



**HAL**  
open science

## De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen.

Vincent Heuzé

► **To cite this version:**

Vincent Heuzé. De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen.. Mélanges Lagarde, 2005. hal-02075289

**HAL Id: hal-02075289**

**<https://hal.science/hal-02075289>**

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.

## **De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen.**

Vincent Heuzé

Professeur à l'université Paris I (Panthéon-Sorbonne)

Directeur de l'Institut des assurances de Paris

(Publié au Mélanges en l'honneur du Professeur Paul Lagarde, Dalloz, 2005, p. 393)

Jusqu'à une époque récente, le droit communautaire était considéré comme une discipline relativement marginale, qui n'exerçait sur les questions de droit privé qu'une influence très limitée. C'est cependant la conception opposée qui paraît aujourd'hui l'emporter. Et ce qui étonne, c'est que, loin d'être imposée par les modifications progressivement apportées au Traité de Rome depuis l'Acte unique européen du 28 février 1986, elle se fonde sur des dispositions qui figuraient déjà dans la version initiale de 1957, dont la portée réelle serait ainsi demeurée, pendant une quarantaine d'années, totalement insoupçonnée. En effet, elle repose toute entière sur l'idée que la disparité des législations nationales en Europe serait, sinon constitutive, du moins génératrice d'entraves aux cinq grandes libertés que devait garantir l'achèvement du Marché commun.

On sait que cette analyse est à l'origine de l'affirmation des compétences « implicites » de la Communauté – et donc des abandons corrélatifs de souveraineté auxquels les Etats membres auraient tout aussi « implicitement » consenti – pour uniformiser le droit des obligations, sinon l'intégralité du droit privé en Europe. Mais en droit international privé, qui conserve toute son utilité aussi longtemps que cette uniformisation n'aura pas été réalisée, elle impliquerait la reconnaissance de « règles de conflit cachées » désignant, en toutes matières, la loi du pays d'origine.

Le caractère éminemment singulier des termes mêmes dans lesquels cette thèse est formulée entame évidemment et très profondément sa crédibilité. Car ses auteurs sont manifestement oublieux du lien indéfectible qui unit la règle à sa source, et dont il résulte, dans le modèle démocratique auquel obéissent tous les Etats membres de l'Union européenne, que la notion de « règle cachée » est une parfaite incongruité : à partir du moment où l'adhésion au système démocratique, même empreint de toute la relativité que rendent nécessaires les modalités pratiques de sa concrétisation, oblige à considérer que le Traité CE ne tire sa valeur normative que de la volonté des peuples qui ont autorisé sa ratification, il est radicalement impossible d'admettre qu'il contiendrait des règles que la clairvoyance des plus perspicaces des professeurs de droit n'a permis de discerner que plusieurs décennies après leur adoption prétendue. Car une règle dont l'auteur supposé ne pouvait avoir conscience n'a pu être voulue, non plus donc que posée.

En d'autres termes, reconnaître l'existence de règles cachées dans le Traité de Rome obligerait à assumer l'idée que les citoyens européens, consultés pour leur conserver l'utile illusion de la paternité de ces règles, ont été délibérément trompés, et que la construction européenne, loin de seulement souffrir de ce « déficit démocratique » que l'on entend si souvent dénoncé, serait donc insidieusement menée *contre* la démocratie. Mais outre que l'on ne voit pas dans quel esprit une conception aussi invraisemblable pourrait germer, elle laisserait subsister la question, à laquelle il serait indigne d'un juriste de chercher à répondre,

de savoir comment l'anti-droit qui serait issu d'une pareille machination pourrait juridiquement, et non pas d'un point de vue purement sociologique, l'emporter sur les principes supérieurs de la démocratie, plutôt que d'être invalidé par eux.

Aussi bien ne peut-on, en droit international privé, que fermement rejeter l'idée suivant laquelle la compétence à la loi du pays d'origine serait implicitement dictée par le droit communautaire. Et puisque cette compétence n'est pas obligatoire, les Etats membres sont totalement libres de la repousser, en considérant que leurs règles de conflit n'ont pas pour *unique* objet, voire n'ont *en rien* pour objet, de garantir elles-mêmes les objectifs du Traité CE. Mais s'ils sont totalement libres, c'est également qu'ils n'ont aucun compte à rendre, aucune justification à donner de leurs choix. Il s'ensuit que toute entreprise visant à établir que les règles de conflit nationales rendant applicable une loi autre que celle du pays d'origine seraient passibles d'un contrôle de la Cour de Luxembourg, laquelle aurait à en apprécier la légitimité et la proportionnalité au regard des objectifs d'intérêt général qu'énumèrent les articles 30, 39 et 46 du Traité CE ou qu'il lui serait agréable de formuler de sa propre autorité, doit être tout aussi fermement condamnée. Car, même s'il était avéré que le principe de la compétence de la loi du pays d'origine facilite l'exercice des libertés communautaires, l'absence d'obligation, pour les Etats membres, de le consacrer, interdit de qualifier d'entrave toute règle de conflit s'en écartant.

Dans ces conditions, l'affirmation de la compétence de la loi du pays d'origine ne devrait pouvoir être comprise que comme la traduction, non pas d'une règle, mais d'une simple recommandation. Elle servirait à exprimer le sentiment de ses auteurs, non seulement que la compétence de la loi du pays d'origine serait propice à l'épanouissement des grandes libertés communautaires, mais encore que les bienfaits qui en sont attendus suffiraient à justifier un total asservissement du droit international privé aux objectifs du Traité CE. Autrement dit, il s'agirait d'une simple opinion, évidemment sujette à la discussion, en faveur d'un complet bouleversement des solutions classiques des conflits de lois, dont les finalités propres, au moins dans les rapports intracommunautaires, ne mériteraient plus la moindre considération.

Pourtant, ce n'est pas ainsi que cette thèse se présente : les termes, on ne peut plus catégoriques, de sa formulation ne laissent planer aucun doute sur la profonde conviction de ceux de qui elle émane ou qui s'y réfèrent de sa positivité. Mais le plus étrange est que, ni les critiques d'ordre technique qui lui sont adressées, ni le démenti que la Cour de Justice lui a infligé, ni même le simple bon sens, ne semblent parvenir à entraver sa diffusion. Elle a, en particulier, d'ardents défenseurs au sein du Parlement européen comme de la direction « Marché intérieur » de la Commission, et exerce désormais une influence déterminante, non seulement sur le contenu du droit dérivé, mais encore sur la conception même que les instances communautaires retiennent de leurs propres compétences. Car qu'importent les termes du Traité, qui ne les autorisent à prendre, dans le respect des principes de subsidiarité et de proportionnalité posés par l'article 5, que des mesures destinées à « favoriser la compatibilité des règles de conflit de lois » (art. 65 b) si, en procédant à une complète uniformisation de celles-ci, elles ne font qu'exprimer ce qu'implicitement ce même Traité impose déjà ou rend, à tout le moins, inéluctable ?

C'est donc un captivant phénomène qu'il est donné d'observer : celui de l'émergence d'un dogme. Et si l'on veut en percer le mystère, il faut remonter à sa genèse. En effet, si la compétence de la loi du pays d'origine est aujourd'hui affirmée à tout propos, au point que, grâce à de fulgurantes extrapolations, on parvient à la défendre en matière d'état des personnes ou d'obligations alimentaires, c'est dans le domaine des contrats qu'elle a pris naissance et suscité les plus nombreux efforts d'explication. Il suffit donc de s'arrêter sur

chacun des éléments de cette thèse pour établir ce à quoi elle se réduit : au simple reflet d'une posture idéologique (I) que cherche à masquer une imposture juridique (II).

## **I – La posture idéologique**

La posture idéologique est clairement révélée par les choix sur lesquels repose la thèse, et qui en constituent les postulats (A). Ses visées ne sont pas moins évidentes, encore qu'elles demeurent le plus souvent inavouées (B).

### **A) Les postulats de la thèse**

L'argument central, sinon même l'unique justification que l'on avance en faveur de la loi du pays d'origine est que la diversité des législations nationales en Europe constitue une gêne – on a vu que l'on ne peut parler d'entrave, au sens des articles 23 et 49 du Traité CE – aux échanges intracommunautaires, en ce qu'elle oblige les entreprises à se tenir informées de l'état du droit en vigueur dans chacun des pays dans lesquels elles envisagent d'exercer leur activité et, le cas échéant, à se conformer à ses exigences. L'objectif affirmé est donc de leur offrir un moyen de réaliser des économies d'échelles, en remédiant en l'occurrence aux coûts de transaction spécifiques aux rapports transcommunautaires. Et cependant, la solution proposée n'est que trop évidemment impuissante à la réalisation de ce but.

En effet, à supposer que les coûts de transaction considérés soient réellement d'une importance telle qu'ils puissent dissuader les entreprises d'exercer les libertés que le Traité CE leur accorde, le seul moyen de les supprimer – à très long terme – serait d'uniformiser les droits européens des contrats. En revanche, on ne voit pas comment l'application de la loi du pays d'origine, supposée être, par l'effet de fort singulières approximations sur lesquelles on reviendra, celle de l'Etat où est établi le fournisseur de biens ou de services, pourrait produire le même résultat. Car pour contracter, il faut être deux. Par conséquent, faire systématiquement application aux contrats de la loi du pays où est établi le fournisseur permet certes de dispenser celui-ci d'avoir à se préoccuper des autres droits, mais ne supprime en rien les coûts de transaction résultant de la diversité des législations : cela conduit seulement à faire toujours supporter ces coûts par ses cocontractants. C'est donc le résultat d'un choix, qui est clairement de favoriser le fournisseur dans ses rapports avec ses clients. Or ce choix est d'un double point de vue surprenant.

Il l'est d'abord, en raison du fait que les libertés communautaires s'entendent passivement aussi bien qu'activement : la liberté de circulation des marchandises est autant celle d'importer que d'exporter ; la liberté de prestation de services est autant celle de requérir que d'offrir des services dans l'ensemble de l'espace communautaire. Vouloir systématiquement avantager les fournisseurs dans leurs rapports avec leurs clients, c'est, en méconnaissance du Traité, privilégier un aspect des libertés communautaires au détriment de l'autre. Et il est vain d'alléguer, à l'appui de cette solution, que « les véritables moteurs (*Träger*) de l'intégration économique européenne sont, non pas les demandeurs, mais les offreurs ». Car, à supposer même que le rôle des uns puisse réellement être distingué de celui des autres, et qu'il soit interdit de mettre en doute que l'intégration européenne est principalement réalisée *par* les fournisseurs, on ne saurait pour autant considérer qu'elle doivent l'être uniquement *pour* eux.

Mais le choix d'avantager les fournisseurs est également et surtout surprenant en ce qu'il est

cependant celui qui contrarie le plus évidemment l'objectif qui est avancé pour le justifier. Ainsi, et par exemple, les coûts de transactions spécifiques que le fabricant de meubles ou l'assureur allemand, qui voudrait développer sa clientèle en France, aurait à supporter si l'on devait déclarer les contrats soumis à la loi du « pays de destination », et qui seraient pour l'essentiel constitués par les frais de consultation d'un juriste spécialisé en droit français, s'élèveraient à quelques milliers d'euros pour le premier, quelques dizaines de milliers d'euros pour le second, mais pourraient être amortis sur le prix de chacune des opérations réalisées en France. Le coût marginal serait donc, dans l'immense majorité des cas, totalement insignifiant.

En revanche, rendre compétente la loi du pays d'origine oblige la même clientèle française à supporter des frais identiques de consultation d'un juriste spécialisé, pour déterminer s'il est plus avantageux pour elle de s'adresser à ce fabricant ou cet assureur allemand plutôt qu'à leurs concurrents français, mais sans possibilité cette fois de répartir ces frais sur une multitude d'opérations. Ainsi, tandis qu'au plan macro économique, les coûts de transaction globalement engendrés par l'application de la loi du pays d'accueil devraient être égaux à la somme de ceux qui sont supportés par chacune des entreprises opérant dans le Marché commun, ceux qui résulteraient d'une application de la loi du pays d'origine équivaldraient au montant cumulé des frais mis à la charge de *chacun* des clients de ces entreprises à l'occasion de *chacun* des contrats qu'ils concluent ou envisagent seulement de conclure avec elles ! On ne voit pas dans ces conditions comment il est possible de considérer l'application de la loi du pays d'origine comme un remède à la gêne que les coûts de transaction représentent pour les échanges intracommunautaires. Et on ne voit surtout pas comment il est possible de qualifier les coûts de transaction de gênes pour ces échanges lorsqu'ils sont supportés par les fournisseurs et qu'il sont donc, traduits en termes de coût marginal, généralement négligeables, sans leur reconnaître la nature d'obstacles insurmontables lorsqu'ils sont mis à la charge des cocontractants de ces fournisseurs et peuvent souvent représenter plusieurs dizaines, voire plusieurs centaines de fois le prix du produit ou du service en cause. Par conséquent, la thèse en faveur de la loi du pays d'origine tend certes à favoriser les fournisseurs, mais ne peut prétendre avoir réellement pour but de s'en prendre aux coûts de transactions.

Et si l'on conservait d'ailleurs le moindre doute à ce propos, il suffirait, pour achever de se convaincre, de s'intéresser aux dérogations que les partisans de cette thèse lui apportent. En effet, la compétence de la loi du pays d'origine n'est jamais défendue seule. C'est ainsi d'abord qu'elle est toujours présentée comme seulement subsidiaire à celle de la loi d'autonomie, laquelle serait elle-même justifiée par la possibilité qu'elle donnerait d'offrir « dans tout le territoire communautaire (...) un service ayant le même "contenu" que celui qui est offert dans le marché d'origine du prestataire ».

La solution surprend autant que l'explication. En effet, de toutes les règles de droit international privé, le principe d'autonomie est celle qui génère, et de loin, les coûts de transaction les plus importants : parce qu'elle confère à la partie la plus puissante la liberté d'imposer la soumission du contrat à la loi qui satisfait le mieux ses intérêts, sa logique implique évidemment de très vastes et de très minutieuses études de droit comparé qui ne sont en vérité à la portée que des entreprises les plus grandes. Mais en outre, si les objectifs du droit communautaire commandent réellement de consacrer la compétence de la loi du pays d'origine, il n'est pas possible de motiver la conservation du principe d'autonomie par la possibilité qu'il donne d'aboutir à la désignation de cette loi : par hypothèse, c'est elle qui s'appliquerait à défaut de choix. Par conséquent, le principe d'autonomie ne peut être utile qu'en tant qu'il permet de *déroger* à la compétence de la loi du pays d'origine ; ou bien, en

tant seulement qu'il incite le fournisseur à ne consentir à l'application de celle-ci qu'après s'être assuré qu'elle est pour lui la plus avantageuse. Tout souci des coûts de transaction a donc ici radicalement disparu du propos.

Il est tout autant absent des motifs invoqués à l'appui de la seconde dérogation que l'on propose parfois d'apporter à la compétence de la loi du pays d'origine. Selon M. Basedow, en effet, celle-ci ne devrait pas être applicable lorsqu'elle est, pour le fournisseur, plus contraignante que la loi du pays de destination. C'est au contraire celle-ci qui devrait, dans une telle hypothèse, régir le contrat. Par conséquent, c'est uniquement de la teneur des lois en cause que dépendrait la solution : comme dans le cas du principe d'autonomie, l'avantage que tend à procurer au fournisseur cette règle de faveur n'est pas de lui permettre de fournir le même produit ou le même service dans tout l'espace communautaire ; il est de l'affranchir autant que possible de toute obligation qu'il n'entendrait pas assumer. Par là se découvrent sans aucune ambiguïté les véritables desseins de la thèse examinée.

## **B) Les visées de la thèse**

Les conséquences pratiques d'une attribution de compétence à la loi du pays d'origine, assortie ou non des tempéraments que l'on vient d'évoquer, sont évidentes : par-delà l'avantage que la solution procure aux fournisseurs dans leurs rapports avec leurs clients, elle conduit surtout à considérablement favoriser les entreprises établies dans les Etats membres dont la législation est, en matière contractuelle, très libérale, dans la concurrence qui les oppose à celles qui sont soumises par leur législation locale à de fortes contraintes. En effet, tandis que les premières jouissent d'une entière liberté dans la définition de leurs prestations, les secondes doivent intégrer dans leurs coûts ceux que représentent les obligations qui leur sont en toute hypothèse imposées. Face à une clientèle qui est avant tout sensible au niveau des prix, ces dernières subissent donc un désavantage concurrentiel qui, dans certains secteurs d'activité, tels que l'assurance, celui des produits bancaires et financiers, voire également des biens d'équipements ou des services liés à l'informatique, peut être très important. A plus ou moins brève échéance, et à niveau de compétence et de productivité égal, il devrait inéluctablement s'ensuire leur élimination du marché.

Bien entendu, on ne saurait soupçonner les partisans de la thèse examinée de poursuivre cet objectif là. Pas davantage ne peut-on les croire désireux de voir ces entreprises adopter la seule mesure propre à garantir leur survie : délocaliser le siège de leur activité, en profitant des facilités que leur offrent à cet égard les – très contestables – arrêts Centros, Überseering et Inspire Art de la Cour de Luxembourg.

Dans ces conditions, la thèse de la compétence de la loi du pays d'origine ne peut tendre qu'à un seul résultat : contraindre les Etats membres à contrecarrer, voire à exploiter à leur profit chacune des deux conséquences pratiques qui sont ainsi produites par cette théorie. Par conséquent, il ne s'agit pas d'autre chose que de les amener, non seulement à aligner leur législation sur la plus libérale, mais encore à surenchérir par rapport à elle, dans la voie de la déréglementation. Autrement dit, la thèse ici examinée ne poursuit manifestement pas d'autre but que d'étendre au droit des contrats, sinon à l'ensemble du droit privé, la concurrence, si profitable aujourd'hui à l'économie de l'Irlande et du Royaume-Uni, que la jurisprudence Centros et Überseering précitée de la Cour de Justice oblige les Etats membres à se livrer en matière de droit et de fiscalité des sociétés. Et l'on reconnaît alors sans peine la filiation qui relie cette conception d'une Europe – terre d'affrontements entre les Etats membres bien plutôt que de collaboration, aux doctrines économiques du droit qui cherchent à convaincre

des vertus bienfaisantes d'une pareille mise en concurrence, au plan international, de ce qu'elles nomment les « produits législatifs ».

Il ne peut être question d'apprécier ici les mérites intrinsèques de ces théories. Ce qu'il suffit de relever, c'est qu'elles se présentent elles-mêmes comme des « modèles », dans lesquels les conclusions sont évidemment strictement tributaires des hypothèses sur la base desquelles ils sont construits. Et la plus remarquable d'entre elles est certainement celle, qui leur est commune, et qui consiste à réduire l'humanité à une collection d'individus déclarés « raisonnables » parce que sans morale, sans idéal et sans passion, incapables d'indulgence, de curiosité ou de compassion, qui ne visent jamais que la seule « maximalisation » de la satisfaction de leurs désirs égoïstes et qui, pour y parvenir, d'une part jouissent d'une exceptionnelle aptitude à mesurer, grâce le plus souvent à leur conversion instantanée en unités monétaires, les avantages et les inconvénients de chacune des innombrables solutions qui leur sont offertes, d'autre part ne sont retenus par aucune attache ou aucun handicap physique, culturel, social ou financier qui ferait obstacle à leur parfaite « réactivité » aux sollicitations d'un monde aussi « transparent » et sûr que « globalisé ». Par conséquent, il s'agit de simples jeux de l'esprit, qui ne sont certes pas moins innocents que la confection de cocottes en papier, mais qui ne sont davantage utiles que dans la seule mesure où leurs prétentions sont uniquement d'offrir aux législateurs nationaux une aide dans la détermination des conséquences économiques éventuelles de certains de leurs choix.

Car envisager une transposition pure et simple, dans le monde réel, des conclusions qui pourraient valoir dans le monde caricatural dont elles sont issues, c'est *ipso facto* se condamner à considérer que « le bon père de famille » pour lequel la loi est faite est l'individu qui n'accepte une invitation à dîner qu'après s'être assuré que l'avantage qu'il peut en tirer dépasse le profit que lui procurerait tout autre emploi de sa soirée, ou qui se fixe un budget avant de faire sa cour à l'élue de son cœur. C'est aussi s'obliger à croire qu'un bon médecin est celui qui passe le plus clair de son temps à lire, pour les comparer, les conditions générales d'affaires des dizaines de milliers de fournisseurs auxquels il lui est possible de s'adresser ou à mettre en concurrence les professionnels à qui confier la défense de ses intérêts, ou bien encore qui se tient à tout moment prêt à modifier l'implantation de son cabinet, voire à changer de spécialité en fonction de l'évolution, à la fois de l'offre et de la demande, et des contraintes pesant sur l'exercice de ses activités dans les différents environnements juridiques dans lesquels il peut se placer. C'est surtout chercher à convaincre que, dans le monde réel, où il est impossible d'ignorer que l'immense majorité, non seulement des particuliers, mais encore des entreprises, ne dispose pas des moyens culturels, intellectuels ou financiers permettant de faire produire à la concurrence les bienfaits que les théories économiques du droit décrivent, les Etats doivent néanmoins, et par principe, s'abstenir de toute mesure destinée à garantir le respect de la justice commutative ou l'utilité sociale des conventions, c'est-à-dire finalement s'obliger à mettre leur appareil de contrainte à la disposition des plus forts ou des moins scrupuleux.

Dans ces conditions, toute la question est de fixer la mesure dans laquelle il est raisonnable de se fier aux enseignements de cette doctrine. Plus précisément, elle est, non pas tant de seulement rechercher quelles dispositions devraient être prises pour rapprocher le monde réel du modèle qu'elle propose, puisque cela supposerait déjà que l'on considère celui-ci comme véritablement enviable, mais d'abord et avant tout de déterminer jusqu'où les différences, objectivement irréductibles ou socialement souhaitables, qui séparent l'un de l'autre, méritent d'être négligées. Et puisque les économistes eux-mêmes conviennent de l'impossibilité d'une expérimentation empirique, qui permettrait de comparer les conséquences concrètes des multiples options ouvertes, la réponse ne peut être qu'affaire de convictions.

Il va de soi que les juristes ne sont pas moins dignes que les autres de défendre leurs vues sur le sujet. Mais en l'occurrence, les partisans de la compétence de la loi du pays d'origine récusent précisément toute possibilité de discussion. Avancer une opinion serait chose vaine puisque, par une argumentation juridique, ils tentent de faire accroire que les choix auraient déjà, et irrémédiablement été faits. Plus exactement, parce qu'ils savent que ceux des Etats membres qui ne peuvent aujourd'hui que tirer avantage d'une mise en concurrence des droits des contrats s'opposeront à un développement significatif des règles communautaires impératives, et que la distance qui sépare les institutions européennes des opinions publiques ne permettra pas à celles-ci de vaincre leur résistance, ils prétendent démontrer juridiquement que les législateurs nationaux auraient perdu la possibilité de soumettre à leurs propres règles les contrats conclus par des fournisseurs établis dans les autres pays membres. Mais cet emploi d'un discours juridique pour affermir une position purement idéologique ne constitue rien d'autre qu'une imposture.

## **II – L'imposture juridique**

La vacuité de la thèse selon laquelle la loi applicable aux contrats transcommunautaires ne pourrait être que celle du pays d'origine se découvre à chaque étape de ce qu'elle présente comme une démonstration juridique : à partir de fondements inconsistants (A), elle propose, en guise de déductions, une série d'approximations (B), qui ne peuvent pourtant servir de justifications sérieuses aux confusions qu'elle se fixe pour objet de faire admettre (C).

### **A) Des fondements inconsistants**

Au plan strictement juridique, la thèse examinée se donne comme principal point de départ l'arrêt *Cassis de Dijon*, rendu à propos de la liberté de circulation des marchandises. A titre accessoire, elle invoque le principe dit du « *home country control* » que consacre un certain nombre de directives relatives à la liberté d'établissement. Autrement dit, elle entend établir que le principe de la compétence de la loi du pays d'origine est, *logiquement*, une conséquence *inéluçtable*, non pas du Traité CE lui-même, mais de l'une de ses interprétations jurisprudentielle ou de textes de droit dérivé pris pour son application dans certains domaines particuliers. Et c'est bien par là, déjà, qu'elle se condamne.

Comme on l'a indiqué d'emblée, en effet, les principes supérieurs de la démocratie interdisent radicalement de considérer que le Traité de Rome a retiré aux Etats membres, de manière purement implicite, le pouvoir de soumettre les contrats transcommunautaires conclus par des fournisseurs établis hors de leurs frontières respectives à une loi autre que celle du pays d'origine de ceux-ci. Il s'ensuit que, si la Cour de Luxembourg ou le Conseil avaient réellement entendu eux-mêmes imposer une pareille restriction à la souveraineté des pays membres et à la compétence de leurs parlements, ils n'auraient rien fait d'autre que commettre un abus de pouvoir, devant lequel, dans des démocraties, les juristes ont le devoir de s'élever, bien plutôt que s'incliner. En tout cas, il n'est pas douteux que, juridiquement, il est totalement impossible d'attribuer à l'arrêt *Cassis de Dijon* et aux directives considérées la portée que leur reconnaît la thèse examinée.

Et il en va d'autant plus ainsi que cette dernière est d'une fort étonnante partialité. Affectons pour l'instant de croire, comme elle y convie, que l'arrêt Cassis de Dijon doit réellement être compris comme obligeant à soumettre à la loi du pays d'origine les contrats qui permettent l'exercice de la libre circulation des marchandises (on montrera plus loin que cette interprétation de l'arrêt est totalement inexacte). Mais cet arrêt n'est pas le seul à être intervenu en la matière. Il a été suivi de bien d'autres et notamment de celui, rendu dans l'affaire Keck et Mithouard, dans lequel la Cour de Luxembourg a exactement reproduit la solution de l'arrêt Cassis de Dijon, mais pour préciser immédiatement que celle-ci concerne exclusivement « les règles nationales relatives aux conditions auxquelles doivent répondre les marchandises » mais non celles « limitant ou interdisant certaines modalités de vente ». Et il est évidemment vain de critiquer la distinction ainsi opérée ou de pointer les embarras, incontestables, des juges communautaires pour définir précisément le domaine précis de chacune des deux solutions qu'ils ont arrêtées. La seule chose qui importe est que la règle de conflit dont on prétend faire la conséquence inéluctable de l'arrêt Cassis de Dijon, n'est pas la conséquence inéluctable de l'arrêt Keck et Mithouard, non plus, par suite, que celle de la jurisprudence, prise dans son ensemble, de la Cour de justice. Autrement dit, elle n'est la conséquence inéluctable que du choix, fait par les partisans de la thèse examinée, de donner au premier de ces arrêts la priorité sur l'autre. Ce n'est donc pas à une démonstration que l'on a affaire : c'est à une simple pétition de principe.

On en dira de même des déductions tirées des directives ayant consacré, à propos de la liberté d'établissement, le principe du *home country control* : celles-ci attribuent certes aux autorités administratives du pays d'origine une compétence exclusive pour autoriser la création d'un établissement secondaire dans un autre pays membre ou pour surveiller l'activité exercée par cet établissement secondaire ; mais, outre qu'aucune d'entre elles n'étend cette compétence à la réglementation des contrats conclus par lui, certaines prennent le soin – très inhabituel – d'avertir qu'elles ne peuvent être interprétées comme formulant un règle de droit international privé, voire édictent expressément des règles de conflit qui n'accordent pas la moindre place à la loi du pays d'origine. Or ce qui est ici fort singulier n'est pas seulement que cette réalité soit à nouveau occultée, et que le choix soit donc encore fait de privilégier un aspect de la réglementation globalement définie par les directives sur l'autre ; c'est que l'on va parfois jusqu'à prétendre déduire du premier de ces aspects un motif d'invalidation du second ! C'est ainsi que M. Radicati di Brozolo, qui voit dans les directives sur l'assurance, en tant qu'elles consacrent le principe du *home country control*, l'un des fondements de la compétence de la loi du pays d'origine, n'hésite pas à mettre en doute la validité des règles de conflit formulées par les mêmes directives, en tant qu'elles écartent cette compétence ! On ne saurait davantage confondre le désir de convaincre avec les besoins d'une démonstration.

## **B) Des approximations en guise de déductions**

De l'inconsistance des fondements qu'elle se donne résulte évidemment celle de la thèse examinée dans son entier. Mais la réfutation de celle-ci peut tout aussi bien être menée à partir de la confrontation de ces mêmes fondements aux conclusions sur lesquelles elle débouche. On peut ainsi montrer que l'identité même de la « loi du pays d'origine » devrait nécessairement varier selon le fondement choisi pour sa désignation, et qu'il ne peut cependant être déduit de chacun de ces fondements le domaine d'application des « lois d'origine » auxquelles ils conduisent respectivement.

1) Comme des auteurs l'ont justement relevé, la notion de « loi du pays d'origine » est extrêmement vague, et la CJCE, aussi bien d'ailleurs que le droit dérivé, s'abstiennent

généralement de s'y référer.

C'est ainsi que dans l'arrêt *Cassis de Dijon*, sur lequel repose l'essentiel de la construction ici critiquée, la Cour de Luxembourg a seulement dit pour droit que « la notion de “mesures d'effets équivalant à des restrictions quantitatives à l'importation”, figurant à l'article 30 du traité CEE, est à comprendre en ce sens que relève également de l'interdiction prévue par cette disposition la fixation d'une teneur minimale en alcool pour les boissons spiritueuses destinées à la consommation humaine, fixée par la législation d'un Etat membre, lorsqu'il s'agit de l'importation de boissons alcoolisées légalement produites et commercialisées dans un autre Etat membre ».

Si l'on admet – ce qui serait une erreur comme on le montrera plus loin – que cette décision érige réellement la loi du pays d'origine en référence, cette loi est en l'occurrence celle de l'Etat dans lequel les produits sont fabriqués, ce qui d'ailleurs ne surprend pas, dans la mesure où est en cause la liberté de circulation des marchandises, et où celle-ci n'a été instituée par le Traité de Rome qu'au profit des marchandises fabriquées dans le Marché Commun.

De leur côté, les directives intervenues pour garantir l'effectivité de la liberté d'établissement et qui consacrent le principe du *home country control* attribuent compétence aux autorités du pays dans lequel est établie l'entreprise qui entend exercer cette liberté pour autoriser et surveiller l'activité des établissements secondaires situés dans les autres Etats membres. Par conséquent, la loi du pays d'origine se confond ici avec celle de l'Etat membre où est implantée l'entreprise dont dépendent les établissements secondaires ouverts dans les autres pays membres, voire, si cette entreprise est la filiale d'une autre, avec la loi de l'Etat dont la société-mère est le ressortissant. On voit déjà que les notions de loi du pays d'origine au sens de la liberté de circulation des marchandises et au sens de la liberté d'établissement ne coïncident pas.

Et il reste à s'entendre sur sa définition au sens de la liberté de prestation de service. De prime abord, on aurait pu penser qu'elle doit être déduite de la localisation de ceux au profit de qui cette liberté est instituée. Mais on voit immédiatement l'obstacle auquel se heurterait une pareille analyse : la liberté de prestation de service étant aussi bien active que passive, la loi du pays d'origine devrait alors être celle du pays où est établi, tout aussi bien le prestataire que son client. C'est pourquoi les partisans de la thèse examinée proposent un raisonnement différent, qui leur donne l'illusion d'occulter la difficulté. En effet, c'est la jurisprudence *Cassis de Dijon* qu'ils invoquent, en tant qu'elle interprète la liberté de circulation des marchandises comme impliquant la possibilité de toujours fournir le même produit dans tous les Etats membres : ils en déduisent que la liberté de prestation de service implique identiquement la possibilité de toujours fournir à l'intérieur du Marché Commun « le même service », sans évidemment envisager qu'elle pourrait tout aussi bien être comprise comme impliquant la possibilité de toujours *recevoir* « le même service » des prestataires établis dans cet espace. En tout cas, il résulte de leurs explications que la loi du pays d'origine est celle de l'Etat membre où se trouve l'établissement même qui fournit la prestation de services.

C'est donc à trois définitions de la loi du pays d'origine que l'on a finalement affaire. Et puisqu'il est prétendu que le droit communautaire imposerait d'attribuer compétence à la loi du pays d'origine en matière d'obligations contractuelles, la moindre des choses serait de préciser à laquelle de ces trois définitions il convient de se fier pour identifier la loi respectivement applicable à chacune des catégories de contrats spéciaux existants.

Or cette précision est curieusement absente de la thèse critiquée, qui se borne à alléguer sa

coïncidence avec la solution retenue par l'article 4 de la Convention de Rome , ce qui est évidemment inexact, ou que le principe d'autonomie consacré par cette même Convention suffit à garantir le respect des objectifs du droit communautaire, ce qui est tout aussi évidemment indifférent : si le droit communautaire impose réellement de rendre applicable la loi du pays d'origine, il évince nécessairement le jeu de la Convention de Rome, conformément à l'article 20 de celle-ci, lorsque sont en cause des contrats transcommunautaires. Surtout, si la compétence de la loi du pays d'origine est commandée par les libertés de circulation des marchandises, d'établissement ou de prestation de services, seul un objectif encore supérieur du Traité devrait pouvoir justifier que les parties jouissent de la faculté de l'écarter. Or force est de constater qu'un tel objectif n'existe pas, ou, du moins n'est jamais allégué. Cette incapacité des défenseurs de la thèse examinée à assumer les ultimes conséquences de celle-ci s'explique par l'impasse à laquelle conduirait inéluctablement sa mise en œuvre rigoureuse.

2) Dès lors que l'identité de la loi du pays d'origine varie selon les libertés communautaires autour desquelles est construite la thèse critiquée, celle-ci devrait obliger à répartir les différents contrats spéciaux en trois catégories, qui refléteraient chacune des trois libertés qu'ils concernent respectivement. Or cela est radicalement impossible.

Déjà, une ventilation entre les seules liberté de circulation des marchandises et de prestation de services générerait les plus grandes hésitations. Bien sûr, cela devrait vraisemblablement conduire à décider que relève de la première de ces deux libertés la vente mobilière, ce dont il résulterait que la loi applicable à celle-ci dépendrait du lieu de fabrication des marchandises vendues, et que, par suite, les contrats conclus par un fournisseur distribuant des matériels fabriqués aussi bien en Allemagne, en France, en Italie, aux Pays-Bas et en Espagne seraient respectivement régis par les lois allemande, française, italienne, néerlandaise et espagnole, tandis que ceux portant sur des produits importés de Chine, du Japon ou de Corée relèveraient de la Convention de Rome. Mais même si l'on néglige le caractère extrêmement incommode de la solution en pratique, il resterait encore à s'entendre sur les critères de la vente, notamment lorsque celle-ci porte sur un objet à fabriquer ou sur un bien incorporel, afin de la distinguer de la prestation de services. Et une incertitude tout aussi sérieuse affecterait la réponse qu'appellerait la question de savoir si nombre de contrats, autres que la vente, ayant pour objet des biens mobiliers mériteraient d'être regardé comme affectant la liberté de circulation des marchandises plutôt que celle de prestation de services : location, location-vente, crédit-bail, prêt, dépôt, etc....

Mais c'est évidemment la liberté d'établissement qui rend de toute façon vain un quelconque effort de clarification. Car aucun contrat ne peut être spécifiquement rattaché à l'exercice de cette liberté, qui profite cependant à toutes les entreprises. Aussi bien, lorsqu'elles concluent, dans le cadre de leur activité, des contrats par l'intermédiaire de leurs établissements secondaires, ceux-ci, qu'il s'agisse de ventes, de locations, de contrats d'entreprise, de mandats, etc..., devraient obéir à deux lois d'origine différentes, ce qui est pourtant radicalement impossible : une obligation ne peut pas en même temps être et n'être pas, une prescription ne peut être à la fois de deux et de cinq ans, etc.... Bien sûr, on imagine sans peine comment, compte tenu de leurs présupposés idéologiques, les partisans de la thèse examinée proposeraient de résoudre la difficulté s'ils consentaient à l'effort de rigueur qui leur permettrait d'en prendre conscience : ils ne manqueraient pas d'assurer qu'il faudrait laisser au fournisseur le choix, ou encore qu'il faudrait systématiquement faire application de la loi la plus favorable à ses intérêts. Mais qu'importe ici le sens de la solution. Seule compte sa nécessité : ce qui n'est pas contestable est qu'un choix, extérieur au système, est indispensable pour sortir de l'impasse. C'est donc que les fondements, pourtant très

arbitraires, que la théorie de la compétence de la loi du pays d'origine se donne ne conduisent eux-mêmes qu'à une impasse.

On n'en sera pas surpris : cette théorie n'est, juridiquement, que le produit d'une série de confusions.

### C) Une somme de confusions

En réalité, le vice fondamental de la thèse examinée réside dans le fait qu'elle est entièrement construite sur un contresens. Elle témoigne en effet d'une incompréhension totale à la fois de la signification et de la portée de l'arrêt Cassis de Dijon et de la « nouvelle approche » qu'il a inaugurée.

1) Comme on le sait, celle-ci procède de l'idée que les Etats membres se doivent une confiance mutuelle qui les oblige à tenir les exigences auxquelles ils subordonnent l'accès à leur marché national respectif, quelles que soient les différences qui affectent leur contenu, pour équivalentes *a priori*. Il s'ensuit que si une activité est librement exercée, ou si des produits sont librement commercialisés sur le territoire de l'un d'eux, les autres ne peuvent s'opposer à l'exercice de cette même activité ou à la commercialisation de ces mêmes produits sur leur propre territoire, sous le prétexte que les conditions qu'ils imposent à leurs entreprises nationales ne sont pas respectées. Ils doivent détruire la présomption d'équivalence, en établissant que, tels qu'il se présentent, les produits ou les services en cause ne permettent pas de satisfaire les objectifs d'intérêt général visés par les articles 30, 39 ou 46 du Traité que leur législation entend garantir.

Mais ce principe de confiance mutuelle n'est nullement édicté au profit exclusif de la loi du pays d'origine : il présente un caractère évidemment multilatéral. Ainsi, dans l'affaire Cassis de Dijon, si l'Allemagne a été empêchée de se prévaloir de sa législation relative à la teneur minimale en alcool des boissons spiritueuses, ce n'est pas en raison de la conformité de la liqueur en cause aux prescriptions du droit français, pris comme loi du pays d'origine ; c'est en raison du fait que, de cette conformité à la loi française, il résultait que cette liqueur satisfaisait aux exigences de l'un quelconque des pays membres et devait *ipso facto* être présumée propre à une libre consommation dans tous les autres pays membres. Car la solution eût été exactement la même si le Cassis de Dijon litigieux avait été initialement destiné par son producteur français au marché italien, et fabriqué en conséquence dans le respect des normes italiennes plutôt que françaises : il eût été sinon injustifiable de lui refuser en Allemagne le régime de libre importation que les autorités allemandes eussent été contraintes d'accorder à des produits strictement identiques fabriqués en Italie. C'est donc bien à tort que l'on prétend que l'arrêt Cassis de Dijon érige la loi du pays d'origine en référence, ou en prescrit l'application : la vérité est qu'il se borne à poser un principe d'équivalence entre toutes les conditions d'accès aux marchés nationaux. De là découle strictement le domaine exact de ce principe.

2) Le principe de confiance mutuelle ou la présomption d'équivalence, qui justifient aussi bien la jurisprudence Cassis de Dijon que la règle du *home country control*, ne concernent en l'état que le droit public. Mais, tandis que les adversaires de la loi du pays d'origine estiment que tel est leur domaine exclusif, les partisans de la compétence de cette loi soutiennent qu'ils pourraient tout aussi bien recevoir application en matière de droit privé. Pourtant, le mal-fondé de cette allégation apparaît aussitôt que l'on s'interroge sur sa praticabilité.

Il existe en effet une différence radicale entre le droit public et le droit privé, qui dérive de

leur objet respectif. Parce que le droit public concerne les situations dans lesquelles un Etat ou l'un quelconque de ses démembrements figure lui-même en qualité de sujet, celle de ses fonctions qui est impliquée par les libertés communautaires consiste dans la définition de l'action propre de cet Etat. C'est l'Etat-acteur, et non l'Etat-législateur, qui est en cause. Autrement dit, c'est des missions de son Exécutif, ou de son Administration qu'il s'agit : autoriser, surveiller, assister, poursuivre et punir, éduquer ou former, etc.... Or, il est toujours possible d'envisager l'institution ou au contraire la suppression d'une action étatique. Par exemple, on peut aussi bien instaurer un contrôle administratif qu'y mettre fin : c'est une question d'opportunité que l'on peut trancher, suivant les cas, dans un sens comme dans l'autre. De même, il est toujours possible, à propos des actions étatiques, de raisonner en termes d'équivalence. Ainsi, il est permis de dire que le système éducatif allemand, même s'il diffère du système français, en est l'équivalent ; ou bien que telle norme de sécurité italienne offre aux utilisateurs du produit qu'elle concerne un niveau de protection équivalent à la norme, pourtant différente, française ; ou encore que le contrôle espagnol de l'immigration équivaut à celui qui existe en France. Et la conclusion que l'on est en droit de tirer de cette double réalité est qu'une action exercée par un Etat rend éventuellement surabondante l'action d'un autre Etat. Mais lorsque tel n'est pas le cas, il n'existe aucun obstacle à leur cumul, dans la mesure où, même lorsqu'elles sont radicalement incompatibles, leur portée nécessairement et strictement territoriale fixe la limite de leur efficacité respective.

Autrement dit, le principe de confiance mutuelle peut se traduire, en matière de droit public, par une présomption d'équivalence des actions étatiques entre lesquelles il est permis de ne pas choisir, puisqu'il suffit que l'un quelconque des Etats membres soit intervenu, voire ait jugé inutile toute intervention, pour que les préoccupations des autres Etats membres doive *a priori* être considérées comme satisfaites. Et la démonstration positive du mal-fondé de cette présomption dans un cas déterminé n'oblige pas davantage à un choix, puisqu'elle ne conduit en rien à donner aux représentations d'un Etat la primauté sur celle des autres : elle aboutit seulement à restituer au premier le pouvoir d'imposer sur son seul territoire le respect de ses propres exigences.

Or rien de tout cela ne vaut en matière de droit privé. Celui-ci, dont les sujets sont, non pas l'Etat ou les personnes publiques, mais les particuliers, a pour objet d'arbitrer les intérêts privés qui s'affrontent à propos ou à l'occasion d'un type de situation de fait donné. Et, dès lors que l'Etat-acteur a fait le choix d'assurer cet arbitrage, les règles au moyen desquels il s'oblige à l'opérer, par le biais de ses tribunaux, ne peuvent évidemment être exprimées sous la forme d'une alternative entre l'action et l'abstention. Au surplus, toute idée d'équivalence entre deux règles ayant le même objet est nécessairement un non-sens en droit privé : parce qu'il s'agit de réaliser un arbitrage entre des intérêts antagonistes, et qu'il est donc impossible de donner ou de garantir à l'un sans retirer ou imposer à l'autre, la comparaison entre ces deux règles ne peut conduire qu'à l'établissement d'une relation de parfaite identité ou de totale contradiction. Ainsi, un salaire horaire minimum de 11 euros n'équivaut pas à un salaire horaire de 10 euros ; une prescription de six ans n'équivaut pas à une prescription de cinq ans ; un devoir de conseil n'équivaut pas à une obligation d'information, etc. ... Car, pour tous les plaideurs dont la situation ne satisfait qu'à l'une de ces deux solutions, le choix de l'autre signifie la négation des droits qu'ils tenaient de la première, tandis qu'il permet à leur adversaire de triompher là où l'application de celle-ci aurait conduit à leur condamnation. *A fortiori* ne saurait-il être question de prétendre que les niveaux auxquels les règles des différents Etats membres placent le salaire minimum, que les durées qu'elles fixent pour la prescription des actions ou que les obligations qu'elles mettent à la charge de chacune des parties dans la vente, le mandat, le louage d'ouvrage ou n'importe quel autre contrat sont tous équivalents. En poser la présomption serait donc absurde puisque l'on sait d'emblée que c'est

faux !

Dans ces conditions, la confiance mutuelle que se doivent les Etats membres est, en droit privé, nécessairement inopérante : elle ne peut jamais dispenser d'un choix, qui conduit inéluctablement à faire triompher une solution sur toutes les autres, puisque leur cumul ici est évidemment inenvisageable. Par conséquent, il est radicalement, parce que techniquement impossible de transposer au droit privé le régime du droit public et donc d'étendre au droit des contrats les solutions que la jurisprudence Cassis de Dijon a retenues à propos des actions étatiques relatives à l'accès aux différents marchés nationaux. La conclusion que l'on ne peut qu'en tirer est que la thèse d'après laquelle la compétence de la loi du pays d'origine serait, en matière contractuelle, une simple traduction de la nouvelle approche définie par la Cour de Luxembourg est, au plan strictement juridique, une pure aberration.

\*\*\*\*

\*\*

Il n'est sans doute pas de projet plus noble que de chercher à réunir des peuples que l'Histoire a souvent opposés en vue de leur faire désormais partager un même destin. Mais l'Histoire enseigne aussi combien est difficile la réalisation d'un tel projet. Et les épouvantables atrocités qui, à nos frontières, ont très récemment provoqué aussi bien qu'accompagné le démantèlement de l'ancienne Yougoslavie interdisent assurément de méconnaître ce que peuvent être les conséquences de l'échec. Or l'échec est le sort le plus vraisemblable d'une Union dont le mode de constitution conduit à mettre en concurrence les peuples que l'on prétend rassembler, en les sommant d'avoir à choisir entre l'abandon de leurs systèmes de valeur et une profonde dégradation des conditions de leur vie matérielle. Car si la compétition entre les individus peut avoir des effets bénéfiques, celle qui oppose les peuples n'est que la forme première de la guerre : parce qu'elle est destinée à faire des gagnants et des perdants, et qu'elle ne peut engendrer, contre les premiers, qu'un vif ressentiment chez ceux qui, à tort ou à raison, croient devoir se compter parmi les seconds, elle porte les germes de ses formes les plus meurtrières.

Mais le simple rejet d'un tel principe de constitution ne peut évidemment suffire à garantir le succès de l'Union. Celui-ci, en effet, a bien peu de chances d'être atteint si, dans chacune de ses modalités, il ne correspond pas aux désirs profonds des peuples en question, faute pour eux d'avoir toujours été très étroitement associés à chacune des étapes du processus engagé à cette fin. Or la politique de marche forcée que mènent aujourd'hui les instances communautaires ne manque pas, de ce point de vue, d'inquiéter. Et il faut surtout vivement regretter que la Cour de justice elle-même, curieusement sensible à des arguments économiques pourtant le plus souvent évanescents, se laisse parfois gagner par la tentation de s'ériger en législateur suprême, dont elle sait pourtant ne pas avoir les moyens matériels d'exercer les fonctions, plutôt que se cantonner dans son rôle éminent d'ultime rempart de la démocratie. Car aujourd'hui, les opinions publiques, comme d'ailleurs la plupart des dirigeants politiques européens, n'ont aucune conscience du doute profond que l'impérialisme du droit communautaire ou des interprétations qu'il autorise fait planer sur la valeur normative de l'ensemble de l'œuvre, passée aussi bien qu'à venir, des Parlements nationaux. Leur réveil ne tardera cependant pas à se produire, et risque d'être d'autant plus brutal qu'il ne manquera pas de se trouver des démagogues habiles à l'exploiter. Il est à craindre qu'il ne sonne alors le glas de tous les espoirs d'une Europe pacifiée, solidaire et riche des ses multiples diversités que l'auteur de ces lignes sait partager avec le dédicataire de celles-ci.

Avril 2004

