à la simple paraphrase ou à l'exercice de rhétorique, fabriquant librement toutes sortes d'arguments en libre-service pour les idéologues de tous bords ? Ou bien leur faut-il se résigner à un statut d'intellectuels éthérés, s'abandonnant aux délices de ce *Jeu des perles de verre* qu'Hermann Hesse avait imaginé pour eux ? Ce n'est pas là leur métier.

B) Le juriste.

Enseignant chercheur, le professeur de droit est aussi un juriste. Ce n'est pas un politologue, un sociologue ou un psychologue qui observe la comédie du pouvoir et cherche à en découvrir les ressorts. Il est au service du Droit, en tant que produit d'expériences multiséculaires et instrument de l'organisation sociale, mais non pas des puissants.

Or, comme le rappelle fort opportunément Danièle Lochak dans une étude très récente, « la description "neutre et objective" du droit positif produit des effets de naturalisation et de légitimation », alors que « le juriste est souvent le mieux placé pour démontrer et dénoncer le caractère dangereux ou pervers de certains textes »[13]. Et ces justes remarques, qui concernent le «droit positif », sont l'expression d'un véritable devoir pour les juristes lorsque sont en cause des règles dont les conditions d'élaboration contredisent cette qualification.

S'ils considèrent la seule portée de la communautarisation de la Convention de Rome, et sans autrement entrer dans l'examen des solutions envisagées par la proposition de règlement, ils ne peuvent donc se taire devant les dangers qu'elle recèle.

Elle est d'abord très inquiétante pour la démocratie. Les règles impératives, en matière contractuelle, ne sont jamais l'expression d'un caprice des législateurs nationaux : elles sont une réponse à des besoins qui se sont manifestés tout au long de l'histoire, et une

[13] « La profession d'universitaire face à la question de l'engagement » : Droit social, 2006, p. 1079.

réaction contre des abus que le triomphe du principe de la liberté contractuelle au XIXe siècle a permis. Loin d'être un obstacle ou une contradiction au libéralisme économique, elles forment le cadre que les peuples européens ont obtenu de leurs représentants qu'ils fixent à son exercice.

Sans doute peuvent-elles parfois paraître d'une rigueur excessive. Mais la définition de ce qui est nécessaire comporte toujours et fatalement une large part d'arbitraire parce que l'on sait bien depuis Aristote que la notion de vérité n'a pas sa place dans un raisonnement en opportunité. Et c'est la conscience de cette réalité qui constitue le fondement même de la démocratie, comme mode de gouvernement : quoiqu'arbitraire, la loi est irrécusable, dans son principe comme dans sa mesure, si elle exprime la volonté générale et demeure dans les limites de l'habilitation donnée à celle-ci ou à ceux qui sont chargés de la formuler, par le pacte social fondateur de la collectivité[14]. Mettre en place un système général qui retire au législateur la liberté d'apprécier ce que l'intérêt général et la justice contractuelle requièrent, ou qui confie au juge, pourtant dépourvu de légitimité démocratique[15], le pouvoir de lui substituer la sienne, revient à rompre avec ce mode de gouvernement.

Mais la communautarisation de la Convention de Rome est, par sa portée, également désastreuse pour l'indépendance et l'autorité du juge. Car la lettre de la loi est, pour le juge, son seul bouclier contre les pressions qui s'exercent sur lui, et qui sont d'autant plus fortes que les enjeux des litiges sont importants. Or si la liberté lui est donnée de dire quand et dans quelle mesure la loi s'applique, et s'il ne peut donc plus justifier sa décision que par des considérations d'opportunité qui ne pourront jamais pleinement convaincre, il devient la proie d'odieux soupçons et ne peut plus jouir de la confiance aveugle qui fonde sa mission.

Les effets de la communautarisation de la Convention de Rome sont enfin funestes pour la sécurité juridique, qui constitue pourtant l'âme du droit des contrats et, à travers lui, du système économique libéral en son entier. Celui-ci repose sur un principe d'appropriation individuelle des richesses et c'est le contrat qui en permet la circulation. Les conditions qu'il fixe ne peuvent donc être remises en cause, par une annulation qui compromet rétroactivement l'utilité, sinon la validité même de toutes les opérations ultérieurement conclues à son propos, que si les parties étaient en mesure de savoir, lorsqu'elles se sont engagées, que les prévisions qu'elles ont fondées sur lui n'étaient pas légitimes. Mais elles en sont empêchées si la loi n'a plus qu'une valeur purement indicative et que le juge a toujours, à l'occasion d'un litige pouvant survenir de nombreuses années plus tard, la liberté de la contredire. Le contrat perd alors sa justification économique et ne peut plus se prétendre l'instrument d'un marché supposé garantir la meilleure allocation des ressources disponibles. Il devient un simple jeu où la part du hasard, plus ou moins appréciable, pénalise les plus prudents, qui cherchent à le mesurer, aussi bien que les plus scrupuleux, qui s'inclinent devant l'ordre légal, dans la concurrence que leur livrent les aventuriers, qui le méprisent et les insouciants, qui l'ignorent. Et le droit des contrats cesse alors d'être un cadre destiné à sécuriser les transactions : il est au contraire ce hasard même dont dépendent leurs enjeux. La fonction du juriste s'en trouve radicalement transformée, parce qu'il ne peut plus prodiguer la moindre assurance dont il prendrait la responsabilité : il n'est plus qu'un assistant du gestionnaire de risques.

C) L'universitaire.

[14] Comme on le sait, c'est là le sens que la déclaration des droits de l'homme de 1789 donne à son objet lorsqu'elle énonce « la loi n'a pas le droit de... ».

[15] On rappelle, puisqu'il paraît que cela est nécessaire, que la légitimité démocratique et une qualité qui s'attache aux hommes et non aux institutions dans lesquelles ils exercent leur fonction, et qu'elle s'acquiert par une désignation au suffrage universel.

Enseignant chercheur et juriste, le professeur de droit est enfin un universitaire. Or l'université n'est pas, et ne peut pas être ce monde effroyable que dépeint *Le zéro et l'infini*. Si, comme citoyen, le professeur de droit est libre de ses engagements, il ne peut, comme universitaire, leur faire le sacrifice de sa conscience et de sa raison. C'est à lui-même qu'il a le devoir de toujours se poser la question : *Quousque tandem... ?*

En l'occurrence, les signataires de la lettre ouverte n'ont pas émis « d'opinions... sur la construction de l'Europe » : ils ont seulement fait le constat du dévoiement, plein de périls, de certaines de ses modalités, et plus précisément d'une violation répétée de l'article 65 TCE. Mais la dénonciation solennelle de cette réalité, qui correspond à ce qui leur a semblé être leur devoir de professeurs de droit, ne trahit en rien les convictions personnelles qui sont respectivement les leurs, en tant que citoyens[16], sinon sur un point : la construction européenne, si elle doit se faire au mépris des exigences de la démocratie et de l'État de droit, ne peut conduire qu'à un désastre. Car deux générations séparent les Européens d'aujourd'hui de ceux qui ont voulu réaliser le rêve ancien de l'Europe. Si, plutôt que de scrupuleusement veiller à ce que celle-ci se forme toujours conformément aux désirs actuels des citoyens européens, on prétend leur opposer le sens que l'on donne de plus en plus librement aux engagements de leurs grands-parents, et leur refuser, au nom de ceux-ci, la liberté d'une maîtrise démocratique de leur destin, on prend le risque évident de les détourner, non seulement de l'Europe, mais également des voies que proposent les démocrates européens, sinon même, ce qui serait bien pire encore pour l'état du monde de demain, des vertus civilisatrices du droit.

Vincent Heuzé
Professeur à l'Université Paris I
Panthéon-Sorbonne

[16] Comment pourrait-il d'ailleurs en aller autrement dès lors que, selon toute vraisemblance, ils n'auraient pu, au-delà, se mettre d'accord. En tout cas, ils n'y seraient pas parvenus à propos, sinon des mérites de la « constitution » européenne, du moins de l'opportunité de sa ratification par la France, puisque l'auteur de ces lignes sait que , parmi les signataires de la lettre ouverte, certains ont voté « oui » lors du référendum du 29 mai 2005 et se prononceraient encore aujourd'hui dans le même sens tandis que d'autres ont voté « non », pour des raisons dont rien ne garantit qu'elles sont parfaitement partagées.