

IDAI 2012 – LE CAIRE

Licence 1

INTRODUCTION AU DROIT EUROPEEN

D.Mainguy

Professeur à la faculté de droit de Montpellier

En guise d'introduction...

1. – Image du droit et caricature. – La plupart des gens, citoyens, justiciables, contribuables, confrontés à une situation juridique, heureuse ou malheureuse, ou simplement spectateurs attentifs d'une action juridique en marche (révision de la constitution, examen d'un projet de loi, d'une action en justice médiatisée), étudiants qui pénètrent pour la première fois dans un amphithéâtre de première année, ont une image déformée, parfois épouvantable, souvent première, voire primaire, et caricaturale, du droit et des juristes, des gens de justice.

L'image du droit est première lorsqu'elle prend la figure de la loi par exemple. Certes, la loi est emblématique du droit moderne, mais outre que c'est une figure juridique née du XVIII^{ème} siècle et portée par la Révolution française, elle n'est pas *le* droit, pas davantage que ne l'est le juge, ou l'action de juger ou encore la pratique du droit.

Première encore est l'image du droit associée à l'idée de force, voire de violence étatique (la sanction, la prison), ou bien encore de force d'apaisement (« Mieux vaut un mauvais contrat qu'un bon procès »), ou bien l'idée d'un outil au service d'une règle supérieure, le droit au service de l'économie, du social, de la religion, de la morale, de la Justice, etc. Rien de tout cela n'est faux si on contemple le droit en son entier, mais tout est faux (en tout cas « non vrai ») pris isolément.

Pour certains, cette image est propice à la caricature : les uns se figurent un vieux – nécessairement – notaire de province, bourgeois, décati, retors et vénal, comme ceux illustrés par Daumier, ou bien un avocat véreux ou encore un pénaliste assistant des pires criminels, le *consigliere* du « Parrain » de Francis Ford Coppola.

D'autres, plus positifs, voient dans le juriste un combattant pour la Justice, une sorte de philosophe efficace, l'avocat brillant pourfendeur des horribles violations des droits de l'homme, le protecteur de la vierge et de l'orphelin, un moderne Lancelot du Lac à l'assaut de tous les dragons modernes ou héros prométhéen sauvant le monde et les hommes par son sacrifice. Le cinéma (*Erin Brockovich* et la promotion de l'action de groupe) ou la littérature en font la démonstration, à l'image de Maître Derville, l'avoué du *Colonel Chabert* immortalisé par Balzac, du *Procès* de Kafka, l'*Etranger* de Camus et le procès de l'absurdité ou du Soleil, ou de quelques feuilletons populaires sans compter

l'image véhiculée par quelques grands procès médiatisés ou ce nouveau genre littéraire importé des États-Unis : les « *legal novels* », incarné par John Grisham ou d'autres.

D'autres encore envisagent le droit comme un outil de science politique et ils n'accordent leur considération qu'au constitutionnaliste brassant des notions politiques et philosophiques dont tous les journaux sérieux font état ou, image inversée, voit dans le juriste le valet du pouvoir capitalisto-parlementaire, pour reprendre une conception néo-marxiste.

Pour d'autres enfin, plus que l'image du juriste, c'est l'image du Droit qui est ramassée à quelques domaines spécifiques, le Code de la route, la feuille d'impôt, l'instruction d'un permis de construire, la convention de divorce, les statuts d'une association, la mise en demeure d'un bailleur pressé : la paperasse juridique, à moins que ce ne soient des soucis juridiques : un divorce, une révision de pension alimentaire, une mise en examen, un licenciement, la suspension du permis de conduire, etc. qui chaque fois renvoient à une image parcellaire du droit et de ses acteurs, le JAF, le tribunal de Police, l'avocat trouvé sur un forum de discussion sur Internet.

Pire, le citoyen lambda, notre spectateur attentif, ne se rend généralement compte de l'existence du droit que face à un procès, souvent pénal, ce qui est à la fois fâcheux et heureux. Fâcheux parce que le procès pénal ne recouvre qu'une infime partie du droit : le droit s'occupe bien davantage d'histoires de sous que de sang. Fâcheux également parce que les grands procès ne montrent pas toujours une image valorisante de la Justice, comme dans les affaires dites d'« Outreau ». Fâcheux enfin parce que cet exemple, comme tous les autres exemples que l'on pourrait utiliser ne révèlent qu'une parcelle du droit, une image parmi mille. Heureux cependant parce que le procès, surtout civil, est à l'origine du droit et lui est consubstantiel. Le jugement (ou les décisions du prêtre, du chef, du sorcier...) a très certainement précédé la règle qui n'a dû être originellement que la répétition des décisions habituelles du juge (Moïse brandissant les Tables de la Loi tient-il la Loi, révélée *ex nihilo*, ou bien une loi tirée de la répétition de décisions et expurgée de l'accessoire ?). Le droit peut être perçu comme synonyme de commandement et de sanction de sorte que le procès pénal, le droit pénal lui-même et toute l'imagerie qu'ils véhiculent – l'enceinte judiciaire, les juges, le terrible procureur, les gendarmes, la prison – sont pour beaucoup la seule image du droit.

À moins, finalement, que le droit ne soit tout simplement figuré, personnifié : Marianne représente la République comme le Glaive et la Balance des tribunaux ou des notaires, la Justice, Dreyfus l'Injustice ou Guy Moquet la résistance à l'oppression. Ici comme ailleurs, les symboles juridiques utilisés révèlent souvent un sens profond, une forme d'exotérisme juridique : l'architecture de bien des palais de justice renvoie aux Temples gréco-romains, l'estrade des juges, la tenue vestimentaire des gens de justice, les couleurs, le noir et surtout le rouge du droit symbole de l'*auctoritas* du pontife romain.

Toutes ces considérations sont caricaturales, parcellaires et simplificatrices mais toutes recèlent une part sinon de vérité du moins de sensation. En même temps, la consistance du droit dépasse très largement toutes ces hypothèses : le droit représente l'ensemble des règles qui gouvernent la vie des hommes en société, c'est-à-dire bien plus souvent les règles civiles : les personnes, la famille, les biens, les contrats, la vie des affaires, que les règles pénales – fort heureusement d'ailleurs dans une société libérale (au sens philosophique du terme) fondée sur un état de droit.

Pour certains même, le droit ferait partie de l'inconscient des hommes¹ en ceci que le droit serait plus, socialement, inné que construit parce que l'homme est un animal social doué de la conscience de vivre en société.

Enfin, dernière image du droit, le droit en tant que tel est très souvent personnifié, par un anthropomorphisme touchant. On lit ou dit souvent « le droit dit que », « le droit pense que ». Le droit ne pense ou ne dit rien du tout. Il y a des situations juridiques et les juristes disent ou pensent *en droit* pour proposer une solution. Pour toute la suite, chaque fois qu'il sera question, par facilité, du « droit », il y sera fait référence avec cette réserve.

1 F. TERRE, *Introduction au droit*, Dalloz, 5^e éd., 2001, n°1. – J. GAUDEMET, *Les naissances du droit*, Montchrestien, 1997.

1-1. – Image du droit français. – A cette première approche, il est vrai assez immédiate et triviale, s'ajoute une autre image, celle du droit identifié sur une assise territoriale : le droit américain, le droit allemand, italien, le droit français.

Cette image et, par itération, ces images, supposent une différenciation : le droit français est différent du droit allemand, du droit américain, anglais, russe, etc., différenciation qui suppose la détermination, en termes analytiques, des éléments de ces différences, mais également l'appréciation, en termes qualitatifs voire identitaires, de ces différences et, à la fin, une appréciation : le droit français est-il meilleur, moins bon, pour autant que cette « valorisation » globale du droit soit pertinente.

Cela suppose donc de se représenter l'image du droit français, pour et par les juristes français, mais également par les juristes non français.

L'image du droit français par les français est difficile à présenter. Le droit français se classe, traditionnellement, dans la famille des droits romano-germaniques (cf. infra, n°) ce qui signifie qu'il est le produit d'une histoire mêlant la tradition de droit écrit du droit romain et la tradition coutumière issue des grandes invasions germaniques du IV^e au X^e siècle. Ce faisant, les systèmes de droit romano-germanique sont souvent aujourd'hui des pays de « Code » et se différencient, notamment, des systèmes anglo-saxons qui sont des systèmes fondés sur la *Common Law*, c'est-à-dire un système de règles coutumières forgées par le temps et, surtout, par le juge. Pour résumer, en termes de techniques d'application du droit, où un système de « droit civil » applique une règle générale et abstraite à un cas, un système de « *Common law* » applique un cas, une solution tranchée précédemment, au cas particulier, par analogie. Deux systèmes différents donc, l'un principalement fondé sur une forme de droit postulé, la loi comme modèle de la norme, et l'autre sur le droit appliqué, la jurisprudence pour norme.

En même temps, le droit français présente une singularité sans doute liée à l'histoire de France et donc, l'image du droit français est intrinsèquement liée à l'image de la France, l'image que l'on peut s'en faire.

Il y a d'une part une image de la France, et donc du droit français, qui présente l'idée d'une France continuatrice de l'Empire Romain, et qui, en général, se reconnaît dans la tradition guerrière et de grandeur, derrière les œuvres de Louis XIV, Napoléon 1^{er}, le général de Gaulle et qui véhiculent « une certaine idée de la France » et une certaine idée du droit français, en quelque sorte. Au fond, ceux-là ressentent parfaitement l'aura qu'a eu ou que peut avoir le droit français, le Code civil, l'image d'universalité que véhicule ce droit, dans les frontières françaises et en dehors, en Europe, dans l'Europe napoléonienne qui constitue l'apogée (à moins que ce soit la situation de la France de Louis XIV, l'imperium français sur l'Europe d'alors, en l'absence des allemands ravagés par la guerre de Trente ans et des anglais à peine sortis de leur propre Révolution), de cette idée d'une France « nouvelle Rome ». Nouvelle Rome parce que l'image qu'elle véhiculait était universaliste : l'autre est un autre moi. Le Code civil, les routes, la culture, la gestion administrative (si tatillonne mais si appréciée parce que non corrompue) français étaient exportés dans tout le monde connu : le Code civil s'appliquait en Belgique, en Hollande, en Italie, en Louisiane, etc. (cf. infra, n°), en Allemagne et le réveil allemand conduira à un « contre Code », le BGB et la germanisation juridique de l'Europe, après sa francisation et sa défrancisation. Le droit français s'exportera ensuite dans les Colonies, avec la Troisième République, lorsque l'Europe lui sera interdite. Cette image du droit français est très présente, en France et à l'étranger, c'est l'image d'un droit nationaliste, au sens aimable du mot, celui inventé par les révolutionnaires français pour imposer l'envol des nations contre les tyrans. C'est cette image qui fait du droit français, à l'étranger, l'image d'un droit hautain, en tout cas singulier. Elle est évidemment en recul, inutile de refaire cette triste histoire, le Congrès de Vienne de 1815, la défaite de Sedan de 1870 qui consacre la domination prussienne sur l'Europe et surtout sur cette Allemagne de l'ouest si francophile (Berlin, 3^{ème} Rome ?) comme bons petits soldats d'une Angleterre maîtresse du monde et des mers et qui impose le « doux commerce » si préférable aux guerres (cf. infra, n°82 s.) qui sont faites par les autres pour son compte, la fausse victoire de 1918 (où anglais et américains refusent que la France profite de cette victoire pour retrouver ses frontières rhénanes), la revanche allemande de 1940 et la destruction définitive du rêve impérial français. Rome contre Athènes. Si l'idéal français est romain, impérial, au sens que promeut cette universalisme, le monde anglo-saxon

est d'inspiration grecque, athénienne, une puissance maritime, ses colonies, sa Ligue de Délos, sa marine, qui impose l'alliance et le paiement du tribut.

Il y a d'autre part les français qui refusent cette tradition, ceux qui pensent que Fénelon avait raison contre Louvois, Talleyrand contre Napoléon, Mme de Staël contre Stendhal, Pétain contre de Gaulle, Giscard contre de Gaulle (à nouveau) et qui observent une France apétissée, retranchée dans ses frontières, qui gagnerait davantage à s'ouvrir sur le monde, à la mesure de sa taille réelle, à composer avec la puissance dominante, anglaise, puis américaine, à renoncer à une singularité qui n'est qu'un accroc de l'histoire, un fantasme.

Ces deux France présentent deux images différentes de la France et des français, mais également deux nostalgies, l'une conquérante et l'autre défensive, deux images du droit français : le droit français c'est son Code, c'est un universalisme, ou au contraire le droit français est l'un parmi tant d'autres, appelé à fusionner en un « melting pot » normatif mondialisé.

L'un des éléments révélant cette division est le débat sur l'Europe. « L'Europe c'est la paix » selon la formule de ses fondateurs, c'est aussi l'arme de domination des américains vainqueurs de 1945 sur le continent européen et qui exportent ainsi à grande échelle un outil de domination : le libre échange, la libre concurrence, fondant les libertés communautaires et le droit qui les accompagnent. L'Europe des six, de 1957 à 1972, fut globalement acceptée par tous parce qu'elle correspondait, à peu de choses près, à la France Napoléonienne, avec l'Italie, le Benelux et l'Allemagne rhénane c'est-à-dire l'Allemagne vaincue moins la Prusse, devenue RDA. Depuis l'Europe n'a cessé de s'étendre pour briser cette idée première d'Europe et la rendre plus « anglo compatible » dans un premier temps avec l'intégration progressive des membres de l'AELE créée au départ pour contrer la CEE, puis « germano compatible » avec les pays anciennement germaniques. Or, une grande partie des règles françaises sont de source ou d'initiative communautaire et il est donc essentiel de mesurer l'origine intellectuelle, culturelle, économique de cette source et on doit bien reconnaître, pour l'admettre, l'encourager ou le pleurer, le mouvement d'une défrancisation progressive de l'influence française au sein des instances communautaires et, en retour, du droit français.

Par exemple, il est souvent invoqué que 80% des règles françaises nouvelles sont de source communautaire, soit directement par la voie des innombrables mais souvent très sectorisés *règlements communautaires*, soit indirectement par la voie des *directives communautaires* qui supposent une transposition en droit interne par la voie d'une loi le plus souvent. C'est une proportion considérable qui peut laisser penser que le droit français n'est plus : Rome n'est plus dans Rome, à nouveau. Cette proportion considérable peut cependant être relativisée. Ainsi, les règles communautaires sont concentrées sur les compétences de l'Union européenne, qui sont essentiellement économiques (concurrence, circulation des travailleurs, des capitaux, des marchandises et des services, des entreprises) même si elles s'élargissent. En revanche, les règles qui intéressent directement les citoyens, dans leur quotidien, la famille, la sécurité, le travail, demeurent de source interne, même si ce propos peut également être assorti d'un bémol en raison de la place de « l'autre » droit européen, celui de la Convention européenne des droits de l'homme qui intéresse, directement, ces questions.

Voilà donc des questions de science politique, de politique tout court, qui présentent un sens en termes d'image du droit français et qui peuvent faire l'objet d'une appréhension par le juriste, qu'il soit en accord ou en désaccord avec cet état de fait. Par exemple encore et pour rebondir sur l'image du droit français à l'étranger, un rapport conduit sous l'égide de la Banque mondiale *Doing business* avait, en 2003 et comme chaque année, considéré le droit français des contrats comme peu efficace, à ranger au fin fond du classement des droits des pays du monde². L'enjeu est fondamental : le choix du droit français dans les contrats internationaux, la référence au droit français dans les litiges internationaux ou dans les négociations internationales, l'éventuelle exportation du droit français dans un monde en concurrence et en concurrence de ses droits. Peu importe finalement, mais ce rapport a

² Rapport *doing business* 2010 (www.doingbusiness.com) : la situation semble s'être améliorée, la France est classée 31^e des économies mondiales selon des critères comme la facilité à réaliser une « affaire » en France, la capacité à faire exécuter et respecter un contrat (6^e en 2010), le coût fiscal, la possibilité de réaliser un transfert de propriété (159^e !), etc. et, bien entendu, les économies anglo-saxonnes sont en tête de ce classement.

été l'occasion d'une réaction de juristes français³ très « française », et ce faisant typique, réitérant les avantages du système français, et critiquant la méthode utilisée. C'est une façon assez française en effet, que d'exprimer une différence en terme de culture de l' « exception », l'exception culturelle, l'exception juridique, etc. qui mériterait d'être positivée : l' « exception » se pose en effet contre un principe, admis, tandis qu'une autre culture, une culture concurrente suppose admise, au contraire, la pluralité comme principe. Ce faisant, la réponse française à l' « attaque » anglo-saxonne dans un monde de commerce globalisé où le rapport au droit est essentiel, s'inscrit dans une logique nostalgique et défensive, finalement vaine : peut-être que le droit français n'a pas su s'adapter selon sa propre logique, pris comme dans un étau à travers sa nostalgie, ses regrets, ses victoires inutiles et une logique de soumission contrainte.

Au fond et pour poursuivre l'analyse de François Furet, qui présentait la Révolution sur un siècle, de 1789 à 1870, on peut repousser encore davantage cet achèvement, une révolution terminée en 1944 seulement. Peut-être est-il temps, aujourd'hui, de remodeler le droit français à sa mesure et sa culture.

S'ajoute à cette division, celle plus classique, plus conjoncturelle aussi, entre droite et gauche pour simplifier, entre conservateurs, progressistes et libéraux, et qui se divisent par exemple en matière fiscale (pour ou contre la progressivité de l'impôt, le bouclier fiscal, la TVA), en matière sociale (la question de la nationalité et de la gestion de l'immigration, l'étendue des droits sociaux, la réforme des retraites, l'existence des services publics, le rôle de l'Etat, etc.), en matière civile (la conception de la famille, de la personne : le divorce, le mariage, l'IVG, les expériences sur embryon, l'euthanasie, les mères porteuses, etc.), en matière pénale, en matière de gestion de l'Etat, de budget, de techniques de relance budgétaire, etc.

Le droit est donc, foncièrement, politique. Même s'il n'est pas *la* politique, il est le résultat d'une politique, l'instrument d'une politique. Cette image, ou ces images, du droit français, puisque l'image peut être déclinée en autant de branches ou disciplines du droit français, s'inscrivent donc dans un monde juridique globalisé, un monde de compétition et un monde de comparaison. Elle s'inscrit de manière très ordinaire dans les débats politiques, économiques, sociaux et juridiques en France : le mariage homosexuel reconnu dans bien des pays ne doit-il pas être admis en France, la « flexisécurité » scandinave ne doit-elle pas être promue, tout comme la négociation sociale en Allemagne, que penser de l'américanisation presque complète du droit français des sociétés, de la concurrence, etc.

Le droit français s'étudie, s'observe, se meut à travers l'image des autres droits, c'est l'objet du *droit comparé*, mais aussi à travers sa propre image, son mode de production des normes, ses référents philosophiques, sociologiques, politiques, historiques, dont, il faut, alors, bien entendu, prendre la mesure.

2. – Domaine du droit. – Autre question essentielle et souvent posée par les non juristes, celle des vides juridiques. Y a-t-il des zones de non droit ? Cette idée ou cette impression de l'absence de droit, du « vide juridique » est une fausse idée du droit en ce sens que le droit est alors envisagé comme statique. Par exemple, au tournant du XIX^{ème} siècle, il y a certainement eu le premier accident d'automobile et un procès s'est certainement déroulé, dont nous n'avons pas conservé la mémoire ou la trace. A cette occasion, un observateur extérieur aurait pu dire « il y a un vide juridique », en terme de droit automobile, même chose pour le premier accident d'avion, de fusée, le premier litige Internet, etc. Dans une conception dynamique en revanche, la question ne se pose pas ainsi : ce premier accident automobile fait suite à des accidents hippomobiles, cyclistes et les juges ont su, alors, trouver des méthodes de jugement. Chaque fois qu'une difficulté juridique nouvelle surgit, on peut trouver sinon une règle juridique pour régir ce cas précis par analogie, du moins un ensemble d'arguments juridiques qui permettra d'adapter une règle, d'engager un procès, de construire un contrat, etc., dans pratiquement toutes les circonstances.

³ V. la réponse de l'Association Henri Capitant des amis de la culture juridique française, sous la houlette de M. GRIMALDI et D. MAZEAUD : *Les droits de tradition civiliste en question, à propos des rapports Doing business de la banque mondiale*, Soc. Leg comp. 2006

Le droit est une matière évolutive, un discours réfutable, une science ou un art argumentatifs, une science humaine réalisée par et pour les hommes, et non une vérité unique et définitive gravée à tout jamais dans le marbre, et encore moins une réalité photographique.

Le droit n'est pas une mécanique : aucun ordinateur ne pourra jamais donner une solution à un problème donné, aucune personne humaine ne peut non plus affirmer péremptoirement dans une situation donnée : le droit, c'est cela. C'est la raison pour laquelle la Justice est un idéal, éventuellement un but à atteindre point un résultat, susceptible d'être bafouée par des hommes : le droit ne peut exister sans sociologie juridique ni sans une once de psychologie juridique.

3. – L'hypothèse du non-droit et la justification de l'autonomie de l'étude du droit. – Ces quelques remarques liminaires auront permis, par ailleurs, de mesurer que le droit n'est pas seul, n'est pas isolé telle une forteresse imprenable. Il s'inscrit dans la démarche de la société dans laquelle il discourt, famille, entreprise, cité, Etat, Union d'Etats, monde, dans une histoire, avec chaque fois des enjeux et des acteurs différents.

De Platon à Alain Badiou, en passant par tous les grands philosophes, tous se sont à un moment donné, de manière principale ou accessoire, intéressés aux réponses à donner à des questions comme « quel est le meilleur gouvernement pour les hommes », « qu'est-ce que la Justice », « quel est le rapport entre pouvoir et droit », « le droit est-il économiquement mesurable », « quelles sont les frontières du droit », « le droit est-il distinct des normes sociales », etc. Pratiquement toutes les questions figurant à la « une » des quotidiens sont juridiques ou intéressent le droit : la tragédie grecque, pour ou contre la Constitution européenne, les mères porteuses, le droit de vote aux immigrés, le mariage homosexuel, les OGM, peut-on impunément faucher un champ de maïs transgénique, etc. et tous intéressent également les normes sociales non juridiques. Du point de vue du droit, et malgré la tendance des juristes et du droit à l'expansion sans limite, à une certaine forme de « panjuridisme », on peut cependant identifier des hypothèses de « moindre droit » voire de « non droit » pour certains cas bien précis. Non qu'il s'agisse de réfuter la proposition précédente, mais simplement de considérer que là où le droit peut être, ou est, il n'est pas appliqué, de manière volontaire ou subie. La question des « zones de non droit » régies par des bandes vient à l'esprit immédiatement. Plus ordinairement, si un policier peut effectuer une perquisition chez quiconque entre 6 heures et 22 heures, cette possibilité est limitée à quelques hypothèses et conditions particulières (flagrant délit, affaire de drogue...). De même, le bailleur impayé peut chercher à expulser son locataire sauf pendant la période hivernale, je peux renoncer à un droit en l'ignorant, peut-on juridiquement faire une Révolution, un coup d'Etat, une réforme, alors que la règle que l'on souhaite renverser l'interdit, etc. Plus explicitement, on peut utiliser l'exemple du concubinage. Jusqu'à récemment, le droit ne s'y intéressait pas et l'on pouvait, rapidement, dire que le concubinage s'inscrivait dans le non-droit. Ainsi Napoléon aurait dit, pour justifier la seule régulation des rapports de mariage : « puisque les concubins se désintéressent du droit, le droit doit se désintéresser d'eux ». On semble identifier alors une sorte de « non-droit du mariage », que la formule « union libre » semble d'ailleurs traduire, mais ce n'est qu'une illusion. Le droit intervient, par exemple à propos de la situation des enfants, du logement, des acquisitions des concubins, des conditions de la rupture d'un concubinage : ne confondons pas surtout pas loi et droit, ni même norme et droit. Ainsi, les époux, mariés, vivent le plus souvent leur mariage comme du non-droit : nul ne vit les yeux rivés sur les dispositions du Code civil concernant les règles du mariage !

Il n'y a ainsi guère de vide juridique dans les hypothèses soumises au droit même s'il y a parfois de mauvaises règles ou des règles inadaptées. En revanche, toutes les relations entre les hommes ne sont pas soumises au droit. C'est l'hypothèse du « non-droit » formulée par Carbonnier un des grands juristes du siècle passé, décédé en 2002, dans un article puis dans un ouvrage célèbre, *Flexible droit, pour un droit sans rigueur*.

La morale, la justice, la charité, l'honneur, la politesse connaissent ainsi leurs règles qui ne sont pas des règles de droit : « le droit est plus petit que les relations entre les hommes » affirmait ainsi Carbonnier et d'ailleurs, on doit pouvoir vivre sans souci en ignorant tout ou presque du droit mais avec un sens élevé de la morale ou du bon sens. L'*homo juridicus*, s'il existe, n'est pas nécessairement un juriste. Chaque fois que l'on se trouve dans le cadre du droit, si ces réductions (rares) de la pression

juridique s'observent, on assiste inversement à un accroissement considérable du volume et du domaine du droit.

D'où une question, qui ne sera pas ici résolue, qui consiste à savoir si au fond, la norme juridique n'est pas tout simplement soluble dans les normes sociales⁴, dans la psychologie, la sociologie ou l'économie. Cette prétention du droit et des juristes à se considérer comme les « prêtres de la norme » n'est-elle pas une vaste usurpation ?

Un procès, une solution jurisprudentielle, une règle de droit ne sont-ils pas insignifiants face à toutes les hypothèses qui ne sont pas juridiquement traitées ? Par exemple pour un arrêt de cassation, combien y a-t-il eu d'actions en justice qui ont donné lieu à un procès mais sans pourvoi en cassation et, pour toutes ces actions en justice combien de situations litigieuses ont été résolues par d'autres moyens, et pour toutes ces situations litigieuses, combien d'applications harmonieuses de la règle juridique (perçue ou non comme telle) ? Admettons que le rapport soit de un pour un million, un arrêt de la Cour de cassation, pour un million d'applications harmonieuses, la situation juridique serait donc totalement irréaliste, irrationnelle ; mieux vaut s'occuper du million de situations. C'est oublier que ce million de situations se pose, à tort ou à raison, en fonction de la situation juridique claire, de la règle, de la sanction ou de la potentialité de sanction, examinée sous forme morale (crainte de l'interdit), juridique (crainte de la sanction), sous forme sociale (admission ou résistance à la règle), sous forme économique (appréciation du risque comparé aux bénéfices à retirer et donc de l'efficacité de la règle), etc., et donc au final sinon une prééminence, du moins un horizon juridique clair qui légitime l'étude du droit, en tant que tel ou avec les autres sciences humaines, mais bien en tant que tel.

On peut respirer, alors, l'étude du droit en tant que tel n'est pas inutile bien que d'autres sciences, la sociologie et l'économie notamment, aient tendance à entamer des positions autrefois prises par les juristes, sans doute en raison du recul, français, de la réflexion juridique au-delà de ses strictes frontières techniques. Nous verrons ainsi que le terrain, de la philosophie du droit, qui est formée de l'ensemble des réflexions *prescriptives* sur le droit, ou la théorie du droit, les explications *descriptives* du droit, sont des champs très majoritairement désertés par les auteurs français depuis un demi-siècle et repris par des auteurs anglais, américains, belge, allemands, notamment, qui utilisent toutes les ressources des sciences sociales.

4. – Extension du domaine du droit. – Le domaine du droit s'accroît cependant en fonction de l'étendue des connaissances et des activités humaines, trahissant ainsi Carbonnier. Ainsi, les premières voitures roulaient, les premiers avions volaient qu'un droit des transports ou un droit aérien avaient dû apparaître. Qu'une fusée quitte l'orbite terrestre et un droit de l'espace surgit (bien avant d'ailleurs) en même temps qu'un droit de l'informatique organise les règles gouvernant l'utilisation des ordinateurs qui ont servi à son décollage et qu'un droit des communications et des télécommunications, éventuellement intersidérales, de l'Internet, etc., est apparu. Rien n'échappe au Droit ? Les progrès de la médecine permettent l'emploi des thérapies géniques en même temps qu'apparaît un droit de la bioéthique, des biotechnologies.

Mais ne confondons pas *droit*, c'est-à-dire *méthode* juridique de régulation des relations humaines et *loi* ou *norme*, *technique* juridique de régulation des relations humaines. Ainsi, le besoin de droit naît d'une opposition, d'un conflit d'intérêts et si celui-ci se révèle sur un domaine nouveau, alors de nouvelles règles naissent. Ce fut certainement ainsi que les relations sociales se sont développées au début de l'humanité, de même que récemment, le développement de l'Internet a justifié l'appel à de nouvelles règles de droit. Par ailleurs, le droit se réalise très souvent par la loi et par le procès, mais il existe tout aussi bien sans loi et sans procès, par exemple dans les domaines du droit des affaires, où la pratique contractuelle – le contrat est aussi une règle – joue un rôle bien plus important que les lois concernant les contrats, souvent parcellaires, pauvres ou tout bonnement inexistantes.

Aussi ne cédera-t-on pas à l'idée moderne et récurrente que le Droit peut tout et qu'il suffit d'une petite (ou d'une grande) loi pour régler les problèmes qui se posent. Trop souvent, la loi devient une « potion magique »⁵. Bien au contraire, c'est souvent l'inverse qui se produit ; au lieu que la règle de

4 J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, préf. de J. CARBONNIER, LGDJ, coll. Droit et société, 1996

5 Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *Introduction générale : Deffrénois* 2004, p. 14.

droit nouvelle arrange la difficulté posée, elle la rend plus complexe, plus obscure : trop de loi tue le droit. C'est une formule un peu rapide mais qui présente surtout la confusion déjà dénoncée : le droit ne se résume en rien à la loi.

Ainsi en est-il de ces *règles non normatives* sans aucune portée normative précise, tel l'article 1^{er} de la loi du 6 juillet 1989 relative aux baux d'habitation qui dispose que « le droit au logement est un droit fondamental, il s'exerce dans le cadre des lois qui le régissent ». Qu'apporte ce texte ? Rien. Sinon l'affirmation d'un droit « fondamental » qui doit réchauffer le cœur et le corps des SDF, l'hiver. Fin 1996, une fumeuse loi sur l'air promettait un droit fondamental à respirer un air pur, à l'ombre des poteaux analyseurs d'air des services spécialisés des communes polluées, comme la loi quinquennale pour l'emploi promettait en 1993 à tout « jeune » un droit à une formation professionnelle.

Tout ceci – on parle à leur égard de *règles non normatives* – peut apparaître pour un juriste technicien comme un verbiage inutile qui discrédite l'idée même de Loi et, donc, de droit : « La règle de droit devrait uniquement avoir pour objet de dire ce qui est mal, et de l'interdire, en s'attachant aux valeurs communément reçues par une société d'un moment ou d'un pays déterminés »⁶. Le droit, le droit légiféré s'entend, devient ainsi un outil de science politique, une technique de gouvernement qui se signale par des titres donnés aux lois nouvelles parfois ronflants ou qui assure un effet d'annonce, comme le vote de la loi reconnaissant le génocide arménien, la loi de 2005 sur « les bienfaits de la colonisation », demain la loi d'interdiction du voile intégral. Le problème n'est pas l'existence d'une loi, il y en a sans doute trop, mais la fonction, l'efficacité, l'interprétation et l'application des normes, quelles qu'elles soient, les lois sans doute mais aussi et peut-être surtout les normes jurisprudentielles. Par conséquent, au-delà du contenu des règles de droit, des normes juridiques (comment puis-je faire valoir un droit reconnu dans une loi ou dans un arrêt de cassation), le droit joue un autre rôle que technique, que d'organisation, un rôle politique, un rôle social : il est bien entendu qu'une règle non normative, comme l'un des exemples déjà cités, est difficile à mettre en œuvre techniquement, mais c'est du droit, c'est utilement du droit à défaut d'être du droit utile et c'est bien là toute la question du rôle du droit et des juristes qui est posée.

5. – Inflation du droit ; connaissance du droit. – *Le volume du droit* est énorme. On ne sait pas véritablement combien de textes législatifs ou réglementaires existent et sont applicables en France, 200 000, 300 000... et c'est à peu près la même chose, en pire en Allemagne par exemple où le dogme normativiste est encore plus dominant. L'incertitude est assez déplorable, elle l'est encore davantage si l'on songe que l'on ne sait pas véritablement combien de textes pénalement sanctionnés sont applicables en France. Pauvre justiciable ! Parfois, dans certains domaines du droit, ce volume est connu et fait frémir ; que l'on songe au Code général des impôts, au Code du travail, au « Code » des sociétés... qui sont des montagnes de droit – et on n'évoque là que le droit légiféré. Car le droit (pour une considération en termes de sources) c'est bien sûr bien plus que les lois, c'est l'ensemble de la jurisprudence, c'est la pratique (comment, en pratique, les juristes mettent-ils en pratiques les normes, comment les notaires rédigent leurs actes, les avocats et juristes leurs contrats, les juges leurs jugements et arrêts ?).

Cet accroissement participe de *l'inflation des lois* largement dénoncée par tous les juristes. Régulièrement pourtant, le gouvernement prononce des déclarations, rédige des circulaires par lesquelles il promet solennellement de ne légiférer que du bout des doigts, comme Portalis et Montesquieu l'affirmaient il y a deux cents ans : le constat de l'inflation de la consommation du droit est patent mais l'inflation du droit en est-elle la conséquence nécessaire ? Rien n'est moins sûr.

Tout ce qui précède est un constat ronchon et un peu radoteur, comme si, aujourd'hui les choses étaient pires que ce qu'elles avaient été, avant l'inflation des lois, le « panjuridisme », l'empire de la technique, mais cette critique, si elle est méritée, suppose, en premier que soit défini un élément de comparaison et ensuite le droit lui-même. Tout cela milite en faveur d'une observation du *déclin du droit*, du droit français s'entend. On assiste incontestablement à un déclin de l'influence du droit français dans le monde, comme on assiste à un déclin de l'influence de la France dans le monde. Ce n'est pas nouveau, nous avons déjà fait ce constat (cf. supra, n°1-2), mais y a-t-il un déclin du droit ? C'est une question extrêmement complexe (cf. infra, n°62).

6 Ph. MALAURIE et P. MORVAN, *op. et loc. cit.* et V. n°s 64 et s.

Or sur le premier point la comparaison est difficile. Il y aurait eu, ainsi, à lire ou à comprendre certains écrits, un « Age d'or du droit », mais que l'on n'a jamais identifié. Au contraire, tout le monde s'est toujours plaint de son droit contemporain : trop de lois, pas assez, un droit trop libéral, ou insuffisamment, un droit trop rigide ou trop souple, etc. Enfin, sur le second point, nous verrons tout au long de cet ouvrage que l'interrogation est permanente.

Par conséquent, il est bien évident que la connaissance du droit, même par le plus formidable des juristes est impossible. Même un spécialiste pointu d'une matière donnée ignore la totalité de ce droit. Cette connaissance est d'ailleurs inutile. Ce qui importe c'est la connaissance de la méthode d'apprentissage du droit, des méthodes de connaissance du droit. Très souvent, les étudiants de première année se demandent s'il faut apprendre le Code civil par cœur pour être un bon juriste ou posent une question à leur professeur de droit civil sur une question très technique qui les tarade et sont surpris de la réponse dans les deux cas. Bien entendu qu'il ne faut pas apprendre le Code civil ni aucune règle, d'ailleurs elles changent tout le temps, soit que la loi change soit, plus souvent, que l'interprétation donnée par la jurisprudence change. Ce qui importe c'est la connaissance du contexte, de l'histoire, la compréhension des intérêts (économiques, sociaux, politiques, culturels, etc.) en jeu, la méthode d'accès au droit, la rhétorique juridique.

6. – Qu'est-ce que le droit ? Contenus, contenant, et méthode. – Qu'est-ce que le droit ? C'est bien entendu une question essentielle, mais surtout une question appelée à demeurer une question. Avant d'introduire, de manière générale ou particulière, *au droit* encore faudrait-il délimiter le champ de l'étude : le biologiste définit son champ d'étude, le spécialiste de physique quantique ou l'économiste également, et le juriste devrait pouvoir procéder de même.

Apparemment, il n'y a aucune difficulté : il suffit de regarder dans un Code, dans les lois, de poser une question à un juriste qui fournira généralement une réponse : le droit, c'est le matériau intellectuel utilisé par le juriste, ce qui n'est pas une réponse, mais une tautologie. Pour se rendre compte de la difficulté, il convient de se mettre à la place d'un avocat qui doit préparer une assignation, ou dans celle d'un juge qui doit rendre une décision. Il est très rare que l'un ou l'autre puisse se contenter d'ouvrir son Code civil, de réfléchir un instant au sens d'un article et, Eureka !, d'achever son travail.

Le droit n'est donc pas un ensemble de techniques, mais un savoir, le savoir juridique, des sommes de techniques, d'expériences, de discours, de pensées, etc., le tout de manière plus ou moins ordonnée, extrêmement mouvant et parfois aléatoire, mais en toute hypothèse partagée par la communauté des juristes.

L'étude du droit suppose donc l'expérimentation de ce savoir, non point l'assimilation des techniques.

Il arrive parfois que la question et la réponse soient faciles : deux personnes souhaitent divorcer, elles sont d'accord, elles concluent un projet de convention à homologuer par le juge : l'avocat est un écrivain public et le juge une chambre d'enregistrement, sans doute, mais encore faudra-t-il passer par l'écriture de la convention, la requête en divorce, l'audience devant le juge aux affaires familiales, l'attente de la décision, la liquidation du régime matrimonial, etc.

Le plus souvent, les choses sont beaucoup plus, voire terriblement plus, complexes. Une personne souhaite demander le retrait d'une antenne relai de téléphonie qui est située au-dessus de l'école de ses enfants, obtenir l'annulation du permis de construire d'éoliennes voisines, s'opposer à la destruction de sa maison, obtenir une indemnisation parce que le contrat qu'il exécutait depuis longtemps a été rompu, etc. Mille exemples de situations juridiques toutes différentes embarrassent les certitudes du non juriste car elles introduisent des notions floues et subjectives, d'équilibre, de raisonnable, d'équitable, de *bien* et de *mal*, ou de *justice*, notions qui ne sont que des cousines du droit. Si A s'oppose à B, parce que A demande une indemnité à B et que B le conteste, c'est donc que les prétentions de A ou les prétentions de B sont justifiées (ou aucune des deux), ce qui conduit donc à relativiser l'unanimité d'un discours juridique : il n'est que la somme des discours possibles et discutables autour d'une question donnée. Le droit n'est pas la justice, il n'a pour objectif que d'assurer la justice par des moyens, des procédures et des règles, organisés.

Un exemple très célèbre, en droit privé, s'est posé dans les années 1980 avec la question des mères porteuses. Un couple ne parvient pas à avoir d'enfant, il conclut un contrat avec une femme qui portera l'enfant fécondé par une insémination à partir des gamètes du mari. Problème, en droit, *mater semper certa est*, la mère d'un enfant est celle qui le met au monde. On observera alors une mère *gestatrice* et une mère *juridique*, par contrat, le contrat de mère porteuse ; la mère gestatrice abandonne l'enfant à sa naissance, le père le reconnaît et la mère juridique l'adopte, et le tour est joué. Petit problème, si la liberté contractuelle est posée en principe, la question se pose de savoir si, par contrat, on peut ainsi organiser la maternité d'un enfant, alors que des procédures organisées sont prévues, l'adoption, selon des techniques rigoureuses pour éviter tout abus et plus globalement si ce contrat est valable et ce faisant par comparaison à un ordre public déterminé ou à déterminer puisque la question se posait en dehors de toute réglementation existante. L'idée même de justice, qui peut sembler très présente pour la mère juridique, plus économique pour la mère gestatrice, plus organisée comme relevant de l'ordre public pour d'autres et notamment pour ses gardiens, présente ainsi un litige qui doit être tranché par le juge, alors qu'aucune règle légiférée n'existe. La première décision rendue par le premier juge saisi est ainsi une « première » juridique, tout comme la première fois qu'est saisi le juge souverain, la Cour de cassation qui en l'espèce et sans doute pour provoquer l'action du législateur avait choisi, en 1991 de considérer ces conventions comme illicites, au nom d'un principe d'*indisponibilité du corps humain* et un principe d'*indisponibilité de l'état des personnes* qu'elle inventait d'ailleurs à cette occasion, Quels sont les ressorts *juridiques* de cette décision : la confrontation d'arguments juridiques discutables, et non la justice, indiscutable parce qu'inconnaissable. On pourrait utiliser bien d'autres exemples, lorsque le juge recourt à l'équité, à une conception morale qui est la sienne, formalise un fait social, entérine des comportements sociaux, etc.

Le droit c'est donc tout à la fois l'ensemble des solutions faciles, presque mécaniques, et des solutions complexes, ce qui suppose donc de définir son périmètre, des méthodes, des techniques, etc. Aussi pose-t-on la distinction entre les *règles de droit et les normes*. Les règles de droit sont les normes juridiques formelles ou réelles, la loi, la jurisprudence, et elles s'inscrivent dans le concept plus mou de normes, aux frontières poreuses, les usages, le comportement répété quoiqu'ignoré de la règle de droit, le droit spontané, né de la pratique, s'inscrivent dans le droit, sans être, du moins immédiatement, des règles de droit⁷.

Une norme telle qu'elle est généralement envisagée, se présente en effet comme un mécanisme automatique : il relève de l'*être*. Si une loi indique qu'il est interdit de fumer, alors on ne doit pas fumer, l'eau portée à 100% entre en ébullition, un solide lâché en l'air tombe, si A est, *alors* B est. Entendu ainsi, la norme juridique est norme, et le modèle du droit est la loi, celle du XVIII^{ème} siècle lorsque la Révolution française la met en scène. Mais la norme peut être entendue du point de vue de celui qui la reçoit. Elle se présente alors comme un *devoir-être*, : s'il est interdit de fumer, alors on ne doit pas fumer, si A est *alors* B doit être, ce qui met en scène les questions d'obéissance, de transgression, de permission, d'oubli, etc., c'est-à-dire des notions plus larges que la loi, le droit devient non plus un ensemble d'énoncés juridiques, mais une système de règles de comportement énoncées et appliquées selon des modalités particulières (et souvent propres à une communauté juridique) organisant un ordre et une logique de régulation.

Le droit s'étudie généralement par voie de définitions qui tentent de baliser son domaine : les termes juridiques sont définis minutieusement parce que les juristes communiquent à l'aide de ces termes techniques et, de ce fait, savent qu'en employant tel terme, tel régime juridique, telle notion lui est attachée. C'est ainsi, en premier, une forme de langage, une sorte de code. C'est d'ailleurs ce qui agace tant les non juristes.

Ces définitions et leur maîtrise sont cependant une approche simplement première, une façon d'affleurer l'étude du droit.

Elles permettent de connaître le *contenu* d'une question particulière de droit, aussi difficile soit-elle.

Cela étant, l'idée même d'« un » contenu » est à relativiser, comme on évoque le contenu, individualisé, d'une bouteille. Il y a des questions juridiques, des problèmes juridiques, des solutions

⁷ Comp. D. DE BECHILLON, *Qu'est-ce qu'une règle de droit ?*, O. Jacob, 1997.

possibles, une solution probable, mais pas *la* solution. Si la loi indique une situation particulière, et que le juge tranche généralement les cas présentés d'une façon déterminée, il n'en résulte pas qu'il en sera toujours ainsi. Par exemple, pendant très longtemps, le divorce était fondé, de 1884 à 1975, sur la notion de faute, et plus clairement sur l'adultère, compris comme la violation du devoir de fidélité, clairement identifié dans l'article 212 du Code civil. En 1975, la réforme du divorce a modifié la cause du divorce pour faute en en faisant un divorce fondé sur la « violation grave et renouvelée des devoirs réciproques des époux ». A la question « l'adultère est-il une cause de divorce » on répondit positivement, puisque le devoir de fidélité est posé dans l'article 212 du Code civil, jusqu'à ce que la Cour de cassation décide que l'adultère n'est pas, en soi, une cause péremptoire de divorce, une violation « grave et renouvelée » de ces devoirs. Au-delà de l'appréciation et des raisons de ce changement, il est donc clair qu'une logique de causalité, au sens cartésien, newtonienne (une pomme tombera toujours de l'arbre parce qu'une loi de gravité l'impose) n'est pas consubstantielle de l'idée de droit mais qu'une expérience de causalité importe davantage (vérifions donc si la prochaine pomme tombe, ou non, de l'arbre, même s'il est très probable qu'elle tombe, cette fois encore : il n'y a pas ou peu de causalité en droit, pas de loi de gravité juridique),

Plus on doute de la causalité impérieuse de la règle, plus une société s'approprie le discours juridique, mais plus elle se juridicise et se juridictionnalise. A l'inverse, moins elle doute, et plus elle respecte, soumise, le droit présenté. Un droit de société libre est, donc, paradoxalement, un droit disputé. Et un droit disputé est un droit au contours assez flous.

Parce que le droit n'est pas une logique impérieuse, ses règles, qui forment autant de *contenus*, faits de réponses ordonnées à des arguments juridiques discutables, changent tout le temps, en fonction de l'ampleur de ces arguments ou de leur discutabilité (devant le législateur, devant le juge voire devant l'opinion).

En outre, l'étude de ces contenus ne permet pas de connaître le *contenant* et encore moins l'ensemble du droit par l'addition de tous ces contenus particuliers.

Par exemple à la question qu'est-ce qu'un contrat, qu'est-ce qu'une clause, qu'est-ce qu'une clause de non concurrence, ou qu'est-ce qu'un divorce, qu'est qu'une pension alimentaire, etc., on additionnera beaucoup d'arguments différents, de contenus juridiques spécifiques, de manières de les assembler, dont la connaissance, d'ailleurs, suffit amplement au juriste et au justiciable quoique médiocrement, puisque le droit, en termes de technique, change tout le temps, mais on n'aura pas résolu la question ni abordé celle du contenant en général, celle du droit, la manière dont ces règles sont produites, leurs sources, leur légitimité, etc.

Ce **contenant** est la réponse à la question essentielle *Qu'est-ce que le droit ?* Tout le monde peut avoir une réponse intuitive à cette question.

Une première idée repose sur la notion de *règle*, d'impératif, de sanction ou bien d'appropriation, de « droit à », ce qui constitue déjà une première approche de la distinction fondamentale entre le Droit objectif et les droits subjectifs (Cf. *Infra*, n° 9) : le droit envisagé du point de vue formel, de ses sources, et le droit envisagé du point de vue matériel, de ses fonctions, des prérogatives juridiques.

On entend généralement le droit en effet comme l'ensemble des règles destinées à régir la vie des hommes en société.

Mais tout cela omet, entre le contenu et le contenant, la question du processus de formation du droit, la législation, la jurisprudence et celle de la légitimité de la règle, toutes choses qui sont pourtant également dans le droit.

Une autre idée repose sur celle de *jugement* sur l'idée que le jugement assure la vie du droit, son évolution.

Une autre encore repose sur celle de *pratique* du droit, la façon de rédiger des contrats par exemple, indépendamment de tout jugement et avec une considération parfois assez lointaine de la règle.

Une autre enfin pourrait insister sur l'idée de *critique* de la règle existante au nom d'un idéal par exemple.

Il y a donc de nombreuses façons différentes, parfois convergentes ou complémentaires, parfois contradictoires, d'aborder le « droit ».

Les juristes répondent cependant difficilement à cette question⁸ parce que la réponse dépend notamment de la définition de la règle de droit mais aussi de la connaissance des mécanismes générateurs de ces règles, en sorte que l'existence du droit se manifeste par la conception que l'on s'en fait ou par l'observation de ses sources.

La réponse dépend également de la **méthode** choisie.

Ainsi, le droit peut se déterminer de deux (au moins) manières imbriquées.

La première repose sur l'observation des règles de droit, des normes juridiques, pour faire simple. Cet « objet droit » mérite d'être déterminé. Or une première difficulté tient au constat que les juristes ne parviennent pas à s'entendre sur l'objet droit, sur ce qui est recouvert par le concept « droit »⁹. Pour prendre quelques exemples, la question se pose en termes de sources du droit : la jurisprudence, la coutume, sont-elles du droit, et, en termes de méthode, comment faire du droit, interpréter le droit, etc. Par exemple, si une règle légiférée pose un principe de responsabilité et qu'une décision importante de jurisprudence pose une limite ou une extension à cette règle, dira-t-on que le contenu de ces deux textes est « du droit » ou seulement l'un des deux ? En outre, une fois qu'on se sera entendu sur ce point, par exemple pour reconnaître que les deux sont des sources de droit, la question se posera de la connaissance de ces règles et de leur articulation.

Chacune de ces propositions sur le droit, chacun de ces contenus, qui se situent à l'intérieur de « l'objet droit », définit un propos, un *discours sur le droit*, une doctrine (cf. infra) que les théoriciens du droit nomment la *dogmatique juridique*, formule assez peu aimable. Par exemple, dire que de l'article 1382 du Code civil découle un principe de généralité de la faute (n'importe quelle faute, volontaire ou non peut être à l'origine d'une obligation de réparation du préjudice qui en découle) ou que, de l'article 244 du Code civil qui indique que le divorce pour faute suppose une violation grave et renouvelée des devoirs des époux, il en résulte que l'adultère est ou non une telle faute, fait partie de cet ensemble, de ce discours sur le droit, à un moment donné. Ce discours sur le droit est une interprétation des règles, de toutes les règles, de tous les commentaires, même (et surtout d'ailleurs) s'ils sont contradictoires : le droit des contrats, le droit des personnes, le droit constitutionnel sont des discours sur le droit des contrats, le droit des personnes ou le droit constitutionnel, et il suffit de comparer différents ouvrages d'auteurs distincts, pour se rendre compte que l'appréhension de ce discours peut être très différente, en termes de méthode et en termes de résultat.

Une expérience assez saisissante repose sur la présentation d'un même sujet de thèse à deux doctorants qui réaliseront deux travaux différents, à partir du même objet droit, ou bien de deux affaires voisines, présentées à deux juges différents et qui donnent lieu à des décisions différentes.

Il y a donc une certaine forme de relativité du discours sur le droit qui tient à plusieurs facteurs, la perception de chacune des règles, la façon de les appréhender, de les comprendre, de les expliquer, de les critiquer, l'évolution de ces règles dans l'histoire, leur perception par les justiciables, etc.

A cette première difficulté, qui borne une première façon d'étudier le droit, s'en ajoute une autre, plus fondamentale. En effet, au-delà, ou au-dessus, à côté, c'est à voir, du discours sur le droit, se développe en effet un second discours, un *discours sur le discours sur le droit*. Celui-ci répond soit à la question « qu'est-ce que le droit », de manière *descriptive* c'est-à-dire en faisant la part de ce qui est droit et de ce qui n'en est pas, soit à la question « qu'est-ce que doit (peut, devrait, ou pourrait) être le droit », de manière *prescriptive* cette fois, c'est-à-dire en posant, en outre, des objectifs en termes quantitatifs ou plus souvent qualitatifs, sur le droit. Un tel *discours sur le discours sur le droit* est plus fondamental que le premier car il se présente comme une manière radicalement différente d'envisager le droit, non point par son contenu mais par son contenant.

⁸ V. pour un constat d'échec : *Définir le droit I et II : Droits*, t. 10 et 11, 1989 mais aussi FLAUBERT, dans son *Dictionnaire des idées reçues*, au mot *Droit*, répond : « on ne sait pas ce que c'est ». Adde L.H.A. HART, *Le concept de droit*, 1961.

⁹ Cf. H.L.A. HART, *Le concept de droit*, Trad. M. Van de KERCHOVE, Presses univ. Saint-Louis, Bruxelles, 1976.

La première façon de répondre à la question, la façon descriptive, correspond à la *théorie positiviste du droit*.

Elle est dominée par deux courants majeurs que l'on peut brièvement ici présenter. Celui du *formalisme*, principalement illustré par le *normativisme* est fondé sur la base des travaux de Hans Kelsen et sa *Théorie pure du droit*¹⁰ qui impose pour point de départ une neutralité de chimiste un détachement dénué de tout jugement de valeur. C'est une théorie¹¹ dont découlent par exemple la célèbre hiérarchie des normes (cf. infra, n°) et un système d'identification du droit par une conception formelle. Relève du droit ce qui relève *en logique* d'une norme ; est une norme celle qui est déterminée comme telle par une norme supérieure (la loi est une norme parce que la constitution définit la loi par exemple). Peu importe alors le contenu, cela n'a aucune importance pour définir le droit (ce qui ne signifie pas bien entendu qu'un normativiste n'a aucun avis sur tel ou tel contenu).

A l'inverse, les thèses *antiformalistes*, que l'on peut appréhender, classiquement, à travers le *décisionnisme*, le *réalisme* ou l'*institutionnalisme*, présentent le droit comme ne résultant pas de la loi (ou pas uniquement de la loi). Le courant *réaliste*, par exemple, se fonde non sur une compréhension logique mais sur l'expérience et surtout sur l'interprétation. Est une norme *réelle* non point la norme qui résulte de la loi, mais ce qui est interprété par un juge souverain (Conseil constitutionnel, Cour de cassation, Conseil d'Etat, en France) lequel est libre de son interprétation, sauf à se soumettre à un certain nombre de contraintes de droit ou de fait (son éducation, ses valeurs, ses conceptions du droit, le respect de sa hiérarchie, cf. infra, n°). De ces deux manières de considérer le droit, tout les oppose, en termes de sources, de méthode, de résultat et donc de contenu.

La deuxième façon de répondre à la question, la façon prescriptive, relève de la *philosophie du droit*, même si celle-ci, en reconnaissant le positivisme, inclut la première. Elle pose le discours sur le droit en termes prescriptifs, et donc en termes de fins, d'objectifs et ce faisant, de jugements de valeur et prend parti sur une *théorie de la justice*, titre de l'ouvrage de philosophie du droit le plus étudié dans le monde (anglo-saxon) de John Rawls.

L'ensemble n'est pas neutre, juridiquement et politiquement : la logique normativiste est respectueuse, jusqu'à l'outrance de l'idée, formelle, d'Etat de droit, la logique décisionniste est plus autoritaire, bonapartiste pourrait-on dire, tandis que la logique réaliste mêle toutes les autres, y compris le recours à l'idéalisme, dans une conception qui se veut respectueuse du fait social.

Aucune n'est a priori meilleure que l'autre, et tel n'est pas en général leur objet (sauf cas particuliers, rares tout de même de choix de société, violents ou choisis, une révolution, un changement de constitution, etc.), la question qui se pose est de savoir quel est celui qui décrit le mieux le système juridique, en assure le mieux ses fondements (cf. infra, n°).

L'une des difficultés, pédagogiques et scientifiques, consiste à savoir dans quel ordre traiter ces questions et la réponse dépend du point de vue. Un théoricien positiviste commencera par la théorie du droit (surtout un normativiste), tandis qu'un spécialiste du droit, de la dogmatique juridique, ou pour éviter cette formule, du « droit vivant », du « droit opérationnel », par opposition au « droit savant », au « droit pensé », commencera par décrire les institutions juridiques, la réponse sera indifférente pour le philosophe du droit tandis qu'un tenant du réalisme dira que le droit c'est ce que le juge décidera au moment où on lui posera la question, comme le faisait le juge Holmes, l'un des précurseurs en la matière. Il conviendra donc de choisir, et notre tropisme de juriste opérationnel nous conduira préalablement d'observer concrètement les grandes distinctions que le droit propose, ne serait-ce qu'en vue d'une familiarisation avec ce langage et ces concepts avant des abstractions plus savantes.

7. – Le ou les droits ? – On remarquera également que la question est insidieuse : qu'est-ce que *le* droit ? Pourquoi *le* droit et pas *les* droits ? Existe-t-il un droit universel dont nous n'appliquerions, à travers le temps et l'espace, que des déclinaisons et que peut-être nous chercherions à retrouver à travers les efforts d'harmonisation européenne ou internationale et les vœux humanitaires, ou existe-t-il des droits, le droit français, le droit chinois, le droit égyptien, le droit chrétien, le droit d'aujourd'hui, celui d'hier, de demain, qui seraient le produit de l'histoire des peuples qui l'appliquent ?

10 H. KELSEN, *Théorie pure du droit*, Trad. Ch. EISENMANN, 1962, rééd. Bruylant-LGDJ, 1999.

11 Cf. X. MAGNON, *Théorie(s) du droit*, Ellipses, 2008.

À cette question éminente, certains juristes, théologiens ou philosophes préfèrent généralement la première solution, les sociologues et d'autres la seconde mais on ne peut pas répondre aussi rapidement.

Une grande division oppose le droit positif, le droit existant à un moment donné, c'est-à-dire le droit qui est *posé*, le droit qui devrait (ou pourrait) être, lequel peut être identifié par référence au mythique droit naturel, à un droit idéal, à la réalité des faits sociaux ou de la pratique, au droit d'ailleurs. Il y a reste donc peu ou beaucoup de réponses et surtout des questions.

8. – Définir ou décrire le droit ? – On pourrait définir ou plutôt décrire – pour s'en tenir à une conception assez simple – le droit de la façon suivante : le droit est un système normatif globalement cohérent ; il est formé de normes, règles et/ou décisions ; il s'exprime sous une forme plus ou moins ordonnée (droit codifié, droit légiféré, droit prétorien, droit coutumier, droit écrit ou droit oral, droit savant ou droit populaire, droit civil ou droit religieux, etc.) et par référence à des conceptions plus ou moins fondamentales soit de manière négative par refus de les intégrer comme pour les normativistes ou au contraire en les prenant en compte (références à la morale, aux droits de l'homme, au droit naturel, à (aux) Dieu(x), à la raison, à une idéologie,...) ; il s'impose grâce à une institution judiciaire qui doit sinon assurer la justice du moins éviter la justice privée et le recours à la force sauf si elle est légitime ou publique ; il utilise un vocabulaire particulier, des techniques, une méthode de raisonnement juridique qui forment ce qu'on pourrait appeler le cadre du droit dans lequel les règles proprement dites pourront être exprimées.

Le droit est ainsi un ensemble de procédures d'attribution des droits. Si je peux dire d'une chose, « elle est à moi », c'est que m'est reconnu un droit de propriété sur cette chose ; mais par qui, pourquoi, comment, selon quels mécanismes, quels fondements, dans quelle mesure et dans quelles limites ? L'étude du droit, dans sa globalité, tente d'y répondre.

9. – Droit objectif, droits subjectifs, plan. – Au-delà de ces approches et pour revenir à l'intérieur de l'objet droit, pris sinon comme un objet réel, mais en tout cas comme une réalité observable, le droit est un ensemble de règles, de normes, sur la nature desquelles nous nous positionnerons ensuite, et définit ainsi un contenant et des contenus. Celui-ci peut présenter deux sens selon qu'il est compris comme la source des prérogatives des hommes ou comme ces prérogatives elles-mêmes. On distingue ainsi le Droit avec un « D » majuscule et au singulier, le **Droit objectif**, source des prérogatives juridiques, et les droits avec un « d » minuscule et au pluriel, les **droits subjectifs** reconnus aux hommes par le Droit objectif, comme l'expliquait si bien le doyen Carbonnier¹². Le droit objectif serait, ainsi, pour M. Cornu, « l'ensemble des règles de conduite socialement édictées et sanctionnées qui s'imposent aux membres de la société »¹³ et les droits subjectifs seraient les prérogatives juridiques reconnues aux sujets de droit – les hommes – par le Droit objectif : la propriété, le droit de se marier, de contracter...

Cette distinction est essentielle à la compréhension du droit. Posons-en le postulat ou en axiome ; nous la retrouverons en filigrane en permanence tout au long de cette introduction (Cf. infra. n° 10, n°s 13 et s.).

Ce critère pourrait, en effet, être posé pour cette introduction, entre la théorie du droit objectif et celle des droits subjectifs. C'est une technique qui a, au moins, une vertu didactique. En droit civil par exemple, le Droit du mariage, droit objectif, comprend toutes les règles, décisions, arguments, relatif à la question du mariage, et à l'intérieur, la question de savoir à quel âge je peux me marier, si je peux ou non me marier, si je peux conclure tel contrat sur un biens communs, si je peux divorcer, etc. identifie autant de droits subjectifs.

Cette distinction demeure, cependant, assez complexe, sans compter que la notion de droit subjectif a fait l'objet de nombreuses critiques. Elle est assez approximative lorsqu'il s'agit de distinguer droits subjectifs individuels (droit de propriété) et collectifs (droit de grève), les droits fondamentaux et les autres, d'y glisser les droits de l'homme ou bien de les distinguer des libertés (disposé-je de la *liberté* de me marier, du *droit* de me marier, l'application d'un droit de l'Homme à fonder une famille, du

12 J. CARBONNIER, *Grand droit et petit droit. Flexible droit*, LGDJ, 1998, p. 59

13 *Vocabulaire juridique*, sous la direction de G. Cornu, *V° Droit*.

pouvoir de me marier, de la *faculté* de me marier ?). Inversement, si on admet l'existence des droits subjectifs (et de ses dérivés), le principe même de Droit objectif, de « grand tout » est tout autant critiquable pour son caractère statique, comme si les choses étaient globalement immuables, ou bien comme si c'était un corps, une matière vivante, ou bien encore comme si tout le droit pouvait être ainsi divisé de manière logique, mathématique, entre des branches du droit parfaitement étanches les unes aux autres et chacune d'elle étant totalement cohérentes. Là encore c'est une illusion. Par exemple, les règles du droit de la famille rassemblent traditionnellement les règles en matière de mariage, de filiation, de divorce, mais les règles sur la protection des familles, sur les femmes battues, les règles processuelles, les règles sociales, fiscales, de la famille, les règles organisant les biens dans la famille, en font-elles partie ? Faut-il écarter toutes les règles du Code de l'action sociale et de la famille du droit de la famille ou identifier une autre branche, celles d'un droit public de la famille ? Pour le marié, le divorcé, l'enfant, c'est tout un et il serait bien surpris si on lui expliquait qu'il faut voir plusieurs avocats spécialistes pour régler son cas.

Écartons donc cette distinction, même s'il est utile de l'envisager, pour retenir une méthode permettant davantage la découverte du droit. L'étude de la notion de droit appelle une compréhension plus complète. Une précision cependant. Cette introduction générale au droit, comme la plupart des manuels en la matière, se révélera davantage une *introduction générale au droit civil* ou *au droit privé* plus généralement, qu'une *introduction générale au droit*. Traditionnellement, ce sont, dans les facultés de droit françaises, les professeurs de droit privé qui assurent la présentation, l'introduction au droit, peut-être parce que le droit civil était plus ancien, plus construit, plus achevé que les autres branches du droit, mais surtout parce que, à l'origine de cette matière, vers la fin du XIX^{ème} siècle, le droit public était balbutiant et surtout, les professeurs de droit privé étaient alors conscients de la nécessité de présenter les conditions de l'étude du droit, dans ses deux composantes, de contenu et de contenant, pour assurer l'évolution de l'étude du droit, assez figée jusqu'à lors. Bien des aspects de l'ouvrage renverront à d'autres branches du droit que le droit privé ou le droit civil et surtout tenterons de présenter, au-delà de la dogmatique juridique, quelques éléments de présentation d'une théorie ou d'une philosophie du droit, absolument indispensable au juriste.

Le droit européen se conçoit tout à la fois comme une discipline particulière, relevant de la catégorie du droit international public, où les règles institutionnelles, les méthodes d'organisation ou de prise de décision, que de manière politique et sociologique, mais encore de manière substantielle : le droit européen, ou communautaire, se divise en autant de matière qui s'intègrent, font corps avec le droit national : c'est d'ailleurs toute l'originalité du droit communautaire. Ainsi, il s'intègre dans une logique, au stade d'une introduction au droit européen, des sources du droit, au sein desquelles seront insérés des propos plus technique sur le droit communautaire.

LES SOURCES DU DROIT

141. – Plan. – Une introduction générale à l'étude du droit qui tente, sans y parvenir, de répondre à la question « qu'est-ce que le droit ? » (cf. supra, n°6) suppose l'observation des sources du droit c'est-à-dire de l'ensemble des « mécanismes d'émission » du droit, des « procédures » de production des normes juridiques. Cette question est traditionnellement considérée comme la partie la plus « noble » d'un cours d'introduction au droit. C'est là que s'exercent quelques abstractions véritables aux confins du droit constitutionnel, du droit international ou communautaire, de la philosophie du droit, le tout au service de l'efficacité du droit matériel, public ou privé.

Longtemps, l'étude était finalement assez simple, ramenée à l'étude de la loi, ce monument républicain, et finalement français, servie par la jurisprudence et quelques résidus mal expliqués de l'Ancien Régime comme les coutumes. Mais point de doute sur la hiérarchie des lois, toute empruntée à la théorie juridique allemande, objet de controverses importantes et fondamentales ; point de doute non plus sur la cohérence du système juridique, sur celle du discours juridique. Or, si nous avons pu déjà montrer que aux doutes sur la pertinence des réponses posées à la question, voire de la question elle-même « qu'est-ce que le droit », s'ajoutent des éléments de discussion reposant sur les conflits de

fondement ou de connaissance et d'exposé des règles de droit, il serait curieux que l'on n'assiste pas, au stade de l'observation des sources, à quelques interrogations, voire quelques doutes majeurs.

Aujourd'hui, la question des sources du droit est une question majeure, une question de droit, une question de société, en pleine mutation¹⁴.

Il convient alors d'entreprendre « l'inventaire » de ces sources d'assurer la délimitation de celles-ci, pour autant qu'il soit possible d'établir un tel **domaine du droit** (chapitre 1). Il s'agit de comprendre quelles sont les règles qui sont à l'origine des droits subjectifs. La théorie des sources, ravivée depuis la fin du XIX^e siècle alors que la contemplation du Code civil l'avait étouffée, permet de l'identifier. Elle n'est pas sans faire l'objet d'études multiples, souvent critiques. L'enjeu est considérable car la méthode de création du droit est en jeu. Cette « simple » délimitation est cependant insuffisante car la délimitation des sources ne vaut que par leur compréhension, par leur utilisation. Aussi, la détermination des sources du droit nécessite conjointement l'observation de **l'interprétation du droit** ; et peut-être la question de l'interprétation aurait dû précéder l'observation des sources, comme nous le verrons (chapitre 2) et de **l'application du droit**, question plus technique mais redoutable (chapitre 3).

14 V. F. ZENATI, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit écrit* : D. 2002, chron. p. 15.

LE DOMAINE DU DROIT

142. – Pluralité des sources du droit ? – La connaissance des sources du droit est dominée par la question de sa délimitation, question malaisée en raison de la difficulté de s'accorder sur les critères de cet exercice, la *fons juris*, la fontaine de droit¹⁵, entre les sources réelles qui conduisent à réfléchir sur les facteurs expliquant la formation du droit et les sources formelles, celles qui font effectivement le droit positif.

Envisager « les » sources permet de faire surgir un système juridique pluraliste, comme l'était l'Ancien droit, comme l'est notre droit moderne quoique nous répugnions (de moins en moins) à l'affirmer en raison des mythes fondateurs de la République, reposant sur la loi conçue comme l'expression de la volonté générale. Pour reprendre les mots de Philippe Jestaz, les « pôles » susceptibles de devenir des sources du droit sont largement délimités : l'émetteur de la loi (le Prince, le parlement, le gouvernement, selon le mode politique du moment ou de l'endroit), l'émetteur du jugement (le juge), l'émetteur du savoir (la doctrine) et celui de la coutume (le peuple). Ces pôles sont immuables mais le rôle reconnu à ces pôles émetteurs est susceptible de variation selon les époques et les systèmes « constitutionnels » en vigueur. Où l'un attachera le plus d'importance à la loi, évinçant les autres ou presque, l'autre admettra une concurrence plus large, impliquant une hiérarchie complexe entre ces normes¹⁶.

143. – Première (primaire) approche : la loi est la source de droit. – Une première approche, élémentaire, voit notre système de droit positiviste et fermement attaché à la Loi que seule connaît la Constitution de la Vème République (avec ses dérivés : traités internationaux et règlements administratifs) : « la loi est l'expression de la volonté générale », ce qui sous-entend, si l'on conjugue cette formule avec le principe constitutionnel de séparation des pouvoirs que la loi est la seule expression légitime de la volonté générale, excluant aussitôt toute autre forme de source de normes et, surtout, marquant l'accent sur la volonté qui préside à l'élaboration des lois, dans une conception que l'on peut présenter comme kelsénienne pour la résumer, quoique qu'elle fut et demeure partagée par bien des juristes de droit public ou de droit privé¹⁷ et donc dans l'indifférence relative des sciences voisines du droit, sociologie, économie, et des réalités sociales de façon plus large.

Dès lors la considération des sources du droit peut être plurielle, à travers la place des principes généraux, si présents pour les tenants du positivisme historique ou nostalgique (cf. supra, n°83-3), principes, parfois hérités du droit romain ; *infans conceptus pro nato habetur, nullum legem ignorare censetur...* lesquels ne trouvent aucune place dans notre système de droit légiféré et écrit sinon, parfois, dans quelques textes épars (V. n° 186), ou bien sur des coutumes dont on explique mal l'origine, mais surtout sans compter la place de la jurisprudence depuis un siècle voire de son complice, la doctrine. De même, la complexité du droit moderne a conduit à la création de systèmes juridiques où tout se mêle : tel est le cas des Autorités administratives indépendantes (les AAI), qui cumulent des pouvoirs réglementaires et judiciaires, contredisant alors le principe de la séparation des pouvoirs.

Aussi cette première approche correspond à une conception formelle des sources du droit, entièrement envisagée d'un point de vue extérieur au droit lui-même, d'un point de vue constitutionnel.

15 V. Ph. JESTAZ, *Sources délicieuses, remarques en cascades sur les sources du droit* : RTD civ. 1993, p. 73.

16 V. n°s 190 et s. et P. PUIG, *Hiérarchie des normes : du système au principe* : RTD civ. 2001, p. 749.

17 Cf. par exemple : J. BONNECASE, *Introduction à l'étude du droit*, Sirey, 1931, n° 58 : « (Les sources du droit sont) les formes obligées et prédéterminées que doivent inéluctablement emprunter des préceptes de conduite extérieure pour s'imposer socialement sous le couvert de la puissance coercitive du droit ; autrement dit, une règle de conduite quelconque ne s'élève à la dignité de règle de droit dotée de la plénitude de ses effets, c'est-à-dire de règle de droit positif, que si elle peut se prévaloir d'une origine s'identifiant avec telle ou telle source formelle ».

144. – Seconde approche : droit des sources du droit. – Une seconde approche s'impose alors pour expliquer cette diversité des sources réelles du droit. Elle est plus délicate et plus théorique car elle pose la question de la définition d'une source du droit¹⁸.

Elle est généralement considérée comme un postulat : les sources du droit sont l'ensemble des règles de droit existant à un moment donné.

Plus théoriquement, une source de droit peut être considérée par sa fonction : créer des règles de droit ; par sa nature : mode prédéterminé (selon la conception positiviste et légaliste du droit et des sources) ou non (selon la conception pluraliste des sources) de production des normes ; et par sa légitimation (où l'idéologie, naturelle, positiviste, sociologique, républicaine, marxiste, libérale... prend tout son sens). Est alors une source de droit une norme qui est produite en conformité avec la théorie des sources du droit, c'est-à-dire les règles de compétence normative. Or ces règles, supérieures, légalistes en principe – constitutionnelles plus exactement – selon l'inspiration (usurpation ?) d'origine révolutionnaire selon laquelle la loi – la norme – procède de la volonté générale, s'effacent devant une conception pluraliste des sources du droit. La norme devient, au delà de la seule loi, l'expression de la volonté du groupe, permettant l'admission aux côtés de la loi, de la coutume, des usages, de la jurisprudence comme sources du droit. C'est donc une conception plus souple, moins légaliste qui semble s'imposer : le droit conçu comme un ordre spontané et comme un ordre construit. Dans ces conditions, le débat sur les sources du droit change : ce n'est plus seulement de légalité (ou de constitutionnalité) des sources dont il est question, mais de légitimité de ces sources et de juridicité. Est « droit » ce qui est décidé comme tel par une norme supérieure (normativisme kelsenien) ou ce qui est considéré comme tel par le juge (critère de la juridicité) voire par la société. Or, il est parfaitement clair que l'Etat a perdu le monopole de la production des normes juridiques, des sociétés juridiques existent sans Etat.

D'ailleurs, un coup d'œil au-delà de nos frontières montre des systèmes juridiques efficaces pourtant fondés sur une théorie des sources du droit différente. Ainsi en est-il notamment du système de *Common Law*. Celui-ci repose en effet sur la règle du précédent c'est-à-dire sur le procès, le recours au juge, au cas particulier et à l'analogie, les *Cases rules* fondamentalement différents du système romano-germanique fondé sur la norme générale préexistante.

145. – Plan. – Dans ces conditions, on peut observer que notre système demeure d'inspiration légaliste : le droit résulte pour beaucoup des lois, expression de la volonté générale. Aussi peut-on identifier les sources supra-légales (constitution, traités internationaux), la loi, et les sources extra-légales comme la jurisprudence ou la doctrine. C'est une classification possible mais source de confusions car elle semble sous-entendre une hiérarchie très (trop ?) stricte entre les sources légales, supra et extra (pour ne pas dire infra) légales ; la question de la hiérarchie des normes fera l'objet de quelques remarques, en guise de conclusion. Cette classification n'ignore pas la pluralité des sources mais passe sous silence la méthode de production des normes, légaliste pour les normativistes, jurisprudentielle pour les réalistes.

Aussi nous en tiendrons-nous à une présentation très classique, opposant les sources légales (section 1) et non légales (section 2) du droit avant de tenter, pour conclure, quelques propos de synthèse sur le pluralisme et la hiérarchie des sources du droit (section 3).

Section 1

¹⁸ V. B. OPPETIT, *La notion de source du droit et le droit du commerce international* : Arch. phil. droit, t. 27, Sirey, 1982, p. 43 et in *Droit et modernité*, PUF, p. 53, spéc. p. 55 : « Mais qu'est-ce donc, dans ces conditions, qu'une théorie des sources du droit ? Dans son essence, c'est une idée relative à ce que doivent être les modes de production des normes aptes à régir les rapports sociaux Une théorie des sources du droit procède d'une construction doctrinale décrivant les modes d'élaboration des modèles de rapports sociaux nécessaires. Cette doctrine devient elle-même une théorie des sources lorsqu'elle a triomphé dans les faits et traduit, dès lors, son aptitude à produire des normes ; en effet, la norme juridique, à la différence de la norme sociale, susceptible de naître spontanément, se spécifie par la nature de sa genèse : c'est elle qui, pour s'imposer en tant que telle, suppose qu'elle soit "dite" selon des modalités prédéterminées, définies par la doctrine de ses sources, puis promues par l'action politique. Et c'est son édicition en conformité de la théorie des sources adoptées par le pouvoir qui confère la juridicité à une norme »

LES SOURCES LEGALES

146. – Plan. – Les sources légales recouvrent les principales sources de droit : la loi (§ 1) mais aussi les autres sources légales (§ 2) qui lui sont soit supérieures, soit inférieures (une hiérarchie se devine ici, indiscutablement).

§ 1. – La loi

147. – À tout seigneur... Sens du mot loi. – La loi est la source première, la source de référence, la source qui bénéficie de la légitimité la plus intense. Sans doute est-ce la raison pour laquelle la loi est confondue avec le droit : la loi est le droit. Ce n'est qu'en observant que cette égalité est fautive et trompeuse qu'une véritable étude des sources du droit se justifie. Ce constat n'a pas pour objet ni pour conséquences de ruiner la portée et la majesté de la loi, mais simplement de donner corps à une réalité : le droit ne s'identifie pas seulement à la loi, mais également à d'autres sources concurrentes.

Il reste que la loi est la source majeure, moderne (au sens philosophique) du droit, justifiant sa place éminente (et comp. pour une comparaison avec les autres sources, infra, n°194).

La loi peut être différemment entendue selon que l'on s'attache à son *sens formel* ou à son sens matériel. Le sens formel définit la loi par l'autorité qui l'énonce. Est ainsi une loi au sens formel l'acte émanant du pouvoir législatif, du parlement, dans les termes de l'article 34 de la constitution.

En son *sens matériel*, la loi est envisagée de façon plus large, à travers son domaine et elle est souvent confondue avec la réglementation.

S'agissant du domaine de la loi, on constate que la Constitution de 1958 a limité les pouvoirs du parlement au profit de l'exécutif, du pouvoir réglementaire, limitation qui, d'ailleurs, n'a pas résisté à l'épreuve du temps, le parlement ayant en pratique récupéré tous ses pouvoirs¹⁹.

148. – Législation, réglementation, régulation, codification. – La législation (et le terme vise aussi l'art de légiférer) est un phénomène normatif conçu comme volontariste. Dans l'esprit de la Révolution française comme dans la Constitution actuelle, la loi est l'expression de la volonté générale, manifestation du contrat social, délégation de la puissance souveraine aux délégués du peuple, les députés. En réalité, puisque tout mandat impératif confié aux députés est proscrit, la loi est surtout la volonté du législateur, voire celle du concepteur : député, technicien de l'administration, personnalité particulière, groupes de pression.

On pourrait aujourd'hui ajouter aux lois au sens formel ou matériel, une troisième catégorie, celle des *lois virtuelles*. Depuis peu, en effet, on observe l'importance des effets d'annonce d'un projet de loi par le gouvernement. Sitôt annoncée, la loi, qui n'est parfois même pas présentée au parlement ni même rédigée, est commentée, discutée, contestée, déjà réformée. À certains égards, la loi ou certaines d'entre elles du moins, se forment dans la rue ce qui pose, comme au XVIII^e siècle, la question de l'opposition entre démocratie directe et démocratie représentative.

Par ailleurs, où la loi était aux XVIII^e et XIX^e siècles largement sacrée, elle a tendance à se généraliser aujourd'hui. Désacralisée, la loi devient un instrument de politique juridique, provoquant l'inflation des lois, leur médiocre qualité mais aussi leur spécialisation : chaque groupe de pression réclame « sa » loi.

La loi se présente de façon relativement uniforme : précédée de considérations générales situant la loi, *l'exposé des motifs*, le corps de la loi se présente sous forme d'articles de loi et l'on pourra s'intéresser aux *travaux parlementaires*, publiés au *Journal officiel*, en cas de difficulté d'interprétation de la loi (V. n° 116). Cependant, si de nombreuses lois visent un objectif précis, comme la loi réformant le Code civil sur la filiation en 1972, de plus en plus de lois sont beaucoup plus floues, comme la loi sur l'eau en 1992, sur l'exclusion en 1998, et créent de nombreuses règles nouvelles s'insérant dans de nombreux réceptacles : Code civil, Code du travail, Code pénal, Code général des impôts, Code de la sécurité sociale, lois particulières non codifiées... Il devient alors difficile de s'y retrouver, sans compter les lois sans nom, les lois portant diverses dispositions d'ordre économique, social ou fiscal.

¹⁹ V. B. MATHIEU, *La loi*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996, p. 16 et s.

La **réglementation** est un autre phénomène, plus vaste, qui vise tout à la fois l'ensemble des règles qui émanent de l'exécutif ou du législatif, (lois et règlements divers : décrets d'application, règlements autonomes) français, international, communautaire ou plus restreint comme une collectivité territoriale, mais aussi des autorités administratives indépendantes (COB, CSA, Comité d'éthique...). La réglementation représente à la fois l'action de réglementer et son résultat. Elle suscite souvent un sentiment d'étouffement, résultant du trop plein de règles techniques et contraignantes. Inversement, la *déréglementation* résulte d'un souci inverse : purger notre droit de réglementations inutiles ou inefficaces ou trop rigides ou bien, en un sens un peu différent, faire sortir du giron de l'administration ou du droit pénal certains comportements mais qui provoque, au final, une réglementation pour déréglementer.

La **régulation** est une formule plus moderne, qui s'inscrit dans un mouvement de déréglementation essentiellement appliqué au droit économique. Le « droit de la régulation constitue une branche du droit qui regroupe l'ensemble des règles affectées à la régulation de secteurs qui peuvent engendrer leurs équilibres par eux-mêmes, comme le droit de la régulation financière, le droit de la régulation énergétique, le droit du secteur audiovisuel et des télécommunications, etc. » affirme M.-A. Frison-Roche²⁰. « La régulation serait une réponse à la complexité de la société contemporaine, complexité qui appelle une adaptation des modes d'élaboration et d'application de la règle de droit. Cette adaptation se fait alors sur le mode de la flexibilité. Par la régulation, les normes se font souples, négociées, évolutives » poursuit ainsi L. Roy. C'est une nouvelle façon de « faire du droit », une technique plus souple, agissant par délégation, par exemple à la Commission des marchés financiers, au Conseil supérieur de l'audiovisuel, à l'Autorité de régulation des télécommunications,... pour que ces autorités agissent dans le sens cumulé de l'application du droit (la loi) et de la production de normes adaptées à la matière. La technique n'est pas alors sans poser nombre de difficultés, s'agissant par exemple du respect de la séparation des pouvoirs ou du respect de garanties procédurales élémentaires et fondamentales. Est-ce efficace ?

La **Codification**, enfin, signale encore un autre phénomène normatif, d'une ampleur beaucoup plus importante. Il s'agit généralement de présenter la loi en un document unique, facile d'accès. Cependant, la codification a changé de sens²¹. La codification napoléonienne était une *codification à droit nouveau* : il s'agissait de transformer le droit par des règles nouvelles, simplifiées, cohérentes et unifiées. La codification, en ce sens, provoque un bouleversement du droit antérieur. En même temps, ce bouleversement peut être mesuré. Ainsi, le Code civil, en 1804, constituait tout à la fois une nouveauté juridique et une constante en ce qu'il reprenait certaines dispositions du droit coutumier ou romain antérieur. Il reste que le phénomène de codification à droit nouveau, parce qu'il abandonne le droit antérieur (et même s'il en conserve une partie), parce qu'il réalise un travail construit, entier, synthétique et réfléchi, provoque une réelle innovation. C'est surtout vrai pour le Code civil, partiellement révisé depuis 1960, ou le Code pénal, renouvelé en 1992. La codification s'est soldée par un échec pour le Code de commerce, finalement victime d'une *décodification* qu'une *recodification*, en 2000, a sauvé. La *codification à droit constant* ou « codification compilation » ou encore « codification administrative » est plus modeste dans son ambition de réforme, c'est l'œuvre de ces dernières années et des années à venir. Il s'agit moins de renouveler le droit que de rassembler, classer les lois existantes, avec leurs imperfections. Le résultat est donc nécessairement insatisfaisant au regard de l'idée première de codification (V. n^{os} 96 et s.).

149. – Élaboration des lois. – Les lois sont discutées au parlement à partir d'un projet de loi présenté par le gouvernement ou d'une proposition de loi émanant des parlementaires eux-mêmes. Mais comme c'est le Conseil des ministres qui fixe l'ordre du jour de l'Assemblée nationale, il a souvent tendance à privilégier les projets de lois, que le gouvernement rédige et contrôle, contre les propositions de lois, dont il ignore tout. Le mouvement de « renforcement des droits du parlement » est parvenu à réserver un temps pour l'examen des propositions de lois. La loi est ensuite discutée en commission puis par l'Assemblée qui vote, en première lecture, la loi. Celle-ci est ensuite discutée par

²⁰ M.-A. FRISON-ROCHE, *Le droit de la régulation* : D. 2001. chron. p. 601. – L. ROY, *Réflexions sur le droit de la régulation* : D. 2001, chron. p. 3031. – Adde G.-J. MARTIN (dir.), *Les nouvelles formes de la régulation*, LGDJ, 1998, coll. « Droit et société ».

²¹ V. B. OPPETIT, *De la codification* : D. 1996, chron. p. 33.

le Sénat qui vote également la loi, en première lecture : si la loi votée par le Sénat est identique à celle votée par l'Assemblée, la loi est adoptée ; sinon, la loi retourne devant l'Assemblée, qui la discute à nouveau. Il peut y avoir, ainsi, deux navettes successives qui aboutiront, en tout état de cause, à la prééminence du vote de l'Assemblée nationale en troisième lecture.

Observer la piètre qualité des lois aujourd'hui est devenu un lieu commun, tant elles paraissent excessivement techniques, spéciales, confuses, menacées d'obsolescence rapide. Aussi, certains auteurs animent des débats légistiques, fondés sur l'art de faire les lois, à l'image des leçons de Montesquieu et Portalis²².

150. – Lois ordinaires. – Dans la tradition constitutionnelle et républicaine, les lois ordinaires émanent du parlement. Il n'y a donc aucune difficulté pour les décrire. Cette tradition a été rompue par la Constitution de la Ve République qui, en son article 34, a limité les pouvoirs du parlement en matière législative en sorte que le domaine qui était celui des lois ordinaires n'est plus réservé aux seules lois formellement entendues.

Ainsi, l'article 34 de la Constitution fait une distinction : certaines lois sont de la compétence législative dans leur intégralité, comme les lois qui intéressent les droits civiques et les libertés publiques, la nationalité, l'état et la capacité des personnes, les régimes matrimoniaux, les successions et les libéralités, la détermination et la sanction des crimes et des délits, la procédure pénale, l'existence des juridictions, le statut des magistrats. D'autres lois ne sont de la compétence législative que pour fixer les principes fondamentaux, comme le régime des droits réels, des obligations, du droit du travail, de la sécurité sociale... Les lois, en ce sens, sont les lois votées par le parlement, Assemblée nationale et Sénat. Ces lois sont de plus en souvent accompagnées de décrets d'application pour en faciliter l'application, comme leur nom l'indique.

Doivent être également considérées comme des lois ordinaires les *lois référendaires*, soumises au vote du peuple (ex. la loi de ratification au traité de Maastricht), les *décisions du président de la République* prises en application de l'article 16 de la Constitution qui lui confère des pouvoirs exceptionnels en temps de crise. Le sont aussi les *ordonnances* prévues par l'article 38 de la Constitution rédigées par le gouvernement sous autorisation du parlement par une loi d'habilitation mais adoptées sans que le parlement les vote alors qu'elles relèvent ordinairement du domaine de la loi mais aussi les *règlements autonomes*.

La brièveté de ces propos et leur technicité masquent l'importance de la loi en droit français. Il convient au contraire de mesurer cette importance. Ainsi, l'article 34 de la Constitution limite en principe le domaine de compétence du parlement pour voter les lois et, donc, le domaine de compétence de la loi, au profit des règlements autonomes. Pourtant, la puissance de la loi est telle que le conseil constitutionnel admet que le parlement puisse étendre, *de facto*, sa compétence au-delà de l'article 34, au détriment du domaine des règlements autonomes. Il convient en outre de mesurer le respect dû à la loi en raison de son autorité, de sa généralité et, de façon pragmatique, en raison des sanctions qu'elle promet même si l'on pourrait moquer aujourd'hui son style, sa tendance à l'emphase, l'inflation législative mainte fois dénoncée qui conduit infailliblement à son déclin²³.

151. – Lois particulières : lois organiques, lois de programme, d'orientation, de finances. – Peu nombreuses, les *lois organiques* sont très importantes car elles ont pour objet de fixer les modalités d'organisation et de fonctionnement des pouvoirs publics. Elles ont une autorité particulière car elles s'imposent aux lois ordinaires. Toutes les autres lois sont des lois ordinaires même si elles sont parfois qualifiées différemment par la constitution ou par leurs auteurs en raison de leur spécificité.

Les *lois de programme* ont pour but de fixer l'action économique et sociale de l'État, comme les lois de programmation militaire.

Les *lois d'orientation*, non prévues par la Constitution, mais largement utilisées depuis, sont destinées à insuffler une nouvelle politique économique ou sociale comme la loi quinquennale pour l'emploi de 1993 ou comme les lois d'orientation agricole, la loi d'orientation pour le commerce et

²² Cités par Ph. MALAURIE et P. MORVAN, n° 516, note 10 et voir les commentaires de lois *in RTD civ.* par Ph. JESTAZ puis par Th. REVET et Ch. JAMIN puis par F. BELLIVIER et J. ROCHEFELD.

²³ V. G. RIPERT, *Le déclin du droit*, LGDJ, 1949. – Ph. MALAURIE et P. MORVAN *op. cit.*, n°s 515 et s., p. 183 et s.

l'industrie de 1973, la loi d'orientation sur les transports intérieurs de 1982 (LOTI)... Elles se rapprochent de lois-cadres fixant des principes mais nécessitant d'autres lois ou décrets pour être mises en œuvre.

Les *lois de finance*, votées chaque année, établissent le budget de l'État de l'année suivante, souvent complétées par une *loi de finance rectificative*, en fin d'année. La tendance est à l'accroissement de ces lois, souvent dénoncées comme des lois « fourre-tout » (lois portant *diverses dispositions d'ordre économique et/ou social et/ou fiscal* que l'on nomme souvent par leurs initiales (DDOES, DDOF, DDOESF, MURCEF) dans lesquelles on trouve de tout sur tout : ce sont des auberges espagnoles, on y déniche ce qu'on y apporte...

152. – Règlements administratifs. – La Constitution de 1958 attribue au président de la République et au Premier ministre un large pouvoir réglementaire dont l'exercice s'effectue par voie de décrets. Certains sont *individuels* (nomination ou promotion d'un fonctionnaire), d'autres sont *réglementaires* lorsqu'ils formulent des dispositions générales, des règles de droit. La procédure varie selon les hypothèses, certains doivent être précédés d'un avis du Conseil d'État, essentiel ou accessoire selon qu'il s'agit d'un décret avec avis conforme ou avis simple du Conseil d'État. En fait, on peut distinguer les règlements selon leur objet ou selon leur autorité (décret du président de la République ou du Premier ministre, décret ou arrêté interministériel, ministériel, préfectoral, municipal).

Les règlements sont surtout envisagés comme concurrents de la loi. Ainsi, l'article 37 de la Constitution prévoit un large champ de compétence du seul gouvernement en matière réglementaire. Les règlements sont soit pris *pour l'exécution des lois* soit *autonomes*. Pris pour l'exécution des lois, les règlements appliquent les lois telles qu'elles ont été votées par le parlement. L'article 34 de la Constitution affirme, en effet, que certaines lois sont votées par le parlement, pour fixer les *principes généraux*. Pour le reste, pour ce qui concerne les détails d'exécution de la loi, compétence est reconnue au gouvernement qui prend des *décrets d'application*. Le gouvernement dispose, en outre, d'une compétence propre, attribuée par l'article 37 de la Constitution, pour prendre des *règlements autonomes* c'est-à-dire sans qu'il soit besoin d'une loi préalable, dans certains domaines précis : tous ceux qui échappent au domaine affecté à la loi par l'article 34 de la constitution. À bien des égards, les ordonnances de l'article 38 de la Constitution sont à mi-chemin entre les lois et les règlements autonomes, à ceci près, cependant, que ces derniers échappent totalement au contrôle du parlement. Autrefois, la pratique des *décrets-lois* ressemblait à ce détournement de l'Assemblée. Autorisés par une loi habilitant le gouvernement à prendre ces décrets, ils étaient néanmoins soumis à l'autorité de la loi.

§ 2. – Les autres sources légales

153. – Présentation. – Comparées à la loi, ces autres sources écrites manifestent l'idée d'une hiérarchie très affirmée des sources. Certaines, en effet, sont « supérieures » à la loi (A), d'autres lui sont « inférieures » (B), pour emprunter le discours normativiste.

A. – Les sources « supérieures » à la loi

154. – D'abord la Constitution ? – Elles sont de trois ordres : il s'agit de la Constitution (1°), des traités internationaux (2°) et du droit communautaire (3°).

1° La Constitution

155. – Intemporalité de l'idée constitutionnelle. – Les constitutions des cités grecques, les chartes anglaises, les lois fondamentales du royaume de France, les chartes et franchise des villes de France, la Constitution américaine de 1776 montrent que l'idée d'une norme supérieure destinée à régir, au sommet de la hiérarchie des normes, les institutions d'une société ont toujours existé.

La Constitution française du 4 octobre 1958, fondatrice de la V^e République, organise les règles essentielles relatives à la vie institutionnelle de notre pays : les règles relatives à la souveraineté, à la République, au président de la République, au gouvernement, au parlement, mais aussi à la répartition des compétences entre parlement et gouvernement dans l'élaboration des lois. Le tout forme le droit constitutionnel.

156. – Contrôle de constitutionnalité. – La Constitution de la V^e République présente la particularité d'être dotée d'un organe de contrôle de la conformité des lois à la Constitution : le *Conseil constitutionnel* dont les pouvoirs ont été accrus en 1974, lorsque la saisine du conseil a été ouverte à la demande de 60 députés ou 60 sénateurs, où elle était réservée au Premier ministre et aux présidents des deux chambres. Aux termes de l'article 61 de la Constitution, en effet, une loi, votée, peut être déférée devant le Conseil constitutionnel afin de vérifier sa conformité à la Constitution. On parle, ainsi, du *contrôle de la constitutionnalité* d'une loi. Longtemps, le rôle du Conseil constitutionnel se bornait à une vérification formelle du respect des articles 34 et 37 de la Constitution, jusqu'à l'extension du champ de son contrôle, en 1971.

Les décisions du Conseil constitutionnel sont très importantes : de son aval dépend la possible entrée en vigueur de la loi. D'ailleurs ses décisions sont insusceptibles d'appel. Aujourd'hui, l'action du Conseil constitutionnel est essentielle dans l'élaboration des lois au point que le gouvernement demande parfois au Conseil d'État son avis préalable sur la constitutionnalité d'un projet de loi avant même de le présenter au parlement.

Toutes les lois ne sont cependant pas susceptibles de faire l'objet d'un tel contrôle. Les décisions prises par le président de la République en vertu de l'article 16 y échappent, dès lors qu'elles s'inscrivent dans le domaine fixé par l'article 34 de la Constitution. De même les lois référendaires ne sont pas soumises au Conseil constitutionnel. La raison en est simple : elles constituent « l'expression directe de la souveraineté nationale ». Ces restrictions sont, cependant, assez maigres. Par ailleurs, le Conseil constitutionnel a largement élargi ses attributions. Ainsi, lorsqu'une loi n'a pas fait l'objet d'une saisine du Conseil ou bien si elle a été promulguée avant l'entrée en vigueur de la V^e République, elle est applicable même si elle est anticonstitutionnelle. Elle est anticonstitutionnelle mais virtuellement. Pourtant, le Conseil constitutionnel a admis qu'il pouvait contrôler la constitutionnalité d'une telle loi à l'occasion d'une modification de la loi par une loi nouvelle qui, elle, lui serait déférée²⁴.

Le Conseil constitutionnel a, en outre, élargi sa propre compétence. Il a ajouté, en un « bloc de constitutionnalité », la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen du 26 août 1789 et le préambule de la Constitution de la IV^e République de 1946 qui, lui-même, renvoie aux principes fondamentaux reconnus par les lois de la République, aux contenus radicalement différents : essentiellement libéral pour le premier (la propriété et la liberté posées en principe : liberté d'opinion, d'association, d'entreprendre...), essentiellement social pour le second (droit de grève, droit au travail, à la représentation syndicale...)²⁵. Considérer ces textes comme ayant valeur constitutionnelle, c'était, du même coup, ériger leur contenu en règles de valeur constitutionnelle : le droit de grève, le droit syndical mais aussi (et de façon contradictoire ?) la liberté d'entreprendre, la propriété (justifiant le contrôle des nationalisations en 1982 puis des privatisations en 1986 par le Conseil constitutionnel)... ainsi que ces *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, actuellement au nombre de neuf comme par exemple la liberté d'association, l'indépendance des professeurs des universités, les droits de la défense...²⁶.

157. – Exception d'inconstitutionnalité et Question prioritaire de constitutionnalité (QPC). – Le Conseil constitutionnel dispose du monopole du contrôle de la constitutionnalité des lois. Une personne qui se heurterait à une loi qu'il estimerait anticonstitutionnelle ne pourrait opposer à son contradicteur l'inconstitutionnalité de la loi. Le juge, saisi de l'interprétation d'une loi, ne saurait en principe effectuer un contrôle de sa constitutionnalité. Il ne pourrait pas plus poser une question préjudicielle au Conseil constitutionnel, à l'instar de ce qui se pratique en droit communautaire. Cette

²⁴ V. Cons. const., 25 janv. 1985, déc. n° 85-187, *État d'urgence en Nouvelle Calédonie*, in *Grandes décisions du Conseil constitutionnel*, n° 37, obs. L. FAVOREU et L. PHILIP. – Cons. const., 16 juill. 1996, déc. n° 96-377, *Loi tendant à renforcer la répression du terrorisme* : *RFD const.* 1996, p. 806, note Th. RENOUX. – Cons. const., 15 mars 1999, déc. n° 99-410, *Loi organique relative à la Nouvelle Calédonie* : *JCP G* 1999, I, 151, n° 5, obs. J.-H. ROBERT ; *AJDA* 1999, p. 324, obs. J.-E. SCHOETTL ; *RTD civ.* 1999, p. 725, note N. MOLFESSIS, à propos d'une loi pourtant entrée en vigueur 14 ans avant la décision du Conseil constitutionnel.

²⁵ V. Cons. const., 16 juill. 1971, *Liberté d'association* : *JCP* 1971, II, 16823. – Cons. const., 16 janv. 1982, *Nationalisations* : *D.* 1983, p. 169 ; *JCP* 1982, II, 19788.

²⁶ V. B. MATHIEU et M. VERPAUX, *La reconnaissance et l'utilisation des principes fondamentaux reconnus par les lois de la République par le juge* : *D.* 1997, chron. p. 219.

question est fondamentale en pratique. À l'heure où la plupart des lois votées font l'objet d'une saisine du Conseil constitutionnel et que celui-ci joue de plus en plus le rôle d'un gardien des droits de l'homme et des minorités contre les excès de la majorité parlementaire, en une sorte de Cour suprême à l'américaine, comment traiter une loi qui aurait été promulguée sans faire l'objet d'une telle saisine, qui aurait ainsi revêtu force obligatoire, malgré une contrariété à une règle constitutionnelle ? En vérité, le juge civil peut procéder à un contrôle indirect de la constitutionnalité des lois, non en l'écartant ou en l'annulant mais en l'ignorant, en appliquant directement une norme supérieure, constitutionnelle ou internationale, au litige qui lui est soumis.

Cela étant, la réforme de la Constitution par la loi constitutionnelle du 23 juillet 2008 a modifié l'article 31-1 de la constitution en insérant : « Lorsque, à l'occasion d'une instance en cours devant une juridiction, il est soutenu qu'une disposition législative porte atteinte aux droits et libertés que la Constitution garantit, le Conseil constitutionnel peut être saisi de cette question sur renvoi du Conseil d'État ou de la Cour de cassation qui se prononce dans un délai déterminé » et l'article 62 est désormais ainsi rédigé « Une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause ». Une loi organique du 10 décembre 2009, accompagnée d'un décret du 16 février 2010, a ensuite précisée les conditions de mise en œuvre de la désormais consacrée « *question prioritaire de constitutionnalité* » (QPC). Il en ressort que l'appréciation de la constitutionnalité d'une loi est particulièrement filtrée, par la Cour de cassation ou par le conseil d'Etat en premier lieu, puis par le Conseil constitutionnel. Les tracasseries judiciaires ne manquent donc pas, par principe puisqu'il en résulte que le juge du fond ne peut pas se prononcer sur la QPC, mais que cette question doit faire l'objet d'un mémoire spécial adressé à la chambre saisie du pourvoi de la Cour de cassation ou du Conseil d'Etat laquelle examine la recevabilité du recours puis le transmet au Conseil constitutionnel.

158. – Application juridictionnelle. – Les règles du droit constitutionnel et, notamment, les termes mêmes de la constitution, comprenant le contenu de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen ou du préambule de la Constitution de 1946, ne sont en effet pas réservées au Conseil constitutionnel. Bien au contraire, on assiste aujourd'hui à une large utilisation de ces règles, par exemple pour contrôler les conditions du droit de grève²⁷.

L'autorité des décisions du Conseil constitutionnel n'est en revanche pas assurée. L'absence d'exception d'inconstitutionnalité permet que des lois inconstitutionnelles demeurent de même que l'absence de liens processuels entre les juridictions administratives et judiciaires et le Conseil constitutionnel isolent les décisions rendues et les principes dégagés par ce dernier. On observe pourtant que le Conseil d'État ou la Cour de cassation rendent des décisions en s'appuyant sur les principes dégagés par le Conseil constitutionnel démontrant la forte autorité, au moins morale, de ces décisions.

2° Les traités et accords internationaux

159. – Au-dessous de la constitution, au dessus de la loi. – Pour être applicable en France, un traité international doit être *signé* par les autorités françaises mais aussi *ratifié* par le parlement.

La France a ratifié une quantité impressionnante de traités internationaux parmi lesquels bon nombre intéressent les conflits de droit international public (Charte des nations unies, OCDE, UEO...). D'autres intéressent des questions de droit international privé, de droit civil, de droit des affaires comme les conventions fiscales internationales qui tendent à éviter des doubles impositions (V. n° 218).

Une place est reconnue, dans la hiérarchie des normes, aux traités internationaux, mais en dessous de la constitution. Ainsi, les traités internationaux doivent être conformes à la Constitution en vertu

²⁷ V. N. MOLFESSIS, *Le Conseil constitutionnel et le droit privé*, thèse, Paris II, 1994 ; *Les sources constitutionnelle du droit des obligations*, in *Le renouveau des sources du droit des obligations*, Trav. Assoc. Capitant, 1998, p. 65. – B. MATHIEU, *Droit constitutionnel et droit civil, de vieilles outres pour un vin nouveau* : *RTD civ.* 1994, p. 59. – Ch. ATIAS, *La civilisation du droit constitutionnel* : *RFD const.* 1991, p. 435 et en réponse : J.-Y. CHEROT, *Les rapports du droit civil et du droit constitutionnel* : *RTD civ.* 1991, p. 511.

des articles 52 et suivants de la Constitution de 1958. Souvenons-nous de la ratification des traités de Schengen, de Maastricht ou d'Amsterdam. Ceux-ci ne pouvaient entrer en vigueur car ils heurtaient certaines dispositions de la Constitution. C'est la raison pour laquelle le gouvernement chercha à modifier la constitution, puisque le traité doit lui obéir, de façon à ne pas faillir à ses obligations internationales.

Inversement, les traités, quoique inférieurs à la Constitution, sont supérieurs aux lois (Const., art. 55) sous condition de réciprocité, encore que le Conseil constitutionnel refuse d'assurer ce contrôle²⁸. Lorsqu'une loi antérieure contrevient à un traité, la loi est abrogée, de façon expresse ou tacite, ou est inapplicable en vertu du principe selon lequel la norme postérieure prime la loi ancienne, *a fortiori* lorsque la norme nouvelle lui est supérieure. Inversement, lorsqu'une loi interne postérieure à un traité contrevient à ce dernier, la solution est plus difficile. Puisque le Conseil constitutionnel refuse ce contrôle, la question se pose de savoir si un juge peut se prononcer sur la validité d'une loi alors qu'il en est en principe le serviteur. Cette question fut essentiellement envisagée à propos de la contradiction entre une loi interne et une norme communautaire : en refusant expressément d'assurer le contrôle de conventionalité d'une loi avec une norme internationale, le Conseil constitutionnel déléguait implicitement cette fonction au juge judiciaire²⁹.

3° Le droit communautaire et le droit européen

160. – Convention européenne des droits de l'homme. – La Convention européenne des droits de l'homme (CEDH) a été adoptée dans le cadre du Conseil de l'Europe, le 4 novembre 1950 et ratifiée par la France en 1974 ; s'y ajoutent huit protocoles additionnels. Son intérêt résulte de son domaine, par la protection des droits politiques, religieux, civils et sociaux des citoyens qu'elle organise contre l'État, et de la procédure particulière qu'elle met en place devant la Cour européenne des droits de l'homme qui peut être saisie par tout ressortissant, personne physique ou morale, d'un état membre. Il est aujourd'hui de plus en plus fréquent de voir les plaideurs invoquer les dispositions de la CEDH soit devant leurs propres juridictions soit devant la Cour EDH de Strasbourg. En effet, bien que les arrêts de la cour n'aient aucune valeur obligatoire dans l'ordre interne en sorte que les décisions de la cour n'imposent pas à l'état qui les subit de réformer son droit mais l'incite à harmoniser son droit avec ces décisions, les juridictions françaises peuvent admettre l'existence d'un droit fondé sur la CEDH, en vertu d'un principe d'intégration de la convention dans l'ordre interne : ces règles européennes sont donc des règles de droit français.

Parmi ces droits fondamentaux figurent les droits de la personne physique, le droit à la vie, justifiant l'abolition de la peine de mort (Conv., art. 2.1) mais sans remettre en cause l'avortement thérapeutique, le droit à la liberté et à la sûreté (Conv., art. 5 et Protocole n°4). De même sont protégés la vie privée, justifiant les droits des homosexuels et la vie familiale (Conv., art. 6), le droit au respect des biens (Protocole n°1, art. 1), le droit à un procès équitable (Conv., art. 6), le plus souvent invoqué, imposant le droit à l'accès à la justice, une procédure contradictoire, l'impartialité des juges, un jugement public et dans un délai raisonnable, et sont organisés les moyens de lutter contre les discriminations de toutes sortes (Conv., art. 14).

161. – Droit communautaire. – Le droit communautaire est né du traité de Rome instituant la communauté européenne en 1957 (complété par le traité de Maastricht qui a fondé l'Union européenne) qui se compose de nombreuses institutions et développe un corps de règles très important. Le but du traité de Rome, du droit communautaire, est de parvenir à réaliser un marché intérieur entre les membres de la communauté impliquant la suppression de toutes les barrières faisant obstacle à la libre circulation des personnes, des biens et des capitaux ainsi que l'harmonisation du contenu des droits de chaque État membre.

Toutes les institutions, conseil européen, commission européenne, Parlement européen et Cour de justice européenne ont leur propre champ de compétence qui en font des sources différentes de droit.

²⁸ Cons. const., 15 janv 1975, D. 1975, p. 529, note L. Masson..

²⁹ V. n° 163.

On distingue, ainsi, les règles du droit communautaire originaire et celles du droit communautaire dérivé lesquelles font l'objet d'une intégration en droit français.

162. – Droit communautaire originaire et dérivé. – Les règles du droit communautaire originaire sont constituées par les divers traités, accords et conventions qui ont institué les communautés européennes, le traité de la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA), le traité EURATOM, le traité des communautés économiques européennes (CEE) ou, depuis, l'acte unique européen (1986) le traité de Maastricht (1992) qui a modifié le traité CEE, suivi du traité d'Amsterdam (1997) et du traité de Nice (2001) instituant notamment la Charte des droits de l'homme de l'Union européenne. Ils disposent de la même autorité de principe que les autres traités.

Les règles du droit communautaire dérivé sont constituées des actes émanant des différentes institutions européennes, conseil, commission, ou des juridictions communautaires, Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et Tribunal de première instance des communautés européennes (TPICE). L'éventail des normes dérivées est particulièrement large : règlement, directive, décision, recommandation, avis et ils n'ont pas la même force. Ils participent à l'élaboration du droit communautaire et, ce, de façon pléthorique : près de 27 000 règlements ou directives³⁰.

Le *règlement européen* ressemble assez largement aux lois internes à la différence qu'il émane d'une autorité supérieure à la loi et échappe au parlement français (encore que le traité de Maastricht fait appel à la notion de *subsidiarité* qui impose de donner la priorité aux parlements des États membres pour tout ce qui peut être réglé de cette façon : les règles européennes doivent se contenter d'harmoniser les droits des États membres), il est obligatoire pour tous, États membres et ressortissants et il s'impose directement sans avoir à être reçu formellement par les autorités des États membres. Dans la Constitution européenne, les règlements deviennent des « lois ».

La *directive européenne* s'adresse aux États membres seulement ; elle fixe aux États des résultats législatifs à atteindre, souvent en termes de choix. Elle est donc obligatoire pour les états, mais pas pour leurs ressortissants, sauf certaines exceptions.

Les *décisions*, enfin, par exemple les décisions de la Cour de justice, ne sont obligatoires que pour leurs destinataires, qu'elles désignent, États ou personnes : elles créent, cependant, une *jurisprudence* de la Cour de justice qui accroît leur autorité. Elles deviendront des « lois-cadres ».

163. – Intégration du droit communautaire dans le droit interne. – Contrairement aux traités classiques, le droit communautaire présente cette particularité de s'assigner comme but d'unifier les législations internes. C'est la raison pour laquelle des transferts de compétence sont organisés et que les autorités communautaires peuvent édicter des règles obligatoires.

Le **principe de primauté du droit communautaire** sur le droit interne signifie que les règles du droit communautaire concernées l'emportent sur toute règle interne. La Cour de justice l'admit très tôt dans un célèbre arrêt *Costa c/ Enel* de 1964. Si le traité international, dont le traité de Rome, est supérieur à la loi, il est logique que les instances compétentes, CJCE et juridictions internes puissent contrôler la conformité de la loi à ce traité.

La question ne pose guère de difficulté pour la loi antérieure au traité de Rome (ou un autre traité international) en vertu du principe selon lequel la règle nouvelle, fut-elle internationale, abroge la règle ancienne. Elle se pose en revanche pour les lois postérieures au traité qui lui seraient contraires car admettre un possible contrôle d'une telle loi par le juge reviendrait à lui reconnaître un contrôle de la conformité de la loi que le droit constitutionnel lui refuse pour leur constitutionnalité. Le juge communautaire reconnaît depuis un arrêt *Simmenthal* que le juge national, quel qu'il soit, est apte à assurer ce contrôle de conformité de la loi nationale avec une norme supérieure³¹. Il en résulte que le juge français (n'importe quel juge compétent, ce qui est un pouvoir colossal, quasi constitutionnel) aurait l'obligation d'écarter la règle française postérieure pour appliquer la règle européenne. On parle à cet égard de *contrôle de conventionalité* de la loi par le juge. Cette solution, prise d'un point de vue constitutionnel, est ambiguë car elle signifie que les particuliers peuvent invoquer une *exception*

30 V. B. OPPETIT, *L'eurocratie ou le mythe du législateur suprême* : D. 1990, chron. p. 72. – C. MOULY, *Le droit peut-il favoriser l'intégration européenne ?* : RID comp. 1985, p. 895.

31 CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, *Simmenthal* : Rec. CJCE, p. 629, concl. G. REISCHL.

d'inconventionalité pour permettre au juge d'écarter une loi interne qui serait contraire à une règle communautaire alors qu'il ne dispose pas de la même faveur, par une *exception d'inconstitutionnalité* pour faire échec à une loi contraire à la Constitution (V. n° 157). C'est cependant en ce sens que le droit communautaire est un ordre juridique *supranational* – il s'impose aux ordres juridiques internes – et *transnational* – il s'y impose directement. Il l'est d'ailleurs d'autant plus depuis les traités de Maastricht et d'Amsterdam qui envisagent des transferts de souveraineté : l'euro, la politique d'immigration et d'asile notamment. Il fallut attendre longtemps pour que les juridictions françaises l'admettent, sans doute en raison de l'habitude française de refuser aux juridictions le pouvoir de contrôler la conformité d'une loi à la constitution, selon une doctrine dite *Matter*, du nom d'un grand procureur général près la Cour de cassation³². La Cour de cassation finit par l'admettre dans un arrêt *Jacques Vabre* du 24 mai 1975³³ et réitère parfois cette audace pionnière comme à l'occasion d'un arrêt du 13 octobre 1993 qui a définitivement reconnu le principe de primauté du droit communautaire³⁴. En droit public, le Conseil d'État demeurerait cependant fidèle à la doctrine *Matter* jusqu'en 1989³⁵. Le Conseil constitutionnel, en revanche, n'admet toujours pas pareille entrave à ses pouvoirs, depuis une décision *IVG* du 15 janvier 1975³⁶.

La règle de l'**effet direct du droit communautaire** signifie que une – certaines – règle(s) du droit communautaire s'imposent directement en droit interne. Si une loi interne est soumise au contenu du traité de Rome et du droit dérivé, la question se pose de savoir comment, matériellement, ce contrôle pourra s'effectuer. Un juge peut contrôler la conformité d'une loi au droit communautaire, mais c'est donc qu'un plaideur peut invoquer une règle communautaire contre son adversaire. C'est la question de l'*effet direct du droit communautaire*. Les règles des traités présentent cet effet direct lorsque deux conditions sont réunies, à savoir dès lors qu'elles sont *claires* (qu'il n'y ait pas d'option possible par exemple) et *inconditionnelles* (qu'elles ne soient pas soumises à une condition ou un délai), c'est-à-dire que leur application ne rencontre aucun obstacle. La règle s'applique également pour les règlements européens. En revanche, les directives qui ne seraient pas transposées à la date prévue pour qu'elles le soient (pour satisfaire la condition d'inconditionnalité) sont soumises à un double régime. On reconnaît leur *effet direct vertical* : un plaideur peut invoquer la règle contenue dans une directive non encore transposée contre l'État : après tout, l'État aurait dû la transposer, il répond de sa faute. En revanche, tout *effet direct horizontal*, qui assurerait à un particulier la faculté d'invoquer le contenu d'une directive non transposée contre un autre particulier est refusé³⁷.

Attention ! suivent ici les propos et éléments relatifs à l'introduction proprement dite au droit européen et l'ensemble reprend ensuite au sein de l'intégration du propos dans les sources du droit

32 Cass. civ., 22 déc. 1931 : D. 1931, 1, p. 131, concl. MATTER.

33 Cass. ch. mixte, 24 mai 1975 : D. 1975, p. 487, note Touffait, JCP 1975, II, 18180 bis.

34 Cass. 1^{re} civ., 13 oct. 1993 : *Contrats, conc., consom.* 1993, n° 220.

35 CE, 20 oct. 1989, *Nicolo* : D. 1990, p. 135, note Sabourin, – Adde B. STIRN, *Le Conseil d'État et l'Europe : Mélanges G. Braibant*, Dalloz, 1996, p. 653.

36 V. *supra*, n°159.

37 V. D. MAINGUY, *Les directives non transposées : libres propos sur une étrange lumière : Mélanges Ch. Mouly*, Litec, 1998, p. 89.

Introduction au Droit communautaire des affaires

Un droit communautaire des affaires pour quelles affaires, pour quel domaine et quel intérêt ? La première question touche bien évidemment au domaine de la matière que nous allons étudier, la seconde traite plus des fondements et des principes qui gouvernent la matière.

Commençons donc par nous intéresser à son domaine, ce qui implique pour circonscrire notre champ d'intervention, de nous rappeler la particularité du droit communautaire. C'est que le droit communautaire est du droit national. De sorte que, comme M. Jourdain fait de la prose, nous faisons (en droit économique) tous juristes, du droit communautaire sans le savoir : puisque 80 % des législations nouvelles sont d'origine communautaire (directives, règlements, actes aux décisions). Le droit de la consommation contemporain est pour beaucoup du droit d'origine communautaire, le droit de la concurrence déloyale (ce vieux droit de près de deux cents ans) est pour beaucoup dans ses évolutions récentes marqué par le droit communautaire (qu'on rappelle ainsi la directive de 2005 sur les pratiques commerciales déloyales), le droit des sociétés a beaucoup évolué sous une exigence : celle dont nous allons souvent parler de la construction d'un marché intérieur qui nécessite un travail conséquent d'harmonisation, de rapprochement des législations.

Quel droit communautaire des affaires ? Tous ces exemples, vous les avez étudiés lorsque vous avez étudié le droit interne des affaires. Je n'y reviendrai évidemment pas, faute de temps. J'insisterai en revanche pour caractériser le droit communautaire des affaires sur les mécanismes spécifiques à la construction du marché intérieur, à cette branche spécifique du droit dont tous les juristes loin de là ne sont pas spécialistes le droit communautaire des affaires stricto sensu qui a trait en réalité à la coordination de la politique des États. C'est un droit qui concerne en premier lieu les acteurs privés bien évidemment mais dont la manifestation, la révélation (ou la naissance selon la conception normative que l'on retiendra) intéresse en réalité les États eux-mêmes : ce pourrait donc être également considéré comme une branche du droit public, à ceci près mais nous en reparlerons que le droit communautaire des affaires ne distingue pas droit public et droit privé. Il est réticent à admettre qu'un régime spécifique puisse s'appliquer aux personnes publiques. Si en droit français, le principe de discrimination tel qu'il s'est construit depuis la Révolution repose sur le postulat que les personnes publiques sont soumises par principe à un régime spécifique, c'est tout l'inverse en droit communautaire. Tout le régime juridique applicable à l'activité économique est unique, si ce n'est en quelques matières,

Le droit communautaire des affaires que nous allons traiter comprend par conséquent toutes les règles dont l'objet est de garantir l'effectivité du marché intérieur (à l'exclusion des règles d'harmonisation spécifiques à toutes les activités). C'est donc ici la base du droit communautaire des affaires qui va être envisagée, et ce à partir d'un objectif fondamental à la compréhension du système, la liberté sur le marché. L'Europe j'y reviendrai s'est construite sur les théories libérales. C'est-à-dire qu'elle a élaboré des normes de protection de la liberté économique, quitte et c'est tout le paradoxe à admettre un certain interventionnisme, pourvu qu'il ait pour objet de garantir la liberté : par exemple interdire une concentration (ce qui correspond à du dirigisme économique) pour préserver un marché qui demeurerait éclaté. L'ultralibéralisme (dont le paroxysme est atteint avec l'école de Chicago et Milton Friedman) consiste pour simplifier à un laisser-faire à une liberté poussée à son extrême dont je crois à titre personnel qu'elle aboutit à une réalité liberticide. Milton Friedman initia une pensée économique d'inspiration libérale dont les prescriptions s'opposent de front à celle du keynésianisme. En réponse à la fonction de consommation keynésienne, il développa la théorie du revenu permanent. Avec cette théorie et l'introduction du taux de chômage naturel, Friedman remet en cause le bienfondé des politiques de relance qui, pour lui, ne peuvent que provoquer de l'inflation contre laquelle il faut lutter. À cette fin, il proposa l'instauration d'un taux constant de croissance de la masse monétaire.

Ses idées se diffusèrent progressivement et devinrent populaires parmi les milieux politiques dans les années 1980, influençant profondément les mouvements conservateurs et libertariens américains. Ses idées économiques sur le monétarisme, la fiscalité, les privatisations et la dérèglementation ont inspiré les politiques économiques de nombreux gouvernements à travers le monde, notamment ceux de Ronald Reagan aux États-Unis, de Margaret Thatcher au Royaume-Uni, d'Augusto Pinochet au Chili, ou de Brian Mulroney au Canada. Friedman a aussi mené des travaux sur la fonction de consommation, qu'il considérait comme ses meilleurs travaux scientifiques. Alors que le keynésianisme dominait, il remit en cause la forme adoptée pour la fonction de consommation et en souligna les imperfections. À la place, il formula en particulier l'hypothèse de revenu permanent, qui postule que les choix de consommation sont guidés non par les revenus actuels mais par les anticipations que les consommateurs ont de leurs revenus. Ces anticipations étant plus stables, elles ont tendance à lisser la consommation, même quand le revenu disponible baisse ou augmente. Ces travaux furent particulièrement remarquables car ils remettaient en cause la validité des politiques conjoncturelles de relance de la demande et le multiplieur d'investissement keynésien.

Il a également contribué à la remise en cause de la Courbe de Phillips et mit au point avec Edmund Phelps le concept de taux de chômage naturel. Ces travaux furent publiés en 1968 dans *Inflation et systèmes monétaires*. Ils s'opposent au taux de chômage sans accélération de l'inflation des keynésiens. Il considère en essence qu'il existe un taux de chômage naturel, lié aux imperfections du marché du travail dont l'intervention étatique qui bouleverse la libre fixation des salaires. Étant de nature structurelle, ce taux de chômage ne peut être réduit par des politiques conjoncturelles et l'injection de liquidités débouche fatalement sur l'inflation selon Friedman. Adapté aux politiques concurrentielles, l'école de Chicago met l'entreprise et sa liberté d'affecter les marchés au centre de toutes préoccupations. L'Etat doit moins intervenir et la politique de concurrence est alors plus limitée.

Ce courant est loin d'avoir gagné en Europe tous les esprits, sauf peut-être en Angleterre. En ce qui nous intéresse, la conception européenne de la politique de concurrence est encore relativement interventionniste (mais sans doute plus encore en France). L'Europe connaît donc une politique libérale, mais pas ultralibérale, centrée pour le domaine qui nous intéresse sur la préservation du marché.

Préservation du marché, qu'est-ce à dire ? Que tout l'objet du droit communautaire des affaires, *stricto sensu*, va consister à tenter de préserver le jeu optimal de la rencontre de l'offre et de la demande. Il va peu jouer sur la demande (consommation pour l'essentiel) qui reste un domaine régalién d'intervention des pays-membres. Il va plus jouer en revanche sur l'offre et ce de deux manières, ce qui justifiera notre plan :

En libérant la rencontre de l'offre et de la demande, pour s'assurer qu'une valeur économique (produit, service, prestataire, capitaux) puisse aisément rencontrer la demande et ce sur l'ensemble du territoire de l'Union. Il s'agit là d'abattre des frontières, plus ou moins évidentes (restrictions quantitatives, droits de douane, MEERQ, etc..)

En assurant la pluralité de l'offre, interdisant à l'un d'abuser de sa domination ou empêcher les autres de se rapprocher pour fausser le jeu normal de la concurrence.

Si au départ, l'ambition des traités (CECA puis CE) a été d'éviter les guerres dites « fratricides » : les allemands sont nos cousins qui eux-mêmes sont cousins des anglais, alors que les anglais sont eux-mêmes de lointains descendants de colons normands (quand Jean II est fait prisonnier par les anglais au XIV^e siècle il l'est par un cousin (dont la mère est fille de Philippe leBel). Nous sommes comme une grande famille qui longtemps s'est mis sur la figure, mais qui aujourd'hui la paix installée (quoique, cf ex Yougoslavie, encore nos cousins) recherche surtout une meilleure santé économique.

Pour garantir cette pérennité économique, les États peuvent classiquement intervenir sur les taux de change, l'investissement ou la consommation (politiques Keynésiennes) pour encourager la demande ou bien « mettre de l'huile » dans les rouages de l'économie (théorie libérale moderne, plus classique telle qu'elle s'est construite aux Etats-Unis à la fin du XIX^{ème} siècle). Le droit communautaire des affaires s'inscrit plus dans cette optique : sanctionner Microsoft qui s'oppose à l'arrivée sur le marché de nouveaux opérateurs et ce faisant porte un frein à l'innovation synonyme de croissance, sanctionner la France qui par ses mécanismes d'encadrement des réseaux de distribution empêche la circulation des produits, etc...

Pour parfaitement comprendre tout cela, il est nécessaire de prendre quelques instants pour mieux exposer la construction communautaire. Nous verrons ensuite un rappel des mécanismes principaux du droit communautaire (II) avant d'envisager les grands concepts intégrés à la notion de « marché intérieur » (III).

I La construction communautaire – Une chose à retenir, c'est que l'Europe s'est construite par l'économie. En 1946 à Cologne, Robert Schuman rencontre Konrad Adenauer et Alcide De Gasperi, respectivement chancelier allemand et président du conseil italien, lors d'une réunion entre les dirigeants des partis démocrates chrétiens. Lors de cette rencontre, ils exposent leurs idéaux et posent les fondements d'une Europe unie, dépassant l'opposition séculaire de certains peuples (notamment franco-allemands).

Le 9 mai 1950, Robert Schuman — alors ministre des Affaires étrangères — présenta au quai d'Orsay dans une déclaration, considérée comme l'acte de naissance de l'Union européenne, une proposition relative à une organisation de l'Europe, indispensable au maintien de relations pacifiques.

Dans cette déclaration qu'il avait rédigée avec son conseiller et ami Jean Monnet, il appelle la France, l'Allemagne et les pays européens qui voudront les rejoindre à mettre en commun leurs productions de charbon et d'acier, ressources stratégiques à l'époque — et d'autant plus symboliques qu'ils constituaient le matériau de base à la fabrication de tout armement —, pour jeter les premières bases concrètes d'une fédération européenne et permettre une paix durable en Europe. Ce faisant, la France prend une démarche inverse de celle qui avait mené aux humiliations imposées par le traité de Versailles et rejoint au contraire le vœu de Victor Hugo. Il ajoute vouloir reverser les bénéfices de cette union aux populations nécessiteuses en Afrique. On remarquera plusieurs points dans cette déclaration : Robert Schuman ne néglige pas le choix de la date (il réalise cette déclaration 5 ans après la signature de l'Armistice de la 2^e Guerre mondiale à Berlin), il ne néglige également pas le choix des produits (le charbon et l'acier étant à l'époque des matériaux indispensables à une Europe en pleine reconstruction). Enfin, Schuman fait ici de l'économie un moyen au service d'une cause.

« L'Europe ne se fera pas d'un coup, ni dans une construction d'ensemble : elle se fera par des réalisations concrètes créant d'abord une solidarité de fait. (...) [Cette dernière phrase est inscrite à très petite échelle sur tout chèque Français, composant ainsi les lignes de rédaction]. Dans ce but, le gouvernement français propose immédiatement (...) de placer l'ensemble de la production franco-allemande de charbon et d'acier sous une Haute Autorité commune, dans une organisation ouverte à la participation des autres pays d'Europe. (...) La solidarité de production qui sera ainsi nouée manifestera que toute guerre entre la France et l'Allemagne devient non seulement impensable, mais matériellement impossible. »

C'est ainsi que, suivant la proposition de Robert Schuman, la France, la République fédérale d'Allemagne, l'Italie, la Belgique, les Pays-Bas et le Luxembourg fondent la Communauté européenne du charbon et de l'acier (CECA). Le traité instituant cette organisation fut signé à Paris le

18 avril 1951, soit moins d'un an après la déclaration du 9 mai. D'une validité de 50 ans, il entra en vigueur le 23 juillet 1952.

Le traité instaure un marché commun du charbon et de l'acier, supprime les droits de douanes et les restrictions quantitatives entravant la libre circulation de ces marchandises et supprime toutes les mesures discriminatoires, aides ou subventions, qui seraient accordées par les États signataires à leur production nationale. La gestion de la production de la Communauté est placée sous le contrôle de la Haute Autorité, présidée initialement par Jean Monnet.

La mise en place du traité se fit en plusieurs étapes, avec la mise en place d'une période d'adaptation pour les industries nationales, et le marché ne fut totalement ouvert que le 18 février 1953 pour le charbon et le minerai de fer et le 1^{er} mai 1953 pour l'acier.

Dans le même temps, la Communauté européenne de Défense (CED) échoue, lancée trop tôt sans doute. Il en résulte que seul le pan économique de la construction européenne demeure pendant longtemps.

Après l'échec de la ratification française de la CED, Jean Monnet démissionne avec fracas de la Haute autorité de la CECA ; il ne confie pas son prochain projet de coopération atomique européenne au gouvernement français, mais il s'approche du ministre belge des Affaires étrangères, Paul-Henri Spaak. Avec ses homologues hollandais et luxembourgeois, Spaak rédige le Mémorandum du Benelux (20 mai 1955), qui envisage la relance de la construction européenne sur deux volets complémentaires :

1. CEEA/Euratom, sur impulsion de Jean Monnet : une communauté européenne de l'énergie atomique, considérée à ce moment-là comme un remède-miracle contre la pénurie énergétique qui suit à la crise de Suez, et un objectif stratégique pour réduire la dépendance énergétique de l'Europe vis-à-vis de l'extérieur.
2. Union douanière, sur impulsion de Ludwig Erhard : un marché commun doté de libre circulation des facteurs de production et de règles de concurrence, afin de garantir un marché pour les exportations belges et allemandes, et ne pas risquer une crise de surproduction (la France est sceptique, dans sa tradition de colbertisme).

À la Conférence de Messine du 1-3 juin 1955, les ministres des Affaires étrangères des pays de la CECA (Martino, Pinay, Hallstein, Bech, Beyen, Spaak) s'accordent pour une extension de l'intégration à tout secteur de l'économie. Le Comité Spaak (juillet 1955 - avril 1956) se charge de la rédaction d'un rapport. Le Royaume Uni se retire du comité en octobre, car il ne voit pas les bénéfices de l'union douanière, en préférant les rapports préférentiels avec le Commonwealth et la protection des secteurs industriels ; et non plus ceux de l'Euratom, grâce à son coopération renforcée en matière nucléaire avec USA et Canada. Le Rapport Spaak esquisse les caractéristiques de la CEE et de l'Euratom. Il prévoit une union douanière couplée par une tarif extérieur commun, dans l'optique d'un marché commun général ; une intégration sectorielle poussée est par contre prévue pour le secteur atomique, afin de partager les coûts relevant de la recherche et du développement du nucléaire.

Les mesures du Rapport Spaak sont discutées encore à la conférence de Venise de fin mai 1956, où le gouvernement français (Pineau) remarque sa priorité pour Euratom (deux traités séparés) et la nécessité d'inclure l'association de la communauté économique avec les territoires d'outre-mer.

En octobre 1955, Monnet lance son Comité d'action pour les États-Unis d'Europe, afin de revitaliser et informer la société civile sur les développements de la politique européenne, et en gagner le soutien. Son mouvement préconise la formation d'un gouvernement commun, contrôlé par une assemblée à élection directe et universelle. Ils visent à éviter que les pressions britanniques arrivent à faire tomber le projet de marché commun.

La discussion internationale procède à la CIG de Val Duchesse, où les autres États craignent que la France puisse ne ratifier que le traité Euratom. Le marché commun est un grand souci pour le Benelux et l'Allemagne, qui voudraient une baisse des tarifs, tant à l'extérieur qu'à l'intérieur, tandis qu'Italie et France soutiennent des tarifs de protection extérieure. La France souligne l'importance de démarrer

une Politique agricole commune et d'inclure les territoires d'outre mer. Pour ce qui concerne l'Euratom, la France vise à garantir la possibilité d'utilisation militaire du nucléaire, tandis que les autres états ne sont pas intéressés (en 1954, l'Allemagne renonce volontairement à toute armement ABC) ; la discussion se termine avec la liberté des états de poursuivre leurs propres politiques nucléaires militaires, sous contrôle international.

Le 25 mars 1957 sont signés les Traités de Rome, qui entrent en vigueur après ratification le 1^{er} janvier 1958. Ils ne contiennent aucune limite temporelle, ou procédure de retrait, et indiquent des finalités assez vagues (« une union sans cesse plus étroite entre les peuples »). Ils suivent le schéma fonctionnaliste de la CECA, mais avec moins de supranationalité : l'intérêt est de ne pas réveiller la querelle de la CED en France, qui a montré la difficulté d'accepter une extension des compétences supranationales. La Commission de la CEE (qui n'a pas le nom, politiquement chargé, de Haute autorité), garde seulement le pouvoir d'initiative et de gardienne des Traités, tandis que la majorité des pouvoirs sont confiés au Conseil de la CEE. L'Assemblée des délégués et la Cour de Justice sont communes pour les 3 communautés.

L'association des territoires d'outre-mer est garantie par un accord quinquennal de coopération commerciale (zone de libre échange entre les territoires et chacun des états de la CEE) et financière (fonde FED de coopération). L'intérêt français de compenser la perte des liens politiques (guerre d'Algérie) avec plus de liens commerciaux est satisfait, en évitant le risque de tomber dans le néo-colonialisme condamné par l'ONU.

La naissance de la CEE

Le 25 mars 1957, les six pays décident en signant le Traité de Rome d'aller plus loin dans la coopération. Tous les domaines économiques, mais aussi politiques et sociaux sont concernés. Le but est d'aboutir économiquement à un marché commun, le marché commun européen. La Communauté économique européenne (CEE) est l'entité internationale créée par le traité de Rome.

Le Traité de Rome de 1957 prévoit la mise en place d'une union douanière au sein de laquelle sont abolis droits de douane, restrictions quantitatives (quotas) et les mesures d'effets équivalents à des droits de douane. Cette union adopte un tarif extérieur commun pour les marchandises en provenance d'État tiers. Cette libre circulation des marchandises entre les Six consacre la vision de Monnet d'une intégration fonctionnelle : la création de telles solidarités de fait dans le domaine économique doivent amener à des interactions entre les États européens forçant à terme une intégration politique (théorie du *functionnal spill over* ou de l'effet d'entraînement).

Outre la libre circulation est prévue la mise en place de trois politiques communes, supranationales en ce que la Communauté se voit attribuer une compétence exclusive dans ces 3 domaines (transport, agriculture, politique commerciale, cette dernière résultant naturellement de la mise en place du tarif extérieur commun).

La commission européenne est créée et est chargée de créer une administration intégrée pour veiller à la mise en place des objectifs du Traité. Elle ne dispose cependant que d'un pouvoir de proposition, les décisions devant être prise par le Conseil européen (réunion des ministres des États membres dans leur domaine). Le Parlement européen n'ayant, quant à lui, qu'une fonction consultative.

Les institutions semblent menacées dès leur naissance : l'agonie de la IV^e république française amène le général de Gaulle au pouvoir. De Gaulle est très attaché à l'indépendance nationale, ce qui ne l'empêche pas de croire à un destin mondial de l'Europe. Doutant des possibilités de l'intégration européenne, et considérant que la nation est le ciment de l'État moderne, il préfère l'entente entre les nations (conférence de presse du 30 décembre 1961). Charles de Gaulle n'acceptera les institutions communautaires que dès lors qu'elles seront compatibles avec son projet pour la France. En témoigne le rejet européen du plan Fouchet en 1962 (plan pour la création d'une Union politique mais de type plus intergouvernemental que le projet de CED) proposé par le général (il s'agit en fait de diminuer les pouvoirs de la Commission européenne ainsi que ceux du Parlement européen). Il essuiera un refus net de la part des autres pays membres. Au cours d'une conférence de presse donnée à Paris, le 14 janvier 1963, le président de la République française définit les grands axes de la politique étrangère du pays. Il exprime en premier lieu sa ferme opposition à l'entrée de la Grande-Bretagne dans le marché

commun européen (CEE). Le chef de l'État justifie sa position en affirmant que « la nature, la structure, la conjoncture, qui sont propres à l'Angleterre diffèrent de celles des États continentaux ». Il se méfie surtout des solides relations que le Royaume-Uni entretient avec les États-Unis d'Amérique. Dans la même conférence de presse, il réaffirmera d'ailleurs l'autonomie de la défense nucléaire française face aux États-Unis. Bien que ses partenaires y soient favorables, il mettra une nouvelle fois son veto à l'entrée de la Grande-Bretagne dans le CEE en 1967.

Souhaitant effacer les blessures des deux guerres mondiales, le chancelier Konrad Adenauer et le général de Gaulle entendent fonder l'Europe politique sur une coopération entre les deux pays :

« Deux grands peuples, qui se sont longuement et terriblement opposés et combattus, se portent maintenant l'un vers l'autre dans un même élan de sympathie et de compréhension. Il ne s'agit pas seulement d'une réconciliation commandée par les circonstances. Ce qui se produit, en vérité, c'est une espèce de découverte réciproque des deux voisins, dont chacun s'aperçoit à quel point l'autre est valable, méritant et attrayant.

De là, part ce désir de rapprochement manifesté partout dans les deux pays, conforme aux réalités et qui commande la politique parce que, pour la première fois depuis maintes générations, les Germains et les Gaulois constatent qu'ils sont solidaires. »

Ils vont donc signer le traité de l'Élysée (1963), inaugurant la réconciliation franco-allemande ouvrant une période d'amitié entre les deux peuples, qui se poursuivra avec tous les chefs d'État ultérieurs des deux pays. Le couple franco-allemand devient alors « le moteur de l'Europe ». Toutefois, le traité sera largement vidé de sa substance par l'introduction d'un préambule atlantiste voté par le Bundestag sous l'influence de Jean Monnet et des États-Unis :

« Convaincu que le traité du 22 janvier renforcera et rendra effective la réconciliation et l'amitié, il constate que les droits et les obligations découlant pour la République fédérale de traités multilatéraux ne sont pas modifiés par ce traité, il manifeste la volonté de diriger l'application de ce traité dans les principaux buts que la République fédérale poursuit depuis des années en union avec les autres alliés, et qui déterminent sa politique, à savoir, maintien et renforcement de l'alliance des peuples libres et, en particulier, étroite association entre l'Europe et les États-Unis d'Amérique ; défense commune dans le cadre de l'Alliance atlantique ; unification de l'Europe selon la voie tracée par la création de la Communauté en y admettant la Grande-Bretagne, renforcement des communautés existantes et abaissement des barrières douanières. »

Le traité n'aura d'implication que sur le plan culturel, avec la création de l'Office franco-allemand pour la jeunesse.

Le Président De Gaulle n'entend pas entrer dans la logique fédérale et supranationale et précise son point de vue dans une conférence de presse du 14 décembre 1965 :

« Je crois qu'il y a, dès lors que nous ne nous battons plus entre Européens occidentaux, dès lors qu'il n'y a plus de rivalité immédiate, et qu'il n'y a pas de guerre, ni même de guerre imaginable, entre la France et l'Allemagne, entre la France et l'Italie, et même, bien entendu, un jour, entre la France, l'Italie, l'Allemagne et l'Angleterre... et bien il est absolument normal que s'établisse entre ces pays occidentaux une solidarité. C'est cela l'Europe ! Et je crois que cette solidarité doit être organisée : il s'agit de savoir comment et sous quelle forme. Alors, il faut prendre les choses comme elles sont, car on ne fait pas de politique autrement que sur des réalités. Bien entendu, on peut sauter sur sa chaise comme un cabri en disant l'Europe ! l'Europe ! l'Europe ! Mais cela n'aboutit à rien et cela ne signifie rien. »

Des difficultés survinrent avec la crise dite « de la chaise vide » en 1965. Le président de la Commission, l'Allemand Walter Hallstein, propose un nouveau mode de financement de la PAC, c'est-à-dire que la Communauté, au lieu de redistribuer les contributions des États Membres, collecterait les droits de douane issus du tarif extérieur commun pour financer la PAC. Les instances communautaires seraient ainsi en mesure de disposer de fonds propres dont l'utilisation aurait été soumise au contrôle du Parlement européen. La France rejeta cette proposition et se saisit de l'occasion pour remettre en question le principe du vote au conseil à la majorité qualifiée à la fin de la période de transition (c'est-à-dire en 1970), elle entame ainsi la politique de la chaise vide et le veto systématique

qui en résulte bloque les institutions. Le compromis de Luxembourg nécessaire pour y mettre fin dispose que « lorsque, dans le cas de décision susceptible d'être prise à la majorité sur proposition de la Commission, des intérêts très importants d'un ou plusieurs partenaires sont en jeu, les membres du Conseil s'efforceront, dans un délai raisonnable, d'arriver à des solutions qui pourront être adoptées par tous les membres du Conseil, dans le respect de leurs intérêts et de ceux de la Communauté ».

Le principe du vote à la majorité est sérieusement limité, renforçant ainsi la logique intergouvernementale au détriment de l'approche supranationale. La méthode dite de synchronisation adoptée comme méthode de travail au sein du Conseil sur proposition du ministre Allemand Schroeder le 1^{er} avril 1963, et qui consiste à isoler les points de désaccord entre membres du Conseil et à les résoudre selon le principe de réciprocité renforçant davantage cette approche intergouvernementale : les conflits sont résolus en fonction des intérêts des États membres uniquement.

Le Traité de fusion est signé le 8 avril 1965 à Bruxelles ; il fusionne les exécutifs des trois communautés, qui à l'origine partageaient déjà la Cour de Justice et le Parlement. Ce sont donc les Conseils et Commissions (appelée Haute Autorité dans le cas de la CECA) qui sont regroupés en un seul Conseil et une seule Commission, basés à Bruxelles. Ce traité entre en vigueur le 1^{er} juillet 1967.

Alors que la France refuse de prendre part au Conseil européen depuis juillet 1965, tous les membres de la CEE se rassemblent, le 29 janvier 1966 à Luxembourg, pour trouver un compromis et mettre fin à la crise. La France reprochait notamment à la Communauté de n'avoir pas tenu ses engagements quant au financement de la Politique agricole commune (PAC). Au terme des discussions, plusieurs compromis seront adoptés, dont le principe d'unanimité décisionnelle. Un État membre pourra désormais faire reporter un vote et prolonger les discussions sur un projet, dans la mesure où celui-ci affecte ses intérêts essentiels.

La France met une nouvelle fois son veto à l'entrée de la Grande-Bretagne dans la CEE en 1967.

La relance européenne devait passer par un changement à la tête du gouvernement français. Cela s'est produit sous l'impulsion de Pompidou en 1969, doublé par l'arrivée aussi de Heath et Brandt. Pompidou, bien que gaulliste, avait été élu sur une plateforme pro-européenne, et avait bien clair que la CEE devait répondre aux demandes britanniques ; Heath, conservateur, proposait tout de suite une troisième candidature en 1970. Les 1^{er} et 2 décembre 1969, au sommet de la Haye sous présidence hollandaise, les chefs de gouvernement de la CEE s'accordent sur un programme de réforme.

Le premier élargissement de la CEE aux années soixante-dix constitue une conséquence de la bonne réussite économique de l'union douanière, achevée par la CEE en 1968, par rapport à l'intégration lâche de l'EFTA/AELE (zone de libre échange). La CEE pouvait en effet compter sur une majeure taille, une contiguïté géographique, et les hauts taux de croissance économique de la période de la reconstruction. Déjà en 1961 le Royaume Uni soumette demande d'adhésion, mais De Gaulle met le veto français en 1963 comme en 1967, contre l'avis favorable des autres 5 états membres. Les conditions se modifient en 1969/70, avec l'arrivée au gouvernement de Heath, Pompidou et Brandt. Heath soumet une troisième candidature, à laquelle la France ne met pas son veto. Les négociations d'adhésion commencent déjà en 1970. Pour le Royaume Uni on envisage un période de adaptation à l'acquis communautaire, à cheval de l'adhésion, et 7 ans de transition avant de l'intégration de la PAC, pour régler les rapports avec les pays du Commonwealth, tandis que pour Danemark, Irlande et Norvège on prévoit l'accès direct aux fonds PAC et 5 ans d'adaptation à l'acquis.

Pour le Royaume Uni, l'adhésion à la CEE représentait la possibilité de revitaliser son économie et de contrer la croissante influence française/gaulliste dans le continent (sous pression américaine), outre que de chercher une nouvelle politique extérieure suite à l'échec impériale de Suez 1956. Entre 1961 (1^{re} candidature) et 1973 (adhésion) les performances économiques de la CEE même avaient suivi une tendance négative, et l'adhésion du Royaume Uni pouvait représenter une impulsion économique. Par contre, Londres craignait désormais d'être obligé à une position de contributeur net dans la CEE, étant

donné que son agriculture n'aurait pas attiré autant de fonds PAC. Pour cette raison, son entrée dans la CEE pousse à l'introduction de la politique régionale de cohésion, en mesure de bénéficier les régions les plus marginales (avec soutien de l'Italie). Du côté législatif, le *fair play* fit ainsi que la Communauté atteint l'entrée du UK avant de proposer des sauts qualitatifs dans l'acquis. Les mêmes problèmes ne se présentèrent pas pour les autres pays nordiques intéressés par l'adhésion, dont les économies étaient strictement liées à la Grande Bretagne, et qui auraient bien bénéficié des fonds PAC. Toutefois, l'adhésion fut rejetée par référendum en Norvège, car les règles européennes auraient impactées fort sur le secteur de la pêche

L'élargissement du 1973 renforce l'axe économique Londres-Rotterdam-Rhin, et représente une ouverture de la CEE vers le Nord, à tradition protestante, libérale et atlantiste, en contraste avec les pays du sud (France et Italie), plus dirigistes. À niveau économique, la nécessité d'harmoniser les tarifs extérieures des nouveaux pays membres amène à un accord de libre échange CEE-AELE (ce qui n'avait pas été possible dans les années 1960s). En 1974, l'arrivée au gouvernement anglais du laboriste Harold Wilson amène le Royaume Uni à demander une renégociation des termes d'adhésion, soutenu par la menace d'un référendum populaire sur la CEE. Le Royaume Uni obtient des concessions par rapport au régime des importations (convention de Lomé 1975) qui substitue Yaoundé II, rattachant les colonies britanniques dans la définition de pays ACP), la mise en œuvre de la politique régionale, et la possibilité (bien que remote) d'un remboursement des contributions anglaises.

Le 22 janvier 1972 à Bruxelles, l'Irlande, le Royaume-Uni, le Danemark et la Norvège signent un traité d'adhésion au marché commun européen. Dès le 1^{er} janvier 1973, les Britanniques, les Danois et les Irlandais intègrent la CEE ; en revanche, les Norvégiens refuseront par référendum d'entrer dans la Communauté européenne.

Le système monétaire européen

Réuni à Paris, le 13 mars 1979, le Conseil européen prend la décision de créer un système monétaire européen, le SME. La nouvelle monnaie européenne, qui n'est, dans un premier temps, qu'une unité de compte, est baptisée ECU.

La relance européen du 1969, avec la coopération entre Pompidou et Helmut Schmidt, amène entre autres à la rédaction du plan Werner sur la coopération monétaire. Le plan envisageait une convertibilité fixe garantie entre monnaies européennes pour l'années 1980, afin de contrer les effets de distorsion du marché commun causés par les fluctuations monétaires. Le plan s'écroule avec la crise du système de Bretton Woods en 1971, et les réponses nationales protectionnistes à la crise monétaire. Pour limiter les distorsions du marché commun causé par les fluctuations monétaires, les états s'accordent sur le tunnel monétaire (Accords de Washington, 1971, 10% sur le \$) en sens externe, et sur le serpent dans le tunnel (1971, 5% fluctuation réciproque, puis 2,25%) en sens interne. Le système reste très instable et sujet aux spéculations internationales.

En 1977 Roy Jenkins, président britannique de la Commission, à Florence, propose la création du Système Monétaire Européen (SME), qui entre en vigueur en 1979. Le SME se constitue come système de fluctuations concordées sur la moyenne de l'ECU; il prévoit aussi l'indépendance des Banques Centrales, un Fonds européen de coopération monétaire (FECOM) et la convergence des politiques économiques. Le SME traverse des phases de turbulence, consolidation et stabilité, grâce à la place centrale acquise par le Deutsche Mark comme monnaie d'ancrage, jusqu'à son effondrement en 1992. Dans les années 1980, la contribution des industrialistes de l'ERT (Table ronde des Industriels européens) souligne le manque de connexion et les barrières non tarifaires qui segmentent le marché commun, avec l'effet d'en réduire les bénéfices. Le nouveau but devient le marché unique (Rapport Delors 1985 et Acte Unique 1986), à soutenir par une monnaie commune. Le Sommet d'Hanovre en 1988 donne l'aval, et en 1989 Delors présente dans son rapport un plan en trois étapes, approuvé au conseil de Madrid 1989 et demandé au groupe Guigou pour détails. Au sommet de Strasbourg du décembre 1989, on approuve définitivement, et le plan rentre dans le texte de l'accord de Maastricht de '91/'93. L'introduction d'une monnaie unique, au lieu d'autres alternatives (taux d'échange fixes garantis, pour l'instance) est une décision politique avant d'être économique : elle représente, avec la

coopération CFSP en politique extérieure, une multilatéralisation de la politique allemande, considérée par Kohl un prix à payer (déjà en 1988, la renonce au symboles de la puissance économique) pour permettre l'aval des autres états européens à la réunification soudaine. Par contre, les contraintes forts des critères de Maastricht, poussés par l'Allemagne, représentent la volonté que l'euro soit aussi fort que le mark, et la BCE aussi indépendant que la Bundesbank. Les plans d'intégration monétaires doivent faire face à la crise économique du 1992, mais arrivent à bien procéder grâce à la reprise économique mondiale dans la deuxième partie de la décennie. En 1999 la vérification des critères amène 11 pays (puis 12) à rentrer dans la zone euro dès le début. La circulation de la nouvelle monnaie prend pied en 2002.

Depuis le 7 juin 1979, les citoyens des neuf états membres de la Communauté européenne élisent pour la première fois les députés du Parlement européen au suffrage universel direct. La plus forte participation est celle de la Belgique avec 91% (le vote est obligatoire en Belgique) et la plus faible celle de la Grande-Bretagne, avec 31%. En France, elle s'élève à 60%. Le Parlement, dont le siège est à Strasbourg, a un rôle consultatif. Mais il est également compétent pour légiférer aux côtés du Conseil des ministres et exerce un contrôle sur la Commission. Élu en juin au suffrage universel, le Parlement européen siégeant à Strasbourg procède, lors de sa première session, le 17 juillet 1979, à l'élection de son président. À la majorité absolue et au deuxième tour, l'ancienne ministre française de la Santé, Simone Veil (52 ans), l'emporte. Madame Veil, qui conduit la liste UDF (Union pour la démocratie française), le parti du président Valéry Giscard d'Estaing, est connue du grand public pour son combat en faveur de la légalisation de l'interruption volontaire de grossesse en 1975. Éluée pour cinq ans à la présidence du Parlement européen, elle s'attachera jusqu'en 1982 à promouvoir l'élargissement de l'Europe tout en ayant à cœur d'améliorer les conditions sociales des Européens.

L'élargissement au Sud

Le 1^{er} janvier 1981, la Grèce intègre la Communauté économique européenne (CEE) et devient le pays le plus pauvre de la communauté, avec une inflation et un chômage catastrophiques.

La France s'oppose d'abord à l'entrée de l'Espagne et du Portugal dans la CEE. Les partis communiste et gaulliste (RPR) voyaient dans ces pays de féroces concurrents agricoles. Néanmoins, un compromis est trouvé et les pays candidats se voient imposer des quotas de vente. Le Portugal et l'Espagne signent, le 12 juin 1985, leur adhésion à la Communauté économique européenne. La CEE comptera donc désormais 12 pays et 320 millions d'habitants, sur une superficie de 2 millions de km². Des Programmes intégrés méditerranéens (PIM) sont mis en place pour permettre un rattrapage des nouveaux adhérents (Portugal, Espagne, Grèce ; France et Italie étant aussi éligibles) en termes d'infrastructures et faciliter ainsi leur intégration.

Schengen, l'Acte Unique et la route vers Maastricht

Le 30 novembre 1979, le Premier ministre britannique Margaret Thatcher demande « *un rabais* » de la contribution britannique au budget européen. Elle réussit à faire valoir ses prétentions le 26 juin 1984 au Conseil européen de Fontainebleau. C'est ce qu'on appelle depuis le « chèque » britannique.

Les accords signés à Schengen (Luxembourg) par plusieurs États européens, le 14 juin 1985, prévoient l'abolition des contrôles aux frontières communes entre les États signataires. Cette suppression des contrôles intérieurs est accompagnée de la mise en place de règles communes sur l'entrée et le séjour des ressortissants n'appartenant pas à la Communauté européenne. Ces accords seront complétés par une convention d'application en 1990 et entreront en vigueur en 1995.

Signé en février 1986, le traité de l'Acte unique européen entre en vigueur le 1^{er} juillet 1987. Il apporte des modifications au traité de Rome, et donc, à la Communauté économique européenne (CEE). Son objectif est en fait d'accélérer la mise en place du marché intérieur, dont l'achèvement est prévu pour décembre 1992. Il est, pour cela, nécessaire de renforcer les pouvoirs des institutions européennes (Conseil, Parlement, Commission) et d'élargir leurs domaines de compétence à l'environnement, à la politique étrangère et à la recherche technologique.

Avec le traité de Maastricht signé en 1992, la CEE sera intégrée dans l'Union européenne (UE). Elle est renommée Communauté européenne le 1^{er} novembre 1993.

Le Traité de Maastricht représente une nouveauté, en tant qu'il envisage une union politique à dimension étatique. Il constitue l'approfondissement de la gouvernance européenne, avant de s'élargir aux pays neutres et postcommunistes. Plusieurs caractéristiques de la nouvelle structure de Maastricht représentent un saut qualitatif dans la construction européenne :

1. l'introduction de nouveaux champs de compétence (CFSP et JAI), bien que seulement à niveau de coopération intergouvernementale, parallèle à la méthode communautaire de la CE ;
2. les attributions étatiques de la nouvelle UE qui regroupe CE, CFSP et JAI : les éléments constitutionnels prévus dans l'implant des Traités, et la définition de citoyenneté européenne;
3. la réforme de la gouvernance, et le rôle accru du Parlement Européen ;
4. l'objectif de l'union monétaire comme prochaine étape de l'intégration économique après le marché unique. Cela, couplé avec la coopération en politique extérieure (CFSP), marque une double multilatéralisation de la politique allemande, prix à payer pour la réunification soudaine.

Le rapport stratégique de la Commission européenne du 9 octobre 2002 recommanda l'adhésion de huit pays candidats d'Europe centrale et d'Europe de l'Est au cours de l'année 2004 : l'Estonie, la Lettonie, la Lituanie, la Pologne, la République tchèque, la Slovaquie, la Hongrie et la Slovénie. Les îles méditerranéennes de Malte et de Chypre adhèrent également à l'Union au même moment, y compris, pour cette dernière, la zone qui échappe actuellement à son contrôle effectif, selon les termes du protocole n° 10 du Traité d'Athènes.

Le Conseil de l'Union se prononça le 13 décembre 2002 à Copenhague en faveur de l'adhésion de ces dix pays et le Parlement l'accepta le 9 avril 2003. Le traité d'adhésion fut signé le 16 avril 2003 à Athènes.

La population totale des nouveaux entrants était à leur entrée dans l'Union d'environ 75 millions d'habitants et leur PIB d'environ 840 milliards de dollars, soit à peu près celui de l'Espagne à la même époque.

L'Union européenne envisage de se doter d'une Constitution européenne, qui regrouperait, enrichirait et clarifierait les traités fondateurs. Fin 2001, le Conseil européen convoque par la déclaration de Laeken une convention sur l'avenir de l'Europe, chargée d'établir un projet de constitution. En 2005 suite aux rejets de la constitution par les peuples français et néerlandais, consultés par référendum, la ratification a été suspendue dans la plupart des États.

Cet événement a traumatisé les institutions européennes. Après qu'une nouvelle majorité fut issue des urnes (élections présidentielles puis législatives de 2007), une nouvelle forme du même traité, dit Traité modificatif, fut lancé et permit à l'Union européenne de sortir de la crise (mais sans que les peuples ne soient de nouveau consultés pour éviter le risque d'un rejet). Toutefois, la consultation du peuple est constitutionnellement obligatoire en Irlande.

Et puis, pour terminer, vient Lisbonne.

Le traité de Lisbonne est entré en vigueur le 1^{er} décembre 2009, mettant fin à plusieurs années de négociations sur des questions institutionnelles.

Le traité modifie les traités CE et UE en vigueur, mais ne les remplace pas. Selon la Commission, il dote l'Union du cadre juridique et des moyens nécessaires pour faire face aux enjeux futurs et répondre aux attentes des citoyens.

1. **Une Europe plus démocratique et plus transparente:** le Parlement européen et les parlements nationaux voient leur rôle renforcé, les citoyens peuvent plus facilement faire entendre leur voix et il est plus aisé de savoir qui fait quoi au niveau européen et national.

Un rôle renforcé pour le Parlement européen: directement élu par les citoyens de l'UE, le parlement européen se voit octroyer de nouveaux pouvoirs importants dans le domaine de la législation, du budget et des accords internationaux. En particulier, le recours accru à la procédure de codécision permet de le placer sur un pied d'égalité avec le Conseil – qui représente les États membres – pour la majeure partie des actes législatifs européens.

La participation accrue des parlements nationaux: les parlements nationaux peuvent davantage participer aux travaux de l'UE, grâce notamment au principe de subsidiarité selon lequel l'Union intervient seulement si les objectifs de l'action envisagée peuvent être mieux atteints au niveau européen. Cette participation accrue, ainsi que le poids plus important conféré au Parlement européen permettent de renforcer la légitimité et le caractère démocratique du fonctionnement de l'Union.

La possibilité pour les citoyens de mieux se faire entendre: grâce au droit d'initiative citoyenne, un million de citoyens originaires de différents États membres peuvent demander à la Commission de présenter de nouvelles propositions.

Qui fait quoi: les relations entre les États membres et l'Union européenne gagnent en clarté grâce à une classification précise des compétences.

Le retrait de l'Union: le traité de Lisbonne prévoit explicitement, pour la première fois, la possibilité pour un État membre de se retirer de l'Union.

2. **Une Europe plus efficace:** l'UE se dote de méthodes de travail et de règles de vote simplifiées et d'institutions modernes permettant le bon fonctionnement d'une Union à 27 et sa capacité d'action est améliorée dans les domaines qui figurent aujourd'hui au premier rang de ses priorités.

Un processus décisionnel efficace: le vote à la majorité qualifiée au sein du Conseil est étendu à de nouveaux domaines politiques afin d'accroître l'efficacité et la rapidité de la prise de décisions. À compter de 2014, le calcul de la majorité qualifiée se fondera sur le principe de la double majorité – des États et de la population – reflétant ainsi la double légitimité qui caractérise l'Union. La double majorité sera atteinte avec le vote favorable d'au moins 55 % d'États membres réunissant au moins 65 % de la population de l'Union.

Un cadre institutionnel plus stable et plus simple: le traité de Lisbonne prévoit de créer un poste de président du Conseil européen élu pour un mandat de deux ans et demi, il établit un lien direct entre l'élection du président de la Commission et les résultats des élections européennes, contient de nouvelles dispositions pour la composition future du Parlement européen et précise les règles concernant la coopération renforcée et les dispositions financières.

Améliorer la vie des Européens: le traité de Lisbonne renforce la capacité d'action de l'UE dans plusieurs domaines qui figurent aujourd'hui au premier rang de ses priorités et de celles de ses citoyens, comme la liberté, la sécurité et la justice, la lutte contre le terrorisme et la criminalité. Il traite également, dans une certaine mesure, d'autres domaines comme la politique énergétique, la santé publique, la protection civile, le changement climatique, les services d'intérêt général, la recherche, l'espace, la cohésion territoriale, la politique commerciale, l'aide humanitaire, le sport, le tourisme et la coopération administrative.

3. **Une Europe plus axée sur des droits et des valeurs, de la liberté, de la solidarité et de la sécurité,** qui promeut les valeurs de l'Union, intègre la Charte des droits fondamentaux dans le droit européen primaire, prévoit de nouveaux mécanismes de solidarité et garantit une meilleure protection des citoyens européens.

Valeurs démocratiques: le traité de Lisbonne détaille et renforce les valeurs et les objectifs sur lesquels repose l'Union. Ces valeurs doivent servir de référence aux

citoyens européens et montrer ce que l'Europe a à offrir à ses partenaires dans le monde.

Droits des citoyens et Charte des droits fondamentaux: le traité de Lisbonne préserve les droits existants tout en en introduisant de nouveaux. Il garantit notamment les libertés et principes énoncés dans la charte et leur confère une valeur juridiquement contraignante. Il traite des droits civiques, politiques, économiques et sociaux.

Liberté des citoyens européens: le traité de Lisbonne préserve et renforce les «quatre libertés» ainsi que les libertés politiques, économiques et sociales des citoyens européens.

Solidarité entre les États membres: le traité de Lisbonne dispose que l'Union et ses États membres agissent de manière solidaire si un État membre est la cible d'un attentat terroriste ou la victime d'une catastrophe naturelle ou d'origine humaine. Il met également l'accent sur la solidarité dans le domaine de l'énergie.

Une sécurité accrue pour tous: l'Union voit ses compétences renforcées en matière de liberté, de sécurité et de justice et peut ainsi lutter plus efficacement contre la criminalité et le terrorisme. De nouvelles dispositions sur la protection civile, l'aide humanitaire et la santé publique visent également à renforcer la capacité de l'Union à faire face aux menaces pesant sur la sécurité de ses citoyens.

4. **L'Europe en tant qu'acteur sur la scène mondiale:** les instruments de politique extérieure de l'Union sont regroupés, tant en ce qui concerne l'élaboration que l'adoption de nouvelles politiques. Le traité de Lisbonne permet à l'Europe de se faire clairement entendre auprès de ses partenaires mondiaux. Il met sa puissance économique, politique, diplomatique et humanitaire au service de ses intérêts et de ses valeurs dans le monde, tout en respectant les intérêts particuliers des États membres en matière de politique étrangère.

La nomination d'un haut représentant de l'Union pour les affaires étrangères et la politique de sécurité, qui est également vice-président de la Commission, renforce le poids, la cohérence et la visibilité de l'action extérieure de l'UE.

Le Haut représentant est épaulé par un nouveau service européen pour l'action extérieure.

L'Union est dotée d'une personnalité juridique unique, ce qui renforce son pouvoir de négociation, la rend plus efficace sur la scène internationale et fait d'elle un partenaire plus visible aux yeux des pays tiers et des organisations internationales.

Les avancées en matière de politique européenne de sécurité et de défense préserveront certaines modalités de décision spécifiques, mais faciliteront également une coopération renforcée au sein d'un groupe restreint d'États membres.

II Rappel des principaux mécanismes du droit communautaire –

Il est essentiel de comprendre que le droit communautaire dérivé crée un ordre juridique interne à l'Europe, spécifique et relativement avancé qu'il n'est pas inutile de rappeler.

L'ensemble des normes qui constituent le droit communautaire constitue un ordre juridique distinct des ordres juridiques nationaux. Il entretient avec eux des rapports marqués par trois principes : autonomie sans séparation, primauté et effet direct.

L'autonomie du droit de l'Union européenne

Selon la formulation de la Cour de justice, le droit communautaire forme un ordre propre, distinct de celui des États membres, issu d'une source autonome (arrêt van Gend en Loos de 1963 et arrêt Costa

contre ENEL, 15 juillet 1964). Les normes européennes sont intégrées à l'ordre juridique national mais conservent leur statut et leur autorité de normes communautaires.

Les normes communautaires sont valides quelles que soient les circonstances locales et même en présence de normes locales légales, voire constitutionnelles, contraires (voir cependant l'arrêt Bosphorus de 2005 par lequel la Cour européenne des droits de l'homme s'est déclaré compétente pour vérifier la conformité d'actes d'applications des normes communautaires lorsqu'une marge nationale d'appréciation est laissée à l'Etat-membre). De même, l'interprétation de ces normes doit être unifiée au niveau européen : le juge national n'est pas libre d'interpréter la norme européenne différemment du juge d'un autre pays.

Enfin, à l'égard du droit international, la CJUE a consacré son pouvoir de contrôle judiciaire d'actes communautaires pris en application de résolutions du Conseil de sécurité des Nations Unies elles-mêmes prises sous le chapitre VII (juridiquement contraignant) de la Charte des Nations unies (Yassin Abdullah Kadi et Al Barakaat International Foundation / Conseil et Commission (2008)).

Le principe de primauté sur les droits nationaux

Le principe de primauté a été consacré par l'Arrêt Costa contre ENEL de la CJCE du 15 juillet 1964 (aff. 6/64). L'apport de cet arrêt est primordial. En effet, la Cour va consacrer un principe non contenu dans les traités communautaires et pourtant fondamental puisqu'il signifie que la primauté bénéficie à toutes les normes communautaires et s'exerce à l'encontre de toutes les normes nationales.

La Cour va déduire ce principe d'un raisonnement reposant sur trois arguments :

L'applicabilité immédiate (c'est-à-dire le fait que le droit communautaire s'intègre de plein droit et en tant que tel dans l'ordre juridique interne des États membres) ainsi que l'applicabilité directe ou effet direct (c'est-à-dire le fait que le droit communautaire crée dans le patrimoine des particuliers des droits que les juridictions nationales doivent sauvegarder) serait lettre morte si un État pouvait s'y soustraire en adoptant un acte législatif opposé aux textes communautaires.

le système communautaire est basé sur un principe de partage des compétences entre la CE et les États membres. De sorte que si les États pouvaient adopter des textes internes contraires au droit communautaire, et les faire primer, cela reviendrait à nier les partages de compétences qu'ils ont souverainement accepté.

si chaque État pouvait refuser l'application de normes du droit communautaire par l'adoption de normes internes, cela mettrait à mal l'indispensable uniformité d'application du droit communautaire.

La primauté est ainsi une « condition existentielle » (P. Pescatore) du droit communautaire qui ne peut exister en tant que droit qu'à la condition de ne pas pouvoir être mis en échec par le droit des États membres.

Néanmoins, nombre d'États membres se refusent à adopter la thèse développée par la Cour. La France, notamment, considère que la Constitution est la norme suprême et donc supérieure au droit communautaire. L'affrontement entre cours constitutionnelles nationales et CJCE a connu deux étapes :

la première dans les années 1970 à propos de la protection des droits fondamentaux

la seconde encore actuellement sur la question de la souveraineté

L'effet direct de certaines normes européennes

On dit qu'une norme européenne, par exemple un règlement ou une directive, a un « effet direct » lorsqu'elle est directement invocable par un particulier à l'occasion d'un litige. L'effet direct est

« vertical » lorsque le particulier peut utiliser cette norme contre un État. Il est « horizontal » si le particulier peut s'en prévaloir contre un autre particulier.

Le principe d'applicabilité directe est affirmé dans la jurisprudence communautaire dans l'arrêt "Van Gend en Loos c/ administration fiscale néerlandaise" datant du 5/02/1963. Il y est affirmé qu'un citoyen peut invoquer une norme communautaire dans un litige l'opposant à son Administration. En l'espèce, il s'agissait de la part d'un transporteur de contester des droits de douane qui avaient été maintenus par l'Administration néerlandaise alors que l'article 12 du traité de Rome le prohibait. Ce principe est aussi invocable dans un litige opposant deux particuliers (arrêt Defrere, 8/04/1976, en l'espèce sur la prohibition de toute discrimination entre travailleurs féminins et masculins).

Si les normes européennes bénéficient toutes de la primauté du droit communautaire, elles ne sont pas toutes d'effet direct. D'une manière générale, la Cour de justice des Communautés européennes examine le contenu de l'acte. Si une disposition est suffisamment précise et inconditionnelle, elle peut être invoquée par les particuliers. La Cour de justice indique traditionnellement qu'il faut considérer « l'esprit, l'économie et les termes » de chaque disposition. Certains éléments de ce régime dépendent toutefois de la dénomination de l'acte : règlement, directive, accord international conclu par la Communauté.

Le principe de l'effet direct, constamment mis en avant par la Cour de justice, a contribué à assurer l'effectivité du droit communautaire.

Le principe de l'effet direct

La Cour de justice a posé le principe de l'effet direct avec l'arrêt van Gend en Loos du 5 février 1963. Elle a affirmé à cette occasion que les dispositions du traité CE (alors traité CEE) étaient invocables par des particuliers devant leurs juridictions nationales. En effet, le traité a institué selon elle un ordre juridique nouveau auquel les États ont transféré définitivement leurs compétences dans certains domaines. Les actes communautaires peuvent donc s'adresser directement aux particuliers. Elle déduit du rôle donné à la Cour de justice par l'article 177 du traité (actuel article 234 CE) que le droit communautaire peut être invoqué par un particulier devant le juge national.

L'effet direct est reconnu pour le règlement communautaire, qui est par définition « directement applicable dans tout État membre » (article 249 CE). Il en est de même des décisions dont les particuliers sont destinataires. Les accords internationaux conclus par la Communauté européenne sont également invoquables par des particuliers, selon la Cour de justice, pour des dispositions suffisamment précises et inconditionnelles.

Les directives peuvent-elles avoir un effet direct ?

La situation est plus incertaine pour les directives communautaires. La position de la Cour de justice diffère sur ce point de celle de certaines juridictions nationales.

La question se pose à l'issue de la période fixée par la directive pour la transposition de ses dispositions en droit interne. Les particuliers peuvent-ils, si l'État n'a pas pris les mesures de transposition d'une directive, se prévaloir des droits que leur donneraient certaines dispositions de cette directive ?

Une lecture littérale de l'art 288 TFUE (ex-art 249 TCE) amène certaines juridictions nationales à considérer que les directives ne peuvent pas avoir d'effet direct : la directive « lie tout État membre destinataire » et ne créerait donc de droits et d'obligations que pour les États. C'est la position exposée par le Conseil d'État français depuis l'arrêt Cohn-Bendit du 22 décembre 1978. Le 30 octobre 2009, le Conseil d'État dans sa formation en assemblée, est revenu sur l'arrêt Cohn-Bendit pour consacrer la pleine application des directives sur les actes individuels.

Or, le particulier peut avoir un intérêt à la mise en œuvre d'une directive communautaire. La Cour de justice affirme, elle, que la directive peut avoir des effets juridiques pour les particuliers, voire pour des États non destinataires de la directive. Il s'agit, selon les termes de l'arrêt Van Duyn du 4 décembre

1974, d'assurer l'« effet utile » de la directive, c'est-à-dire sa mise en œuvre effective. Ici encore elle reprend le critère de « la nature, l'économie et les termes » des dispositions concernées.

Toutefois, la Cour de justice n'admet qu'un effet direct vertical : conformément à l'art 288 TFUE (ex-art 249 TCE), une directive « lie tout État membre » et ne produit donc pas d'obligation à la charge des particuliers. Elle a ainsi refusé d'accorder à un particulier la possibilité de se prévaloir contre une entreprise d'une disposition d'une directive non transposée dans le droit national.

En certaines hypothèses, l'effet horizontal, aussi mineur soit-il, pourra être invoqué : d'abord parce qu'une directive, non transposée dans les délais, impose que le juge national interprète le droit positif « à la lumière de cette directive » (c'est limité aux seules hypothèses où il n'y a pas de contradiction manifeste, cf les arrêts sur la directive de 1985).

Cour de cassation

chambre civile 1

audience publique du 15 mai 2007

N° de pourvoi: 05-17947

Publié au bulletin

Rejet

Sur le moyen unique, pris en ses deux branches :

Attendu que M. X..., victime, le 17 mai 1998, d'un incendie provoqué par le téléviseur qu'il avait acheté, le 24 juillet 1997, auprès de la société La Redoute, a, avec son assureur, la société Assurances générales de France (AGF), assigné cette société aux fins d'indemnisation des conséquences dommageables du sinistre ;

Attendu que M. X... et les AGF font grief à l'arrêt attaqué (Grenoble, 4 avril 2005) de les avoir déclarés irrecevables en leur action exercée contre le fournisseur sur le fondement du défaut de sécurité du téléviseur litigieux, alors, selon le moyen :

1°/ que si le juge national, saisi d'un litige dans une matière entrant dans le domaine d'application d'une directive, est tenu d'interpréter son droit interne à la lumière du texte et de la finalité de cette directive, cette obligation trouve ses limites lorsqu'une telle interprétation conduit à opposer à un particulier une obligation prévue par une directive non transposée ; antérieurement à la loi du 19 mai 1998 transposant la Directive européenne du 24 juillet 1985, le défaut de sécurité était sanctionné sur le fondement de l'article 1147 du code civil, en application duquel le vendeur professionnel, comme le fabricant, était tenu de livrer des produits exempts de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; l'action fondée sur l'article 1147 engagée contre un commerçant se prescrit par dix ans ; en faisant cependant application de la règle de l'article 10 de la Directive européenne du 24 juillet 1985 imposant d'intenter l'action dans un délai de trois ans, tandis que l'interprétation de l'article 1147 du code civil à la lumière de la Directive du 25 juillet 1985 ne pouvait avoir pour effet d'imposer le respect par M. X... et la compagnie AGF du délai de prescription prévu par la directive alors non transposée, la cour d'appel a violé les articles 1147 du code civil et L. 110-4-1 du code de commerce, ensemble l'article 249, alinéa 3, du Traité instituant la Communauté européenne ;

2°/ qu'en application de l'article 1147 du code civil, le vendeur professionnel est tenu de livrer des produits exempts de tout défaut de nature à créer un danger pour les personnes ou les biens ; en relevant que la société La Redoute n'était que le fournisseur de l'appareil litigieux et non son fabricant et que ce dernier était connu de M. X... depuis l'origine, pour juger que M. X... et la compagnie AGF étaient irrecevables en leur action exercée contre la société La Redoute, simple fournisseur, sur le fondement du défaut de sécurité, la cour d'appel a violé l'article 1147 du code civil par refus d'application ;

Mais attendu qu'ayant relevé que la société La Redoute n'était que le fournisseur de l'appareil litigieux et non son fabricant, la cour d'appel qui, par application des méthodes reconnues par le droit national, n'a fait qu'interpréter, comme cela lui incombait, l'article 1147 du code civil à la lumière de la Directive 85/374/CEE du Conseil, du 25 juillet 1985, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de responsabilité du fait des produits défectueux, en vue d'atteindre le résultat recherché par la norme communautaire, dans un litige relevant du domaine d'application de cette directive, non encore transposée, et né de faits postérieurs à l'expiration du délai de transposition, a décidé à bon droit que l'action en responsabilité contractuelle fondée sur le texte de droit interne, ainsi exactement interprété, était irrecevable à l'encontre du fournisseur ; que le moyen, inopérant en sa première branche, est mal fondé en sa seconde ;

PAR CES MOTIFS :

REJETTE le pourvoi ;

Pourtant les mécanismes pourraient évoluer comme en atteste un arrêt de la Cour de 2010

L'arrêt CJCE, arrêt du 19 janvier 2010, Seda Küçükdeveci, C-555/07 (voir ce [post](#) du JMI) n'est pas seulement d'un grand intérêt pour la pierre qu'il apporte à l'édifice de la non-discrimination en fonction de l'âge. A dire vrai, cet apport là semble en fait tout-à-fait mineur par rapport à la véritable révolution qu'il porte en germes s'agissant de l'effet direct horizontal des directives.

On le sait, la Cour a toujours refusé de reconnaître aux directives un effet direct horizontal, c'est-à-dire la possibilité pour un particulier d'invoquer, dans un litige contre un autre particulier, le texte d'une directive. Comme l'Avocat général le rappelle dans ses conclusions sous l'affaire en cause, la Cour a malgré tout développé, pour contrecarrer les effets les plus nuisibles de cette jurisprudence, toutes sortes de "stratégies" permettant de contourner cet interdit.

"La Cour demeure opposée à la reconnaissance d'un effet direct horizontal des directives et elle semble considérer que les deux palliatifs principaux que constituent l'obligation d'interprétation conforme et la responsabilité des États membres pour violation du droit communautaire sont, dans la plupart des cas, suffisants à la fois pour assurer la pleine efficacité des directives et pour donner satisfaction aux particuliers qui s'estiment lésés par le comportement fautif des États membres" (point 65).

Toutefois, dans l'affaire en cause, où la juridiction de renvoi était dans l'incapacité d'interpréter la disposition nationale litigieuse conformément à la directive, ces solutions semblaient insatisfaisantes. Et l'Avocat général d'appeler la Cour à une approche "plus ambitieuse" (point 70).

La Cour semble avoir entendu l'appel de son avocat général.

Ainsi, même si la Cour reconnaît "qu'une directive ne peut pas, par elle-même, créer d'obligations dans le chef d'un particulier et ne peut donc être invoquée en tant que telle à son encontre" (point 46), elle considère, dans le même temps, que "l'obligation des États membres, découlant d'une directive, d'atteindre le résultat prévu par celle-ci ainsi que leur devoir de prendre toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution de cette obligation s'imposent à toutes les autorités des États membres, y compris, dans le cadre de leurs compétences, aux autorités juridictionnelles" (point 47). Comment dès lors satisfaire à cette double exigence dans un cas comme celui en cause où la loi nationale "n'est pas susceptible d'une interprétation conforme à la directive 2000/78", un des succédanés classiques de la Cour de Justice?

Tout d'abord, la Cour note que "la directive 2000/78 ne fait que concrétiser, sans le consacrer, le principe de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail et, d'autre part, que le principe de non-discrimination en fonction de l'âge est un principe général du droit de l'Union en ce qu'il constitue une application spécifique du principe général de l'égalité de traitement"(et ce depuis l'arrêt Mangold)

C'est dans ses conditions "qu'il incombe à la juridiction nationale, saisie d'un litige mettant en cause le principe de non-discrimination en fonction de l'âge, tel que concrétisé par la directive 2000/78, d'assurer, dans le cadre de ses compétences, la protection juridique découlant pour les justiciables du droit de l'Union et de garantir le plein effet de celui-ci en laissant au besoin inappliquée toute disposition de la réglementation nationale contraire à ce principe".

Ce faisant, la Cour de Justice semble consacrer l'effet direct horizontal de la directive 2000/78... Et la Cour de préciser que le juge n'a, pour ce faire, aucune obligation, mais une simple faculté (enfin, sauf, j'imagine, à supposer que le tribunal national se trouve dans le cas où la saisine de la Cour est obligatoire... voir article 267 TFUE), de recourir à la procédure de question préjudicielle.

Toutefois, une certaine prudence s'impose: à la lecture attentive des conclusions de l'Avocat général et de l'arrêt de la Cour, cette extension ne semble devoir jouer que dans le cadre de cette directive de lutte contre les discriminations et parce que cette discrimination particulière (en fonction de l'âge) a été (de manière contestée ceci dit) élevée au rang de "principe général du droit européen". En effet, ce caractère de principe général a pesé lourd dans la décision de la Cour. Toute autre décision n'aurait pas permis de garantir la pleine effectivité de la jurisprudence Mangold. Reste à voir si ce critère est effectivement décisif ou s'il s'agissait pour la Cour d'effectuer un revirement de jurisprudence "masqué" dont elle a le secret...

Enfin, notons que l'avocat général ne considère pas que cette jurisprudence nouvelle consacre un véritable effet direct horizontal pour la directive 2000/78:

"En effet, la présente affaire a uniquement pour enjeu l'exclusion d'une disposition nationale contraire à la directive 2000/78 (...) pour permettre au juge national d'appliquer les dispositions restantes de cet article, en l'espèce les délais de préavis calculés selon la durée de la relation de travail. Il ne s'agit donc pas ici d'appliquer directement la directive 2000/78 à un comportement privé autonome n'obéissant à aucune réglementation étatique particulière comme, par exemple, la décision que prendrait un employeur de ne pas embaucher les travailleurs âgés de plus de 45 ans ou de moins de 35 ans. Seule cette situation conduirait à s'interroger sur l'opportunité de reconnaître à cette directive un véritable effet direct horizontal" (point 88)

Bref, le débat reste ouvert tant sur la portée de l'arrêt que sur la nature de l'effet qui y est consacré...

Les recours contentieux

Le traité CE crée cinq principaux recours et actions permettant d'assurer l'application effective du droit communautaire.

Le renvoi préjudiciel

Fondement **267 TFUE**

Le renvoi préjudiciel permet à un juge national d'interroger la Cour de justice de l'Union européenne lorsqu'un point de droit communautaire se pose au cours du déroulement d'un procès. L'objet du renvoi préjudiciel est d'assurer l'unité d'application du droit communautaire dans l'ensemble des États membres. Il a deux principaux champs d'application :

l'interprétation du droit communautaire primaire et du droit dérivé (ex : un article du traité CE ou un règlement communautaire).

la validité ou la non-validité d'un acte communautaire, droit communautaire dérivé (ex : une directive est-elle conforme aux traités européens ou aux principes généraux du droit communautaires ?).

Cette saisine est facultative pour les juridictions qui ne sont pas de dernier ressort (juges du fond dont la décision est susceptible d'appel ou de cassation au niveau national). Elle est en revanche obligatoire pour les juridictions de dernier ressort telles que la Cour de cassation ou le Conseil État en France.

Concernant les renvois en interprétation, certaines juridictions nationales de dernier ressort estiment qu'elles n'ont pas toujours l'obligation de renvoyer. Le Conseil d'État français fait une application large de la théorie de « l'acte clair » selon laquelle le juge national n'est tenu de renvoyer la question à la Cour de justice que s'il existe une difficulté réelle d'interprétation ou de validité.

La Cour de justice reconnaît au juge national la possibilité de ne pas faire usage du renvoi préjudiciel si la règle de droit communautaire « ne laisse place à aucun doute raisonnable ». Mais cet arrêt ne valide pas la théorie de l'acte clair car il encadre de façon stricte cette possibilité. Le juge national doit notamment tenir compte des risques de divergences d'interprétation dues aux différentes versions linguistiques, les notions juridiques propres au droit communautaire.

L'objectif est d'éviter toute divergence de jurisprudence entre les juridictions internes des États membres. Concernant les renvois en appréciation de validité, la Cour a ainsi estimé que les juridictions nationales ne peuvent en aucun cas déclarer invalide un acte communautaire, pouvoir qui n'appartient qu'à la Cour de justice elle-même. Seule la Cour de justice, par exemple à l'occasion d'un renvoi préjudiciel ou d'un recours en annulation, peut déclarer invalide un acte communautaire.

La réponse de la Cour s'impose non seulement au juge national qui lui a posé la question dans le cadre de l'affaire concernée, mais également à l'ensemble des juridictions nationales des États membres : toutes devront interpréter les règles de droit communautaire dans le même sens que la Cour de justice.

Le recours en annulation

Fondement articles 230 et 231 CE

Ouvert à Requérants privilégiés : les États membres, le Conseil, la Commission, le

Parlement européen depuis le Traité de Nice (contre tout acte communautaire ayant des effets juridiques)

Requérants semi-privilegiés : la Cour des Comptes, la Banque centrale européenne (recours tenant à la sauvegarde de leurs prérogatives)

Requérants individuels : toute personne physique ou morale (contre une décision qui la concerne directement et individuellement)

L'action en manquement

Fondement articles 226 à 228 CE

Ouvert à Commission ou (théoriquement) États membres

Contre un État membre, pour manquement à une obligation qui lui incombe en vertu du traité CE

Ce recours peut être initié par la Commission européenne (article 226 TCE). Après avoir mis en mesure l'État en question de présenter ses observations, la Commission va émettre un avis motivé auquel l'État doit se conformer. Le cas échéant, la Commission pourra saisir la CJUE.

Du fait de l'article 227 CE, l'État peut également être à l'origine du recours en manquement. Dans ce cas, l'État devra au préalable en saisir la Commission qui pourra émettre un avis dans un délai de 3 mois. Néanmoins, l'absence d'avis ne fait pas obstacle à la saisine de la CJUE.

L'article 228 CE prévoit deux procédures différentes.

recours en constatation : par le biais de l'art. 228-1, le juge ne peut que « reconnaître » qu'un État a manqué à une de ses obligations. L'État est alors tenu de prendre les mesures que comporte l'exécution de l'arrêt de la Cour dans les délais les plus brefs.

recours en sanction pécuniaire : l'art. 228-2 permet une sanction pour non-exécution, exécution incorrecte ou incomplète d'un arrêt de la CJCE. On se trouve donc dans l'hypothèse d'un manquement sur manquement. La Cour dans ce cadre, va pouvoir condamner l'État récalcitrant au paiement d'une amende ou d'une astreinte. La nouvelle saisine de la Cour ne pourra être faite qu'à l'initiative de la Commission, après avis motivé (où est indiqué l'amende ou l'astreinte qu'elle estime adaptée dans les circonstances de l'espèce) fixant un délai à l'État pour rétablir la situation.

Ainsi, le contentieux de l'article 228 CE va être un contentieux soit déclaratoire soit répressif.

À l'origine, existait seulement la constatation en manquement mais sans sanction. Du fait de la multiplication des manquements sur manquement, la Cour a appelé à une réforme du recours en manquement ; réforme qu'elle a obtenu lors de l'adoption du TUE 92 qui a institué cette procédure de l'article 228§2.

L'action en responsabilité

Tout cela a permis d'établir un ordre juridique cohérent et construit et avec des sanctions effectives (on s'interrogera en revanche sur leur efficacité). Il faut ici faire le parallèle avec l'Organisation Mondiale du Commerce et beaucoup plus construit, intégré.

Fonctions de l'OMC ?

Existe-t-il un droit de la concurrence internationale, tel que l'OMC se charge de l'envisager notamment, en vue de l'harmonisation des règles relatives aux produits ou aux services, de nature à prendre en compte bien des critères, comme les critères relatifs aux coûts des matières premières, de main d'œuvre et des critères sociaux plus largement, de critères relatifs à la protection de l'environnement mais aussi les critères relatifs à l'existence d'une concurrence et d'un droit de la concurrence, tous ces critères étant de nature à avoir une influence sur les coûts et donc sur la concurrence internationale. L'accord mondial sur l'investissement (AMI) avait pour objectif d'assurer un traitement identique des opérateurs mondiaux, en prohibant les discriminations entre investisseurs

L'OMC a pour mission d'assurer l'organisation des échanges mondiaux et de lutter contre les barrières nationales aux échanges. Un organisme de règlement des différends permet, en principe, à un Etat (pour un Etat membre de l'UE, c'est la Commission qui est compétente) d'obtenir la condamnation d'un autre Etat qui aurait mis en œuvre une mesure restrictive du commerce international. Pourtant ces décisions ne bénéficient pas de l'effet direct de sorte qu'une entreprise ne peut obtenir d'un juge l'application de ces décisions.

En matière de libre circulation des produits et des services ? L'harmonisation est bien plus éloignée. On ne parle évidemment pas d'Union douanière comme dans le cadre de l'Europe et l'on en est encore à lutter, outre ce que le droit communautaire appelle MEERQ, contre les restrictions quantitatives et les mesures tarifaires.

Les sanctions sont en outre bien moins efficaces : il ne s'agit pas de sanction imposées par un « tiers » (l'Union par exemple) contre l'Etat perdant mais de simples mesures de rétorsion, certes autorisées mais qui relèvent plus de la loi de Tallion.

Le modèle économique communautaire est par conséquent un modèle « à part », bien construit à tout le moins en tant que modèle juridique d'intégration.

La grande différence avec le droit de l'OMC est justement constituée par l'existence d'un « marché intérieur »

III. Le marché intérieur

Il repose sur deux mécanismes : une intégration économique et une intégration monétaire (que j'ai déjà envisagée d'un point de vue historique et dont l'évolution est incertaine).

Concentrons-nous alors sur l'intégration économique

A- Notion d'intégration économique

Cette notion n'est pas une notion juridique, car elle n'emporte pas de conséquence juridique. L'intérêt économique c'est la gestion en commun de l'économie par des institutions communes aux Etats Membres, sachant que ces derniers sont dessaisit au profit de la communauté.

Cette notion peut être qualifiée de :

-intégration négative

-intégration positive

L'intégration négative vise l'élimination des entraves nationales à la libre circulation des frontières entre les Etats membres, cad que le droit communautaire pose toute une série d'interdiction d'introduire des restrictions à la libre circulation des biens, des personnes et des capitaux. L'objectif

est la mobilité intra-communautaire, et la constitution d'un grand marché qui s'apparente à un marché étatique. Cette intégration négative est nécessaire pour construire le marché, mais ce n'est pas suffisant pour achever la construction économique.

L'intégration positive vise l'adoption par les institutions communes avec le même objectif que l'intégration négative qui est la création d'un grand marché intérieur sans frontières, en adoptant des mesures positives de deux sortes :

- harmonisation des législations
- politiques communes

L'intégration économique au sein de l'UE à une vocation libérale : ouverture des marchés, permettre la libre circulation mais aussi dérégulé et limité l'interventionnisme étatique/Intégration évolutive dynamique, effet d'engrenage de ce processus, on constate une tendance inhérente à ce processus qui implique une progression dans le passage d'un stade à un autre de cette progression.

A cet effet d'engrenage on associe un effet cliquet qui symbolise l'idée d'irréversibilité du processus communautaire car les Etats deviennent interdépendants.

B- Les degrés de l'intégration économique.

1/ L'Union Douanière

Depuis l'origine la CE est fondée sur une union douanière, cela ne concerne que la libre circulation des marchandises. C'est une notion héritée du GATT en 1947 et c'est à cette définition que la CE s'est toujours référer. Se sont autant de phases par lesquelles est passée la CE. Il y a une parenté entre les accords du GATT et l'union douanière de la CE car se sont des accords généraux sur les tarifs douaniers et le commerce signés en 1947 dans le but de libéralisé les échanges internationaux de marchandises. Tous les Etats de l'UE étaient membres du GATT. GATT : accords de libre échange international, alors que UE : zone de préférence qui concurrence le GATT. Le marché intérieur de l'UE s'est créé en dérogation par rapport au GATT de 1947, ces dérogations jouent à chaque nouvel élargissement de l'UE, on élargit donc la zone de préférence. Le GATT prévoit de dérogations en faveur des unions douanières, des zones de libre échange. La CE a profité de cette union douanière. L'Union douanière suppose deux choix :

-libre circulation interne à l'union douanière

-instauration de barrières communes à l'extérieur de l'union douanière avec mêmes tarifs douaniers...

C'est ce qui permet d'assurer la cohérence de la zone envers les Etats tiers. Une fois rentrée la marchandise sera dite en libre pratique et pourra circuler librement sur tout le territoire de l'UE, donc pas de possibilité de détournement ou de trafic. Cad que les marchandises qui viennent de pays tiers subissent toutes le même traitement quel que soit l'Etat membre par lequel elle pénètre.

Dans le cadre d'une zone de libre échange l'intégration économique est moindre car la zone de libre échange est composée de deux ou plusieurs états au sein de laquelle est assurée la libre circulation des marchandises issues des états de la zone et il n'y a pas de frontières extérieures communes , c'est plus délicat à gérer qu'une union douanière car les marchandises des pays tiers entrent forcément par un état , elles ne bénéficient pas de la libre circulation d'où la possibilité de détournement ou de trafic , car y a toujours la possibilité de faire entrer la marchandise par l'état ayant la législation la moins efficace et ainsi contourner les règles d'importations de l'état dont le marché est visé. En plus dans une zone de libre échange il faut contrôler l'origine des marchandises qui passent les frontières internes.

La CE a choisit la forme de l'union douanière qui a une degré d'intégration élevé, car il faut mettre en œuvre une politique commune vis-à-vis de l'extérieur, et libre circulation totale à l'intérieur de la zone. A partir de 1957 lorsqu'elle a été créée puis à chaque élargissement la CE a dû négocier des compensations vis-à-vis des ces partenaires du GATT, compensations en termes d'échanges de marchandises, c'est ainsi que les USA ont eu un droit d'accès au marché Européen à titre de

compensation, car la Communauté a dérogé au GATT. L'UE n'est pas simplement une zone de libre circulation, c'est aussi une zone de préférence vis-à-vis des partenaires nationaux.

2/ Notions de marché commun et de marché intérieur.

Ce sont des notions incertaines, utilisées par les Traités, mais ce ne sont pas des notions juridiques et n'emportent pas d'effets de droit, leur contenu est incertain, mais en lisant les traités on peut leur donner un sens.

Notion de marché commun : c'est la première expression à avoir été utilisée et signifie libre circulation, libéralisation des échanges, application de règles communes en droit de la concurrence, en droit fiscal, mais le marché commun englobe aussi les politiques sectorielles, les politiques de transports etc. L'idée de marché commun englobe un certain rapprochement des politiques économiques.

Notion de marché intérieur ou unique : le traité utilise la notion de marché intérieur consacrée par l'AUE de 1986. C'est une notion qui comporte une charge symbolique forte, avec une volonté de relancer la construction européenne par l'achèvement du marché intérieur sachant que de nombreux blocages politiques et institutionnels existaient. L'idée du marché intérieur forgée par la Commission DELORS avait identifié les différentes entraves à la libre circulation qui subsistaient et qui devaient être éliminés. La Commission avait distingué trois catégories d'entraves :

- techniques : dues aux disparités des législations nationales
- physiques : du fait des contrôles physiques aux frontières
- fiscales : celles dues au poids de la fiscalité et aux disparités des différentes législations

La notion de marché intérieur c'est aussi un degré supérieur d'intégration qui a impliqué une disparition des entraves à la libre circulation, une harmonisation poussée des législations et éventuellement une coordination plus importante des politiques économiques nationales.

3/ L'union économique et monétaire.

C'est une étape supplémentaire dans l'intégration économique prévue par le TUE de Maastricht de 1992, qui a mis en place la monnaie unique avec un mécanisme d'harmonisation

Des politiques économiques nationales et l'instauration d'un système spécifique celui des BANQUES CENTRALES EUROPEENNES.

La construction européenne tend vers le stade suprême de l'intégration économique cad un espace économique qui s'apparente à un marché national.

PREMIERE PARTIE LA LIBERTE DE CIRCULATION AU SEIN DE L'UNION EUROPEENNE

3 grandes libertés sont garanties pour l'établissement du marché intérieur au sein duquel aucun frein ne doit être porté à la liberté de mouvement des valeurs économiques (il y a, soyez-rassurés, d'autres valeurs, mais qui ne seront pas envisagées dans ce cours)

La libre circulation des marchandises, la libre circulation des capitaux et la libre circulation des personnes et des services.

Le premier chantier de la construction communautaire a été la libéralisation des marchandises. Dès le Traité de Rome en fait (le plombier polonais, la libéralisation des services a été envisagée plus tardivement).

L'article 28 TFUE dispose en matière de libre circulation des marchandises que la Communauté (aujourd'hui l'Union) est fondée sur une Union douanière. Elle implique comme je vous l'ai déjà expliqué la substitution d'un seul territoire douanier à l'ensemble des territoires préexistants. A l'intérieur de ce marché sont supprimés les droits de douane (paiement d'une taxe au passage de la frontière) et des réglementations restrictives (concept plus vaste). Les frontières ne sont plus qu'extérieures.

La formule célèbre est inscrite à l'article 26 TFUE : Le marché intérieur comporte un espace sans frontières intérieures dans lequel la libre circulation des marchandises, des personnes, des services et des capitaux est assurée selon les dispositions des traités.

Comment ces quatre libertés fondamentales sont-elles articulées ?

Il faut bien comprendre en premier lieu ont été fortement structurées et ont bénéficié de l'élaboration de principes cohérents à la différence par exemple, mais notable, de la construction du GATT puis de l'OMC, mécanisme moderne mais bien moins intégré. Peu de principe structurants si ce n'est celui de l'objectif de libéraliser les échanges. Au-delà ce ne sont que négociations techniques par exemple et avancées sur les objectifs « par acoups », plus ou moins espacés (cf dernier cycle de négociations). L'Union est structurée, même si une union politique est peu réalisée, par une politique commerciale extérieure commune. Il ne s'agit pas uniquement de supprimer tous les contingents apparents aux échanges mais d'aller beaucoup plus loin. Il s'est construit un esprit de la construction communautaire, qui a permis notamment que les constructions jurisprudentielles, motivées par un objectif plus ou moins affirmé, ont été transcrits dans les textes, et notamment el droit communautaire originaire.

Vous remarquerez que l'Union, fondée sur la libre circulation, s'est notamment construite par l'idée commune européenne de « droit des gens » venue du Moyen-Âge. Cette liberté de circulation est souple en ce qui concerne la libre prestation de services par exemple : il ne s'agit pas simplement de considérer qu'un ressortissant européen pourra s'installer sur le territoire d'un autre État-membre, elle nécessite la possibilité de prospector et de réaliser la prestation de services à partir d'un État membre et à destination d'un autre. Ce qui n'est pas sans poser divers problèmes, notamment en termes de garantie pour le client que le droit communautaire s'est efforcé de résoudre. Dans le Gatt ou l'OMC, le libre établissement dépend souvent de la bonne volonté des états de respecter des engagements très généraux. Il peut ne s'agir que d'autoriser un opérateur à venir s'installer sur le territoire ou au contraire ne lui permettre que d'intervenir en maintenant son établissement à l'étranger.

Les quatre libertés sont en principe articulées et auraient des domaines circonscrits. On parle ainsi parfois de « zone grise » lorsque plusieurs libertés peuvent être concernées par l'activité économique envisagée. L'article 56 du TFU dispose ainsi que la libre prestation de service ne verra ses normes appliquées que dans la mesure où l'opération économique ne relève pas d'une autre activité (par exemple la liberté d'établissement).

La mise en œuvre de ces règles va très loin : en droit du commerce international on fait référence aux mesures indistinctement applicables, c'es-à-dire celles qui ne sont discriminatoires ni par leur objet ni même par leur effet mais qui en réalité portent atteinte à l'interpénétration des marchés, à la réalisation d'un marché intérieur. C'est ce que la CJUE, par une jurisprudence abondante, a développé sous la notion de MEERQ (art. 34 et 35 du TFUE). Seul l'intérêt général pourrait justifier du maintien de la norme frein aux échanges. Elle passe ce que l'on appelle « le test de l'intérêt général » : il s'agit là de concilier des intérêts divergents : s'il faut rapprocher les législations, laquelle importer ? A quel Etat donner raison s'il existe une différence de législation qui pénalise les échanges ? Reconnaître les normes de production du pays de fabrication revient à nier toute politique nationale protectrice alors qu'à l'inverse reconnaître le droit des pays d'importation freine considérablement les échanges.

Le test de l'intérêt général est une construction jurisprudentielle, bien aboutie aujourd'hui et qui vise à distinguer les mesures justifiées (qui disparaîtront peut-être un jour du fait d'un rapprochement des cultures et des pratiques) des mesures manifestement injustifiées. Justifiées au regard de quoi ?

Pour la libre circulation des marchandises, l'article 36 TFUE vise...

Pour « le reste » (c'est quoi ?), les articles 51 et 52 TFUE visent ...

Il ne suffit pas néanmoins pour un Etat-membre d'annoncer la protection d'un intérêt spécifique pour justifier l'existence de ses mesures attentatoires, de fait, à la libre circulation des marchandises. L'examen est organisé en plusieurs interrogations successives. Une réponse positive à la première question ou une réponse négative aux suivantes permet de considérer la mesure incriminée comme injustifiée :

1. La matière est-elle harmonisée ? Si oui, alors c'est le droit communautaire dérivé qui tranchera la question et la mesure sera probablement considérée comme contraire aux obligations de l'Etat.
2. Existe-t-il un intérêt général (visé par le droit communautaire) qui justifie la mesure ?
3. La mesure est-elle potentiellement apte à atteindre l'objectif recherché ?
4. La mesure est-elle non-discriminatoire ?
5. La mesure est-elle proportionnée à l'objectif recherché ?

Pour entrer dans les détails, nous envisagerons successivement les quatre libertés telles qu'inscrites à l'article 26 du TFUE : libre circulation des marchandises (chap 1), libre circulation des capitaux (chap 2) et libre circulation des personnes et des services envisagées conjointement tant ces dernières sont proches (chap 3).

Chapitre 1 : la libre circulation des marchandises

L'Union est d'abord une Union douanière avec une politique commerciale commune. Cette politique commence aux frontières de l'Union. Au sein de l'Union en revanche, c'est une politique de chasse aux obstacles à la libre circulation qui est menée pour parvenir à un « marché intérieur » harmonisé.

Dans l'histoire des constructions économiques, c'est la plus ancienne. Quand Colbert déjà unifiait la France économique, il le faisait pour les marchandises. Il faut dire que les flux de ces dernières sont sans doute plus faciles à contrôler que ceux des capitaux et des personnes. Ils sont en outre peut-être moins dangereux. A la loi des Gens (justifiant la libre circulation des personnes dans un territoire européen harmonisé, commun) s'oppose souvent la peur de la concurrence ou de la présence étrangère (l'islamiste, le plombier polonais) alors qu'un produit est plus neutre, en apparence tout du moins.

La libre circulation des marchandises s'est construite autour du marché commun, aujourd'hui marché intérieur. Pour l'établir, il a fallu harmoniser les frontières à l'extérieur de l'Union et lever les frontières à l'intérieur.

Harmoniser les frontières extérieures n'est pas si simple. Cela s'est fait grâce au tarif douanier commun (TDC pour les intimes), mécanisme d'harmonisation d'impératifs européens souvent fondé sur des principes du GATT de 1947 (aujourd'hui OMC), puisque l'Union dont les Etats sont membres de l'OMC et dont le territoire est un territoire douanier unique au sens de l'Organisation, doit respecter les principes généraux du GATT.

Le territoire douanier commun est en principe uniforme comme l'exposent les articles 52 et 355 du TFUE, mais des mesures spécifiques sont prévues pour des territoires insulaires ou éloignés qui demeurent le fruit des conquêtes coloniales des pays européens. Les territoires français d'Outre-Mer

(TOM) ne font pas partie du TDC à l'inverse des Départements d'Outre-Mer qui eux en font partie³⁸. Plus proches de nous, et en raison de particularités historiques, Monaco et San Marino en font partie. Les îles anglo-normandes, au statut particulier au Royaume Uni (pensez à l'île de Serk) en font partie, mais pas les îles Feroe par exemple, etc.

Une fois ce territoire défini, comment s'applique notre politique douanière unique aux frontières (TDC) ? Sur quels fondements repose-t-elle ?

Un tarif douanier commun, un mode de détermination commune de la valeur des marchandises, une méthode de détermination commune de l'origine du produit.

Le tarif douanier commun est l'application des principes fixés aux articles 31 et 32 du TFUE, institué par un règlement communautaire de 1987³⁹.

Le TDC a un caractère obligatoire pour les Etats-membres : concrètement cela implique qu'il s'impose aux autorités nationales qui ne n'ont plus le droit de maintenir ou d'instaurer des taxes ou des droits de douane sur les marchandises en provenance de pays tiers (hors UE). Le TDC énonce ce que l'on appelle « les positions tarifaires » avec des « sous-positions », chacune fixant un taux (pourcentage de la valeur du produit selon les principes du GATT). Ces positions peuvent néanmoins, alors qu'elles sont censées être uniformes et assurer une égalité de traitement entre produits importés (notamment au regard du GATT), mais elles sont en principe justifiées. A ainsi été mis en place le « système des préférences généralisées » SPG qui bénéficie aux produits originaires de PVD (taux réduits) (références ?). A été mis en place le système de « l'admission temporaire » pour les produits *en transit* au sein de l'Union. Un tarif douanier lourd peut en effet pénaliser certaines industries qui importent pour réexporter : si le produit doit être transformé en France en provenant d'un pays tiers, il subit une taxe à son importation et est donc réexporté parfois beaucoup trop cher vers les pays tiers. Le système ATA va permettre jusqu'à une franchise de droits⁴⁰.

Un « catalogue » (baptisé joliment « nomenclature combinée » ou « NC ») des produits importés alloue ensuite à chaque produit une position tarifaire. Elle est complétée par le TARIC (« *Tarif Intégré des Communautés européennes* »), plus complet et constamment mis à jour (revoir la différence entre les deux).

La détermination de la valeur des marchandises – Plusieurs méthodes de calcul peuvent être envisagées. On peut prendre pour référence le prix de vente sur le marché intérieur (le calcul le plus efficace si l'Etat veut par la taxe instaurée ramener le produit importé au prix des nationaux), ou un prix reconstitué (en fonction de critères plus ou moins subjectifs fonction des opportunités et des Etats). Les deux méthodes assuraient une valeur élevée à l'assiette des droits de douane, et donc une taxation haute. Le GATT a imposé le système de *la valeur transactionnelle*, ou plus exactement la valeur transactionnelle déclarée en douane. Ce n'est que par exception, à justifier dans le cadre de l'OMC, qu'un tarif douanier peut reposer sur un autre mode de calcul.

La détermination de l'origine du produit – Le TDC ne s'applique qu'aux pays tiers (aucun tarif entre Etats-membres) ce qui implique qu'il nous faut définir ce qu'est un pays tiers et envisager l'hypothèse de produits qui « élaborés dans un Etat tiers » seraient produits dans un Etat membre.

Retenez en premier lieu qu'il existe comme je vous l'ai indiqué des tarifs préférentiels, par exemple pour les pays ACP et certains fabricants ont tenté de délocaliser une partie de leur production sur ces

38 Décision *PTOM* du 25 juillet 1991, JOCE n°L263, 19 septembre 1991

39 Règl. 2658/87, JOCE n° L256, 7 septembre 1987, modifications ???

40 C'est l'exemple des emballages ou des matériels de démonstration, réfce ???

territoires pour échapper aux TDC. Le principe, fixé par l'article 36 du Code communautaire des douanes est qu'une marchandise est originaire du pays où « *elle a subi sa dernière transformation substantielle* ». C'est la Cour de justice qui a complété la définition et à donner des illustrations. Une simple opération, touchant à la présentation du produit, ne saurait suffire à l'exonérer du statut de marchandise importée puisque l'opération n'aboutit pas à créer un bien nouveau et original⁴¹. Plus aboutie est la manœuvre dite des « *usines tournevis* », qui ne font qu'assembler des produits. Ces simples opérations, là aussi peuvent être insuffisantes pour bénéficier de l'exonération du TDC, si ces opérations faute d'un stade de production déterminant ne donnent pas naissance à un produit nouveau ou si la valeur ajoutée par l'assemblage est trop faible⁴². L'intérêt pour le fabricant propriétaire de ces usines tournevis est alors d'importer des produits à faible droits de douane, les assembler en un tour de vis alors que s'ils avaient été assemblés à l'extérieur de l'Union les TDC aurait été bien plus importants.

Deux types d'obstacles sont envisagés par les traités, les mesures tarifaires (section première) et les mesures non tarifaires (section seconde). Je dirai quelques mots de l'intégration ultime, à savoir l'harmonisation de la législation sur les marchandises (section 3).

Section première – Les obstacles tarifaires

Bien évidemment toute restriction quantitative est proscrite par les traités, de même que tout droit de douane (TFUE, art. 26 déjà cité) mais surtout les articles 28 et 30 pour leur mise en œuvre.

Le principe est que les TEEDD (Taxes d'Effet Equivalent à des Droits de Douane) sont elles aussi prohibées. Les TEEDD sont effectivement, économiquement parlant, le strict équivalent des droits de douane.

Le Traité ne donne pas cependant de définition de ces TEEDD. La Cour a néanmoins considéré que les TEDD étaient « toutes les taxes qui, quelle que soient leur appellation et leur technique, frappent exclusivement et spécifiquement les produits importés ou exportés, en influant sur leur prix de manière à un droit de douane »⁴³. Peu importe donc les moyens, seul compte le résultat : si celui-ci est équivalent à un droit de douane alors il sera considéré comme une TEEDD. La frontière peut être considérée comme celle d'un Etat membre ou plus encore celle d'une région qui adopterait seule une TEEDD. C'est l'effectivité de la libre circulation qui est recherché peu important que la mesure soit mise en œuvre par un Etat ou une collectivité territoriale. Ainsi les taxes régionales internes à un Etat-membre sont-elles prohibées⁴⁴. De la même manière, des taxes ou mesures financières équivalentes exclusivement internes à certains Etats membres étaient également contraires au Traité⁴⁵.

Si la taxe ne vise en revanche que les produits nationaux intérieurs, il n'y a pas de TEEDD⁴⁶. Ce qui est sanctionné est la barrière au franchissement des frontières.

Aucune autre exigence pour que la mesure soit invalidée n'est requise : la mesure peut être non-discriminatoire, elle peut viser des biens qui ne sont en situation de concurrence avec aucun autre, elle sera toujours considérée comme une TEEDD.

41 414141 CJCE, 26 janvier 1977, aff. 49/76, *Gesellschaft für Überseehandel C/ Handelskammer Hamburg*, pour la mouture des caséines de lait (différentes moutures), Rec. CJCE 1977, I, p. 41.

42 Pour – de 10%, cf CJCE 13 décembre 1989, aff. C-26/88, *Brother International*, Rec. CJCE I, p. 4253.

43 CJCE 14 décembre 1962, aff. 2 et 3/62, *Commission C/ Luxembourg et Belgique* (affaire du Pain d'épices), Rec. CJCE p. 815.

44 CJCE 9 août 1994, Aff. C-363, 407 et 411/93, *Legros*, Rec. CJCE 1994, I, p. 3957.

45 CJCE 9 septembre 1994, *sortite du marbre de la commune de Carrare*, aff. C-72-03, *Carbonati Apuani C/ Cmne di Carrara*, Rec. CJCE 2004, I, 8027 mais des systèmes similaires ont été sanctionnés dans d'autres Etat notamment pour le commerce entre Jersey et l'Angleterre (C-293/02)

46 CJCE 22 mai 2003, Aff. C-355/00, *Freskot C/ Emilio Dimosio*, Rec. CJCE 2003, I, p. 5263.

En certaines hypothèses, les taxes internes par principe non-discriminatoires pourront ainsi être considérées comme des TEED selon la jurisprudence *Capolongo*⁴⁷. Il s'agit en réalité d'envisager la finalité de la taxe et de s'assurer que si produits extérieurs et nationaux sont tous deux taxés, les premiers ne sont pas indirectement bénéficiaires du bénéfice de cette taxe. L'exemple le plus fréquent est celui des fonds d'orientation ou de soutien financés par une taxe publique *ad hoc*. En toute logique, s'il s'avère que le produit du fonds est affecté aux seuls produits nationaux (par exemple pour le soutien à des usines établies sur le territoire national), et que ce bénéfice compense la charge que fait porter la taxe sur ces entreprises, elle sera considérée comme une TEEDD puisqu'elle pèsera sur les produits importés et non sur les produits nationaux. Si la compensation n'est que partielle nous ne considérerons pas qu'il s'agit d'une TEDD⁴⁸, mais la mesure parce que discriminatoire (une entreprise nationale paye moins qu'une extérieure en fonction d'une réglementation spécifique), l'imposition discriminatoire sera sanctionnée au titre de l'article 110 TFUE⁴⁹.

En revanche la taxe peut être la contrepartie d'un service offert par les autorités des Etats-membres aux produits importés, pourvu que le coût ne soit pas disproportionné. Il ne s'agit pas par exemple de faire payer un certificat administratif (fonction régaliennne de l'Etat normalement gratuite)⁵⁰.

Section seconde – Les obstacles non tarifaires

Bien plus fréquentes en réalité sont les mesures non tarifaires, qui du fait de l'ingéniosité des Etats-membres, trouvent des exemples nombreux. On parle de MEERQ, c'est-à-dire un sac fourre-tout qui comprend toutes les mesures prises par les Etats qui ne sont ni des droits de douane ou taxes (ce seraient des restrictions tarifaires, cf supra) ni des restrictions quantitatives (qui n'existent plus aujourd'hui). Ces mesures viennent néanmoins restreindre la libre circulation des marchandises. On dit qu'elles sont équivalentes, c'est-à-dire qu'elles ont les mêmes effets que ces restrictions quantitatives. Ce peuvent être des exigences de conditionnement, des normes environnementales, à l'appellation du produit. Elles peuvent obliger le professionnel importateur ou exportateur à mettre en place un conditionnement spécifique par exemple : imaginez un Etat-membre qui exige que les yaourts soient vendus par 6 (ni plus ni moins).

Les MEERQ sont prohibées par les articles 34 et 35 du TFUE.

L'article 34 dispose ;

Les restrictions quantitatives à l'importation ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.

L'article 35 dispose :

Les restrictions quantitatives à l'exportation, ainsi que toutes mesures d'effet équivalent, sont interdites entre les États membres.

Ces interdictions peuvent néanmoins s'effacer devant certaines considérations d'intérêt général et c'est là que réside toute la difficulté (art. 36 TFUE). Du fait de l'expansion des échanges intracommunautaires, ces trois articles sont parmi les plus cités dans le contentieux CJUE.

Il faut en la matière se poser toujours deux questions : s'agit-il d'une MEERQ (§1) et si oui, est-elle justifiée (§2).

47 CJCE 9 juin 1973, aff. 77/72, Rec. CJCE 1973, p. 611.

48 Un fonds de protection des animaux financé par une taxe sur les produits qui ne bénéficiait qu'aux éleveurs belges, CJCE 16 dec 1992, C-17/91, Lornoy en Zonen, Rec CJCE 1992, I, p. 6546.

49 Nous en reparlerons.

50 Sur l'exemple d'un coût disproportionné, cf CJCE 21 mars 1991, aff C-209/89, Commission C/ Italie, Rec CJCE 1991, I, p. 1575.

§1 – La détermination d'une MEERQ par son aptitude à entraver les échanges

Les MEERQ sont nées avec l'arrêt Dassonville du 11 juillet 1974⁵¹ :

1 ATTENDU QUE , PAR JUGEMENT DU 11 JANVIER 1974 , PARVENU AU GREFFE DE LA COUR LE 8 FEVRIER 1974 , LE TRIBUNAL DE PREMIERE INSTANCE DE BRUXELLES A POSE , EN VERTU DE L ' ARTICLE 177 DU TRAITE CEE , DEUX QUESTIONS CONCERNANT L ' INTERPRETATION DES ARTICLES 30 , 31 , 32 , 33 , 36 ET 85 DU TRAITE CEE , RELATIVES A L ' EXIGENCE D ' UNE PIECE OFFICIELLE DELIVREE PAR LE GOUVERNEMENT DE L ' EXPORTATEUR POUR LES PRODUITS A APPELLATION D ' ORIGINE ;

2 QUE , PAR LA PREMIERE QUESTION , IL EST DEMANDE SI CONSTITUE UNE MESURE D ' EFFET EQUIVALANT A UNE RESTRICTION QUANTITATIVE AU SENS DE L ' ARTICLE 30 DU TRAITE UNE DISPOSITION REGLEMENTAIRE NATIONALE INTERDISANT L ' IMPORTATION D ' UNE MARCHANDISE PORTANT UNE APPELLATION D ' ORIGINE LORSQUE CETTE MARCHANDISE N ' EST PAS ACCOMPAGNEE D ' UNE PIECE OFFICIELLE DELIVREE PAR L ' ETAT EXPORTATEUR ET ATTESTANT SON DROIT A CETTE APPELLATION ;

3 QUE CETTE QUESTION A ETE SOULEVEE DANS LE CADRE D ' UNE ACTION PENALE ENGAGEE EN BELGIQUE CONTRE DES COMMERCANTS QUI ONT REGULIEREMENT ACQUIS UN LOT DE SCOTCH WISKY EN LIBRE PRATIQUE EN FRANCE ET QUI L ' ONT IMPORTE EN BELGIQUE SANS ETRE EN POSSESSION D ' UN CERTIFICAT D ' ORIGINE DE LA DOUANE BRITANNIQUE , EN INFRACTION A UNE REGLEMENTATION NATIONALE ;

Pendant longtemps en effet, la Cour de Justice des Communautés Européennes a considéré que les obstacles techniques aux échanges étaient conformes au traité s'ils étaient limités à l'obligation pour les produits importés de respecter les dispositions imposées aux produits nationaux. Par ailleurs, la CJCE a toujours estimé que les réglementations applicables aux seuls produits nationaux sont licites même si elles créent une discrimination à rebours à leur détriment, à la condition qu'elles n'interviennent pas dans un domaine harmonisé au niveau européen.

L'arrêt "Dassonville" (11/07/1974, aff.8/74, rec.837) a marqué un tournant dans la conception des obstacles techniques licites, en classant comme "mesure d'effet équivalent" *"toute réglementation commerciale des états membres susceptible d'entraver directement ou indirectement, actuellement ou potentiellement, le commerce intra communautaire"*. Il a été suivi par l'arrêt "Cassis de Dijon"(20/02/1979, aff.120/78, rec.649) dans lequel la Cour a considéré que *"tout produit légalement fabriqué et commercialisé dans un état membre doit pouvoir être commercialisé dans un autre état membre"*. Par conséquent, même en l'absence d'harmonisation, les états ne sont plus libres d'imposer n'importe quelle réglementation nationale. Ils doivent se limiter à prendre des dispositions justifiées par des motifs d'intérêt général, tels que ceux de l'article 30, ou par des objectifs comparables (loyauté des transactions commerciales, protection de l'environnement et des consommateurs.

3 conditions caractérisent une mesure nationale ou locale à même d'entraver les échanges :

- une mesure prise par une autorité,

⁵¹ CJCE 11 juillet 1974, aff. 8/74, Procureur du Roi C/ Dassonville, Rec. CJCE p. 837.

- une mesure susceptible d'affecter le commerce entre Etats membres
- une mesure s'appliquant à des produits participant aux échanges intracommunautaires,

A – Une mesure prise par une « autorité » d'un Etat-membre ou une autorité communautaire

L'arrêt de 74 vise bien évidemment les réglementations contraignantes, mais au sens large. De simples pratiques administratives pourvu qu'elles soient instituées et donc répétées ont été jugées contraires aux traités⁵². Ce peuvent par ailleurs des décisions d'autorités qui se voient déléguer une mission de service public (53). Ce peuvent même être des décisions privées mais tolérées par les autorités publiques (54).

B- Une mesure susceptible d'avoir un effet restrictif sur les échanges intra-communautaires

Peu importe que la mesure ait des effets actuels et constatés ou simplement potentiels, ou que l'entrave soit directe ou indirecte.

Les effets actuels ou potentiels : l'entrave n'a pas besoin d'être perceptible ou même d'être réellement constatée. Elle peut n'être que potentielle (comme dans l'arrêt Dasonville de 74). Il suffit donc pour remplir ce critère de démontrer (et c'est à celui qui se plaint de la mesure de le faire) qu'en l'absence de cette mesure le commerce intracommunautaire serait renforcé *de facto*. Il n'est pas nécessaire, par exemple, de chiffrer ou quantifier l'entrave. Seul importe le sentiment des producteurs d'être dissuadés d'exporter. Il est difficile en effet de caractériser les effets d'une telle mesure si précisément personne n'importe ou n'exporte⁽⁵⁵⁾.

L'entrave peut être directe ou indirecte. Soit parce qu'elles empêchent l'accès au marché de l'Etat-membre, soit parce que sans conditionner directement les importations elles affectent les possibilités de commercialisation du produit. Exemple d'entrave indirecte : la réglementation de la publicité sur les alcools ne conditionne pas la commercialisation de ces produits, mais rend plus onéreuse ou plus difficile leur promotion (56).

Attention en dernier lieu à distinguer les discriminations et les mesures indistinctement applicables. L'une est sanctionnée, pas l'autre.

Discrimination affichée : la discrimination à l'encontre de marchandises originaires des autres Etats membres est contraire aux art. 34 et s. TFUE. Cela vaut pour les mesures qui favorisent les produits nationaux (par exemple en interdisant des appellations à des produits importés, 57) ou qui soumettent les produits importés à des exigences supplémentaires (58)

⁵² CJCE 9 mai 1985, *Commission C/ France*, machines d'affranchissement postal, Rec. CJCE 1985, I, p 1355. La politique d'un fonctionnaire peut également constituer une *meerq* si elle a pour les administrés une apparence de décision officielle, CJCE 17 avril 2007, aff. C-470/03, *AGM-COSMET C/ Surnen Valet*, Rec. CJCE 2007, I, p. 2749.

⁵³ CJCE 13 mars 2008, *Commission C/ Belgique*, Aff. C-227/06, Rec. CJCE 2008, I, p. 46.

⁵⁴ Pillage répété d'agriculteurs avec l'ordre donner aux forces de police de laisser faire, CJCE 9 Dec 1997, Aff. C-265/95, *Commission C/ France*, Rec. CJCE 1997, I, p. 6990. Ou l'autorisation d'une manif d'écolos bloquant le col du Brenner, CJCE 12 juin 2003, Aff. C-112/00, Rec. CJCE 2003, p. 5659 (mais ici justifiée par la liberté d'expression).

⁵⁵ Pour des yaourts surgelés, (objet de la preuve), CJCE 14 juillet 1998, Aff. C- 298/87, *Smanor*, Rec. CJCE 1998, I, p. 4489. Sur ce sentiment, CJCE 20 sept2007, aff. C-297/05, *Commission C/ Pays-Bas*, Rec CJCE 2007, I, 7467.

⁵⁶ CJCE 10 Jul 1980, aff. 152/78, *Commission C/ France*, Rec. CJCE 1980, I, p. 2299.

⁵⁷ *Buy Irish*, Comm C/ Irlande, 17 juin 1981

⁵⁸ Pour des licences d'importation, purement formelles mais contraignantes, CJCE 15 déc. 1976, aff. 05/75.

Déguisement : hypothèse des législations qui ne sont qu'en apparence indistinctement applicables aux produits nationaux et extérieurs (59).

Qu'est-ce qu'une mesure indistinctement applicable ?

Des mesures qui s'appliquent sans exception et de la même manière à tous les produits. Mais dans les faits elles rendent plus difficiles ou onéreuses la commercialisation de ces derniers.

Les arrêts en la matière :

Tout commence avec l'arrêt Cassis de Dijon (60).

Sur ce point précis, l'arrêt Keck et Mithouard a opéré une explication et un recentrage précis de la notion (61). Il s'agissait d'un refus de commercialisation sur le sol allemand pour des raisons tenant à son taux d'alcool. La Cour était placée devant un choix : soit privilégier la règle du pays d'origine (large facilitation de la circulation), soit permettre des entraves par des considérations d'intérêt général.

Cassis de Dijon penche plutôt pour la première solution et les arrêts suivants vont expliciter els exceptions. Le principe est que les Etats membres ne peuvent pas interdire la vente sur leur territoire de produits en provenance d'autres Etats-membres pour la seule raison qu'ils sont fabriqués selon des techniques ou procédés différents de ceux en vigueur dans l'Etat d'importation. Si une réglementation nationale vise une marchandise dans la communauté en raison de ses conditions de production ou de sa présentation pour sa commercialisation dans un autre Etat c'est sans doute une MEERQ. Cette hypothèse ne concerne bien évidemment que les matières non harmonisées (pour les autres, cf infra).

Après la jurisprudence sur les restrictions de flux ...bla bla bla

Retour en arrière avec la jurisprudence Keck et Mithouard.

C'est arrêt est un revirement très fort. le 24 novembre 93 était en cause dans cet arrêt la loi française relative à de revente à perte. La cour considère que certes cette législation est susceptible de restreindre les flux, car elle prive les opérateurs d'une méthode promotion des ventes très efficace. Il faut cependant se demander si cela suffit à la qualifier de mesure d'effet équivalent.

Pour la cour contrairement à ce qui était jusqu'ici je cite « ne sont pas susceptibles d'entraver directement ou indirectement, actuellement potentiellement, le commerce entre Etats membre sorte la jurisprudence Dassonville des mesures qui limitent ou interdisent certaines modalités de vente, pourvu qu'elles s'appliquent à tous les opérateurs concernés exerçant leur activité sur le territoire national, et pourvu qu'elles affectent de la même manière en droit comme en fait la commercialisation des produits nationaux et ceux en provenance d'autres Etats membres ». Échappent à l'interdiction des mesures qui ne gênent pas plus les produits importés que les nationaux.

Il faut dire que l'ancienne jurisprudence, très exigeante, revenait à considérer qu'en l'absence d'harmonisation, la règle était celle du pays le moins disant, alors pourtant que les réglementations en matière de méthodes de vente sont très marquées par leurs influences culturelles ou politiques nationales (ouverture des magasins le dimanche par exemple).

59 Pour le régime français des millésimes automobiles, CJCE 27 juin 1996, aff. C-240/95.

60 CJCE 20 février 1979

61 CJCE 24 nov 1993

Il faut donc désormais distinguer la réglementation sur les produits et la réglementation sur la réglementation des produits. Les mesures indistinctement applicables, propres aux conditions de commercialisations, ne sont plus a priori des meeq en tant que telles mais tant qu'indistinctes elles ne lèsent pas plus les importés que les nationaux. A la lecture de cet arrêt, il faut donc que deux conditions soient réunies pour qu'il y ait une réglementation sur les ventes répondant à la définition des meeq : il faut qu'elles ne soient pas applicables à tous les opérateurs (différence avec les meeq sur le produit lui-même) et qu'elles aient pour but ou pour résultat de léser davantage les produits importés. Plusieurs arrêts ont suivi Keck et Mithouard, mais c'est l'arrêt A. Punkt Schmukhandels du 23 février 2006 qui fixe désormais les étapes du contrôle :

- 1 on distingue la réglementation sur les produits et celle sur les modalités de vente
- 2 si cette régl° vise les produits cf supra. Si elle vise les modalités de vente, et si elle est indistinctement applicable aux produits nationaux et importés = a priori valide
- 3 examen « de facto » pour renverser l'a priori si en réalité, malgré les apparences, la réglementation ne gêne pas les produits importés plus que les nationaux
- 4 on recherche ensuite une éventuelle raison d'intérêt général (cf infra)

C La participation des produits au commerce intra-communautaire

E l'occurrence, ne sont concernées par les traités que les atteintes interétatiques. Il en découle que la meeq et tout le régime qui s'applique à elle doivent être considérés au regard du seul marché intérieur :

Dès lors qu'un produit a été importé légalement dans un pays membre de l'UE, on dit qu'il est en « libre pratique ». Les art. 28 et s. s'appliquent à lui tout autant.

Aujourd'hui, la jurisprudence sanctionne autant une entrave à l'importation qu'une entrave à l'exportation. Depuis l'arrêt de la CJCE du 16 décembre 2008, on ne distingue plus.

Les discriminations « à rebours » en revanche ne sont pas envisagées. Il arrive qu'une disposition en vigueur handicape les produits nationaux par rapport aux importés, c'est la discrimination à rebours. Cela arrive le plus souvent lorsqu'une législation a été condamnée en ce qu'elle visait également les produits importés mais n'a pu être maintenue que pour les prix des livres comme ce fut le cas en France pour la loi Lang sur les prix des livres. Le Traité ne visant que les législations affectant le commerce intracommunautaire, la question des discriminations à rebours n'est pas considérée par la Cour. Il en résulte que la question est de la seule compétence des réglementations et des juridictions nationales (juge administratif pour rupture d'égalité entre opérateurs économiques).

§2 – Les justifications possibles de certaines MEERQ

La jurisprudence en la matière a fait l'objet d'une lente évolution, qui a permis notamment d'aller au-delà des dispositions expresses du Traité.

Le principe est fixé par l'arrêt Cassis de Dijon (A) nous envisagerons ensuite la délicate question des relations entre libre circulation des produits et propriété intellectuelle (B).

A – les jurisprudences Cassis de Dijon (20 février 1979)

Une restriction (meerq) n'est pas toujours illicite. Elle peut être justifiée par une raison d'intérêt général. Pour la jurisprudence, il ne s'agit pas d'une mesure rachetée, mais d'une mesure qui en fait n'est pas illicite et qui échappe donc totalement aux dispositions de l'article 34 qui ne lui est pas du tout applicable. Cet article 34 pose donc une présomption d'illicéité de la mesure comme une meerq, mais il est possible de rapporter la preuve contraire : ce n'est pas une meerq car elle est imposée par une raison d'intérêt général.

C'est en ce sens que l'on parle d'une absence d'illicéité fondamentale, la mesure bénéficie dit-on d'un « raisonnement à l'intérieur de l'article 34 ».

Vous le savez, l'Allemagne ne refusait pas l'importation du cassis de Dijon, mais sa commercialisation sur le sol allemand était elle très limitée. Le gouvernement allemand avançait plusieurs raisons :

- Il refusait la commercialisation en l'état pour insuffisance de degré alcoolique, une telle mesure avait trait selon lui à la protection de la santé publique, pour empêcher la diffusion de boissons faiblement alcoolisées auxquelles le consommateur s'habitue trop vite
- Impératifs de protection des consommateurs et de loyauté des transactions commerciales. L'Allemagne voyait d'un mauvais œil la commercialisation à bas prix de boissons faiblement alcoolisées. Mais l'article 30 de l'époque ne prévoyant aucune justification pour la loyauté des transactions commerciales ou la protection des consommateurs, ce sont deux justifications qui ont été recherchées sur l'article 28 uniquement (aujourd'hui 34 TFUE).

Dans cet arrêt important, la Cour considère :

1 la réglementation des boissons alcoolique relève des seuls Etats membres (c'est toujours le cas aujourd'hui). Selon elle, les obstacles à la libre circulation que ces réglementations créent doivent être acceptées si elles sont nécessaires à des exigences impératives.

2 la cour reconnaît que les réglementations mises en avant par le gouvernement allemand sont effectivement susceptibles d'être qualifiées de meerq, mais qu'en l'espèce une information des consommateurs devrait suffire. Les mesures sont donc jugées disproportionnées.

De la jurisprudence Cassis de Dijon, on retient une analyse en 6 temps de la justification d'une MEERQ :

- a- Absence d'harmonisation : l'harmonisation complète exclue qu'une mesure nationale divergente puisse être considérée comme licite en ce qu'elle répondrait à un besoin d'intérêt général (CJCE 9 février 1999). Dans ce cas, il se peut que la mesure incriminée soit examinée et considérée mais elle ne le sera qu'au regard des dispositions du texte d'harmonisation (cf la vache folle et l'embargo)
- b- Y-a-t-il une raison d'intérêt général ? Il n'y a pas de liste établie des notions d'intérêt général, mais on peut rappeler les intérêts reconnus par une jurisprudence ou par les textes. Les premiers textes à considérer sont les dispositions de l'article 36 qui donnent une liste des raisons qui peuvent aller jusqu'à justifier des mesures distinguant produits importés et autres (moralité publique, ordre public, sécurité publique, protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologiques, ou de protection de la propriété industrielle et commerciale). Des dispositions des articles 35 et 36 TFUE en réalité de leur esprit, la Cour a déduit plusieurs cas d'intérêt général, mais qui eux ne permettent pas une justification de mesures discriminantes (loyauté des transactions commerciales c Cassis de Dijon de 79 ; la protection des consommateurs idem ; le pluralisme de la presse ; la prise en considération du livre en tant que produit culturel, cf 30 avril 2009, aff. C-53/07 ; l'efficacité des contrôles fiscaux ; l'assainissement des finances publiques ; la protection de l'environnement, 20/09/98, aff 302-86, Rec 1998, I, 4607 ; la fermeture des magasins le dimanche dans le cadre d'une politique sociale ; la défense d'une langue ; etc). L'admission de la Charte des Droits fondamentaux offre un socle nouveau à ces notions d'intérêt général.

- c- Principe de non-discrimination : comme je l'ai déjà dit, le test de l'intérêt général ne peut jouer, sur des mesures discriminatoires que pour des intérêts visés par l'article 36 et non pour des intérêts déduits des articles 34 et 35.
- d- Principe de nécessité – La mesure en cause doit être objectivement nécessaire à protéger l'intérêt en cause et doit être à même d'être efficace. Des mesures inutiles ou scientifiquement infondée seraient non justifiées (CJCE 28041998, aff. C 120/95, Rec 1998, I, p. 1831).
- e- Principe de proportionnalité – la règle est qu'à niveau d'efficacité égal, l'Etat membre doit retenir la mesure qui est la moins préjudiciable aux échanges. La protection des consommateurs est l'illustration la plus fréquente : plutôt qu'une interdiction, la Cour considère souvent qu'une meilleure information ou un étiquetage plus complet seraient suffisants (sur le risque de cristallisation des habitudes et des goûts, 12 mars 1987, Commission C/ Allemagne, Loi sur la Pureté de la Bière précitée). A l'inverse la mesure incriminée peut être la seule suffisamment efficace au regard de l'objectif affiché si aucun autre mesure n'est envisageable (CJCE 14021998, aff. C-244/06 Dynamic Medien Vertriebs, Rec 2008, I, p. 505).

B Libre circulation des marchandises et épuisement des droits de propriété intellectuelle

Le problème est de déterminer de façon aussi concrète que possible la frontière précise entre le domaine du droit national et celui du droit communautaire. La Cour a souvent jugé que "l'article 36 n'a pas pour objet de réserver certaines matières à la compétence exclusive des États..." (V. CJCE, 15 déc. 1976, Simmenthal, aff. 35/76 : Rec. CJCE 1976, p. 1871, et plusieurs autres ensuite), cette affirmation est intervenue à propos de divers secteurs visés par l'article 36 (devenu 30 puis à nouveau 36 TFUE), première phrase ; s'il n'en va pas en principe autrement pour les propriétés intellectuelles, on assiste en fait dans ce secteur à une véritable répartition des rôles entre droits nationaux et droit communautaire.

C'est sous l'influence de considérations théoriques parfois assez abstraites que la Cour de justice a déterminé les réponses concrètes aux questions qui lui étaient posées.

Plusieurs théories ont en effet proposé des principes de solutions ; toutes ont apporté leur contribution à la construction que la Cour a élaborée ; plusieurs sont susceptibles de se combiner entre elles (Sur ces diverses théories, V. notamment M. Waelbroeck in *Le droit de la CEE*, par J. Mégret et a. : Presses Universitaires de Bruxelles, 1972, vol. 4, n° 132 s. – G. Bonet, *RTD eur.* 1981, préc., p. 106 s.).

Certaines de ces théories expriment une sorte de philosophie plutôt qu'un véritable principe de solution à apporter à un problème concret. Il en est ainsi de la théorie de l'application uniforme du droit communautaire, qui exige que cette application ne soit pas fonction des différents droits nationaux de propriété intellectuelle mais résulte seulement du jeu normal des règles de libre circulation et de libre concurrence lorsque les conditions en sont réunies. On classera également dans cette catégorie la théorie de l'interprétation conforme, selon laquelle la dérogation de l'application à la propriété industrielle des règles communautaires concernées n'est tolérable que si elle se révèle conforme aux buts du Traité, ce qui limite la portée de la dérogation mais ne l'exclut pas forcément car il est conforme aux buts du Traité que l'économie se développe dans la Communauté, et la protection légitime des droits de propriété industrielle ne peut qu'y servir (CJCE, 8 juin 1971, Deutsche-Grammophon, aff. 78/70 : Rec. CJCE 1971, p. 487, révèle l'influence de cette théorie en fondant notamment le raisonnement sur les articles 3 et 5 du Traité relatif aux buts de ce texte).

D'autres théories proposent une solution plus immédiatement pratique. Celle dont l'exposé – sinon la mise en œuvre – semble le plus simple est la théorie de l'abus de droit, ou de l'usage normal, ou de l'usage raisonnable, selon laquelle seul l'usage anormal, déraisonnable, que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle ferait des prérogatives que lui reconnaît le droit national donnerait lieu à

l'application des règles du droit communautaire. L'idée que seul un abus du droit national de propriété intellectuelle est condamnable sur le fondement du droit communautaire s'impose, mais la notion même d'abus est apparue assez incertaine pendant longtemps. Dans la jurisprudence de la Cour, l'arrêt Grundig déjà cité consacre sans doute cette théorie à propos d'une marque utilisée pour renforcer le cloisonnement de marchés nationaux qu'un accord de distribution exclusive avait établi. Il juge en substance que le droit de marque tel que la loi française l'a établi ne doit pas servir à réaliser un tel cloisonnement, qui est condamnable ; mais, comme la fonction légitime que doit remplir le droit de marque n'est pas exposée, l'arrêt semble plus suggestif que démonstratif. L'arrêt BAT du 30 janvier 1985 (aff. 35/83 : Rec. CJCE 1985, p. 375 ; V. G. Bonet, chron. propr. intell. : RTD eur. 1987, p. 319), applique également la théorie de l'abus de droit, que l'on pouvait croire obsolète, cependant la jurisprudence de la Cour de justice définissant les fonctions de la marque, intervenue entre ces deux arrêts, permet de donner un sens plus précis au caractère normal ou raisonnable de l'usage d'un droit national de propriété intellectuelle : on peut considérer aujourd'hui que l'usage abusif d'une marque est celui qui ne remplit ni l'une ni l'autre des deux fonctions attribuées au droit de marque, qui vise un but étranger à ces fonctions.

Deux autres théories proposent des critères plus sûrs du partage des compétences entre droits nationaux et droit communautaire pour l'application des deux règles du traité qui sont en cause : la théorie des restrictions inhérentes ou des droits inhérents et la théorie des droits parallèles ou de l'épuisement des droits.

Théorie des droits inhérents – La théorie des droits inhérents est surtout utile pour appliquer la règle de libre concurrence en matière de propriété intellectuelle. Inspirée par la jurisprudence des États-Unis via la loi allemande régissant le droit de la concurrence, elle est à l'origine de la distinction entre l'existence des droits de propriété intellectuelle et leur exercice, que le juge communautaire a si souvent affirmée dans ses arrêts concernant ce domaine. Elle considère que seules les restrictions à l'application du traité qui sont inhérentes au droit de propriété intellectuelle tel qu'il est déterminé (existence) par le droit national peuvent être admises au regard du droit communautaire ; en revanche, l'exercice du droit de propriété intellectuelle par son titulaire – c'est-à-dire son exploitation – doit respecter les dispositions du traité : les contrats conclus entre ce titulaire et des tiers doivent respecter la règle de l'article 81 (ex 85) CE prohibant les ententes (de nombreux arrêts appliquent cette distinction dès l'arrêt Grundig) ; l'exploitation directe de ce droit par son titulaire ne doit pas violer les dispositions de l'article 82 (ex 86) CE.

Rien n'interdit d'utiliser la théorie des droits inhérents pour déterminer la part des droits de propriété intellectuelle qui échappe à l'application de la règle communautaire de libre circulation des marchandises, comme le suggèrent divers arrêts (V. notamment, CJCE, 30 juin 1988, Thetford, aff. 35/87 : Rec. CJCE 1988, p. 3585 ; G. Bonet, chron. propr. intell. : RTD eur. 1990, p. 713 s., et la jurisprudence citée).

Théorie de l'épuisement des droits – La théorie de l'épuisement des droits – ou théorie des droits parallèles car elle prend tout son sens dans l'hypothèse de droits de cette nature – permet essentiellement de faire le partage entre droit national et droit communautaire à propos de la règle de libre circulation des marchandises. Elle propose que les dispositions du Traité (en pratique, les articles 30 à 36) ne fassent pas obstacle au monopole attaché par le droit national aux droits de propriété intellectuelle et respectent toutes les prérogatives qui en résultent – notamment la possibilité d'empêcher les importations de produits identiques à ceux que couvre le droit de propriété intellectuelle considéré – mais à la condition que ce monopole soit strictement limité à certaines opérations. En bref, ce monopole doit s'épuiser, à l'égard de chaque exemplaire du produit sur lequel il porte, avec la première mise en circulation de cet exemplaire sur un point quelconque du territoire de la Communauté, par le titulaire lui-même ou par un tiers qu'il autorise. Le nombre des exemplaires susceptibles d'être commercialisés n'est pas limité et le monopole de mettre chacun d'eux en circulation pour la première fois existe aussi longtemps qu'existe le droit de propriété intellectuelle en

application du droit national. En matière de marque, ce droit peut se perpétuer par des dépôts successifs chaque dix ans.

À l'occasion de nombreux arrêts, la Cour a exposé que le monopole de première mise en circulation des produits couverts par un droit de propriété intellectuelle entre dans ce qu'elle appelle l'objet spécifique – ou substance – de ce droit, qu'elle définit à partir de sa fonction essentielle. L'épuisement des droits semble donc indissociable du concept d'objet spécifique, ou substance, comme on l'expliquera par la suite.

Après la première mise en circulation du produit couvert par un droit de propriété intellectuelle, le titulaire ne dispose d'aucun "droit de suite" sur l'exemplaire commercialisé par lui ou avec son accord. En particulier – et c'est là l'intérêt pratique de l'épuisement des droits – il ne peut pas agir en contrefaçon pour interdire la libre circulation de cet exemplaire du produit dans la Communauté et, spécialement, son importation dans un État membre autre que celui de la première mise en circulation, où il est titulaire d'un droit de propriété intellectuelle parallèle. Mais il lui est toujours possible d'agir en justice pour empêcher une véritable contrefaçon. Cette contrefaçon se définit comme la fabrication et/ou la commercialisation par un tiers non autorisé d'un produit identique à celui que couvre le droit de propriété intellectuelle dans l'État où ce droit existe

La théorie de l'épuisement des droits a donc apporté une contribution essentielle à la solution du problème de la coexistence des droits nationaux de propriété intellectuelle et du droit communautaire. L'épuisement est devenu une règle que la Cour a consacrée depuis l'arrêt *Deutsche Grammophon* du 8 juin 1971 et qui s'est évidemment imposée aux juridictions nationales comme règle communautaire.

1 . ATTENDU QUE , PAR ORDONNANCE DU 8 OCTOBRE 1970 , PARVENUS A LA COUR LE 7 DECEMBRE 1970 , LE HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT DE HAMBOURG A , EN VERTU DE L ' ARTICLE 177 DU TRAITE INSTITUANT LA COMMUNAUTE ECONOMIQUE EUROPEENNE , POSE A LA COUR DES QUESTIONS CONCERNANT L ' INTERPRETATION DES ARTICLES 5 , ALINEA 2 , 85 , PARAGRAPHE 1 ET 86 , DU TRAITE ;

SUR LA PREMIERE QUESTION

2 . ATTENDU QUE , PAR LA PREMIERE QUESTION , IL EST DEMANDE A LA COUR DE DIRE S ' IL EST CONTRAIRE A L ' ARTICLE 5 , ALINEA 2 , OU A L ' ARTICLE 85 , PARAGRAPHE 1 , DU TRAITE CEE D ' INTERPRETER LES PARAGRAPHES 97 ET 85 DE LA LOI ALLEMANDE DU 9 SEPTEMBRE 1965 , RELATIVE AU DROIT D ' AUTEUR ET AUX DROITS VOISINS , EN CE SENS QU ' UN FABRICANT DE SUPPORTS DE SON PEUT INVOQUER SON DROIT EXCLUSIF DE LES METTRE EN CIRCULATION , POUR INTERDIRE LA COMMERCIALISATION EN REPUBLIQUE FEDERALE D ' ALLEMAGNE DE SUPPORTS DE SON QU ' IL A LIVRES LUI-MEME A SA FILIALE FRANCAISE , LAQUELLE , TOUT EN ETANT AUTONOME JURIDIQUEMENT , EST ENTIEREMENT SOUS SA DEPENDANCE DU POINT DE VUE COMMERCIAL ;

3 . ATTENDU QU ' AUX TERMES DE L ' ARTICLE 177 LA COUR , STATUANT A TITRE PREJUDICIEL , EST SEULEMENT HABILITEE A SE PRONONCER SUR L ' INTERPRETATION DU TRAITE ET DES ACTES PRIS PAR LES INSTITUTIONS DE LA COMMUNAUTE , OU SUR LA VALIDITE DE CEUX-CI MAIS NE SAURAIT , PAR LE MOYEN DE CET ARTICLE , STATUER SUR L ' INTERPRETATION D ' UNE DISPOSITION NATIONALE ;

QU 'ELLE PEUT TOUTEFOIS DEGAGER DU LIBELLE FORMULE PAR LA JURIDICTION NATIONALE EU EGARD AUX DONNEES EXPOSEES PAR CELLE-CI , LES SEULS ELEMENTS RELEVANT DE L ' INTERPRETATION DU TRAITE ;

4 . ATTENDU QU ' IL RESSORT DES DONNEES RETENUES PAR LE HANSEATISCHES OBERLANDESGERICHT DE HAMBOURG QUE LA QUESTION POSEE SE RAMENE ESSENTIELLEMENT A SAVOIR SI LE DROIT EXCLUSIF DE METTRE EN CIRCULATION LES OBJETS PROTEGES , RECONNU PAR UNE LEGISLATION NATIONALE AU FABRICANT DE SUPPORTS DE SON , PEUT , SANS PORTER ATTEINTE A LA REGLE COMMUNAUTAIRE , FAIRE OBSTACLE A LA COMMERCIALISATION SUR LE TERRITOIRE NATIONAL DE PRODUITS REGULIEREMENT MIS EN CIRCULATION PAR CE FABRICANT OU AVEC SON CONSENTEMENT SUR LE TERRITOIRE D ' UN AUTRE ETAT MEMBRE ;

QUE LA COUR DE JUSTICE EST INVITEE A DEGAGER NOTAMMENT DE L ' ARTICLE 5 , ALINEA 2 , OU DE L ' ARTICLE 85 , PARAGRAPHE 1 , DU TRAITE LE CONTENU ET LA PORTEE DE LA REGLE COMMUNAUTAIRE APPLICABLE ;

5 . ATTENDU QU ' AUX TERMES DE L ' ARTICLE 5 , ALINEA 2 , DU TRAITE " LES ETATS MEMBRES S ' ABSTIENNENT DE TOUTE MESURE SUSCEPTIBLE DE METTRE EN PERIL LA REALISATION DES BUTS DU TRAITE " ;

QUE CETTE DISPOSITION ENONCE UNE OBLIGATION GENERALE DES ETATS MEMBRES , DONT LE CONTENU CONCRET DEPEND , DANS CHAQUE CAS PARTICULIER , DES DISPOSITIONS DU TRAITE OU DES REGLES QUI SE DEGAGENT DE SON SYSTEME GENERAL ;

6 . ATTENDU QU ' AUX TERMES DE L ' ARTICLE 85 , PARAGRAPHE 1 , DU TRAITE , " SONT INCOMPATIBLES AVEC LE MARCHE COMMUN ET INTERDITS TOUS ACCORDS ENTRE ENTREPRISES , TOUTES DECISIONS D ' ASSOCIATIONS D ' ENTREPRISES , ET TOUTES PRATIQUES CONCERTEES , QUI SONT SUSCEPTIBLES D ' AFFECTER LE COMMERCE ENTRE ETATS MEMBRES ET QUI ONT POUR OBJET OU POUR EFFET D ' EMPECHER , DE RESTREINDRE OU DE FAUSSER LE JEU DE LA CONCURRENCE A L ' INTERIEUR DU MARCHE COMMUN " ;

QUE L ' EXERCICE DU DROIT EXCLUSIF VISE PAR LA QUESTION POURRAIT TOMBER SOUS LA PROHIBITION ENONCEE PAR CETTE DISPOSITION , CHAQUE FOIS QU ' IL APPARAITRAIT COMME ETANT L ' OBJET , LE MOYEN OU LA CONSEQUENCE D ' UNE ENTENTE QUI , EN INTERDISANT LES IMPORTATIONS EN PROVENANCE D ' AUTRES ETATS MEMBRES DE PRODUITS LICITEMENT MIS EN COMMERCE DANS CES ETATS , AURAIT POUR EFFET DE CLOISONNER LE MARCHE ;

7 . ATTENDU TOUTEFOIS QUE , POUR LE CAS OU CET EXERCICE ECHAPPERAIT AUX ELEMENTS CONTRACTUELS OU DE CONCERTATION ENVISAGES PAR CETTE DISPOSITION , LA REPOSE A LA QUESTION POSEE CONDUIRAIT A EXAMINER SI L ' EXERCICE DU DROIT DE PROTECTION EN CAUSE EST COMPATIBLE AVEC D ' AUTRES DISPOSITIONS DU TRAITE , RELATIVES NOTAMMENT A LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES ;

8 . ATTENDU QUE LES PRINCIPES A CONSIDERER EN L ' OCCURENCE SONT CEUX QUI , POUR LA REALISATION D ' UN MARCHE UNIQUE

ENTRE LES ETATS MEMBRES , SONT POSES , D ' UNE PART A LA DEUXIEME PARTIE DU TRAITE , CONSACREE AUX FONDEMENTS DE LA COMMUNAUTE , AU TITRE DE LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES ET , D ' AUTRE PART , A L ' ARTICLE 3 , F) , DU TRAITE , QUI PREVOIT L ' ETABLISSEMENT D ' UN REGIME ASSURANT QUE LA CONCURRENCE N ' EST PAS FAUSSEE DANS LE MARCHE COMMUN ;

9 . QUE , D ' AILLEURS , LORSQU ' IL A ADMIS , EN SON ARTICLE 36 , CERTAINES INTERDICTIONS OU RESTRICTIONS AUX ECHANGES ENTRE ETATS MEMBRES , LE TRAITE LES A VISEES DE MANIERE PRECISE , EN STIPULANT QUE DE TELLES DEROGATIONS NE DOIVENT CONSTITUER " NI UN MOYEN DE DISCRIMINATION ARBITRAIRE , NI UNE RESTRICTION DEGUISEE DANS LE COMMERCE DES ETATS MEMBRES " ;

10 . QUE C ' EST DONC A LA LUMIERE DE CES REGLES , ET NOTAMMENT DES ARTICLES 36 , 85 ET 86 , QU ' IL Y A LIEU D ' APPRECIER DANS QUELLE MESURE L ' EXERCICE D ' UN DROIT NATIONAL DE PROTECTION , VOISIN DU DROIT D ' AUTEUR , PEUT EMPECHER LA COMMERCIALISATION DE PRODUITS EN PROVENANCE D ' UN AUTRE ETAT MEMBRE ;

11 . ATTENDU QUE , PARMIS LES INTERDICTIONS OU RESTRICTIONS QU ' IL ADMET A LA LIBRE CIRCULATION DES MARCHANDISES , L ' ARTICLE 36 SE REFERE A LA PROPRIETE INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE ;

QUE , A SUPPOSER QU ' UN DROIT VOISIN DU DROIT D ' AUTEUR PUISSE ETRE CONCERNE PAR CES DISPOSITIONS , IL RESSORT CEPENDANT DE CET ARTICLE QUE , SI LE TRAITE N ' AFFECTE PAS L ' EXISTENCE DES DROITS RECONNUS PAR LA LEGISLATION D ' UN ETAT MEMBRE EN MATIERE DE PROPRIETE INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE , L ' EXERCICE DE CES DROITS PEUT CEPENDANT RELEVER DES INTERDICTIONS EDICTEES PAR LE TRAITE ;

QUE , S ' IL PERMET DES INTERDICTIONS OU RESTRICTIONS A LA LIBRE CIRCULATION DES PRODUITS JUSTIFIEES PAR DES RAISONS DE PROTECTION DE LA PROPRIETE INDUSTRIELLE ET COMMERCIALE , L ' ARTICLE 36 N ' ADMET DE DEROGATIONS A CETTE LIBERTE QUE DANS LA MESURE OU ELLES SONT JUSTIFIEES PAR LA SAUVEGARDE DES DROITS QUI CONSTITUENT L ' OBJET SPECIFIQUE DE CETTE PROPRIETE ;

12 . ATTENDU QUE , SI UN DROIT VOISIN DU DROIT D ' AUTEUR EST INVOQUE POUR INTERDIRE LA COMMERCIALISATION DANS UN ETAT MEMBRE DE PRODUITS MIS EN CIRCULATION PAR SON TITULAIRE , OU AVEC SON CONSENTEMENT , SUR LE TERRITOIRE D ' UN AUTRE ETAT MEMBRE , AU SEUL MOTIF QUE CETTE MISE EN CIRCULATION N ' AURAIT PAS EU LIEU SUR LE TERRITOIRE NATIONAL , UNE TELLE INTERDICTION , CONSACRANT L ' ISOLEMENT DES MARCHES NATIONAUX , SE HEURTE AU BUT ESSENTIEL DU TRAITE , QUI TEND A LA FUSION DES MARCHES NATIONAUX DANS UN MARCHE UNIQUE ;

QUE CE BUT NE POURRAIT ETRE ATTEINT SI , EN VERTU DES DIVERS REGIMES JURIDIQUES DES ETATS MEMBRES , LEURS RESSORTISSANTS AVAIENT LA POSSIBILITE DE CLOISONNER LE MARCHE ET D ' ABOUTIR A DES DISCRIMINATIONS ARBITRAIRES OU

A DES RESTRICTIONS DEGUISEES DANS LE COMMERCE ENTRE LES ETATS MEMBRES ;

13 . QUE , DES LORS , L ' EXERCICE , PAR UN FABRICANT DE SUPPORTS DE SON , DU DROIT EXCLUSIF DE METTRE EN CIRCULATION LES OBJETS PROTEGES DECOULANT DE LA LEGISLATION D ' UN ETAT MEMBRE , POUR INTERDIRE LA COMMERCIALISATION DANS CET ETAT DE PRODUITS QUI ONT ETE ECOULES PAR LUI-MEME OU AVEC SON CONSENTEMENT DANS UN AUTRE ETAT MEMBRE , AU SEUL MOTIF QUE CETTE MISE EN CIRCULATION N ' AURAIT PAS EU LIEU SUR LE TERRITOIRE DU PREMIER ETAT MEMBRE , SERAIT CONTRAIRE AUX REGLES QUI PREVOIENT LA LIBRE CIRCULATION DES PRODUITS A L ' INTERIEUR DU MARCHE COMMUN ;

SUR LA DEUXIEME QUESTION

14 . ATTENDU QUE , PAR LA DEUXIEME QUESTION , IL EST DEMANDE A LA COUR DE DIRE SI LE FABRICANT DE SUPPORTS DE SON ABUSE DE SON DROIT EXCLUSIF DE METTRE EN CIRCULATION LES OBJETS PROTEGES DANS LE CAS OU LE PRIX DE VENTE IMPOSE EST , SUR LE TERRITOIRE NATIONAL , SUPERIEUR AU PRIX DU PRODUIT ORIGINAIRE REIMPORTE EN PROVENANCE D ' UN AUTRE ETAT MEMBRE ET LORSQUE LES INTERPRETES PRINCIPAUX ONT ETE LIES AU PRODUCTEUR DE SUPPORTS DE SON PAR DES CONTRATS D ' EXCLUSIVITE ;

QUE CETTE QUESTION , PAR L ' EMPLOI DES TERMES " ABUSE DE SON DROIT " , VISE L ' ABUS DE POSITION DOMINANTE , AU SENS DE L ' ARTICLE 86 DU TRAITE ;

15 . ATTENDU QUE CET ARTICLE INTERDIT , " DANS LA MESURE OU LE COMMERCE EST SUSCEPTIBLE D ' EN ETRE AFFECTE , LE FAIT POUR UNE OU PLUSIEURS ENTREPRISES D ' EXPLOITER DE FACON ABUSIVE UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE COMMUN OU DANS UNE PARTIE SUBSTANTIELLE DE CELUI-CI " ;

16 . QU ' IL RESULTE DE CETTE DISPOSITION QUE LE FAIT PAR ELLE PROHIBE SUPPOSE L ' EXISTENCE D ' UNE POSITION DOMINANTE SUR LE MARCHE COMMUN OU DANS UNE PARTIE SUBSTANTIELLE DE CELUI-CI ;

QUE LE FABRICANT DE SUPPORTS DE SON , TITULAIRE D ' UN DROIT VOISIN DU DROIT D ' AUTEUR , NE POSSEDE PAS , DU SEUL FAIT QU ' IL EXERCE SON DROIT EXCLUSIF DE METTRE EN CIRCULATION LES OBJETS PROTEGES , UNE POSITION DOMINANTE AU SENS DE L ' ARTICLE 86 DU TRAITE ;

17 . QUE , CET ARTICLE EXIGEANT QUE LA POSITION PAR LUI VISEE S ' ETENDE A UNE " PARTIE SUBSTANTIELLE " DU MARCHE COMMUN , IL FAUT EN OUTRE QUE LE FABRICANT AIT , SEUL OU CONJOINTEMENT AVEC D ' AUTRES ENTREPRISES RELEVANT DU MEME GROUPE , LA POSSIBILITE DE FAIRE OBSTACLE A UNE CONCURRENCE EFFECTIVE SUR UNE PARTIE IMPORTANTE DU MARCHE A PRENDRE EN CONSIDERATION , COMPTE TENU NOTAMMENT DE L ' EXISTENCE EVENTUELLE DE PRODUCTEURS ECOULANT DES PRODUITS SIMILAIRES ET DE LEUR POSITION SUR LE MARCHE ;

18 . QU ' AU CAS OU LES INTERPRETES DES ENREGISTREMENTS SERAIENT LIES AU FABRICANT PAR DES CONTRATS D ' EXCLUSIVITE , IL Y A LIEU DE CONSIDERER , ENTRE AUTRES , LA PREFERENCE QUI

LEUR EST ACCORDEE SUR LE MARCHÉ , LA DURÉE ET LA PORTEE DES ENGAGEMENTS STIPULES , AINSI QUE LES POSSIBILITES DONT LES AUTRES FABRICANTS DE SUPPORTS DE SON DISPOSENT , POUR OBTENIR DES PRESTATIONS COMPARABLES EN MATIERE D ' INTERPRETATION ;

19 . ATTENDU QUE , POUR TOMBER SOUS L ' ARTICLE 86 , LA POSITION DOMINANTE DOIT EN OUTRE FAIRE L ' OBJET D ' UNE EXPLOITATION ABUSIVE ;

QUE , SI L ' ECART ENTRE LE PRIX IMPOSE ET LE PRIX DU PRODUIT REIMPORTE D ' UN AUTRE ETAT MEMBRE NE SUFFIT PAS NECESSAIREMENT A REVELER UN TEL ABUS , IL PEUT CEPENDANT , EN RAISON DE SON IMPORTANCE , ET EN L ' ABSENCE DE JUSTIFICATIONS OBJECTIVES , CONSTITUER UN INDICE DETERMINANT DUDIT ABUS ;

Les législations nationales ont dû l'appliquer à plusieurs droits de propriété intellectuelle : les brevets, (CPI, art. L. 613-6, conformément aux dispositions de la Convention de Luxembourg sur le brevet communautaire), les marques (CPI, art. L. 713-4, transposant l'art. 7 de la première directive d'harmonisation n° 89/104/ CE du 21 décembre 1988), les dessins et modèles (CPI, art. L. 513-8, transposant l'art. 15 de la directive d'harmonisation n° 98/71/ CE du 13 octobre 1978) ; les bases de données (CPI, art. L. 342-4). Tout naturellement, le règlement n° 40/94/CE du 20 décembre 1993 impose l'épuisement de la marque communautaire (art. 13), et le règlement n° 6/2002 du 12 décembre 2001 celui du dessin ou modèle communautaire (art. 21).

Telles sont les diverses solutions doctrinales qui ont inspiré la Cour de justice et la Commission pour définir la portée pratique des dispositions de l'article 30, 2ème phrase (ex 36).

Généralisée, la règle peut être synthétisée de la manière suivante :

l'application de la théorie de l'épuisement du droit de marque : « *le droit conféré par la marque ne permet pas à son titulaire d'interdire l'usage de celle-ci pour des produits qui ont été mis dans le commerce dans la CEE sous cette marque par le titulaire ou avec son consentement* » (62), ce qui suppose donc une mise dans le commerce par le titulaire de la marque ou avec son consentement. L'hypothèse de l'évanouissement de produits après leur mise en circulation et leur acquisition, leur importation ou leur revente par un distributeur non autorisé ne constitue donc évidemment pas un usage illicite de la marque. Tout autre est alors l'hypothèse où ces conditions ne sont pas rassemblées, par exemple en cas de vente dans des conditions incompatibles avec l'image du produit (63).

62 Et cf. CJCE, 20 mars 1997, aff. C. 352/95, (*Phyteron International BV c/ Bourdon*), Rec. I, p. 1740, CJCE, 16 juill. 1998, *Silhouette*, aff. C-355/96, Rec., I, p. 4799, PIBD 1998, 662, III, 483, D. aff. 1998, p. 1592. Le consentement doit alors s'observer pour chaque produit, et non pour une catégorie de produits : CJCE, 1^{er} juill. 1999, *Sebago*, Rec. CJCE, I, 4103. Le consentement peut par ailleurs être tacite, en ce sens qu'il n'a pas besoin d'être expressément exprimé mais s'il résulte des circonstances que l'importateur parallèle doit d'ailleurs établir : CJCE, 20 nov. 2001, aff. C. 414 à 416 (*Zino Davidoff et Levi Strauss*), Rec. I, 8691. Le consentement doit en outre être certain : CJCE 8 avr. 2003, *Van Dongen*, Rec. I, 3051 ; Cass. com. 15 mai 1990 (*Prince*), PIBD 1990, 489, III, 679 ; Cass. com. 26 janv. 1999, D. aff. 1999, p. 343. V. aussi Cass. com. 9 févr. 1999, Rev. Lamy dr. aff. 1999, n° 16, p. 16 (acquisition d'un stock de mauvaise foi en sachant que le vendeur s'était engagé à restituer en fin de contrat). Adde : Ch. Vilmar, « Parfums de luxe et grands whiskies, les droits de propriété intellectuelle contre les importations parallèles », JCP 1998, éd. E, p. 1821

63 Cf. CJCE 4 nov. 1997, *Dior*, aff. C 337-95, Rec. 6013.

Cette règle est fondamentale pour comprendre le fonctionnement de certains réseaux de vente parallèle ou « hors réseau » justement.

Tout cela est très complexe et on y préfère bien souvent une harmonisation des droits.

Section troisième – L'harmonisation des réglementations applicables aux marchandises

L'approche traditionnelle d'harmonisation des législations consiste à imposer à tous les produits d'un certain type le respect de spécifications techniques très détaillées fixées dans les textes législatifs. Cette approche est par exemple utilisée dans le domaine des automobiles. Elle a montré certaines limites. L'élaboration de textes législatifs très détaillés nécessite un temps considérable de négociation, ce qui peut constituer un frein à l'innovation, les spécifications techniques fixées dans les textes législatifs pouvant être en décalage avec les évolutions techniques et scientifiques.

La « nouvelle approche » est une technique réglementaire qui est utilisée depuis le milieu des années 1980 pour remédier aux limites de l'approche traditionnelle. Elle consiste à limiter la législation à la fixation des exigences essentielles que doivent respecter les produits, notamment en matière de santé et de sécurité. Les spécifications techniques permettant le respect de ces exigences essentielles sont convenues par les parties prenantes et les experts du domaine, en général dans des normes européennes harmonisées.

Une deuxième approche consiste à considérer les fondements juridiques des obstacles à la liberté de circulation des marchandises, à savoir les contrats par exemple ou la fiscalité.

C'est notamment cette façon de procéder qui a abouti à l'harmonisation, importante, des règles du droit de la consommation et aujourd'hui qu'apparaissent des projets d'harmonisation en droit des contrats.

Chapitre 2 : la libre circulation des capitaux

Généralités - Moyens traditionnels de limitation et de contrôle des investissements et de protection des marchés financiers, les restrictions aux mouvements de capitaux ont toujours constitué des instruments de politique économique que les États ont tenté de sauvegarder. Le droit international, tant multilatéral que bilatéral, a prévu de nombreux dispositifs pour restreindre les effets de l'encadrement étatique des mouvements de capitaux. En droit communautaire, la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement a longtemps fait figure de parent pauvre du marché commun. Elle a pu être qualifiée de liberté partielle et relative dans la mesure où, en vertu du traité CEE du 25 mars 1957, elle ne couvrait pas l'ensemble des mouvements de capitaux dans la Communauté et son bénéfice était soumis à une série de conditions et à la mise en œuvre d'actes d'exécution. Compte tenu des objectifs ultérieurs de réalisation d'un marché intérieur puis d'une Union économique et monétaire, la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement s'est imposée comme un moyen indispensable pour la réalisation de tels objectifs. Désormais, cette liberté est une liberté fondamentale à part entière et complète qui s'applique non seulement entre les États membres mais également dans les échanges avec les États tiers.

Traité CEE - C'est l'article 67 du traité CEE qui a établi une liberté de circulation des capitaux, partielle et relative, entre les États membres, en prévoyant que cette liberté exigeait la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux appartenant à des personnes résidant dans les États membres ainsi que des discriminations de traitement fondées sur la nationalité ou la résidence des parties ou sur la localisation du placement. Une telle suppression des restrictions devait intervenir "progressivement", pendant la période de transition, et "*dans la mesure nécessaire au bon fonctionnement du marché commun*", ce qui confirmait le caractère subalterne de cette liberté. L'expiration de la période de transition, au 31 décembre 1969, n'a emporté aucun effet juridique contraignant, tel qu'une interdiction ou une obligation de suppression des restrictions (*CJCE, 11 nov. 1981, aff. 203/80, Casati : Rec. CJCE 1981, p. 2595, pt 13*), à la différence des autres libertés de circulation qui étaient énoncées de manière impérative.

L'article 68 devait permettre de compléter l'article 67 (V. en ce sens, *P. Juillard, Article 68, in V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (dir.), Traité instituant la CEE. Commentaire article par article : Paris, Economica, 1992, p. 359-363, spéc. p. 360*), en faisant référence à plusieurs types d'opérations et en visant implicitement, pour deux d'entre elles, les échanges avec les États membres ainsi que les échanges avec les États tiers. L'article 69 constituait une base juridique pour l'adoption de directives nécessaires à la mise en oeuvre progressive des exigences de l'article 67. L'article 70 s'attachait aux mouvements de capitaux entre les États membres et les États tiers en prévoyant non pas une interdiction des restrictions mais des mesures de coordination arrêtées par le Conseil en matière de change et en instaurant un mécanisme de correction interne destiné à prévenir certaines difficultés. Sans établir une véritable obligation de *standstill* comme pour les autres libertés, l'article 71 invitait les États membres à s'efforcer de ne pas aggraver la situation s'agissant des restrictions de change et établissait une déclaration d'intention des États membres visant à dépasser le niveau de libération prévu par les articles précédents (V. en ce sens, *P. Juillard, Article 71, in V. Constantinesco, J.-P. Jacqué, R. Kovar, D. Simon (dir.), Traité instituant la CEE. Commentaire article par article : Paris, Economica, 1992, p. 373-375, spéc. p. 375*). Compte tenu de son libellé, cet article ne pouvait être considéré comme une disposition d'effet direct (*CJCE, 11 nov. 1981, aff. 203/80, Casati, préc., pt 19*). L'article 72 établissait à l'égard des États membres une obligation d'information de la Commission s'agissant des mouvements de capitaux en provenance ou à destination des États tiers. L'article 73, enfin, mettait en place un mécanisme de protection en cas de perturbations dans le fonctionnement du marché des capitaux d'un État membre qui prenait la forme de mesures de sauvegarde décidées par la Commission.

Premières directives d'application du traité CEE - En application de l'article 69 du traité, plusieurs directives ont été adoptées. La première directive sur les mouvements de capitaux a été adoptée le 11 mai 1960 (*Journal Officiel des communautés européennes 12 Juillet 1960*) et a été modifiée par plusieurs directives jusqu'à ce qu'elle fût abrogée à compter du 1er juillet 1990 par la directive 88/361/CEE du Conseil, du 24 juin 1988 (*Cons. CE, dir. 88/361/CEE, 24 juin 1988 : Journal Officiel des communautés européennes 8 Juillet 1988*). Elle prévoyait la libéralisation de certains mouvements de capitaux et visait à entraîner l'élimination de certains obstacles administratifs (*V. notamment CJCE, 24 juin 1986, aff. 157/85, Brugnoni et Ruffinengo : Rec. CJCE 1986, p. 2013. - CJCE, 4 févr. 1988, aff. 143/86, East et a. : Rec. CJCE 1988, p. 625. - CJCE, 27 oct. 2005, aff. C-329/03, Trapeza tis Ellados : Rec. CJCE 2005, I, p. 9341*).

Consécration jurisprudentielle - En dépit des termes ambigus du traité institutif, la Cour de justice a considéré, dès 1981, que "*la libre circulation des capitaux constitue, comme celle des personnes et des services, une des libertés fondamentales de la Communauté*" (*CJCE, 11 nov. 1981, aff. 203/80, Casati citée supra n° 2, pt 8*), ce qui avait pour effet de rapprocher à terme le régime de la libre circulation des capitaux de celui des autres libertés de circulation.

Acte unique européen - L'Acte unique européen a mis en place le marché intérieur qui correspond à un "espace sans frontières intérieures" dans lequel la liberté de circulation des capitaux, au même titre que les autres libertés de circulation, est assurée conformément aux dispositions du traité (*Art. 8 A, al. 2, du traité CEE, tel qu'inséré par l'article 13 de l'AUE*). L'importance de cette évolution, *a priori* purement sémantique, a été considérable sur le plan de la pratique institutionnelle, de l'action des États membres et du comportement des décideurs publics et privés. De manière plus spécifique et accessoire, l'Acte unique a modifié une disposition de nature purement procédurale (*Art. 70, § 1, du traité CEE, modifié par l'article 16, § 4, de l'AUE*).

Directive 88/361/CEE - Dans ce mouvement visant à établir un véritable marché intérieur, le Conseil a adopté une importante directive 88/361/CEE, du 24 juin 1988, pour la mise en oeuvre de l'article 67 du traité CEE, qui impose la suppression des restrictions aux mouvements de capitaux intervenant entre les personnes résidant dans les États membres, sans préjudice de certaines justifications susceptibles d'être invoquées par les États membres (*Cons. CE, dir. 88/361/CEE, 24 juin 1988 citée supra n° 3*). Les États membres, au sein du Conseil, étaient donc parvenus à établir une véritable liberté de circulation des capitaux qu'ils n'avaient pas réussi à instituer antérieurement par la voie du traité. L'article 1er, paragraphe 1, de cette directive, qui a imposé aux États membres une obligation de supprimer toutes les restrictions aux mouvements de capitaux, a été logiquement reconnu d'effet direct (*CJCE, 23 févr. 1995, aff. jtes C-358/93 et C-416/93, Bordessa et a. : Rec. CJCE 1995, I, p. 361, pt 33. - CJCE, 4 juin 2000, aff. C-35/98, Verkooijen : Rec. CJCE 2000, I, p. 4071, pt 33*).

Traité de Maastricht et articles 73 B à 73 G du traité CE - En même temps qu'il mettait en place l'Union économique et monétaire, le traité de Maastricht a modifié de manière considérable les dispositions du traité sur la libre circulation des capitaux dans le prolongement de l'oeuvre entreprise par la voie d'un acte de droit dérivé, la directive 88/361/CEE. La doctrine a ainsi observé que le traité de Maastricht avait "constitutionnalisé" les apports de cette directive. Tout en élargissant le chapitre 4 aux paiements, le traité de Maastricht a inséré de nouveaux articles dans le traité CEE, devenu traité CE, qui, en vertu de l'article 73 A, prirent effet à compter du 1er janvier 1994, date de commencement de la deuxième phase de l'Union économique et monétaire : les articles 73 B à 73 G ont remplacé les articles 67 à 73 ; l'article 73 H a prévu un régime transitoire jusqu'au 1er janvier 1994.

Ainsi, l'article 73 B a établi une libération totale des mouvements de capitaux et l'a étendue aux paiements, aussi bien dans les échanges entre États membres que dans les échanges avec les États tiers, sous réserve des dérogations et exceptions expressément prévues. L'article 73 C a établi une exception et une base juridique pour l'adoption de mesures par le Conseil en ce qui concerne certains

mouvements de capitaux entre les États membres et les États tiers. L'article 73 D a institué une dérogation applicable à tous types d'échanges en vue de protéger certains intérêts limitativement énumérés. L'article 73 E a prévu le maintien, à titre provisoire, de dérogations obtenues par les États membres. L'article 73 F a permis des mesures de sauvegarde dans les échanges avec États tiers. Enfin, l'article 73 G a prévu l'adoption de mesures urgentes par le Conseil à l'égard des pays tiers. Il apparaît que la plupart des dispositions ainsi introduites sont, sous réserve de quelques adaptations et de la renumérotation des articles découlant du traité d'Amsterdam (*V. infra n° 10*), encore applicables aujourd'hui. Il arrive à la Cour de justice, dès lors que de la date des faits d'une affaire sont antérieurs au 1er mai 1999, date d'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, de faire expressément référence à ces articles (*V. par exemple, CJCE, 17 janv. 2008, aff. C-256/06, Jüger : Rec. CJCE 2008, I, p. 123. - CJCE, 22 déc. 2008, aff. C-282/07, Truck Center, non encore publiée*).

Traité d'Amsterdam - Le traité d'Amsterdam a procédé à une renumérotation des articles du traité CE. Ainsi les articles 73 B à 73 F du chapitre 4 "*Les capitaux et les paiements*" sont-ils devenus les articles 56 à 60. L'article 73 E relatif aux dernières mesures de sauvegarde entre États membres, devenu obsolète en raison du caractère transitoire du régime dérogatoire qu'il instaurait (*J.-M. Hauptmann, Article 73 E, in V. Constantinesco, R. Kovar, D. Simon (dir.), Traité sur l'Union européenne. Commentaire article par article : Paris, Economica, 1995, p. 189 et 190*), a été abrogé.

Traité de Nice - Principalement consacré à des adaptations de nature institutionnelle, le traité de Nice n'a apporté aucune modification aux dispositions du chapitre 4 relatif aux capitaux et aux paiements. Désormais, ce sont toujours les articles 56 à 60 du traité CE qui régissent la libre circulation des capitaux et des moyens de paiement.

Tant et si bien :

Liberté fondamentale - Dans sa jurisprudence, la Cour de justice n'hésite plus à faire référence au "*principe fondamental de la libre circulation des capitaux*" (*CJCE, 14 mars 2000, aff. C-54/99, Église de Scientologie : Rec. CJCE 2000, I, p. 1335, pt 17. - CJCE, 15 juill. 2004, aff. C-315/02, Lenz : Rec. CJCE 2004, I, p. 7063, pt 26. - CJCE, 14 sept. 2006, aff. C-386/04, Centro di Musicologia Stauffer : Rec. CJCE 2006, I, p. 8203, pt 31*) ou à cette liberté en tant que "*principe fondamental du traité*" (*CJCE, 2 juin 2005, aff. C-174/04, Comm. c/ Italie : Rec. CJCE 2005, I, p. 4933, pt 35*), ce qui témoigne d'une volonté d'alignement sur les autres libertés de circulation.

Il apparaît que les mouvements de capitaux et des paiements sont soumis à un régime de liberté assorti de dérogations correspondant à des objectifs susceptibles de justifier certaines restrictions ainsi que d'exceptions et de mécanismes spécifiquement applicables aux relations avec les États tiers (II). Préalablement, il conviendra d'en déterminer le champ d'application (I).

Chapitre 3 : la libre circulation des personnes et des services

Deux volets : libre circulation des travailleurs, libre prestation de services et d'établissement.

Section I Libre circulation des travailleurs

I. - Notion de "travailleur"

10. - Les trois critères de l'arrêt "Lawrie-Blum" (CJCE, 3 juill. 1986, aff. 66/85 : Rec. CJCE 1986, p. 2121) - Il n'existe pas de définition législative de la notion de "travailleur". C'est la Cour de justice qui, progressivement, a élaboré les critères permettant de définir cette notion, en particulier dans l'arrêt "Lawrie-Blum", dans lequel elle affirma que cette notion doit être définie selon des critères objectifs qui caractérisent la relation de travail en considération des droits et des devoirs des personnes concernées. Selon la Cour de justice, les trois critères permettant de définir la caractéristique essentielle d'une relation de travail sont les suivants :

- la personne exerce une prestation économique ;
- cette prestation est exécutée en faveur et sous les ordres d'une autre personne ;
- l'exercice de cette prestation donne lieu à une rémunération.

Une personne pourra donc être qualifiée de "travailleur" au sens de l'article 39 CE, même si elle ne peut se voir reconnaître ce statut au regard du droit interne, dès lors qu'elle satisfait concrètement à ces trois conditions.

Chacun de ces critères a fait l'objet de précisions dans la jurisprudence de la Cour de justice.

II. - Notion de "libre circulation"

17. - Circulation libre - Ressortissant d'un État membre, aujourd'hui citoyen de l'Union, le travailleur bénéficie du droit de circuler et de séjourner sur le territoire des autres États membres. Notamment, il ne peut être soumis à une obligation de visa de sortie ou d'entrée ou à celle d'obtenir un permis de séjour. Il bénéficie également d'un régime très protecteur, dérogatoire au droit commun, en matière d'éloignement du territoire. En ce sens, il jouit d'un droit de libre circulation.

18. - ... mais pas inconditionnelle. - Toutefois, ce statut très avantageux ne le place pas dans une situation assimilable à celle du national de l'État membre d'accueil (CJCE, 14 juill. 1977, aff. 8/77, *Sagulo* : Rec. CJCE 1977, p. 1495). En vertu du droit international, ce dernier ne peut refuser à l'un de ses nationaux l'entrée et le séjour sur son territoire (CJCE, 4 déc. 1974, aff. 41/74, *Van Duyn* : Rec. CJCE 1974, p. 1337). En revanche, les travailleurs ressortissants des autres États membres jouissent d'un droit d'entrée et de séjour qui reste soumis à certaines conditions prévues par le traité ou le droit dérivé (CJCE, 11 avr. 2000, aff. C-356/98, *Kaba* : Rec. CJCE 2000, I, p. 2623). Leur droit de séjour peut donc être soumis à certaines conditions et malgré une protection accrue ils peuvent être expulsés, même s'ils sont nés dans l'État membre d'accueil (CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-482/01, *Orfanopoulos* : Rec. CJCE 2004, I, p. 5257).

19. - Droit à la libre circulation, sans circulation - L'article 45 TFUE garantit le droit à la libre circulation, ce qui suppose, en règle générale, un déplacement d'un travailleur ressortissant d'un État membre vers un autre État membre. Ce n'est pas toujours nécessaire. L'enfant, né en France et ayant toujours résidé dans cet État membre, d'un travailleur italien ayant exercé son droit à la libre circulation en France, acquiert lui-même le statut de "travailleur européen" en France lorsqu'il accède à un emploi salarié en France, et peut donc revendiquer le bénéfice du droit européen, sans que puisse lui être opposé qu'il se trouve dans une hypothèse de "situation interne". Ce qui importe, c'est qu'il possède la nationalité italienne et que subsiste donc un élément d'extranéité (CJCE, 27 sept. 1988, aff. 235/87, *Matteuci* : Rec. CJCE 1988, p. 5589). La possibilité de se prévaloir de l'article 45 TFUE sans avoir préalablement circulé peut également être invoquée par le binational (*V. infra n° 45*).

Interdiction des discriminations et des entraves

53. - Discrimination "directe" et "indirecte". Définitions. - Une discrimination est dite "directe" - ou ouverte, ostensible - lorsque la différence de traitement opérée entre travailleurs nationaux et travailleurs des autres États membres, au détriment de ces derniers, est directement fondée sur la nationalité de ceux-ci. Une discrimination est dite "indirecte" - ou cachée, déguisée - lorsque la différence de traitement n'est pas fondée directement sur leur nationalité, mais sur un critère d'apparence neutre, telle une condition de résidence ou de durée de résidence sur le territoire de l'État

membre d'accueil, lequel joue ou est susceptible de jouer, en pratique, essentiellement au détriment des travailleurs des autres États membres (*CJCE, 23 mai 1996, aff. C-237/94, O'Flynn : Rec. CJCE 1996, I, p. 2617*).

L'appréciation de ce qu'est une mesure "susceptible de jouer essentiellement au détriment" des travailleurs européens reste toutefois parfois largement subjective. Dans son arrêt "*Barth*" (*CJUE, 15 avr. 2010, aff. C-542/08 : non encore publiée au Rec.*), la Cour juge qu'une mesure (règle de forclusion) qui affecte tous les professeurs d'université ayant acquis leur ancienneté au moins en partie dans des universités d'autres États membres et les seuls professeurs de l'État membre d'accueil dont l'indemnité d'ancienneté n'a pas été correctement calculée ne crée pas de discrimination indirecte tout simplement parce qu'étant dans une situation similaire, ils se voient appliquer une solution identique ! Or, le fait que la même règle s'applique à deux groupes jugés en situation comparable (ce qui, en l'espèce, était en outre discutable) ne suffit à l'évidence pas pour conclure à l'absence de discrimination s'il peut être établi (ce qui était facile en l'occurrence) qu'elle "est susceptible de jouer en pratique au détriment" des travailleurs des autres États membres. En effet, selon la jurisprudence, pour établir s'il y a discrimination indirecte, il convient simplement de comparer la proportion de nationaux et de non-nationaux parmi les personnes affectées par la mesure en cause (*CJCE, 21 sept. 2000, aff. C-124/99, Borowitz : Rec. CJCE 2000, I, p. 7293*).

54. - Discrimination entre nationaux "sédentaires" et nationaux "migrants" - Pour la première fois en 1997, la Cour de justice a jugé que l'article 45 TFUE interdit aussi les discriminations, par un État membre, à l'encontre de ses travailleurs nationaux qui, après avoir exercé leur droit à la libre circulation, reviennent dans l'État membre d'origine et revendiquent, par exemple, un avantage social dont l'octroi est lié à une condition de résidence (*CJCE, 30 janv. 1997, aff. C-4/95, Stöber : Rec. CJCE 1997, I, p. 511*). Par la suite, la Cour a étendu cette interdiction spécifique de discrimination aux "citoyens migrants" (*CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-224/98, D'Hoop : Rec. CJCE 2002, I, p. 6191*).

Bien que cette discrimination ne soit opérée, ni directement ni indirectement, en fonction de la nationalité des intéressés, la Cour de justice a jugé que cette discrimination est une discrimination indirecte (*CJCE, 20 janv. 2005, aff. C-306/03, Salgado Alonso : Rec. CJCE 2005, I, p. 705*). Elle est donc, potentiellement, justifiable par n'importe quelle raison impérieuse d'intérêt général (*CJCE, 13 nov. 2003, aff. C-209/01, Schilling : Rec. CJCE 2003, I, p. 13389*).

Lorsqu'un travailleur national ayant exercé son droit à la libre circulation revient dans son État d'origine ou lorsque tout en y travaillant il exerce une activité parallèle dans un autre État membre et revendique un droit garanti par l'article 45 TFUE, il peut appuyer sa revendication indifféremment sur trois moyens : l'existence d'une discrimination déguisée à l'encontre des travailleurs européens (*CJCE, 27 juin 1996, aff. C-107/94, Asscher : Rec. CJCE 1996, I, p. 3089*), celle d'une discrimination par rapport aux nationaux n'ayant jamais exercé leur droit à la libre circulation (*CJCE, 30 janv. 1997, aff. C-4/95, Stöber : Rec. CJCE 1997, I, p. 511*) ou encore la présence d'une entrave le dissuadant d'exercer son droit de libre circulation (*CJCE, 31 mars 1993, aff. C-19/92, Kraus : Rec. CJCE 1993, I, p. 1663*. - sur ce dernier point, *V. infra n° 58*).

55. - Discrimination à rebours - Le droit de l'Union n'interdit pas aux États membres de traiter moins bien les travailleurs nationaux que les travailleurs européens lorsqu'ils ne peuvent faire valoir aucun facteur de rattachement au droit de l'Union. Dans ce cas-là, il appartient, éventuellement, aux juridictions nationales de vérifier que cette discrimination à rebours est compatible avec les règles constitutionnelles d'égalité entre nationaux (*CJCE, 16 juin 1994, aff. C-132/93, Steen : Rec. CJCE 1994, I, p. 2715*).

Dans la doctrine, il est parfois avancé que ce type de discrimination devrait être aussi interdit par le droit de l'Union, particulièrement après l'insertion du concept de citoyenneté dans le traité . La même idée a été défendue par l'avocat général Sharpston dans l'affaire "*Gouvernement Wallon*" (*CJCE, 1er avr. 2008, aff. C-212/06 : Rec. CJCE 2008, I, p. 1683*). Une telle idée semble toutefois oublier la prémisse même sur laquelle repose l'article 45 TFUE, à savoir le fait d'avoir exercé le droit à la libre circulation. Dans la mesure où ce droit n'a pas été exercé, l'interdiction de discrimination édictée par cette disposition ne peut trouver à s'appliquer. Quant à la citoyenneté, la Cour de justice a répété à plusieurs reprises que la citoyenneté de l'Union, prévue à l'article 17 CE, n'a pas pour objectif

d'étendre le champ d'application matériel du traité à des situations internes n'ayant aucun facteur de rattachement au droit de l'Union (*CJCE, 5 juin 1997, aff. C-64/96 et C-65/96, Uecker et Jacquet : Rec. CJCE 1997, I, p. 3171*). C'est ce que la Cour a rappelé en 2008 dans l'affaire "*Gouvernement Wallon*" (*CJCE, 1er avr. 2008, C-212/06, préc.*).

Limites au droit à la libre circulation

71. - Principes - Un travailleur ne perd son droit de séjour dans l'État membre d'emploi que dans deux situations : s'il perd la qualité de travailleur (départ de l'État membre d'emploi, chômage volontaire) ou s'il constitue une menace pour l'ordre public, la sécurité publique ou la santé publique. Dans ce second cas de figure, la directive 64/221/CEE du Conseil, du 25 février 1964, pour la coordination des mesures spéciales aux étrangers en matière de déplacement et de séjour justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique (*Cons. CE, dir. 64/221/CEE, 25 févr. 1964 : Journal Officiel des communautés européennes 4 Avril 1964*) lui garantissait, ainsi qu'aux membres de sa famille, une protection renforcée contre l'expulsion. S'agissant de ces derniers, sont également couverts ceux qui seraient en situation irrégulière de séjour dans l'État membre d'accueil (*CJCE, 25 juill. 2002, aff. C-459/99, MRAX : Rec. CJCE 2002, I, p. 6591*).

Cette protection renforcée découlait de la nature même du droit de libre circulation conféré au travailleur par le traité. La réserve d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique, inscrite dans le traité (*art. 45, § 3, TFUE*), et mise en oeuvre dans cette directive, n'est pas conçue, comme elle l'est pour un étranger "ordinaire", comme une condition préalable posée à l'acquisition du droit d'entrée et de séjour, mais elle permet seulement d'apporter, dans des cas individuels et en présence d'une justification appropriée, des restrictions à l'exercice d'un droit directement conféré par le traité (*CJCE, 3 juill. 1980, aff. 157/79, Pieck : Rec. CJCE 1980, p. 2171*).

La directive 64/221/CEE a donné lieu à une jurisprudence abondante. La Cour de justice a essentiellement confirmé qu'une mesure prise au titre de la réserve d'ordre public ne peut se fonder que sur le comportement personnel de l'individu qui en fait l'objet et elle ne peut jamais constituer une mesure de prévention générale à l'encontre des étrangers (*CJCE, 26 févr. 1975, aff. 67/74, Bonsignore : Rec. CJCE 1975, p. 297*). Elle a également renforcé les garanties procédurales dont doit bénéficier un travailleur d'un autre État membre avant toute mesure prise au titre de la directive. Dans ce contexte, elle a notamment affirmé le principe d'un droit à un procès équitable dans le contentieux de l'expulsion, offrant ainsi au travailleur d'un autre État membre une protection plus étendue que celle découlant de la Convention européenne des droits de l'homme, la Cour européenne des droits de l'homme considérant aujourd'hui encore que l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne n'est pas applicable à un tel contentieux (*CEDH, 25 mars 2004, n° 16870/03, Vikulov, décision sur la recevabilité*).

La directive 64/221/CEE a été abrogée et ses dispositions ont été insérées dans la directive 2004/38/CE, laquelle, en construisant sur un acquis jurisprudentiel de plus de trente ans, a encore renforcé la protection des travailleurs des autres États membres et des membres de sa famille, en intégrant l'essentiel de cet acquis dans le corps même de la directive ou en introduisant dans celle-ci de nouvelles dispositions protectrices.

72. - Ordre public : "mesure proportionnée" - L'article 27 de la directive 2004/38/CE reprend les enseignements de la jurisprudence en énonçant qu'une mesure d'expulsion ne peut être prise si le même comportement, lorsqu'il est le fait d'un national, ne donne pas lieu à une sanction équivalente (*CJCE, 18 mai 1982, aff. 115/81, Adoui : Rec. CJCE 1982, p. 1665*).

Section II Libre prestation de services et d'établissement

Distinctions avec d'autres libertés, domaine, régime.

§ 1) distinction entre libre prestation des services et autres libertés

A Libre prestation des services et liberté d'établissement

Présence temporaire du prestataire de services - Seul le caractère temporaire de la présence du prestataire de services sur le territoire de l'État d'accueil permet de distinguer la libre prestation des services de l'hypothèse de l'établissement. Ainsi, selon la Cour, une activité exercée dans un autre

État membre sans limitation prévisible de durée ne saurait relever de la libre prestation des services (*CJCE, 5 oct. 1988, Steymann, citée supra n° 23, pt 16*). Dès lors, le membre d'une secte présent dans un État membre où il réside habituellement, même s'il effectue des travaux au sein de la secte ayant la nature de prestations de services, doit être considéré comme établi (même arrêt). De même, la réalisation d'installations routières de distribution de carburants implique nécessairement l'accès au territoire de l'État d'accueil aux fins d'une participation stable et continue à la vie économique de cet État et relève donc de la liberté d'établissement (*CJUE, 11 mars 2010, aff. C-384/08, Attanasio, citée supra n° 10*).

En revanche, la prestation de services peut durer plusieurs années, comme par exemple lors de la construction d'un grand bâtiment (*CJCE, 11 déc. 2003, aff. C-215/01, Schnitzer : Rec. CJCE 2003, I, p. 14847 ; Europe 2004, comm. 42, p. 14*), le seul fait qu'un opérateur établi dans un État membre fournisse des services dans un autre État sur une période prolongée ne suffisant pas à le considérer comme établi dans ce dernier État (*CJCE, 29 avr. 2004, aff. C-171/02, Comm. CE c/ Portugal : Rec. CJCE 2004, p. 14847 ; Europe 2004, comm. 205*).

Le Conseil d'État, statuant en référé, a rejeté le recours formé par la société Easyjet contre un décret de 2006 estimant que les bases d'exploitation des compagnies aériennes entraînent dans la définition des locaux et infrastructures à partir desquels une activité stable est exercée sur le territoire français, rendant alors applicable le droit du travail français en vertu de l'article L. 342-4 du Code du travail (*CE, 15 janv. 2007, Easyjet Airlines : JurisData n° 2007-071284*). Les compagnies aériennes sont en effet présentes sur une base d'exploitation d'un aéroport sans limitation prévisible de durée et doivent être considérées comme établies et non en libre prestation des services.

B Distinction entre libre prestation des services et libre circulation des travailleurs

Déplacement du personnel des entreprises en libre prestation des services - La libre prestation des services permet à une entreprise prestataire de services de se déplacer avec son personnel sur le territoire de l'État d'accueil. Celui-ci n'accède pas à proprement parler au marché du travail de l'État d'accueil et les salariés de l'entreprise en libre prestation des services ne sont pas considérés comme exerçant alors la libre circulation des travailleurs (*CJCE, 27 mars 1990, aff. C-113/89, Rush Portuguesa : Rec. CJCE 1990, I, p. 1417. - H. Calvet et F. Dintilhac, Droit d'établissement et libre prestation des services : RTDE 1991, chron. p. 59. - P. Rodière : RTDE 1990, p. 638. - CJCE, 9 août 1994, aff. C-43/93, Vander Elst : Rec. CJCE 1994, I, p. 3803*). Cette jurisprudence n'est toutefois pas applicable à la mise à disposition de main-d'oeuvre qui peut être subordonnée, durant la période transitoire de l'adhésion des nouveaux États membres, à un régime d'autorisation de travail, la Cour de justice ne distinguant pas selon que les travailleurs accèdent directement au marché du travail de l'État d'accueil ou par le biais d'une entreprise de mise à disposition de main-d'oeuvre et ce, malgré les dispositions de la directive 96/71/CE (*V. infra n° 38*) qui assimilent le détachement des travailleurs à la libre prestation des services il est vrai à des fins de protection de travailleurs qui sont différentes des objectifs prévus par les dispositions transitoires des traités d'adhésion (*CJUE, 10 févr. 2011, aff. jtes C-307/09 à C-309/09, Vicoplus : Europe 2011, comm. 126, note V. Michel ; RJS 5/11, p. 355, note F. Meyer*).

Application des règles sociales protectrices de l'État d'accueil - L'État d'accueil peut néanmoins exiger l'application de certaines règles d'ordre public, comme par exemple le bénéfice d'un salaire minimum prévu par la législation nationale ou par les conventions collectives conclues par les partenaires sociaux (*CJCE, 3 févr. 1982, Seco, citée supra n° 36, pt 14. - CJCE, 27 mars 1990, Rush Portuguesa, citée supra n° 35, pt 18. - CJCE, 9 août 1994, Vander Elst, citée supra n° 36, pt 23. - J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services : RTDE 1995, p. 833*).

Dans un arrêt ultérieur (*CJCE, 15 mars 2001, aff. C-165/98, Mazzolini : Rec. CJCE 2001, I, p. 2189. - J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services : RTDE 2001, p. 743*), alors que la directive 96/71/CE n'était pas encore applicable *rationae temporis*, la Cour semble nuancer quelque peu sa jurisprudence en ce que, bien qu'elle réaffirme le droit pour l'État membre d'accueil d'imposer le respect par l'employeur en libre prestation de services du salaire minimum en vigueur dans cet État, elle relève que cette obligation doit respecter le principe de proportionnalité. Le juge national doit à cet égard prendre en compte la durée des prestations de service, leur

prévisibilité et le fait que les employés ont effectivement été déplacés vers l'État d'accueil ou continuent au contraire d'être rattachés à la base d'opérations de leur employeur dans son État membre d'origine. Il s'agissait en l'espèce d'une activité de surveillance impliquant un roulement du personnel afin qu'il ne soit pas trop facilement identifié par la clientèle d'une galerie marchande et les salariés travaillaient donc partiellement en France et partiellement en Belgique.

De même, dans l'arrêt "*Portugaia Construções*" (CJCE, 24 janv. 2002, aff. C-164/99 : Rec. CJCE 2002, I, p. 787. - C. Prieto, *Liberté d'établissement et de prestation de services* : RTDE 2003, p. 489), si la Cour confirme, alors que la directive 96/71/CE n'était pas encore applicable, l'applicabilité des règles de l'État d'accueil en ce qui concerne le salaire minimum au motif que la protection des travailleurs constitue une raison impérieuse d'intérêt général justifiant cette entrave à la libre prestation des services, elle juge en revanche injustifiée la règle nationale interdisant aux employeurs établis dans d'autres États membres de pouvoir, comme les employeurs de l'État membre, instituer par un accord collectif d'entreprise un salaire minimum inférieur au salaire prévu par la convention collective applicable. Cette jurisprudence sur le salaire minimum a été transposée au régime des congés payés. Si le juge national peut établir que le régime des congés payés de l'État membre d'accueil est plus avantageux que celui de l'État d'origine du prestataire de services, l'exigence de cotiser à une caisse de congés payés de l'État d'accueil peut lui être imposée au nom de la protection des travailleurs, le juge national devant toutefois faire un bilan coût-avantage entre la protection supplémentaire apportée par le droit du travail de l'État d'accueil et les charges administratives et économiques qui pèsent alors sur le prestataire de service (CJCE, 25 oct. 2001, aff. jtes C-49/98, C-50/98, C-52/98 à C-54/98, C-68/98 à C-71/98, *Finalarte Sociedade de Construção Civil* : Rec. CJCE 2001, I, p. 7831. - V. sur ces arrêts, V. Hatzopoulos, *Que reste-t-il de la directive sur les services ?* : Cah. dr. eur. 2007, n° 3-4, p. 299, spécialement p. 340).

Dans un arrêt important du 18 décembre 2007 relatif aux syndicats suédois (CJCE, 18 déc. 2007, aff. C-341/05, *Laval un Partneri* : Rec. CJCE 2007, I, p. 11767 ; Europe 2008, comm. 40 ; JDI 2008, chron. 4), la Cour de justice a estimé disproportionnée une action collective syndicale engagée pour obliger un employeur établi dans un autre État membre à signer une convention collective afin de permettre, dans un second temps, l'ouverture de négociations collectives pour déterminer le salaire applicable, dès lors qu'il ne s'agit pas d'un salaire minimum et que le contexte national est marqué par l'absence de dispositions suffisamment précises et accessibles rendant en pratique impossible ou excessivement difficile la détermination du salaire minimal.

Dans un arrêt du 18 juillet 2007, la Cour de justice a estimé justifiée par la protection des travailleurs l'obligation pour le prestataire de services de traduire les contrats de travail et les fiches de paie dans la langue de l'État d'accueil, en rejetant le recours en manquement de la Commission sur ce point (CJCE, 18 juill. 2007, Comm. CE c/ Allemagne, citée supra n° 36).

L'employeur n'ayant pas respecté les dispositions impératives de l'État d'accueil en matière de salaire minimum peut faire l'objet de sanctions pénales à la condition que ces dispositions soient suffisamment précises et déterminables (CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, citée supra n° 36).

C Libre prestation des services et libre circulation des marchandises

Caractère prépondérant de la fourniture de biens ou de services. - Afin de distinguer les situations relevant de la libre circulation des marchandises de celles relevant de la libre prestation des services, la Cour de justice applique la règle traditionnelle selon laquelle "l'accessoire suit le principal" et examine si la part de fourniture d'un bien est ou non prépondérante par rapport à l'activité de prestation de services elle-même (CJCE, 5 oct. 1994, *Van Schaik*, citée supra n° 26. - V. aussi CJCE, 26 mai 2005, aff. C-20/03, *Burmanjer* : Rec. CJCE 2005, I, p. 4133 ; Europe 2005, comm. 244). Ainsi, la fourniture de marchandises lors de l'entretien d'un véhicule par un garagiste - huiles, pièces de rechange - est accessoire par rapport à la prestation de services que constitue la révision du véhicule (même arrêt). Lorsqu'il est impossible de distinguer l'accessoire du principal, s'agissant d'une procédure nationale d'autorisation préalable pour la commercialisation de décodeurs par des opérateurs de télévision par satellite, la Cour a examiné la compatibilité de la mesure nationale à la fois au regard de la libre circulation des marchandises et de la libre prestation des

services (CJCE, 22 janv. 2002, aff. C-390/99, Canal Satellite Digital : Rec. CJCE 2002, I, p. 607 ; Europe 2002, comm. 102).

§ 2 Domaine de la libre prestation de services

A GENERALITES

Pour être qualifiée par la Cour de justice de "liberté subsidiaire" (CJCE, 30 nov. 1995, aff. C-55/94, Reinhard Gebhard : Rec. CJCE 1995, I, p. 4165), la libre prestation des services n'en présente pas moins le caractère peut-être le plus original parmi les libertés de circulation consacrées par le droit de l'Union. En effet, si l'installation de façon durable d'étrangers dans un autre État pour y exercer une activité économique existe depuis longtemps, l'accomplissement d'une prestation par un prestataire de services établi dans un autre État, par le caractère fugitif de la confrontation entre les deux ordres juridiques nationaux concernés, suscite des difficultés qu'on ne pouvait guère soupçonner en Europe avant la mise en application des traités communautaires.

Très tôt, la Cour de justice, malgré le libellé de l'article 50 CE, devenu l'article 57 TFUE, ne pourra se résoudre à appliquer mécaniquement toutes les règles internes de l'État d'accueil à une prestation par nature temporaire, alors que le prestataire de services est déjà tenu à l'observation des règles en vigueur dans son État d'origine. Le dépassement de la règle du traitement national exprimée aux articles 43 et 50 CE, devenus les articles 49 et 57, se fera dès lors d'abord en matière de libre prestation des services.

Sans doute cette particularité, ajoutée à l'influence de la jurisprudence applicable en matière de libre circulation des marchandises depuis l'arrêt "Cassis de Dijon" (CJCE, 20 févr. 1979, aff. 120/78, Rewe-Zentral : Rec. CJCE 1979, p. 649), a-t-elle joué un rôle dans le dépassement par la Cour de justice, au début des années 1990, de la règle du traitement national tant en matière de libre prestation des services qu'en matière de liberté d'établissement. Le principe de non-discrimination, en effet, a pu être qualifié de "degré zéro de l'intégration communautaire" (J.-G. Huglo, *Droit d'établissement et libre prestation des services* : RTDE 1992, chron. p. 687. - V. aussi, sur les fonctions du principe de non-discrimination, K. Lenaerts, *L'égalité de traitement en droit communautaire, Un principe unique aux apparences multiples* : Cah. dr. eur. 1991, n° 1-2, p. 3) dont le dépassement était dès lors inéluctable. Par cette évolution de la jurisprudence, se dessine ainsi un régime unifié pour les quatre libertés, libre circulation des marchandises, des salariés (CJCE, 15 déc. 1995, aff. C-415/93, Bosman : Rec. CJCE 1995, I, p. 4921), liberté d'établissement et libre prestation des services (pour une opinion différente, V. D. Martin, "Discriminations", "entraves" et "raisons impérieuses" dans le traité CE, trois concepts en quête d'identité : Cah. dr. eur. 1998, n° 3-4, p. 261 et n° 5-6, p. 561. - et de façon plus nuancée, V. Hatzopoulos, *Exigences essentielles, impératives ou impérieuses, une théorie, des théories ou pas de théorie du tout ?* : RTDE 1998, p. 191).

Directive "services" du 12 décembre 2006 - Cette évolution vers le dépassement de la règle du traitement national, qui reste relative dans la jurisprudence de la Cour de justice compte tenu des raisons impérieuses d'intérêt général et des motifs visés à l'article 46 CE (devenu art. 52 TFUE) qui peuvent justifier les entraves résultant de l'application de la législation de l'État d'accueil (V. *infra* n° 73 et 99), aurait été en revanche plus radicale si avait été adoptée en l'état la proposition de directive-cadre de la Commission (*proposition de directive COM(2004)2 final* dite directive "Bolkestein", proposition de directive faite en janvier 2004 et établissant, sous certaines dérogations très limitées, le principe de l'application de la législation de l'État d'origine du prestataire de services : RDUE 2004/2, p. 373. - S. d'Acunato, *La proposition de directive sur les services dans le marché intérieur* : RDUE 2004/2, p. 201. - O. De Schutter et S. Francq, *La proposition de directive relative aux services dans le marché intérieur : reconnaissance mutuelle, harmonisation et conflits de lois dans l'Europe élargie* : Cah. dr. eur. 2005, n° 5-6, p. 603. - P. Pellegrino et R. Jeannin, *Proposition de directive sur les services : pour tenter d'y voir clair* : Gaz. eur. du Palais n° 34, mai 2005, n° 135 à 139, p. 6. - F. Arnaud-Faraut et S. Soares, *Proposition de directive sur les services : quels progrès possibles ?* : Gaz. eur. du Palais n° 34, mai 2005, n° 135 à 139, p. 17).

Le texte final n'a pas retenu l'application de la législation du pays d'origine mais restreint, en matière de libre prestation des services, les justifications possibles aux entraves aux seuls motifs tirés de l'ordre public, la santé publique, la sécurité publique - motifs figurant à l'article 52 TFUE - et la protection de

l'environnement, excluant ainsi notamment la protection des consommateurs (*PE et Cons. UE, dir. 2006/123/CE, 12 déc. 2006 relative aux services dans le marché intérieur, art. 14 et 16 : Journal Officiel de l'union européenne 27 Décembre 2006, p. 36.* - V. Colloque CRUE (Paris I) - Cour de cassation, *La directive du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur : Europe 2007, études 6 à 17.* - M. Fallon et A.-C. Simon, *La directive "services" : quelle contribution au marché intérieur ? : JTDE 2007, n° 136, p. 33.* - S. d'Acunto, *Directive Services (2006/123/CE) : radiographie juridique en dix points : RDUE 2007/2, p. 261.* - V. Hatzopoulos, *Que reste-t-il de la directive sur les services ? : Cah. dr. eur. 2007, n° 3-4, p. 299*). Ce texte inhabituel modifie ainsi la teneur de l'article 49 CE (devenu l'art. 56 TFUE) tel qu'interprété par la Cour de justice et ce, en l'absence d'harmonisation totale. Il comporte par ailleurs une obligation pour les États membres d'examiner leurs procédures et formalités applicables à l'accès à une activité de service (art. 5), l'instauration de guichets uniques pour accomplir l'ensemble des formalités requises pour l'accès à des activités de services (art. 6), un droit à l'information des prestataires et destinataires, notamment par voie électronique (art. 7, 8, et 21), la codification de la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'établissement (art. 9 s.), une obligation dite de "screening", à savoir une obligation d'examen par les États membres de la compatibilité de leur droit interne avec les exigences de la liberté d'établissement (art. 15, et 39), l'instauration de points de liaison dans chaque État membre et une obligation d'assistance mutuelle (art. 28, et 29), un système d'échange d'informations et de contrôles (art. 30 s.), un programme de convergence par l'élaboration de codes de conduite (art. 37). Cette directive doit être intégrée dans les droits internes des États membres avant le 28 décembre 2009.

Un des éléments les plus notables de la directive - certains auteurs ayant pu parler "d'anti-législation" (P. Manin, *Conclusions : Europe 2007, étude 12*) est l'existence d'un champ d'application restreint comportant de nombreuses exclusions (V. F. Picod, *Le champ d'application de la directive 2006/123/CE : Europe 2007, étude 8*).

Selon l'article 1er de la directive 2006/123/CE :

2. La présente directive ne traite pas de la libéralisation des services d'intérêt économique général, réservés à des organismes publics ou privés, ni de la privatisation d'organismes publics prestataires de services.

3. La présente directive ne traite pas de l'abolition des monopoles fournissant des services, ni des aides accordées par les États membres qui relèvent des règles communautaires en matière de concurrence.

La présente directive ne porte pas atteinte à la faculté des États membres de définir, conformément au droit communautaire, ce qu'ils entendent par services d'intérêt économique général, la manière dont ces services devraient être organisés et financés conformément aux règles relatives aux aides d'État ou les obligations spécifiques auxquelles ils doivent être soumis.

4. La présente directive ne porte pas atteinte aux mesures prises au niveau communautaire ou au niveau national, dans le respect du droit communautaire, en vue de la protection ou de la promotion de la diversité culturelle ou linguistique, ou du pluralisme des médias.

5. La présente directive n'affecte pas les règles de droit pénal des États membres. Toutefois, les États membres ne peuvent restreindre la libre prestation des services en appliquant des dispositions pénales qui réglementent ou affectent de façon particulière l'accès à une activité de service ou l'exercice d'une telle activité à l'effet de contourner les règles énoncées dans la présente directive.

6. La présente directive ne s'applique pas au droit du travail, à savoir les dispositions légales ou contractuelles concernant les conditions d'emploi, les conditions de travail, y compris la santé et la sécurité au travail, et les relations entre les employeurs et les travailleurs, que les États membres appliquent conformément à leur législation nationale respectant le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus la législation des États membres en matière de sécurité sociale.

7. La présente directive n'affecte pas l'exercice des droits fondamentaux tels que reconnus dans les États membres et par le droit communautaire. Elle n'affecte pas non plus le droit de négocier, de conclure et d'appliquer des conventions collectives et de mener des actions syndicales conformément aux législations et aux pratiques nationales respectant le droit communautaire.

De même, selon l'article 2, paragraphe 2, de la directive :

2. La présente directive ne s'applique pas aux activités suivantes :

- a) les services d'intérêt général non économiques ;
- b) les services financiers tels que ceux ayant trait à la banque, au crédit, à l'assurance et à la réassurance, aux retraites professionnelles ou individuelles, aux titres, aux fonds d'investissements, aux paiements et aux conseils en investissement, y compris les services énumérés à l'annexe I de la directive 2006/48/CE ;
- c) les services et réseaux de communications électroniques ainsi que les ressources et services associés pour ce qui concerne les matières régies par les directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE, 2002/22/CE et 2002/58/CE ;
- d) les services dans le domaine des transports, y compris les services portuaires, qui entrent dans le champ d'application du titre V du traité ;
- e) les services des agences de travail intérimaire ;
- f) les services de soins de santé, qu'ils soient ou non assurés dans le cadre d'établissements de soins et indépendamment de la manière dont ils sont organisés et financés au niveau national ou de leur nature publique ou privée ;
- g) les services audiovisuels, y compris les services cinématographiques, quel que soit leur mode de production, de distribution et de transmission, et la radiodiffusion sonore ;
- h) les activités de jeux d'argent impliquant des mises ayant une valeur monétaire dans les jeux de hasard, y compris les loteries, les casinos et les transactions portant sur des paris ;
- i) les activités participant à l'exercice de l'autorité publique conformément à l'article 45 du traité ;
- j) les services sociaux relatifs au logement social, à l'aide à l'enfance et à l'aide aux familles et aux personnes se trouvant de manière permanente ou temporaire dans une situation de besoin qui sont assurés par l'État, par des prestataires mandatés par l'État ou par des associations caritatives reconnues comme telles par l'État ;
- k) les services de sécurité privée ;
- l) les services fournis par les notaires et les huissiers de justice, nommés par les pouvoirs publics.

3. La présente directive ne s'applique pas en matière fiscale.

La directive 2006/123/CE dans son article 3 prévoit par ailleurs qu'elle ne prévaut pas sur les directives ou règlements sectoriels ni sur les règles de droit international privé, tel que le règlement (CE) n° 44/2001 du Conseil du 22 décembre 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (règlement dit "Bruxelles I" ayant remplacé partiellement la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 ; ce règlement est entré en vigueur le 1er mars 2002 : *Journal Officiel des communautés européennes* 16 Janvier 2001) ou le règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (Rome II) (*PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 864/2007, 11 juill. 2007 : Journal Officiel de l'union européenne* 31 Juillet 2007. - V. aussi le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (Rome I), *PE et Cons. UE, règl. (CE) n° 593/2008, 17 juin 2008 : Journal Officiel de l'union européenne* 4 Juillet 2008. - V. toutefois *C. Kleiner, La conception*

des règles de droit international privé dans la directive services : Europe 2007, étude 17). Elle précise elle-même les textes communautaires qui ne sont pas affectés par ses dispositions. Ainsi, selon l'article 3 de la directive 2006/123/CE :

1. Si les dispositions de la présente directive sont en conflit avec une disposition d'un autre acte communautaire régissant des aspects spécifiques de l'accès à une activité de services ou à son exercice dans des secteurs spécifiques ou pour des professions spécifiques, la disposition de l'autre acte communautaire prévaut et s'applique à ces secteurs ou professions spécifiques. Ces actes incluent :

a) la directive 96/71/CE ;

b) le règlement (CEE) n° 1408/71 ;

c) la directive 89/552/CEE du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (*Journal Officiel des communautés européennes 17 Octobre 1989*) ;

d) la directive 2005/36/CE.

2. La présente directive ne porte pas sur les règles du droit international privé, en particulier les règles régissant le droit applicable aux obligations contractuelles et non contractuelles, y compris celles garantissant que les consommateurs bénéficient de la protection que leur accordent les règles de protection des consommateurs contenues dans la législation de la consommation en vigueur dans leur État membre.

Il n'en demeure pas moins que les secteurs exclus, comme les loteries ou les soins de santé, continuent d'être régis par les articles 43 et 49 CE (devenus les *art. 49 et 56 TFUE*) et par la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'établissement et de services. L'on peut dès lors s'interroger, au-delà des aspects procéduraux et de coopération administrative entre les États membres, sur l'apport réel de ce texte. Seule la restriction des justifications possibles aux entraves apportées par la législation de l'État d'accueil (*art. 14* en matière d'établissement et *art. 16* en matière de libre prestation des services) est une singulière nouveauté mais il n'est pas sûr que les dispositions de la directive soient sur ce point valides, dès lors qu'il n'appartient pas au législateur de l'Union de modifier la teneur d'un article des traités par voie de directive et que la jurisprudence traditionnelle de la Cour de justice n'interdit aux États membres d'invoquer les justifications habituelles, par exemple les raisons impérieuses d'intérêt général (*V. infra n° 99*) ou les dispositions de l'article 46 CE devenu l'article 52 TFUE (*V. infra n° 73*) qu'en cas d'harmonisation totale du secteur en cause (*V. C. Lemaire, La directive, la liberté d'établissement et la libre prestation des services. Confirmations, innovations ? : Europe 2007, étude 10*). Or l'on ne saurait considérer que la directive 2006/123/CE procède à une harmonisation totale, dès lors que, par exemple, l'article 15, paragraphe 7, oblige les États membres à notifier à la Commission leurs réglementations internes et l'article 16, paragraphe 4, invite la Commission à présenter un rapport au Parlement européen et au Conseil, au plus tard le 28 décembre 2011, sur la nécessité de proposer des mesures d'harmonisation (*V. pour une même opinion, V. Hatzopoulos, Que reste-t-il de la directive sur les services ? : Cah. dr. eur. 2007, n° 3-4, p. 299, spécialement p. 324*). Un auteur - il est vrai membre de la Commission - considère toutefois que la directive 2006/123/CE peut restreindre les facultés pour les États membres d'imposer des restrictions aux opérateurs des autres États membres dès lors qu'il s'agit de faciliter les libertés de circulation (*S. d'Acunto, Directive Services (2006/123/CE) : radiographie juridique en dix points : RDUE 2007/2, p. 261, spécialement p. 269*).

Notion d'établissement - La liberté d'établissement, aux termes mêmes de l'article 43, alinéa 2, CE (devenu l'*art. 49 TFUE*), comporte l'accès aux activités non salariées et leur exercice, ainsi que la constitution et la gestion d'entreprises et notamment de sociétés. Si, selon la Cour, "la notion d'établissement au sens du traité est une notion très large, impliquant la possibilité pour un ressortissant communautaire de participer, de façon stable et continue, à la vie économique d'un État membre autre que son État d'origine, et d'en tirer profit, favorisant ainsi l'interpénétration économique et sociale à l'intérieur de la Communauté dans le domaine des activités non salariées" (*CJCE, 21 juin 1974, Reyners, citée supra n° 1, pt 21. - CJCE, 30 nov. 1995, Reinhard Gebhard, citée supra n° 4*), il

n'en demeure pas moins qu'une personne exerçant son activité professionnelle dans son État d'origine et résidant dans un autre État membre où il n'exerce aucune activité économique n'entre pas dans le champ d'application de la liberté d'établissement (*CJCE*, 26 janv. 1993, *aff. 112/91*, *Werner* : *Rec. CJCE* 1993, I, p. 429. - *V. J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services* : *RTDE* 1993, p. 662). L'établissement est en effet une notion économique.

Situations purement internes - De la même manière, en présence d'une situation purement interne, le bénéfice de la liberté d'établissement ne peut être invoqué (V. par exemple, *CJCE*, 3 oct. 1990, *aff. jtes C-54/88, C-91/88 et C-14/89, Nino* : *Rec. CJCE* 1990, I, p. 3537. - *CJCE*, ord., 19 juin 2008, *aff. C-104/08, Kurt* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 97 ; *Europe* 2008, *comm.* 265, *note A. Rigaux*). Il en est ainsi par exemple de la situation d'un vétérinaire belge exerçant en Belgique et ne soutenant pas avoir acquis une formation professionnelle dans un autre État membre (*CJCE*, 16 nov. 1995, *aff. C-152/94, Openbaar Ministerie* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 3981) ou de la situation de ressortissants belges résidant à Bruxelles ou dans la région de Wallonie et travaillant dans la région flamande et se voyant interdire l'accès à un régime d'assurance invalidité (*CJCE*, 1er avr. 2008, *aff. C-212/06, Gouvernement de la Communauté française* : *Rec. CJCE* 2008, I, p. 1683 ; *Europe* 2008, *comm.* 182, *note L. Driguez*. - *P. Icard, La primauté de l'usage du droit de circuler sur la qualité de citoyen européen* : *Dalloz*, 2008, p. 1655. - *C. Dautricourt, Chron. des arrêts* : *RMUE* 2008, n° 3, p. 603). De même, la législation française exigeant des seuls Français pour l'exploitation d'un salon de coiffure la possession d'un diplôme alors que cette exigence n'est pas requise des coiffeurs ressortissants d'autres États membres n'entre pas dans le champ d'application du droit communautaire et ne peut être contestée par un Français au titre de la liberté d'établissement (*CJCE*, 16 févr. 1995, *aff. jtes C-29/94 à C-35/94, Aubertin* : *Rec. CJCE* 1995, I, p. 301).

En revanche, rien n'interdit à un ressortissant national d'invoquer le bénéfice de la liberté d'établissement à l'encontre de son propre État, dès lors qu'il a fait usage de sa liberté de circulation, par exemple en acquérant une qualification professionnelle dans un autre État membre (*CJCE*, 7 févr. 1979, *aff. 115/78, Knoors* : *Rec. CJCE* 1979, p. 399. - *CJCE*, 7 févr. 1979, *aff. 136/78, Auer* : *Rec. CJCE* 1979, p. 437. - *V. M. Bazex, Liberté d'établissement, vétérinaires, ordre professionnel* : *RTDE* 1984, p. 511. - *K. Lenaerts, cité supra* n° 5, p. 17. - *H. Tagaras, Règles communautaires de libre circulation, discriminations à rebours et situations dites "purement internes". Mélanges Waelbroeck, vol. II* : *Bruyant, Bruxelles*, 1999, p. 1499. - *F. Picod, Libre circulation et situation interne* : *RAE* 2003-2004, I, p. 47. - *L. Idot, Variations sur le domaine spatial du droit communautaire, in Le droit international privé, Esprit et Méthode, Mélanges P. Lagarde* : *Dalloz*, 2005, n° 11) ou en ayant exercé son activité professionnelle dans un autre État membre (*CJCE*, 6 déc. 2007, *aff. C-456/05, Comm. CE c/ Allemagne* : *Rec. CJCE* 2007, I, p. 10517).

La Cour de justice accepte néanmoins de répondre aux questions préjudicielles posées par une juridiction nationale, même en présence d'une situation purement interne, dès lors qu'il n'est pas exclu que la législation en cause affecte les échanges entre États membres et que des entreprises établies dans d'autres États membres puissent être affectées par l'entrave en question (*CJUE*, 11 mars 2010, *aff. C-384/08, Attanasio* : *Europe* 2010, *comm.* 166, *note A. Rigaux*).

Liberté limitée en principe aux ressortissants communautaires et à leur famille - Les règles du traité en matière de liberté d'établissement peuvent être invoquées par un ressortissant d'un État membre de l'Union mais également par un membre de la famille d'un travailleur migrant, même si ce membre de la famille n'a pas la nationalité d'un des États membres de l'Union, en application des dispositions de la directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil, du 28 avril 2004, relative au droit des citoyens de l'Union et des membres de leurs familles de circuler et de séjourner librement sur le territoire des États membres (*PE et Cons. UE, dir. 2004/38/CE*, 28 avr. 2004 : *Journal Officiel de l'union européenne* 30 Avril 2004, p. 77. - *Y. Gautier, La directive n° 2004/38/CE : simplification et élargissement des droits d'entrée et de séjour reconnus aux citoyens de l'Union* : *Europe* 2004, *alerte* 32). Toutefois, une ressortissante helvétique établie en Espagne ne peut invoquer la liberté d'établissement à l'encontre de la loi espagnole exigeant des qualifications professionnelles et certaines autorisations pour exercer la profession d'agent immobilier dès lors qu'elle ne fait pas partie de la famille d'un travailleur migrant ressortissant d'un État tiers (*CJCE*, 25 juin 1992, *aff. C-147/91, Laderer* : *Rec. CJCE* 1992, I, p. 4097). De même, le conjoint, ressortissant d'un État tiers, d'un

ressortissant communautaire n'ayant jamais fait usage de son droit de libre circulation ne peut invoquer la liberté d'établissement et la jurisprudence communautaire en matière de reconnaissance des diplômes (*CJCE, ord., 21 janv. 2008, aff. C-229/07, Mayeur*).

La liberté d'établissement peut être invoquée par un ressortissant d'un État membre pour s'établir à titre professionnel dans un des territoires d'outre-mer français sous réserve d'une condition de réciprocité (*V. art. 183, § 5, CE devenu art. 199, § 5, TFUE. - Cons. CE, déc. n° 86/283/CEE, 30 juin 1986, art. 176, relative à l'association des pays et territoires d'outre-mer à la Communauté européenne : Journal Officiel des communautés européennes 1er Juillet 1986, p. 1. - CJCE, 12 déc. 1990, aff. jtes C-100/89 et C-101/89, Kaefer et Procacci : Rec. CJCE 1990, I, p. 4647. - V. Fasc. 473*).

Une liberté invocable par certains ressortissants d'États tiers - Toutefois, la directive 2003/109/CE du Conseil du 25 novembre 2003 relative au statut des ressortissants de pays tiers résidents de longue durée (*Cons. UE, dir. 2003/109/CE, 25 nov. 2003 : Journal Officiel de l'union européenne 23 Janvier 2004*) prévoit sous certaines restrictions dans son article 14 un droit de séjour d'un ressortissant d'un État tiers dans un autre État membre que celui où il a été autorisé à séjourner, pour une durée de plus de trois mois et pour y exercer une activité économique à titre salarié ou à titre indépendant.

Article 14, paragraphe 2, de la directive 2003/109/CE :

2. Un résident de longue durée peut séjourner dans un deuxième État membre pour l'un des motifs suivants :

a) exercer une activité économique à titre salarié ou indépendant ;

b) poursuivre des études ou une formation professionnelle ;

c) à d'autres fins.

3. Lorsqu'il s'agit d'une activité économique à titre salarié ou indépendant visée au paragraphe 2, point a), les États membres peuvent examiner la situation de leur marché du travail et appliquer leurs procédures nationales concernant les exigences relatives au pourvoi d'un poste ou à l'exercice de telles activités.

Pour des motifs liés à la politique du marché du travail, les États membres peuvent accorder la préférence aux citoyens de l'Union, aux ressortissants de pays tiers lorsque cela est prévu par la législation communautaire, ainsi qu'à des ressortissants de pays tiers résidant légalement et percevant des prestations de chômage dans l'État membre concerné.

4. Par dérogation au paragraphe 1, les États membres peuvent limiter le nombre total des personnes susceptibles de se voir accorder le droit de séjour, à condition que l'admission de ressortissants de pays tiers soit déjà soumise à de telles limitations en vertu du droit en vigueur au moment de l'adoption de la présente directive.

Par ailleurs, la Cour de justice a précisé les droits reconnus aux membres de la famille d'un ressortissant communautaire. Ainsi, l'époux de nationalité indienne d'une ressortissante britannique ayant séjourné en Allemagne peut invoquer les règles du traité en matière d'établissement lors de son retour au Royaume-Uni avec son épouse à l'encontre d'un refus de titre de séjour (*CJCE, 7 juill. 1992, aff. C-370/90, Surinder Singh : Rec. CJCE 1992, I, p. 4265. - J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services : RTDE 1992, p. 688*). Le fait que l'intéressé séjourne au Royaume-Uni au titre du droit national et non du droit communautaire n'a pas été jugé pertinent par la Cour de justice dans la mesure où, comme la Cour le relève, "un ressortissant d'un État membre pourrait être dissuadé de quitter son pays d'origine pour exercer une activité salariée ou non salariée, au sens du traité, sur le territoire d'un autre État membre, s'il ne pouvait pas bénéficier, lorsqu'il revient dans l'État membre dont il a la nationalité pour exercer une activité salariée ou non salariée, de facilités d'entrée ou de séjour au moins équivalentes à celles dont il peut disposer, en vertu du traité ou du droit dérivé, sur le territoire d'un autre État membre" (*pt 20*). De la même manière, le conjoint de nationalité non communautaire d'un ressortissant communautaire peut invoquer la libre prestation des services que son conjoint exerce envers d'autres États membres pour bénéficier d'un droit de séjour alors même que ce conjoint exerce ses prestations de service dans les autres États membres à partir de son État d'origine

(*CJCE, 11 juill. 2002, aff. C-60/00, Carpenter : Rec. CJCE 2002, I, p. 6279. - C. Prieto, Liberté d'établissement et de prestation de services : RTDE 2003, chron. p. 489*).

Enfin, l'existence d'accord d'association de la Communauté avec des États tiers peut conduire les ressortissants de ces États à pouvoir invoquer l'effet direct des dispositions de ces accords d'association en ce qui concerne le droit d'établissement (*CJCE, 27 sept. 2001, aff. C-63/99, Gloszcuk : Rec. CJCE 2001, I, p. 6369. - CJCE, 27 sept. 2001, aff. C-235/99, Kondova : Rec. CJCE 2001, I, p. 6427. - CJCE, 20 nov. 2001, aff. C-268/99, Jany : Rec. CJCE 2001, I, p. 8615. - CJCE, 16 nov. 2004, aff. C-327/02, Georgieva Panayotova : Rec. CJCE 2004, I, p. 11055 ; Europe 2005, comm. 10, note E. Meisse. - CJCE, 12 avr. 2005, aff. C-265/03, Simutenkov : Rec. CJCE 2005, I, p. 2579*).

Notion d'établissement des sociétés - Les personnes morales peuvent être établies dans plus d'un État membre, au moyen notamment d'agences, de filiales ou de succursales (*CJCE, 28 janv. 1986, aff. 270/83, Comm. CE c/ France : Rec. CJCE 1986, p. 273. - D. Berlin : RTDE 1987, p. 105. - M.-C. Boutard-Labarde : JDI 1987, p. 442. - CJCE, 30 nov. 1995, Reinhard Gebhard, citée supra n° 4, pt 23*). Selon la jurisprudence, le rattachement à un établissement autre que le siège n'est possible que si cet établissement présente une consistance minimale par la réunion permanente des moyens humains et techniques nécessaires à des prestations de services déterminées (*CJCE, 4 juill. 1985, aff. 168/84, Berkholz : Rec. CJCE 1985, p. 2251*). Ainsi, lorsqu'une société de leasing ne dispose dans un État membre ni de personnel propre ni d'une structure présentant un degré suffisant de permanence, dans le cadre de laquelle des contrats puissent être conclus ou des décisions administratives de gestion prises, structure apte à rendre possibles, de manière autonome, des prestations de services, elle ne peut être considérée comme disposant d'un établissement stable dans cet État (*CJCE, 17 juill. 1997, aff. C-190/95, Aro Lease : Rec. CJCE 1997, I, p. 4383. - J.-G. Huglo, Droit d'établissement et libre prestation de services : RTDE 1998, p. 574*).

Seconde partie : La liberté de la concurrence au sein de l'Union européenne

Chapitre 1 : domaine d'application du droit communautaire de la concurrence

1. – Concurrence, compétition. – Dans bien des discours, politiques ou d'entreprise, la concurrence apparaît comme une donnée et une nécessité. C'est en toute hypothèse une idée actuelle, en vogue. L'idée de concurrence n'est cependant pas une idée appartenant exclusivement à l'univers de l'entreprise. La compétition sportive, notamment, présente des similitudes factuelles avec la concurrence entre entreprises : des compétiteurs, des juges, des fautes, des manipulations, du dopage..., des règles. La concurrence s'observe également dans d'autres situations, la concurrence des candidats à une élection, la concurrence de beautés, la concurrence que se livrent des pays, pour employer une formule journalistique parfois approximative, par exemple sur le plan économique, énergétique, spatial, etc.

Le principal point commun de toutes ces situations reste l'existence de règles : contrairement à une idée reçue, il n'y a pas de compétition, pas de concurrence sans loi : la « loi de la jungle », impliquant une compétition entre animaux est parfaitement régulée, comme l'écrit Kipling, mangé ou être mangé selon la loi du plus fort ou du plus malin : l'absence de règle, fût-elle celle de la jungle, conduit à l'anarchie, la barbarie, la destruction et en matière économique aux monopoles, aux cartels, aux ententes.

Si une concurrence est nécessaire, et on le présentera ici comme un postulat, alors un droit de la concurrence permet d'organiser cette nécessité.

2. – Droit, économie, système économique et politique. – Dans ces conditions, la concurrence peut être perçue comme une donnée politique et économique, une liberté, qui permet à des opérateurs économiques de s'affronter dans la conquête d'une clientèle sur un marché. Cette liberté est fille de la liberté du commerce, de la liberté contactuelle et de la reconnaissance du droit de propriété. En même temps, cette liberté doit, comme les autres libertés, être affirmée, garantie et encadrée par des règles étatiques afin de bénéficier d'un régime véritable.

Cette liberté est reconnue, légitimée et protégée par des règles de droit, celles du *droit de la concurrence*, matière vaste et complexe...et politique : le droit de la concurrence est le droit d'une économie de libre concurrence, comme le droit de la consommation est celui d'une économie de forte consommation, ce qui suppose, sociologiquement, économiquement et politiquement que la concurrence, le marché, soient libres, point sur lequel nous reviendrons.

Techniquement, le droit de la concurrence est constitué de l'ensemble des *règles juridiques de concurrence*, lesquelles sont donc différentes des *règles de concurrence* qui sont elles-mêmes l'ensemble des techniques de marketing, de publicité, de coopération interentreprises, de procédures de passation de marché ou de contrats, etc. Ces règles juridiques de concurrence, ce droit de la concurrence, donc, sont cependant de définitions à géométrie variable (cf. infra, n°15 s.). Le droit de la concurrence est une branche du droit des affaires, plus que du droit commercial, et est en même temps aux confins du droit des contrats, du droit de la responsabilité (en matière de concurrence déloyale et de réparation du préjudice concurrentiel), du droit de la propriété intellectuelle, du droit de la consommation, du droit pénal, du droit public (des affaires ou économique), du droit communautaire, etc. Il mobilise des compétences diverses, de procédure, d'analyses juridiques souvent fines, d'économie où il nous faut bien souvent avouer, en tant que juristes, que nos limites sont vite franchies.

De façon plus moderne, on peut affirmer aujourd'hui que le droit de la concurrence s'inscrit dans le cadre d'une discipline nouvelle, le droit du marché, le droit de l'économie de marché (64) où on parlait autrefois de droit économique. Il s'agit à chaque fois de la même difficulté : le droit de l'économie, le droit du marché ou le droit de la concurrence sont constitués des règles juridiques applicables à la matière considérée.

En même temps, on peut considérer ces règles du droit de la concurrence, de plusieurs points de vue, juridique et économique, sans faire l'économie d'un peu de politique en la matière dans la mesure où la question de l'utilité et des fondements du droit de la concurrence est première, ne serait-ce que parce, techniquement, le droit de la concurrence forge une idée, une politique de l'économie : la tolérance aux ententes favorise les entreprises existantes, par la création de barrières à l'entrée de nouveaux entrants, inversement, une sévérité trop importante contrarie les objectifs des entreprises existantes et peut être de nature à freiner l'innovation technologique, la question du parasitisme, point central de la question du développement du droit de la concurrence déloyale, pose le problème précédent dans des termes un peu différents ; l'utilisation des signes distinctifs, des « codes » plus largement, non protégeables ou non protégés par un droit privatif et qu'une entreprise connue utilise par un tiers peut-elle être sanctionnée et dans quelles conditions : par exemple, est-il possible d'utiliser la couleur rouge pour nommer une boisson gazeuse élaborée à base de plantes et de couleur marron très foncé ? Quelles sont les conditions de validité des clauses de concurrence en droit des contrats et en droit de la concurrence, les conditions doivent-elles, peuvent-elles être compatibles ? Une entreprise nationale en difficulté peut-elle être sauvée par perfusion de fonds publics, ce qui pose, donc, la question de savoir un pays située dans la plnète concurrentielle peut-il disposer à sa guise d'une politique industrielle ou bien de savoir si des critères sociaux peuvent privilégier des critères économiques dans la considération de vie des entreprises ? Une entreprise qui possède une position forte sur un marché, disons une position dominante, doit-elle être sanctionnée pour cette seule raison ou bien au contraire, faut-il considérer que cette position est acquise vraisemblablement pour de bonnes raisons (forte innovation technologique, produits de bonne qualité pour un prix modeste, etc.) et ne sanctionner que d'éventuels abus, strictement constatés ? Les question ne manquent pas. Les réponses ne sont pas techniques, elle dépendent en premier lieu de la conception que l'ont se fait du *juste économique* si on peut se permettre ce raccourci philosophique platonoco-benthamien. La question, et les réponses, sont d'autant plus difficiles que l'analyse juridique, ou de philosophie du droit, classique, est souvent d'essence morale, alors même que l'économie est, par essence, moralement neutre (65), de sorte que l'analyse est guidée par l'économie. En revanche, l'analyse plus classique retrouve sa raison d'être lorsque l'on se situe au niveau des règles, de fond ou de procédure,

64 Cf. Lucas de Leyssac et G. Parléani, *Droit du marché*, Puf, 2002, D. Mainguy (dir.), *Dictionnaire de droit du marché*, Ellipses, 2008, préf. Cl. Lucas de Leyssac.

65 Comp. A. Comte-Sponville, *La capitalisme est-il moral*, .

de la concurrence : faut-il une procédure ou privilégier l'autorégulation, quelles procédures choisir, un contrôle *a priori* ou *a posteriori*, devant quel type de juridiction, quelles sanctions et de quel type, comme évaluer l'efficacité des sanctions dans un but dissuasif, etc. A cet égard, il n'est guère étonnant que l'idée d'un droit de la concurrence, fondé sur celle de maximisation des richesses dans une recherche du bonheur soit intervenu dans un pays de tradition anglo-saxonne et protestante, les Etats-Unis, c'est-à-dire un système de tradition décisionnelle et utilitariste.

Il est par ailleurs évident que l'idée même d'un droit de la concurrence est consubstantielle de l'image d'une économie d'abondance, de croissance, de richesses, fondée sur la liberté, la propriété : un droit de la concurrence n'a aucun sens dans un pays communiste (il en reste) par exemple, et sur la perception d'un état de droit. Le droit de la concurrence se présente, ainsi, comme un ensemble de procédures destinées à assurer une certaine égalité des chances entre opérateurs économiques.

D'un autre point vue, le droit de la concurrence est l'héritier et le compagnon de route de la société de production et de consommation, voire de l'hyper-production et de l'hyper-consommation dans laquelle nous évoluons, laquelle est fille des trente glorieuses et d'une certaine philosophie économique et politique fondée sur le progrès économique, social, industriel, etc., eux-mêmes établis sur l'accessibilité au plus grand nombre de produits et de services à bas prix, légitimant une concurrence entre entreprises mais également une concurrence, mondiale, entre législations, atisée notamment par les pays émergents, ou émergés depuis, alors même que les ressources mondiales sont incapables de fournir l'équivalent, pour tous, du niveau de consommation des pays développés. Sur cette contradiction, le XXIème siècle s'ouvre comme une critique de ce modèle de civilisation, par le biais de l'écologie, de soucis de développement durable, lesquels tentent de remettre en cause ces fondements et par là-même, le modèle économique dominant, donc, ses outils tels que le droit de la concurrence ou du moins le droit de la concurrence tel qu'il s'neivsage aujourd'hui dans sa mise en œuvre. On peut donc légitimement estimer que l'outil droit de la concurrence évoluera au rythme où évolueront les politiques économiques, dans un sens ou dans l'autre.

3. – Point de vue juridique. – Du point de vue juridique, ou plus exactement de technique juridique, le droit de la concurrence correspond à une branche nouvelle du droit ou plus exactement une nouvelle discipline juridique, barycentre d'un espace joignant le droit pénal, le droit public, le droit des contrats, le droit de la procédure, etc. et en même temps un droit différent, une discipline distincte des autres en tant qu'elle fait appel à des notions peu communes, tirées du vocabulaire économique et faisant appel à des méthodes économiques, d'une part, et fondées, très grossièrement, sur le souci d'assurer la police des marché, la police des abus en matière de prix.

Bien des règles sont, au premier égard, intéressées à l'application du droit de la concurrence. On y trouvera, globalement, les règles de la concurrence déloyale, celles relatives aux clauses de non-concurrence, aux pratiques réglemantées, ce qu'on appelle dans le Code de commerce les « pratiques restrictives de concurrence » qui, pour beaucoup sont autant des règles de droit de la concurrence que de droit de la responsabilité ou de droit des contrats, selon le point de vue que l'on adopte pour les envisager. L'autre grande composante tient à quelques règles plutôt vagues, concentrées dans la prohibition de ce que l'on appelle, en droit français depuis l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986, « les pratiques anticoncurrentielles », c'est-à-dire les ententes et les abus de dominations, le droit « antitrust » pour reprendre la terminologie anglo-saxonne, *Antitrust Law*.

Ces règles sont difficiles à classer au sein des divisions traditionnelles du droit, ni pleinement droit privé, encore moins droit public, il est un droit hybride comme l'est devenu le droit des affaires moderne, qui assure la police des activités économiques par des opérateurs qui relèvent d'ordres divers, l'Etat, les consommateurs, les salariés, les entreprises, les syndicats, les associations, les agriculteurs, les professionnels libéraux, etc, aucun opérateur économique ne peut se considérer comme hors champ d'application du droit de la concurrence.

En revanche il est bien évident que le droit de la concurrence utilise bien des outils du droit privé, entretient des relations particulières avec le droit des contrats, le droit de la responsabilité, le droit de la consommation (même champ d'application, C. com., art. L. 410-1, C. consom., art. L. 113-1, même administration de « tutelle », la DGCCRF, Direction générale de la concurrence, de la

consommation et de la répression des fraudes dépendant du ministère de l'économie) (66).

De façon plus vaste, les règles et techniques du droit de la concurrence peuvent s'adresser aux Etats, s'agissant du droit communautaire ou de règles supranationales que l'OMC mettra peut-être en œuvre : ce sont par exemple les règles interdisant les « aides d'Etat » c'est-à-dire, pour résumer ici, un ensemble de règles particulièrement complexes, qui contrôlent l'octroi des subventions directes ou indirectes accordées par les pouvoirs publics aux opérateurs privés. C'est le cas également des règles en matière de libre circulation des marchandises et plus spécifiquement en matière de droit communautaire de la propriété industrielle. Le droit de la concurrence s'adresse cependant, en premier, aux opérateurs, aux décideurs, aux entreprises soit pour réguler leurs comportements sur le marché, dans le cadre des règles du droit « antitrust », les ententes, les abus de position dominante, soit pour fédérer des règles qui pourraient relever d'autres branches du droit mais qui sanctionnent certains comportements, comme ceux observés en matière de concurrence déloyale.

Du point de vue juridique, donc, le droit de la concurrence est formé de règles, de techniques, de raisonnements, guère différents de ceux utilisés dans d'autres branches du droit, mais, en même temps souvent déroutantes parce qu'utilisant un vocabulaire original, celui des mécaniques économiques.

En outre, et pour compliquer encore la situation de ce droit antitrust, ces règles de droit de la concurrence sont un mélange parfois confus entre des règles de source interne, ce qu'on appelle alors le droit national de la concurrence, pour nous le droit français de la concurrence comme il existe un droit anglais, allemand, espagnol, italien, etc. de la concurrence, et les règles de source communautaire, qu'on désigne comme le droit communautaire de la concurrence, et constitué des règles intégrées dans l'Espace économique européen (EEE), notamment les articles 53 et suivants mais surtout de celles figurant dans le Traité instituant la Communauté européenne de 1957 (CE) et notamment les articles 81 et suivants y compris l'ensemble des actes dérivés de la concurrence communautaires encore plus difficiles à identifier car faits de Règlements communautaires, par exemple en matière de concentration d'entreprises ou de procédure, et de règles curieuses comme les Règlements d'exemption par catégorie (REC), des recommandations, communications, des « lignes directrices », etc., qui fondent une sorte d'ensemble non normatif de « circulaires » communautaires, sans compter la jurisprudence communautaire en la matière.

La difficulté tient à la corrélation entre ce droit communautaire et les droits nationaux, faite, pour l'essentiel d'une hiérarchie, ne serait-ce qu'en application du principe de primauté du droit communautaire, mais parfois également de conjugaison et de coopération. Par exemple, et sans qu'il soit besoin ici de développer ce point, le juge *naturel* du droit communautaire, y compris du droit communautaire de la concurrence, est le juge national, même pas l'Autorité nationale de concurrence.

4. – Du point de vue économique. – Economiquement envisagé, le droit de la concurrence apparaît comme plus simple et plus complexe : il est un ensemble de règles appelées à réguler un marché, par l'appréciation des forces sur le marché, ce qui suppose bien entendu un marché et un système économique permettant de l'imaginer.

Le juriste prend alors conscience que, à la différence de bien des autres branches du droit, le droit de la concurrence implique des théories économiques, souvent complexes.

Ainsi, l'idée d'un « ordre concurrentiel », appellation qui rassure le juriste traditionnel, est à rechercher dans la science économique (67) et plus exactement à travers les outils de l'analyse économique du droit, finalement entrevue en France grâce à l'évolution du droit de la concurrence.

La difficulté tient alors au fait que les deux disciplines sont également importantes : l'analyse économique fonde, notamment s'agissant des pratiques anticoncurrentielles, l'ossature de l'analyse de comportements d'entreprises sur un marché, elle permet des comparaisons, des études, des

66 Cf. M.-S. Payet, *Droit de la concurrence et droit de la consommation*, Dalloz, 2001 ; M. Chagny, *Droit de la concurrence et droit commun des obligations*, Dalloz, 2004.

67 Cf. *L'ordre concurrentiel*, Mélanges A. Pirovano, 2003.

observations, souvent assez mouvantes, évolutives : une solution assurée à un certain moment ne le sera pas nécessairement à un autre et fondées autour de la théorie des monopoles. Un monopole est une ruine pour l'économie, sur le fondement du calcul de la « *perte sèche* » (68).

Les règles juridiques fournissent, essentiellement, le cadre normatif et les procédures. Le conflit est majeur : les sujets du droit de la concurrence ont, comme tout justiciable, besoin d'une prévisibilité et d'une sécurité juridique que le droit de la concurrence ne peut pas toujours fournir en raison des évolutions du droit de la concurrence, encore que les autorités de concurrence, et notamment la commission européenne, conscientes de cette situation, présentent des instruments non normatifs, les *lignes directrices* qui tentent de pallier cette incertitude.

Il n'y a pas lieu ici, bien entendu de présenter ces analyses économiques, mais simplement d'identifier le fait que les situations mettant en scène des règles du droit de la concurrence supposent que les entreprises, un producteur et un distributeur par exemple, ou bien deux producteurs, nouent des accords, pour commercialiser leur production dans le premier cas, pour produire ensemble dans le second ou bien adoptent des comportements commerciaux qui auront un effet sur le marché.

Pour prendre l'exemple d'un accord, il est évident alors que ces accords sont fondés sur un principe « gagnant-gagnant » où chacun des partenaires a quelque chose à obtenir de l'accord. C'est ici la grande question de l'intérêt d'une entente ou d'un cartel, analysé selon la « théorie des jeux » (69), et notamment la base du dilemme du prisonnier.

5. – Présentation, méthode, Plan. – Cette très brève introduction est bien entendu insuffisante, d'abord parce qu'elle insiste de manière trop importante sur les aspects du droit de la concurrence qui constituent le droit « *antitrust* », la branche principale pour le régulateur, mais point pour les entreprises.

En outre, elle ne révèle pas le fait qu'il est très difficile de proposer un ouvrage en droit de la concurrence du fait de la très grande divergence des domaines sur lequel il porte, du fait de l'évolution extrêmement rapide de ses règles, des réflexions qui le nourrissent, de ses pratiques, de l'improbable conjonction entre droit national et droit communautaire, etc., ce qui fera de cet ouvrage, un travail nécessairement fragmentaire qui présentera l'essentiel des règles, des constantes, sans toujours pouvoir entrer dans le détail de celles-ci, et notamment dans le domaine extrêmement riche de la procédure applicable en la matière.

6. – Droit récent. – Le droit de la concurrence est un droit récent. A part la tradition américaine, qui remonte à la fin du XIX^e siècle, les politiques en matière de concurrence datent, dans les pays européens, des années 1950 et furent diffusées par l'essor de l'idée européenne. Depuis 1990, la chute du communisme et la montée en puissance des pays émergents, près d'une centaine de pays disposent d'une législation en matière de concurrence.

On cite parfois la Constitution grecque de Zénon ou la *Lex Julia*, décidée par Jules Cesar, par exemple en 50 av. J.-C. qui protégeait le commerce des grains contre les hausses artificielles de prix (70) ou bien quelques règles du Moyen-Age ou de l'Ancien Régime. De même, le Code pénal de 1810 connaissait un article 419 prohibant le « délit d'accaparement » c'est-à-dire les hausses artificielles de prix par des opérateurs « *exerçant ou tentant d'exercer soit individuellement soit par réunion ou coalition, une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat naturel de l'offre et de la demande (...)* ».

« *Par réunion ou par coalition...* », on est ici très proche de la sanction des ententes sans que celles-ci soient encore considérées comme telles.

De tous temps, en effet, le commerce a incité les autorités étatiques à intervenir, ici pour

68 Cf. E. Combe, *Economie et politique de la concurrence*, Dalloz, 2005, n°9.

69 Cf. J. Van Neumann et O. Morgenstern, *Theory of Games and Economic Behavior*, Princeton, 1944, J. Nash, *Non Cooperative Games*, Princeton, 1960, C.Schidt, *La théorie des jeux*, 2001, N. Eber, *La théorie des jeux*, 2004. Adde R. Sève, *Philosophie et théorie du droit*, Dalloz, 2007, n°19 s.

(70) B. Goldman, A. Lyon-Caen et L. Vogel, *Droit commercial européen*, Dalloz, 1994.

réguler ou fixer les prix, là pour interdire telle ou telle coalition ou telle activité.

La considération, cependant du droit de la concurrence comme postérieur à la reconnaissance d'une concurrence permet de rejeter ces précédents historiques comme des origines du droit de la concurrence. De ce point de vue, la permission libérale assurée par le Décret d'Allarde des 2 et 17 mars 1791 et la liberté du commerce et de l'industrie constituée, politiquement au moins, le précédent le plus important, l'acte fondateur d'une concurrence possible, et il n'est pas neutre d'observer que les grandes lois postérieures en matière de concurrence commençaient par proclamer à nouveau ce principe (71). Cette fondation de principe est, cependant, demeurée sans suite, du moins en France. Or, la concurrence est difficilement séparable de la logique d'économie de marché, de l'économie libérale, affirmée aux XVIII^{ème} et XIX^{ème} siècles sous l'influence des physiocrates d'abord, qui estimaient que l'économie se développait de façon naturelle et non sous l'influence des décisions du souverain et dont l'expression essentielle est l'ouvrage très célèbre d'Adam Smith, *Recherche sur la nature et les causes de la richesse des nations*, en 1776 (72) où il montrait que la recherche égoïste par chacun de ses propres intérêts est la meilleure façon de satisfaire l'intérêt collectif, grâce à la fameuse *main invisible* qui assure un ajustement automatique de chacun des comportements de ces opérateurs, la rareté des biens et le besoin assurant un juste prix et l'équilibre des marchés.

Cependant, cette conception dite « classique » de la concurrence, fondée sur la liberté des opérateurs, plus que sur la liberté du commerce (73) s'est révélée insuffisante.

7. – Droit de la concurrence déloyale. Pourtant cette conception a, en France, notamment justifié une première évolution du droit de la concurrence, le droit de la concurrence déloyale construit depuis la fin du XIX^{ème} siècle sur le fondement des articles 1382 et 1383 du Code civil, un ensemble de règles assez complexe, de source presque intégralement jurisprudentielle (74). Il s'agissait, alors, non pas de défendre une idée de libre concurrence formulée par principe par ailleurs. D'ailleurs, la validité de principe des engagements de non concurrence était, et reste, reconnue (cf. infra, n°73 s.). Il s'agissait, pour le juge, saisi par un opérateur, un commerçant, de sanctionner un comportement, par la réparation du préjudice subi du fait d'un comportement estimé abusif ou anormal émanant d'un autre opérateur. Selon le même principe, la jurisprudence construisait, pas à pas, le régime des clauses de non concurrence, dans les contrats d'activité, dont le contrat de travail, en tout premier chef, mais également dans des contrats de structure, comme dans la cession de fonds de commerce.

8. – Droit pénal des ententes. – Dans le même temps, la répression de ce que l'on pourrait considérer comme l'ancêtre du droit des ententes s'effectuait par le jeu de sanctions pénales dont l'incrimination pénale du délit d'accaparement dit aussi de marché noir (75), formulé alors par l'article 419 du Code pénal de 1810, modifié par la loi du 3 décembre 1926 pour identifier, via un ersatz de bilan économique, les bonnes et les mauvaises ententes. Celui-ci stigmatisait en effet les réunions ou « coalitions » ayant pour objet ou pour effet d'imposer une baisse ou une hausse artificielle des prix, plus exactement « au-dessus ou au-dessous des prix qu'aurait déterminés la concurrence naturelle et libre du commerce ». C'est déjà, par le vocabulaire utilisé, comme par les outils de mesure, un pré-droit de la concurrence, voisin de la technique américaine de construction du droit de la concurrence. Aujourd'hui encore, l'article L. 441-3 du Code de commerce sanctionne, pénalement « *le fait d'opérer*

(71) Not. L. n°73-1193, dite *loi Royer*, du 27 déc. 1973, art. 1^{er}, Ord. 1^{er} déc. 1986, art. 1er (C. com. art. L. 410-2).

(72) *Economica*, 2000, 2002, 2005.

(73) Cf. D. Ferrier, « La liberté du commerce et de l'industrie », *Liberté et droits fondamentaux*, Dalloz, p. 679 ; F. Dreyfus, *La liberté du commerce et de l'industrie*, Berger-Levrault, 1973, P. Delvolvé, *La liberté d'entreprendre* Th. Paris II, 2002, Y. Guyon, « Que reste-t-il du principe de la liberté du commerce et de l'industrie ? », in *Dix ans de droit de l'entreprise*, Litec, 1978, p. 3.

(74) A la différence de bien d'autres pays, comme l'Allemagne ou l'Espagne par exemple, qui se sont dotés d'une loi sur la concurrence déloyale. Cf. J. Passa, *J.-cl. Conc. consom. Panorama des droits étrangers*, Fasc. 50-20, D. Brault, *Droit de la concurrence comparé*, *Economica*, 1995.

75 Cf. L. Mazeaud, *Le régime juridique des ententes*, 1928, J. Tchernoff, *Ententes économiques et financières devant les lois civiles, pénales, internationales*, 1933, V. Sélinsky, *La notion d'entente en droit français*, Litec, 1979, A. Decocq, « L'article 419 du Code pénal est-il devenu un texte historique ? », *RJcom*. 1980, p. 77.

la hausse ou la baisse artificielle soit du prix de biens ou de services, soit d'effets publics ou privés, notamment à l'occasion d'enchères à distance ».

La réforme de 1926 se rapprochait encore davantage de cette idée par la part des bonnes ou des mauvaises coalitions selon qu'elles réalisent « une action sur le marché dans le but de se procurer un gain qui ne serait pas le résultat du jeu naturel de l'offre et de la demande ». Cette voie, qui emprunte celle, déjà moderne, d'une observation des effets d'une pratique sur un marché n'était cependant pas unanime.

Ainsi, si des voix proposaient une réglementation générale des ententes, pour les proscrire, suivant en cela la voie américaine, comme le traduit, par exemple la loi de 1926 ou, plus mal, le décret du 1^{er} juillet 1937 relatif à la prévention et la répression de toutes augmentations illégitimes des prix, germe à ce moment, à l'inverse l'idée de rendre obligatoire les ententes, comme le formulait le projet de loi *Flandin Marchandea* adopté à la Chambre le 7 mars 1935 et finalement abandonné, traduisait l'opposition, alors majeure, entre l'idée d'un état fondé sur la tradition libérale, ou celle d'un état d'ordre, légitimant les cartels, comme l'histoire, contemporaine, de l'Allemagne en faisait malheureusement l'expérience.

Au même moment, apparaissait la jurisprudence considérant la clause de prix de revente minimum imposé comme une obligation *propter rem*. Il faudra attendre l'ordonnance n°45-1483 et 45-1484 du 30 juin 1945 pour obtenir une législation, alors de nature très réglementaire, cohérente en la matière, et l'influence communautaire, surtout.

9. – Origine américaine du droit moderne de la concurrence. – Le droit « moderne » de la concurrence est en effet d'abord et indiscutablement issu de l'influence américaine au tournant du XX^e siècle. Les Etats-Unis connaissent en effet des règles de droit de la concurrence depuis plus d'un siècle, le *Sherman Act* en 1890 (devenu l'article 15 § 1 à § 7 de l'United States Code, USC) et le *Clayton Act* (devenu, USC, art. 15 § 12 à §27) et le *Federal Trade Act* et la création de la *Federal Trade Commission* en 1914, qui prévoient des sanctions contre les discriminations et le contrôle des concentrations, même s'il est vrai que l'on peut retrouver des traces bien plus anciennes. Il reste que le droit « antitrust » américain est le premier à avoir proposé une vision globale d'un droit de la concurrence conçu et utilisé comme un outil de régulation du marché, fondé sur un principe exprimé de liberté de la concurrence, et des outils permettant de faire respecter de principe, comme la grande affaire du démantèlement de la *Standard Oil*, de John D. Rockefeller, en 1911, en avait été l'illustration. Celui-ci avait, en effet, créé une entreprise qui, de la production de pétrole était devenu un géant par concentrations horizontales (acquisitions d'entreprises concurrentes) et verticales (acquisition d'entreprises situées en amont ou en aval : raffineries, entreprises de transport, de chemin de fer, etc), comme d'ailleurs d'autres entreprises américaines. En 1888 un sénateur demanda l'ouverture d'une enquête sur le fonctionnement du « trust », la *Standard Oil Trust* (« S.O. »), comme dans d'autres secteurs, présentant des discours fondés sur la défense des consommateurs et des petits producteurs agricoles ou industriels face à ces géants, aux accents plutôt « populistes », repris par le sénateur Sherman, jusqu'à la loi qui porte son nom, le *Sherman Act*. Quelques entreprises furent condamnées mais, les crises financières du début du XX^e siècle avaient conduit le président de l'époque Théodore Roosevelt, à engager une politique de lutte contre ces trusts et, notamment la *Standard Oil Trust* qui aboutit au démantèlement, en 1911, du Trust en 33 compagnies indépendantes. Ironie de l'histoire cependant, ces compagnies dont certaines donneront naissance aux grandes compagnies américaines, Chevron, Exxon, Mobil, American, etc, se concentreront à nouveau à la fin du XX^e. Les sociétés American Tobacco (1911) Du Pont de Nemours, AT&T (1982) et connurent ensuite un sort voisin.

En Europe, l'apparition de ce droit est essentiellement née de la fin de la Seconde Guerre mondiale. Les autorités américaines avaient ainsi imposé une politique de « décartellisation » dans la partie de l'Allemagne dont ils avaient la responsabilité, contre les cartels qui avaient été considérés comme un moyen de politique industrielle sur laquelle le pouvoir nazi s'était largement appuyé, de

même d'ailleurs que dans l'Italie fasciste (76) et, quoique dans une moindre mesure, l'économie française fondée sur le pouvoir des « cent familles » et du Syndicat des forges. Cette logique de cartel qui a fortement marqué l'évolution de l'économie dans l'Europe de l'Entre deux guerre correspond à une époque fondée sur la seconde phase de l'industrialisation de l'Europe, après les destructions provoquées par la Première guerre mondiale mais aussi les besoins industriels colossaux générés par celle-ci. Le cartel a pour objectif de contrôler les ressources d'amont, celles des matières premières, de répartir les moyens de production voire de créer des quotas de production et d'imposer des prix harmonisés. Les cartels les plus importants étaient les cartels du charbon, de l'acier, des armes, des banques, des assurances. Un exemple actuel est fourni par le cartel des pays producteurs de pétrole, au niveau mondial.

Plus largement, l'instauration d'un système de droit de la concurrence était par ailleurs une condition posée pour recevoir les bénéfices du Plan Marshall après la seconde guerre mondiale. La concurrence et le droit de la concurrence étaient alors devenus un moyen économique de promotion de la démocratie politique, qui est devenu le modèle communautaire et le pilier de la Communauté européenne née en 1951 par la CECA puis en 1957 avec la CEE.

10. – Evolution. – Aujourd'hui, le droit de la concurrence est dominé par des juristes formés à l'analyse économique, ou par des économistes formés au droit. Ils se divisent en deux grandes écoles : l'école dite « structuraliste » et « néoclassique » ou « Ecole de Chicago » (cf. infra, n°35 s.). Pour les premiers, le pouvoir de marché – qui se définit comme la capacité d'une entreprise à réaliser des choix (changer sa gamme, modifier ses prix, etc) sans tenir compte des choix de ses concurrents et donc de pouvoir, durablement, maintenir des prix élevés – dépend étroitement de la structure du marché et du comportement des opérateurs : un marché concentré (peu d'opérateurs) protégé par de fortes barrières à l'entrée (réseaux de contrats complexes ou coûts techniques importants) est propice à un pouvoir de marché important, au détriment des consommateurs, et de stratégies anticoncurrentielles, ententes ou abus de position dominante. La politique de concurrence doit alors protéger les consommateurs soit par une action préventive en limitant les concentrations à venir, voire en cassant les concentrations existantes, et à sanctionner le comportement des opérateurs. Pour les seconds, le pouvoir de marché ne dépend pas uniquement des structures de marché mais surtout de la performance des opérateurs, par nature temporaire, laquelle résulte du processus de concurrence lui-même. Par conséquent, les règles sanctionnatrices devraient être adoucies, voire supprimées pour certains, dans la mesure où le marché permettra, par lui-même, de remettre en cause les positions acquises. L'affaire « Microsoft », aux Etats-Unis et dans l'Union Européenne a, dans les années 2000, été l'occasion d'une opposition frontale entre les deux thèses. Pour résumer, les premiers se fondent sur un certain interventionnisme étatique en vue de la protection des plus faibles tandis que les seconds, plus libéraux, voire ultralibéraux, préfèrent faire confiance au marché pour défendre l'efficacité et la protection du marché.

11. – Evolution communautaire. – A côté de « l'invention » du droit de la concurrence par les juristes américains, s'est développée, concurremment depuis 1957 et surtout durant les deux dernières décennies, une conception communautaire de la concurrence, dont l'originalité, comparée à l'analyse américaine, ne peut être niée d'une part dans le cadre d'une analyse comparative (77) mais également et peut-être surtout en tant qu'outil de structuration et d'intégration du marché intérieur de l'Union

(76) Cf. F. Souty, *La politique de la concurrence en Allemagne fédérale*, Que sais-je ?, 1996, L. Nicolas-Vuillerme, *La notion de restriction de concurrence en droit des ententes, approche comparative, Droit allemand, droit français, droit communautaire*, PUAM, 2003, C. Prieto, « La culture européenne de concurrence », in *L'identité de l'Europe*, PUAM, 2002, p. 257. En réalité, en Europe, et plus spécifiquement en France, les premières traces d'un droit moderne de la concurrence remontent à la fin de la première guerre mondiale et la fin du libéralisme « classique » fondé sur le « laissez-faire, laissez aller », par exemple par la loi du 3 déc. 1926 réformant l'article 419 du Code pénal, mais la grande crise économique apparue après 1929 avait suspendu les réflexions sur l'élaboration d'un tel droit de la concurrence.

77 Cf. D.-J. Gerber, « Les doctrines européennes et américaines du droit de la concurrence », in *Modernisation du droit de la concurrence*, LGDJ, 2006, p. 107 ; Prieto C., « La condamnation de Microsoft ou l'alternative européenne à l'antitrust américain », D. 2007, p. 2884.

européenne et en raison de l'influence du droit communautaire sur les droits nationaux (78), grâce sans doute à l'utilisation d'une autorité spécialisée en la matière.

Le droit communautaire de la concurrence repose sur les articles 101 à 109 TFUE (anciennement TCE, art. 81 à 89).

Il se fonde sur l'un des objectifs essentiels de la Communauté européenne, le développement harmonieux et équilibré de l'économie dans les pays membres de la Communauté, la recherche d'une croissance durable, etc. Or, cet objectif dépend de l'action des entreprises lesquelles ont besoin d'un environnement sans entrave.

Aussi les règles du droit communautaire s'adressent principalement aux états : ceux-ci ne doivent pas introduire ou maintenir de restrictions à la liberté de circulation des marchandises, des personnes, c'est-à-dire essentiellement des salariés, de prestation de services. D'autres s'adressent aux ressortissants eux-mêmes. C'est le cas des articles 101 à 106 TFUE qui s'adressent aux entreprises, interdisant les pratiques anticoncurrentielles, ententes et abus de position dominante, et contrôlant les concentrations. En revanche, les articles 107 à 109 TFUE s'adressent aux états, s'agissant notamment des aides d'état accordées aux entreprises ou à des productions.

L'articulation des droits interne et communautaire de la concurrence suppose réglée la question de la primauté et de l'effet direct du droit communautaire de la concurrence (§ 1) et des rapports processuels entre droits interne et communautaire (§ 2).

§ 1. – La primauté et l'effet direct du droit communautaire

A. – La primauté du droit communautaire de la concurrence

Principe et difficultés d'application. – Le principe de primauté du droit communautaire s'applique également au droit communautaire de la concurrence. Ce principe repose sur la conception particulière du droit communautaire qui n'est pas un traité international ordinaire mais un système instituant un droit supranational, en ce sens qu'il s'impose aux Etats membres, qui se soumettent volontairement à cette personne morale de droit public qu'est l'Union européenne en perdant une partie de leur souveraineté.

Cette possibilité d'application concurrente du droit interne et du droit communautaire a posé de nombreuses difficultés.

Première difficulté : les règles du droit communautaire imposent-elles de laisser inappliquée une règle nationale contraire à l'ordre concurrentiel communautaire ? Ce peut être le cas lorsqu'une loi impose par exemple une coopération entre entreprises alors que cette coopération aurait été, sans cette loi, considérée comme une entente. En ce cas, la jurisprudence communautaire considère, d'une part, qu'une telle coopération, imposée par l'autorité publique, n'est pas une entente (79) qu'il appartient, conformément au principe de primauté, au juge national d'écarter l'application de la loi nationale ; cependant, la loi nationale peut être considérée comme un fait justificatif pour les faits commis avant la décision, mais point pour ceux qui se sont poursuivis ensuite (80).

Deuxième difficulté : comment organiser l'éventuelle application cumulative des règles nationales et communautaires ? La difficulté en la matière tient en effet à ce qu'une même pratique peut tomber sur le coup de l'article L. 420-1 ou L. 420-2 et en même temps des articles 101 et 102 TFUE. Cette question mérite quelques précisions, au-delà du projet de réforme du règlement 17-62, déjà entrevu.

78 M.-A. Frison-Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz, 2006.

79 Cf. TPICE 26 oct. 2000, *Asia Motors*, aff. T-154/98, Rec. II-34/53, à propos des quotas d'importation de voitures japonaises imposées par l'administration française.

80 Cf. CJCE, 9 sept. 2003 *CIF*, aff. C-198/01, Rec. I-8055.

Une première thèse, dite de la « *double barrière* » considère que l'application du droit communautaire et du droit interne de la concurrence est possible dans la mesure où ces deux corps de règles s'ignorent et qu'ils peuvent donc s'appliquer simultanément et indépendamment. On pourrait alors avoir deux décisions de condamnation, ou bien l'une de la commission sanctionnant alors que le Conseil exempte ou bien la situation inverse.

Une seconde thèse, dite de la « *simple barrière* », considère que, tout au contraire, les règles internes et communautaires s'imbriquent, commandant l'exclusivité de l'application des règles communautaires et la paralysie des règles nationales dès lors que le droit communautaire a vocation à s'appliquer.

L'arrêt *Walt Wilhelm* (81) s'est, en 1969, prononcé sur cette question. Il s'agissait d'une affaire dans laquelle l'office fédéral des cartels allemand avait sanctionné sept entreprises pour entente sur les prix alors que la commission n'avait poursuivi que quatre d'entre elles mais en avait poursuivi d'autres étrangères au cartel. L'arrêt admettait que qu'une même pratique puisse « *en principe faire l'objet de deux procédures parallèles, l'une devant les autorités communautaires en application de l'article 85, l'autre devant les autorités nationales en application du droit interne* » mais ajoutait que c'est à condition qu'elle « *ne puisse pas porter préjudice à l'application pleine et uniforme du droit communautaire et à l'effet des actes d'exécution de celui-ci* ». Si donc, le droit communautaire comme le droit national peuvent s'appliquer, il convient cependant que les autorités nationales respectent le droit communautaire.

Un arrêt, l'arrêt *Delimitis* (82) avait ensuite posé le problème de la compatibilité ou de l'incompatibilité des décisions interne et communautaire.

Cette question est au cœur du projet de réforme du règlement « procédure » n° 17/62 (cf. infra, n° 251).

B. – L'effet direct du droit communautaire de la concurrence

Le droit communautaire de la concurrence est d'effet direct, s'agissant des autorités communautaires comme pour les autorités nationales. Les autorités nationales ont donc vocation à appliquer le droit communautaire de la concurrence, dans les conditions notamment posées par l'arrêt de la CJCE *Van Gend en Loos* du 5 février 1963.

C'est d'abord le cas de l'Autorité de la concurrence, qui peut se prononcer et appliquer le droit communautaire de la concurrence tant que la commission européenne n'a pas engagé de procédure. L'Autorité peut même être saisie directement sur l'application des articles 101 et 102 TFUE (Ex-TCE, art. 81 et 82), sans qu'une action sur le fondement des règles internes soit envisagée simultanément.

C'est ensuite le cas des autorités judiciaires, mais à titre incident, accessoire. Elles peuvent notamment se prononcer sur les conséquences civiles d'un comportement anticoncurrentiel des articles 101 et 102 : annuler la pratique ou accorder des dommages et intérêts (83).

§ 2. – L'articulation processuelle entre droits internes et communautaire de la concurrence

Présentation. – La question de l'articulation porte essentiellement les rapports entre le(s) droit(s) interne(s) et le droit communautaire de la concurrence. Or, le droit interne de la concurrence est placé sous la férule du droit communautaire de la concurrence en vertu du principe de primauté du droit communautaire de la concurrence. C'est ainsi que le droit interne de la concurrence trouve sa limite aux frontières nationales : une entente dont les effets se développent dans une dimension communautaire est soumise au droit communautaire de la concurrence.

Le droit communautaire de la concurrence a été profondément modifié, modernisé plus exactement

81 - CJCE, 13 fév. 1969, Clunet, 1970.447, note F.Ch. Jeantet. Et v. Com. 28 oct. 1982, RTD eur. 1983.487, note O. Loÿ.

82 - CJCE, 28 février 1991, Rec. 1991, I, p. 935.

83 - Cf. Civ. 1ère, 28 mai 1985, Aff. Sacem, Bull. civ. II, n°172 et v. O. Loÿ, L'application en France du droit communautaire de la concurrence, RTD eur. 1980.446.

(84). C'est le cas, comme nous le verrons des règles de fond, mais aussi des questions relevant de la compétence des diverses autorités de contrôle, de la coopération entre celles-ci, notamment de façon verticale.

Les autorités communautaires ont adopté le règlement d'application n° 1/2003 du 16 décembre 2002 (85) des articles 101 et 102 TFUE (86) permettant l'application du droit communautaire des ententes et des abus de domination par les autorités internes de la concurrence. Le système antérieur, reposant sur le règlement n° 17/62, assurait en effet à la Commission des communautés la responsabilité de l'action en matière de concurrence communautaire.

A. – Le système ancien

Règlement 17/62. – Le règlement 17/62, souvent appelé « règlement de procédure » imposait la notification des ententes à la commission et créait alors un système formel dit « d'autorisation préalable » où l'exemption de l'article 81§3 peut être invoqué, à la grande différence du système français, dit d'exception légale, où les règles de l'article L. 420-4 du Code de commerce peuvent être invoquées devant l'instance en charge de la poursuite, donc *a posteriori*, de l'entente suspectée. Le système communautaire a d'ailleurs justifié les divers règlements d'exemption par catégorie de façon à éviter l'engorgement de la Commission par des notifications massives (mais aussi, en pratique, par des procédures informelles sous forme de « *lettres de confort* » effectuées par les autorités administratives.

B. – Le système nouveau

Règlement 1/2003. – Applicable au 1^{er} mai 2004, le nouveau règlement n° 1/2003 adopté le 16 décembre 2002 *relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévus aux articles 81 et 82 CE*, envisage, après la rénovation des règlements d'exemption par catégorie en matière de restriction verticales et horizontales, celle du règlement de procédure. Il s'agit de viser l'ensemble des secteurs économiques, celui des transports notamment, et de passer d'un système d'autorisation préalable à un système d'exception et donc de contrôle *a posteriori* permettant d'enquêter sur les faits considérés comme les plus graves. Il est en outre accompagné de nombreuses adjonction, dont le Règlement n°773/2004 du 7 avril 2004, *relatif aux procédures mises en œuvre par la Commission en application des articles 81 et 82 CE* et tout une série de communications : la communication du 17 avril 2004 *relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence*, l'une du même jour *sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE*, une troisième *relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82*, une autre encore, plus importante, *sur l'application de l'article 81, 3 CE*, une autre *sur la notion d'affectation du commerce* et une dernière *relative aux procédures de transaction*.

L'importance de ce texte a été observée par les autorités françaises qui, par la loi du 18 mars 2004 a autorisé le gouvernement à mettre en œuvre le Règlement n°1/2003, par l'ordonnance du 4 novembre 2004 qui a modifié plusieurs articles du Code de commerce, notamment dans le cadre de la procédure ou des enquêtes pour tenir compte de ce Règlement.

Le règlement n°1/2003 propose plusieurs innovations dont deux qui paraissent plus importantes que les autres car elles intéressent les principes mêmes de l'application du droit communautaire de la concurrence ; les autres étant limités à la procédure elle-même, s'agissant des pouvoirs d'enquête et de la procédure proprement dite.

Le premier mécanisme, plutôt controversé, consistait, dans le projet de règlement à proposer un

84 Cf ; G. Canivet (dir.), La modernisation du droit communautaire de la concurrence, op. cit.

85 - Cf. L. Idot, La modernisation du droit communautaire de la concurrence, JCP, éd. G, 2003, Act. 1 ; R. Kovar, Le règlement du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, D. 2003, Chr., p. 478.

86 - Cf. L. Idot, Le futur règlement d'application des articles 81 et 82 CE : chronique d'une révolution annoncée, D. 2001. Chron. p. 1370. V. aussi P. Arhel, *Les Petites affiches*, 4 déc. 2000 ; N. Jalabert-Doury, RDAI 2001, n°1, p. 55.

système appelé de « guichet unique », comme en matière de droit des concentrations qui imposerait la priorité aux règles communautaires.

Le système ancien proposait en effet une cohabitation entre les règles communautaires de la concurrence et les règles internes, diverses et souvent plus développées, parvenant à une application cumulatives des deux corps de règles (contre un système de guichet unique en matière de concentration, aboutissant à un application alternative, d'abord le droit communautaire et subsidiairement le droit interne et un système d'application exclusive des règles communautaires en matière d'aides d'Etat). Ce système de guichet unique n'a cependant pas été adopté, devant les réticences de certains Etats-membres.

Le principe de l'application parallèle des règles communautaires et nationales est donc maintenu, même si l'article 3§1 du règlement n°1/2003 impose l'obligation d'appliquer les articles 101 et 102 TFUE dès lors que le commerce entre Etats-membres est affecté.

S'agissant de la poursuite des ententes, le règlement impose le principe de la « simple barrière », tandis qu'en matière de poursuite des comportements unilatéraux, l'existence de mesures nationales plus répressives que les règles communautaires est possible, ce qui permet à la France de maintenir ses règles prohibant l'abus de situation de dépendance économique et des prix abusivement bas.

Par conséquent, le droit communautaire de la concurrence s'applique dès lors qu'une pratique affecte le commerce entre Etats-membres, c'est-à-dire qu'elle affecte le marché communautaire ou la structure du marché communautaire, peu important que la pratique émane d'entreprises provenant de plusieurs Etats. Mais comme il n'y a plus de contrôle *a priori*, c'est aux entreprises elles-mêmes de savoir si leurs pratiques affectent ou non le marché communautaire et ce, de manière sensible. L'une des communications du 27 avril 2004, celle relative à *la notion d'affectation du commerce*, aide celles-ci à mesurer cette appréciation.

Une seconde réforme est la conséquence de la première ; elle concerne la question des autorités en charge de l'application des règles communautaires de la concurrence, jusqu'à présent le domaine exclusif de la commission. Il s'agit précisément d'abandonner cette exclusivité, s'agissant du prononcé des exemptions individuelles de l'article 101§3 TFUE, au profit des autorités nationales.

Il en résulte nécessairement l'abandon du système de notification préalable au bénéfice d'un *système d'exception légale* (Règlement n°1/003, art. 1§2). Cette solution n'est pas sans susciter des inquiétudes en raison de la perte de sécurité juridique qu'il peut apporter, d'autant que le Règlement était d'application immédiate, voire rétroactive. En même temps, elle impose une responsabilisation accrue des sujets du droit de la concurrence, via une logique d'*autoévaluation*.

La principale réforme repose sur la suppression du système d'autorisation préalable. Le système antérieur, qui reposait sur le souci d'imposer une « culture de concurrence », avait en effet montré ses limites : la commission voyait ses services engorgés par des demandes d'autorisation portant sur des accords sans portée concurrentielle significative.

Les conséquences de cette réforme sur la procédure d'application du droit communautaire de la concurrence sont multiples.

La première conséquence repose sur ce qu'on a appelé « la réunification » de l'article 81 CE (art. 101 TFUE) (87). En effet, le système ancien ne permettait qu'à la Commission de procéder à une exemption sur le fondement de l'article 101§3 TFUE. Désormais, toute juridiction, nationale ou communautaire, ou autorité nationale de concurrence (Règlement n°1/2003, art. 5 et 6) a vocation à vérifier si les conditions d'application de l'article 81 § 1 sont remplies mais sont également tenues de vérifier si les conditions d'application de l'article 81 § 3 sont respectées. Mieux, les juridictions ou autorités nationales *doivent* appliquer le droit communautaire de la concurrence s'il est applicable.

Une deuxième conséquence est de créer une *présomption de légalité* qui profite aux accords qui, tout en étant remplissant les conditions de l'article 101§1 TFUE (ce sont des ententes anticoncurrentielles) respectent également les conditions de l'article 101§3 TFUE, et ce, sans

87 - Cf. R. Kovar, Le règlement du conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE, art. cit.

nécessiter une autorisation préalable. Il reste que l'accord qui ne respecte pas les conditions de l'article 101§3 TFUE, ce qui pourra être établi après une longue procédure judiciaire, est interdit de sorte que, au titre de l'article 101§2 TFUE, il est nul et ce, rétroactivement.

Une troisième conséquence repose sur les répartitions de compétences proposées par le règlement. Le système établi par le règlement 17/62 aboutissait à une centralisation totale du contrôle des ententes anticoncurrentielles au profit de la Commission européenne. Le règlement n° 1/2003 propose un mouvement inverse, de « décentralisation » en quelque sorte.

C'est ainsi, d'abord, que les juridictions nationales disposent de la faculté d'appliquer l'article 101 TFUE dans son entier (R. 1/2003, art. 5 et 6). Elles peuvent également retirer le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie à un accord (cf. déjà, Règl. n° 2790/99 et infra, n°302 s.).

Ensuite, les autorités nationales de concurrence appliquent, en fonction du principe d'autonomie procédurale, leur propre loi de procédure et les sanctions prévues par les règles nationales. Le règlement n°1/2003 n'est en effet pas un texte d'harmonisation des législations nationales en matière de droit de la concurrence. L'article 2 du Règlement n° 1/2003 évoque cependant une règle de preuve s'imposant aux législations nationales : c'est à celui qui invoque l'existence d'une pratique contraire aux règles des articles 101 ou 102 TFUE de prouver que l'entente est anticoncurrentielle et ne satisfait pas les critères de l'article 101§3 TFUE ou qu'un abus de position dominante peut être reproché. D'autres exigences manifestent le souci d'une certaine homogénéité des règles de procédure comme l'exigence faite aux autorités nationales de concurrence de soumettre des notes écrites, ou éventuellement orales, aux juridictions (R. n° 1/2003, art. 15 § 3). Une quatrième conséquence concerne les relations entre les instances nationales et communautaires chargées d'appliquer les règles du droit communautaire de la concurrence, de manière à éviter les divergences d'interprétation entre les 25 autorités de concurrence nationales. Ces relations reposent sur le principe de la collaboration résultant de « la bonne foi communautaire » exigée par l'article 4 TUE (ex TCE, art.10) et plus précisément, d'une communication du 15 octobre 1997 pour ce qui est des relations entre la commission et les autorités nationales et d'une communication du 13 février 1993 pour ce qui est des relations entre la Commission et les juridictions nationales. Par ailleurs, le règlement impose aux autorités nationales de tenir informer la commission lorsqu'elles sont saisies de cas impliquant l'application des articles 101 ou 102 TFUE, d'adresser les projets de décision, la possibilité de consulter la Commission (Règlement n°1/2003, art. 11), sur la base d'un *réseau européen de concurrence*, étant entendu que c'est la Cour de Justice qui est le garant de l'interprétation uniforme du droit communautaire (TUE, art. 19, ex-TCE, art. 220).

Mise en œuvre de la réforme. – Sa mise en œuvre suppose plusieurs innovations : un large système d'échange d'informations horizontales et verticales (dans les deux sens à la différence du système actuel de coopération, exclusivement descendant), un pouvoir d'enquête au profit de la commission, principe existant, mais également au profit de juridictions étrangères dépassant très largement les existantes procédures de coopérations horizontales (88), un système de priorité (une autorité nationale ne peut intervenir si la commission diligente une enquête ; une décision de rejet par une autorité nationale suppose l'avis de la Commission et inversement, l'ouverture d'une procédure justifie le rejet au niveau communautaire) et enfin une autorité hiérarchique assumée par les autorités communautaires (89).

Chapitre 2 : les pratiques anticoncurrentielles

Les pratiques anticoncurrentielles sont les comportements qui présentent une influence sur le marché.

88 - Cf. déc. Comm. 13 févr. 1993, JOCE C 39 et comp. supra, n°55.

89 - Cf. CJCE, 14 déc. 2000, *Masterfoods*, aff. C. 344/98, Europe, févr. 2001, comm. L. Idot, n° 63 : lorsqu'une juridiction nationale se prononce sur une question ayant déjà fait l'objet d'une décision de la commission, elle ne peut rendre une décision différente de la solution communautaire, quand bien même cette décision irait à l'encontre d'une décision rendue par une juridiction nationale de première instance (et R. n°1/2003, art. 16 § 1).

On les appelle ententes, abus de domination, cartel, monopole...

Elles révèlent une tendance naturelle des opérateurs économiques qui consiste à geler les positions existantes de façon à contester à d'autres opérateurs la possibilité d'entrer sur le marché et conquérir leurs positions.

Observons, alors, les types de pratiques anticoncurrentielles (Section 1) avant la justification de celles-ci (Section 2), leur sanction (Section 3).

Section 1. – Typologie des pratiques anticoncurrentielles

1. – Le Titre II du Livre IV du Code de commerce, *Des pratiques anticoncurrentielles*, comprend trois pratiques différentes : les ententes, connues en droit interne et communautaire (C. com. art. L. 420-1) (§ 1), les abus de domination (C. com., art. L. 420-2 et 102 TFUE) lesquels regroupent les abus de position dominante, communs aux droits interne et communautaire, et les abus de situation de dépendance économique propre au droit interne (§ 2) et les prix abusivement bas (C. com., art. L. 420-5) (§ 3), connue du seul droit interne, du moins formellement.

§ 1. – Les ententes anticoncurrentielles

2. – **Textes.** – La réglementation des ententes remonte, en France, à 1953. Elle s'inspire des règles connues dans les principaux pays occidentaux et, notamment de la réglementation américaine issue du *Sherman Act* de 1890 et du droit communautaire (90). L'article L. 420-1 du Code de commerce dispose ainsi, en une définition proche de celle posée par l'article 101 TFUE (ex-TCE, art. 81) :

TFUE, art.101 :

« 1. Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre

entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, et notamment ceux qui consistent à:

a) fixer de façon directe ou indirecte les prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction;

b) limiter ou contrôler la production, les débouchés, le développement technique ou les investissements;

c) répartir les marchés ou les sources d'approvisionnement;

d) appliquer, à l'égard de partenaires commerciaux, des conditions inégales à des prestations équivalentes en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence;

e) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats.

2. Les accords ou décisions interdits en vertu du présent article sont nuls de plein droit.

3. Toutefois, les dispositions du paragraphe 1 peuvent être déclarées inapplicables:

– à tout accord ou catégorie d'accords entre entreprises,

– à toute décision ou catégorie de décisions d'associations d'entreprises, et

90 - L. Vogel, « L'influence du droit communautaire sur le droit français de la concurrence », JCP 1992 , I , 3550.

– à toute pratique concertée ou catégorie de pratiques concertées qui contribuent à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans:

a) imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs;

b) donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence. »

On observera en premier que tous les accords entre entreprises ne sont pas prohibés par le droit de la concurrence : seuls les accords présentant un effet néfaste sur la concurrence sont des ententes et prohibées à ce titre. Par ailleurs, même ainsi, des ententes *a priori* anticoncurrentielles peuvent faire l'objet d'une exemption si elles présentent finalement des effets positifs et proportionnels sur un objectif de progrès économique. Ces procédures de « rachat », d'exemption peuvent être individuelles (art. 101§3 TFUE) ou bien collectives en droit communautaire, via des « règlements d'exemption par catégorie ». Au delà des difficultés de fond, les questions processuelles ne sont pas les moindres, ne serait-ce qu'en raison de la multiplicité des autorités, Conseil de la concurrence et Commission européenne notamment, sans que le partage des tâches soit véritablement effectué, même depuis le règlement n°1/2003.

§ 2. – Les abus de domination

3. – Droit communautaire : abus de position dominante. – Sanctionnés par l'article 82 (ex-art. 86) du Traité de Rome, les conditions de sanction des abus de position dominante sont très proches des conditions de droit interne auxquelles elles ont, comme en matière d'ententes, servit de modèle.

L'article 102 TFUE (ex-TCE, art. 82) ne définit pas la notion de position dominante ; il dispose simplement que : « *Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre Etats-membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci* ». Suivent alors un certain nombre d'exemple de tels abus : « a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables ; b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs ; c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence ; d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Depuis sa mise en œuvre par le Traité CE (depuis TFUE) et la modernisation du droit de la concurrence e la fin des années 1990, l'objectif de « réforme » de l'article 82 TCE (102 TFUE) s'est présenté sous la forme d'un communiqué paru en 2005 (91) et précisé en 2008 par des lignes directrices (92) et visant, comme en matière d'ententes à proposer une analyse plus économique de l'abus de position dominante, notamment par la systématisation du critère du *pouvoir de marché* et de l'observation des effets réels d'une pratique, plutôt que sur des pratiques condamnées *per se*.

4. – Droit interne : abus de position dominante et abus de situation de dépendance économique. – Len droit interne, l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui reproduit l'ex-article 8 de l'ordonnance de 1986 prohibant les abus de domination en distinguant formellement l'abus de position dominante (L. 420-2-I, 1°) et l'abus de dépendance économique (L.420-2-I, 2°), puis en

91 Comm. CE n° IP/05/1626, 19 déc. 2005.

92 Comm. CE n° IP/08/1877, 3 déc. 2008.

envisageant quelques exemples d'abus (L. 420-2-2° : refus de vente, ventes liées, discriminations, rupture de relations commerciales établies). Depuis la loi NRE de 2001, le nouvel article L. 420-2 est techniquement réaménagé en séparant, pour le tout, les deux pratiques. Si l'abus de position dominante ne voit aucun changement, qu'il s'agisse de sa définition ou des exemples apportés, l'abus de situation de dépendance économique fait au contraire l'objet de modifications importantes. L'article L. 420-2 du Code de commerce dispose que :

« Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou en conditions de vente discriminatoires ainsi que dans la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées.

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve, à son égard, une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6. »

Pas plus en droit interne qu'en droit communautaire, la notion de position dominante n'est définie par l'article 102 TFUE ou l'article L. 420-2, al. 1, C. com.

L'arrêt *Hoffman-La Roche* (93) du 13 février 1979, fondateur en matière d'abus de position dominante de dimension communautaire proposait cependant une définition. La Cour y décrivait la notion de position dominante comme « une situation de puissance économique détenue par une entreprise qui lui donne le pouvoir de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective sur le marché en cause en lui fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de ses concurrents, de ses clients, et, finalement, des consommateurs ». C'est donc un **pouvoir d'action**, fondée sur trois conditions : une position dominante, un abus et un effet anticoncurrentiel, le premier, la position dominante étant déterminée par un critère, celui de *l'indépendance des comportements* : est un comportement indépendant celui qui est illustré par la capacité d'une entreprise d'agir indépendamment de ses concurrents, hausser ses prix par exemple, sans perdre de parts de marché.

A ce critère s'ajoute une autre considération, celle de l'effet anticoncurrentiel qui peut être envisagée de deux manières, soit par ce que l'on appelle « l'effet abstrait » et qui identifie des pratiques *per se*, ventes liées, discriminations, exclusivités notamment (94) de sorte que certaines pratiques seraient, par nature des abus de position dominante, soit par la mesure réelle de l'effet anticoncurrentiel d'une pratique étudiée. Cette approche est désormais celle prônée par les autorités communautaires depuis les lignes directrices de 2008, et qui passe par la considération de la notion de *pouvoir de marché* par substitution au critère de l'indépendance des comportements, même si, en pratique, les deux critères sont souvent confondus : plus une entreprise est en position dominante et plus elle peut obtenir un comportement indépendant, augmenter ses prix sans craindre de baisse de ses parts de marché par exemple.

§ 3 les concentrations

Un troisième corps de règles, très complexes et très processuelles, contrôlent les « concentrations » d'entreprises, les fusions, les rachats, les cessions de contrôle, etc. afin d'éviter que ces concentrations aboutissent à des situations de position dominante.

§ 4 : le contrôle des aides d'Etat

93 - CJCE 13 févr. 1979, Rec. 461.

94 Comp. A. Perrot, « Prédation, ventes liées, remises », RLC 2005/4, n° 342 ; et pour une approche économique globale : H. Calvet, « Abus de position dominante : plaidoyer pour le bien-être du consommateur », RLC 2005/4, n° 337.

Dans un processus de construction du marché intérieur censé être bénéfique à tous (95) et voulu comme un espace uniforme, il n'y a par principe aucune place pour les distorsions de concurrence générées par l'intervention des pouvoirs publics, et encore moins pour un traitement national singulier. Pas de favoritisme donc, alors pourtant qu'au sein des États-membres, soucieux de préserver emploi et capacité industrielle, existent souvent des procédures d'aide aux entreprises nationales. Ces aides varient beaucoup dans leurs moyens (aides directes, prêts et dons, allègements fiscaux, biens et services fournis à des tarifs préférentiels, ou encore garanties publiques), mais l'Union européenne tant pour des motifs d'égalité entre les entreprises que pour des raisons idéologiques, entend parfois refuser à un État-membre d'accorder toute aide aux entreprises nationales.

La première raison de la prohibition de principe est qu'en favorisant certaines entreprises au détriment de leurs concurrents, les États-membres faussent en certaines hypothèses le jeu normal de la concurrence et portent atteinte aux principes de libre circulation des produits, des services, des capitaux et des personnes. La seconde raison est qu'au-delà de ce principe d'égalité de traitement, prévaut également un principe de rationalité : l'Union européenne entend pouvoir assurer une certaine efficacité de ces aides, refusant qu'elles puissent être accordées à des entreprises qui n'ont aucun espoir de survie.

95 - Cf. Communication de la Commission européenne au Parlement européen, au Conseil, Comité économique et social européen et au Comité des Régions « Un marché unique pour l'Europe du XXI^e siècle », Com(2007) final. Sur les aides d'État en général, V. J.-L. Colson et M.-A. Moreau, « Les aides d'État dans les communautés européennes », *Droit & Patrimoine* mars 1999, p. 76 et s. ; Cl. Lucas de Leyssac et G. Parleani, *Droit du marché*, PUF 2002, p. 607 et s. ; M.-A. Frison Roche et M.-S. Payet, *Droit de la concurrence*, Dalloz 2006, n° .

B. – Les sources « inférieures » à la loi

164. – « Doctrine » administrative. – On assiste depuis quelques temps, dans certains domaines techniques comme le droit financier, le droit fiscal ou encore le droit de la concurrence à la rédaction de rapports, circulaires, notes de service, simples lettres parfois, qui jouent souvent un grand rôle dans certains domaines très techniques du droit économique dans lesquels le rôle de l'état est important, voire décisif, comme le droit de la concurrence, le droit fiscal...

Il ne s'agit pas à proprement parler de règles de droit ni même de doctrine au sens où on entend ce terme (V. n° 187) mais l'habitude a été prise, dans le domaine de la fiscalité notamment, de parler de doctrine fiscale, administrative plus largement, peut-être d'ailleurs en raison de la faiblesse de la doctrine traditionnelle dans ces domaines. Elles ont pour but de guider les fonctionnaires dans leur interprétation de la loi. Parfois, cependant, et notamment en matière fiscale ou de concurrence et des fraudes, les circulaires constituent la base permettant aux agents administratifs de poursuivre ou non. Les usagers ont alors tout intérêt à connaître ces documents qui ne sont pourtant pas toujours révélés au public sauf en ce qui concerne les *réponses ministérielles* et de certains documents administratifs mais aussi les circulaires qui doivent être publiées. L'autorité de ces textes n'est d'ailleurs pas nulle puisque le Conseil d'État distingue les circulaires interprétatives, sans valeur juridique, des circulaires réglementaires, considérées comme des règlements. Au contraire, le juge judiciaire n'accorde aucune valeur réglementaire aux circulaires, quelles qu'elles soient.

165. – « Soft Law », Sources quasi réglementaires, sous-réglementation et réglementation de droit privé. – Nous avons pu observer que les notions hiérarchiques, de supériorité ou d'infériorité, sont approximatives, par exemple s'agissant des règlements administratifs. Ceux-ci sont, le plus souvent, inféodés à la loi en ce sens qu'ils procèdent de la loi lorsqu'ils prennent la forme de décrets d'application. Cependant, cette vision classique est largement dépassée : les règlements autonomes sont comme leur qualificatif l'indique, indépendante de la loi. De même, surgit une multitude de textes « quasi réglementaires » qui ont toutes les apparences du règlement, comme les circulaires, contrats types, normes variées, communications indéfinies, avis protéiformes⁹⁶, le tout en droit interne, communautaire ou international.

En droit communautaire, notamment, la présentation classique des sources du droit communautaire en règles issues des traités, règlements, directives et décision est particulièrement trompeuse, si on n'ajoute une somme de « documents » que sont les « livres blanc », « livres verts », « communications », « recommandations », « lignes directrices », etc. à la vigueur normative peu active mais d'une efficacité redoutable, dans la mesure où il précise soit ce que sera demain le droit communautaire, soit la façon de le comprendre et de l'appliquer.

Il existe pourtant à côté de la loi tout une série de normes que l'on peut rattacher aux sources écrites du droit, et classer comme inférieures à la loi. Tel est le cas des « réglementations » proposées, par délégation de la loi, par de nombreuses « Autorités administratives indépendantes » (AAI). Celles-ci prolifèrent aujourd'hui : Autorité des marchés financiers et autrefois Comité des opérations en Bourse (COB), Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA), Conseil des bourses de valeurs (CBV), Autorité de la concurrence, Comité national informatique et liberté (CNIL), Comité national d'éthique des sciences de la vie et de la santé (comité d'éthique)... Très souvent, elles délivrent des avis, des arrêtés, des règlements qui de plus en plus tendent à accéder au statut de source, quoique inféodée à la loi. Tel est encore le cas des ordres professionnels (de médecins, d'avocats...). Se crée ainsi une réglementation parallèle, qui n'émane de l'État que de façon indirecte, par délégation, ou de façon détournée lorsque l'autorité qui l'émet n'en a pas le pouvoir.

⁹⁶ V. *L'inflation des avis en droit*, dir. Th. Revet, *Économica*, 1998.

Quelques observations peuvent être réservées à des **réglementations de droit privé**⁹⁷, tels les règlements intérieurs d'entreprise, de copropriété mais aussi à une variété de sources du droit issue de la pratique, telles que les *conventions collectives*⁹⁸. Il s'agit, au départ de contrats conclus entre un employeur ou un syndicat d'employeurs (MDEF, ex-CNPF) et un ou des syndicats d'employés.

Le contrat, nommé convention collective ou accord collectif, est obligatoire pour ses signataires et pour les membres des organisations syndicales signataires, ce qui s'explique par la théorie du mandat, mais aussi pour tous les autres salariés membres de syndicats non signataires ou non syndiqués, de l'entreprise : en ce sens la convention collective présente un double visage, conventionnel (c'est un contrat) et normatif (c'est un règlement). Que l'on songe que des conventions interbranches sont parfois signées et l'on mesure la puissance de ces contrats. En outre, un décret peut étendre le contenu de ces conventions à tout une catégorie de personnels, pourtant non signataires de l'accord ni même dans le champ d'application de l'accord. La convention collective est alors sans doute plus près de la loi, négociée, que du contrat, à la différence de ce qu'on appelle les accords dérogatoires, pleinement contractuels.

Enfin des organisations collectives d'importance considérables sont de sources purement contractuelle : les réseaux de distribution et notamment la franchise, la publicité, les organisations sportives, etc. connaissant des Codes de bonne conduite prévoyant un auto contrôle ; cela ne signifie pas que le recours au juge ou à la loi est exclu mais qu'il est second.

C'est encore la question, très médiatisée aujourd'hui du recours à l'*arbitrage* comme technique de résolution d'un litige par des juges privés, ainsi que les *modes alternatifs de régulations des conflits* (MARC ou ADR, *Alternative Dispute Resolution*) avec la transaction, la médiation, la conciliation, l'expertise, l'arrangement amiable, etc. qui permettent dans l'ordre interne comme dans l'ordre international de se passer du juge et parfois du droit, sinon pour y recourir de manière seconde. Le mouvement suscite un engouement pour des raisons pratiques (choix du juge, rapidité du procès, choix de la technique de jugement, très haute qualité d'écoute des parties, etc.) mais aussi politique : désintéressement sinon mépris pour le juge ou le droit interne par des entreprises multinationales, ou tout simplement « anationales », recherche d'un *jus comune* rebaptisé *lex mercatoria*, identification d'un *droit des marchands* non soluble dans le droit des Etats et, finalement, victoire du libre-échange sur le droit étatique.

L'ensemble intègre une catégorie de norme qu'on appelle le « *Soft law* », le droit souple, voire le droit mou⁹⁹, formule apparue en droit international public et qui gagne aujourd'hui toutes les branches du droit, mais permet, outre la validation de l'hypothèse du pluralisme des sources du droit, de se demander si les critères de validité de la norme juridique, par le critère de la sanction, sont encore valables.

Section 2

LES SOURCES NON LEGALES

166. – Présentation. – Les sources non légales, c'est-à-dire les sources qui se distinguent de l'idée de loi, manifestent l'idée d'un *pluralisme juridique* contre l'idée du XIX^e siècle qui voulait que tout le droit fût contenu dans la loi, système dit de la plénitude de la loi écrite.

Elles comprennent la jurisprudence (§ 1), la coutume (§ 2), les principes généraux (§ 3) et la doctrine (§ 4).

§ 2. – La jurisprudence

97 V. Ph. NEAU LEDUC, *La réglementation de droit privé*, Litec, 1998.

98 V. P.-H. ANTONMATTEL, *Les conventions et accords collectifs*, Dalloz, coll. « Connaissance du droit », 1996.

99 Cf. C. THIBERGE, *Le droit souple, réflexions sur les textures du droit*, RTDciv., 2003, p. 599 – Adde P. AMSELEK, *L'évolution générale de la technique juridique dans les sociétés occidentales*, RD publ. 1982.275, F. OSMAN, Avis, directives, codes de bonne conduite, recommandations, déontologie, éthique, etc. : réflexion sur la dégradation des sources privées du droit, RTD civ. 1995.509, J.-G. BELLEY (dir.), *Le droit soluble, contributions québécoises à l'étude de l'internormativité*, préf. de J. CARBONNIER, LGDJ, coll. Droit et société, 1996, M. DELMAS-MARTY, *Le flou du droit*, PUF, Les voies du droit, 1986,

167. – Définitions. – Le terme de jurisprudence est employé en des acceptions différentes. Étymologiquement, le terme désigne la science du droit ; c'est d'ailleurs son sens en droit romain. En droit anglais, le terme désigne la philosophie du droit.

Il connaît aujourd'hui de nombreux autres sens. Il peut s'agir de l'habitude qu'ont les tribunaux de trancher un litige d'une certaine manière. On évoque ainsi *la jurisprudence constante* ou de *un revirement de jurisprudence*. Il peut encore s'agir de l'ensemble des décisions rendues par une juridiction donnée. On parle souvent de la jurisprudence de telle cour d'appel ou de la jurisprudence de la Cour de cassation – et le plus souvent à raison, on le verra, car pour la question de savoir si la jurisprudence est source de droit, c'est ce sens que l'on entend pour le mot jurisprudence – ou bien encore de la jurisprudence de la Cour de cassation en matière sociale ou de la jurisprudence en matière de clause abusive... Il s'agit également de la « personnification de l'action des tribunaux » c'est-à-dire des décisions rendues par les tribunaux prises dans leur sens normatif.

Enfin, la jurisprudence, au sens de source réelle du droit, est envisagée comme les décisions assurant une interprétation définitive, les décisions des cours souveraines, Cour de cassation, Conseil d'Etat, Conseil constitutionnel mais aussi Cour de Justice de l'Union européenne, CEDH, et en ce sens comme source de droit.. S'agissant de la Cour de cassation, les arrêts qui « font » jurisprudence ont longtemps été classés selon qu'ils étaient publiés ou non au bulletin des arrêts de la Cour de cassation. Depuis quelques années, la Cour elle-même assure la publication de tous les arrêts rendus, quels qu'ils soient, sur Internet sur le site legifrance.gouv.fr, avec une technique de recherche efficace, notamment par les numéros de pourvoi. En outre et indépendamment d'un signalement particulier de certains arrêts sur son propre site Internet, elle a pris soin de développer une technique de différenciation plus subtile, distinguant les arrêts selon des jeux de lettres selon un ordre d'importance (pour la Cour) croissant : « simplement diffusé » (lettre « D », éventuellement précédée des lettres « FR », signifiant formation restreinte, qui correspond à la technique de filtre de chaque chambre ou « FP », formation plénière), publié au bulletin (lettre « P »), publié au bulletin et dans le bulletin d'information de la Cour (lettres « P+B »), publié au bulletin, dans le bulletin d'information de la Cour et faisant l'objet d'une mention dans le rapport annuel de la Cour (lettres « P+B+R »), voire faisant l'objet, en sus, d'une publication sur son site internet (lettres « P+B+R+I »).

La jurisprudence présente, en effet, un grand intérêt et ce à plus d'un titre. En premier, elle traduit l'application de la loi au cas concret et révèle la réalité de cette application. La jurisprudence, c'est le droit en mouvement, le droit en action. Par ailleurs, la jurisprudence acquiert une grande autorité dès lors qu'elle n'est pas brouillonne, disparate mais au contraire, méthodique et unifiée. Or, la jurisprudence obéit naturellement à des lois d'imitation et de continuité pour diverses raisons : formelles liées à la structure pyramidale des juridictions françaises et informelles liées à la façon de juger, mode relativement uniforme du recrutement des magistrats, milieu socioculturel d'origine des magistrats, culture commune, etc. La jurisprudence est, alors, au moins, une *autorité du droit*.

En second, elle révèle la question de l'« autorité » de la jurisprudence et donc de sa place dans les sources du droit. La jurisprudence est-elle une source autonome ou, au contraire dépendante (de la loi) ?

168. – La jurisprudence est-elle une source de droit ? – Autre en effet et autrement plus délicate et discutée (en France notamment) est la question – essentielle – de savoir si la jurisprudence est, plus qu'une simple autorité, une source de droit et de mesurer alors sa place dans le concert des sources du droit

Si l'on s'en tient aux principes fondateurs de l'ordre post-révolutionnaire, fondés notamment par Robespierre, Sieyès ou Montesquieu autour d'une notion de République épurée de l'arbitraire du juge¹⁰⁰, la jurisprudence ne peut pas être une source de droit. Elle est pourtant très largement considérée comme telle, depuis peu, en vertu de la reconnaissance d'un certain pluralisme des sources du droit¹⁰¹.

100 V. F. ZENATI, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil* : D. 2002, chron. p. 15.

101 Comp. cependant : J.-L. AUBERT, M. BANDRAC, A. BRETON, J. CARBONNIER, G. CORNU, M. GOBERT, F. TERRE, A. TUNC et F. ZENATI, *La jurisprudence aujourd'hui, libres propos sur une notion controversée* : RTD civ. 1992, p. 337. – E. SERVERIN, *De la jurisprudence en droit privé. Théorie d'une pratique*, PUL, 1985.

Le système juridique français offre en principe peu de place à la jurisprudence. Après la Révolution, Robespierre proposait ainsi de supprimer le mot « jurisprudence » du vocabulaire, proposition totalement utopique mais particulièrement révélatrice d'une volonté d'identifier le droit comme émanant nécessairement du législateur, représentant de la Nation, solution inspirée de la philosophie des Lumières, et dont le normativisme est l'héritier. Il s'agissait alors de combattre le système de l'Ancien droit qui, au contraire, laissait une grande place à l'action des tribunaux, et à l'équité. Les parlements rendaient ainsi des arrêts de règlement, susceptibles de s'appliquer dans un grand nombre de situations ; l'arrêt de règlement étant concurrent de la loi et les arrêts étaient le plus souvent sans motivation, de sorte que les arrêtistes qui présentaient les solutions rendues racontaient les débats juridiques dans leurs commentaires, palliant ainsi l'absence de précision ou de motivation dans l'arrêt. À la fin de l'Ancien Régime, cette situation était devenue insupportable : « Que Dieu nous préserve de l'équité des parlements ! » disait-on, ce qui en dit long sur la légitimité de leurs décisions ce dont on peut se faire une idée en lisant les auteurs classiques, Racine ou Molière par exemple, et la façon dont ils considèrent les juges dans nombre de leurs œuvres.

À partir du moment où la loi détient le monopole de la production des normes juridiques, toute concurrence avec d'autres sources, comme la coutume ou la jurisprudence, est en effet exclue ; elle l'est encore dans la conception normativiste, qui prévaut globalement chez les spécialistes de droit constitutionnel. Le système juridique, la pensée juridique se sont ainsi construits contre la jurisprudence, de telle manière que celle-ci, bien qu'existant, bien que reconnue comme une technique d'accès à la connaissance des règles, est demeurée l'ombre portée de la règle de droit.

Le droit révolutionnaire affirmait que les tribunaux devaient se contenter d'appliquer la loi quitte à demander en cas de difficulté d'interprétation l'avis du législateur par la procédure dite du *référé législatif*. Cette institution fut un échec en raison de la longueur des réponses et, sans doute, en raison de l'impuissance du législateur à interpréter les règles aussi bien que le ferait le juge, confronté au cas concret mais aussi parce qu'elle va à l'encontre du concept de loi : un ensemble de règles générales et impersonnelles, et de l'action des tribunaux : appliquer la règle au cas concret et, donc, l'interpréter. Aussi fut-il supprimé très tôt, en 1828. Aujourd'hui, on assiste à une certaine résurgence de ce mécanisme par la procédure, instituée en 1991, de *saisine pour avis de la Cour de cassation*, qui permet de demander à la Cour de cassation son avis sur une question juridique posant difficulté (V. n° 198). Proche de la question préjudicielle du droit communautaire, ce mécanisme ne lie cependant pas le juge.

Il demeure que la jurisprudence et le juge ont été placés en état d'infériorité normative, comme si la jurisprudence faisait corps avec le système monarchique renversé, comparé au système légicentriste qui résultait de la seule considération de la loi. Malgré l'irruption évidente et massive de la jurisprudence dans notre système juridique, il reste des traces de cet ancien et profond ostracisme dans lequel elle a été tenue. Son autonomie progressive fait du phénomène jurisprudentiel le mécanisme le plus intéressant des sources du droit.

Il est vrai que « la jurisprudence », au sens où on l'entend comme éventuelle source du droit est formée d'une toute petite partie de l'ensemble des décisions de justice. Ce sont essentiellement les décisions des Cours souveraines, la Cour de cassation, telles qu'elles sont publiées, soit dans le Bulletin de la Cour de cassation, selon des classifications qui sont propres à celle-ci, soit dans les revues juridiques, c'est-à-dire la jurisprudence accessible¹⁰², les décisions du Conseil d'Etat, celles du Conseil constitutionnel et on pourrait ajouter celles de la CJUE et de la CEDH.

169. – Les modèles étrangers. – Certains droits étrangers connaissent des systèmes très différents de notre système juridique. De manière très claire, le Code civil suisse de 1907 contient un article 1-2° qui dispose que « à défaut de disposition légale applicable, le juge prononce selon le droit coutumier et, à défaut d'une coutume, selon les règles qu'il établirait s'il avait à faire acte de législateur » ; on ne saurait mieux dire pour définir le rôle du juge et faire apparaître le résultat de son travail, la jurisprudence comme une source, subsidiaire, de droit, le tout, pourtant, dans un système de Code, très voisin de celui du droit français.

102 X. HENRY, *La jurisprudence accessible. Megacode civil : théorie d'une pratique* : RRJ 1999-3, p. 631 et 1999-4, p. 1.

Surtout, le **modèle anglais**, par le système de *Common Law* et qui se retrouve dans la plupart des pays de langue anglaise (États-Unis, Canada à l'exception du Québec, Australie, Nouvelle-Zélande, Afrique du Sud notamment), est dominé par la règle du précédent. Parce qu'ils ne furent pas, comme le droit français, influencés par le droit romain, les juges anglais ont eu mission de créer le droit. En sorte que la jurisprudence tient, en droit anglais, le rôle majeur, les lois n'étant là que pour corriger le droit jurisprudentiel. Mais surtout, les décisions judiciaires ont une autorité importante : elles fondent un *précédent*. Les juges qui seront, dans l'avenir, confrontés à un problème identique, devront suivre la solution déjà donnée par le précédent.

Ce faisant, la principale différence, qui est une aussi une difficulté capitale en France, entre le système de *Common Law* et le *système d'interprétation jurisprudentielle* de droit civil tient au fait que, en droit français par exemple, le juge applique un syllogisme juridique, dans lequel la règle de droit tient le rôle de la majeure et les faits de la mineure (cf. infra, n°183), par un raisonnement déductif, conséquentialiste qui respecte la logique d'imputation de la règle appliquée, quelle qu'elle soit, même jurisprudentielle, et ce même en considérant l'hypothèse réaliste d'un syllogisme inversé. Le système de *Common Law* est au contraire un raisonnement par analogie, tranchant un cas non pas à l'aide d'une règle générale appliquée au cas, mais par rapprochement avec une autre règle particulière antérieurement jugée, un précédent. Lorsque le juge estime devoir s'éloigner d'un cas précédant, il opère par la technique du « *distinguishing* » qui correspond à un revirement de jurisprudence mais est présenté comme un prolongement du cas antérieur et non une rupture. De même la technique de l'*obiter dictum* consiste à annoncer un revirement à venir, à préparer le *distinguishing* (formule qu'on retrouve parfois dans les arrêts français, mais dans l'arrêt de revirement), alors que la technique signalant un « *not following* » identifie un arrêt isolé.

Enfin, distinction majeure d'avec le système français, la *motivation* de l'arrêt consiste à présenter les avis des juges, y compris un avis contraire, dans la décision, une « opinion dissidente » (technique que l'on retrouve dans la jurisprudence allemande).

La différence est donc essentielle et cette différence permet de mesurer la difficulté théorique française. Si dans le système de *Common Law* indique par exemple que la fourniture par un fabricant de voiture d'une voiture qui se révèle mal conçue et impliquée dans un accident engage la responsabilité du fabricant, si demain, la question de savoir si un fabricant de médicaments est responsable supposera l'observation du cas précédent, de mesurer les similitudes, les différences et d'appliquer, ou non la solution au second. En droit français, et par réflexe nomophile, la solution nouvelle sera rédigée, par la Cour de cassation, à la manière d'une règle de droit, d'une générale avec une formule du type *le fabricant est responsable des défauts résultant de la chose et causés aux personnes ou aux biens*. Cela ressemble à une règle *légiférée*, cela en a la saveur, l'expression, mais ce n'en est pas une. Et pourtant, par un réflexe là encore, le juriste qui reçoit cette *décision de jurisprudence* retient la solution, oublie les faits, et confronté à une nouvelle situation, utilise la solution *comme majeure d'un nouveau syllogisme*, comme une règle de droit *générale et abstraite*. C'est ce mouvement, vertical en quelque sorte par comparaison au mouvement horizontal du droit anglais, et qui attire la solution casuistique vers le haut, vers le statut de règle qui explique la difficulté conceptuelle qui consiste à « reconnaître » la jurisprudence comme une source, originale du droit.

170. – Méthode d'interrogation. – Or, la règle générale et abstraite et conçue par référence légicentriste à l'article 5 du Code civil et la prohibition des arrêts de règlement, à confronter avec la réalité, judiciaire cette fois, de la menace du déni de Justice, le tout dans un débat, de nature législative ayant la jurisprudence pour objet et que l'on peut compléter par des arguments de procédure qui relèvent, en toute hypothèse de la technique, judiciaire notamment (A), à moins que ce débat soit un peu déplacé au profit d'une considération plus large, politique (B).

A. – Technique

1) L'interdiction des arrêts de règlement

171. – Arrêts de règlement et relativité de la chose jugée. – La technique en premier oppose et ce de manière très classique l'article 5 et l'article du Code civil. L'article 5 du Code civil interdit en effet aux juges « de se prononcer par voie de dispositions générales et réglementaires sur les causes qui leurs sont soumises ». Il prohibe ainsi *les arrêts de règlement* c'est-à-dire des règles générales et

abstraites, des règles de droit qui prendraient la forme de jugements types, susceptibles d'être reproduits par d'autres juges, pour l'avenir, comme, par exemple, en droit anglais. La Révolution se méfiait des pratiques judiciaires de l'Ancien Régime qui rendaient parfois de tels arrêts de nature à contrarier la loi. En partant du principe que le peuple est souverain et que la loi est l'émanation de la volonté populaire, on arrive logiquement à proscrire les arrêts de règlement. Dans ces conditions, la décision d'une juridiction est obligatoire, mais seulement pour les parties au procès. C'est le principe de l'autorité de la chose jugée et de la *relativité de l'autorité de la chose jugée* aux seules parties au litige réglé par le juge posé par l'article 1351 du Code civil (V. n° 139). Il signifie que les tiers ne sont pas concernés par le jugement, s'opposant ainsi à la règle du précédent de la *Common Law*. Il en résulte que si la jurisprudence est une source de droit, elle n'est pas de même nature que la loi.

172. – Arrêts de principe. – Par ailleurs, les juges rendent parfois des arrêts très importants, on parle ainsi des *arrêts de principe de la Cour de cassation*, arrêts rendus dans des circonstances particulières sur des questions cruciales qui confèrent à ces décisions une portée singulière, amplifiée par l'autorité de la Cour de cassation et par les commentaires doctrinaux de ces décisions. Ce système permet « l'édition de principes généraux de solution à propos des litiges qui se présentent, mais n'empêche nullement de les modifier lorsque se présentent d'autres espèces »¹⁰³, révélant le caractère contingent des arrêts de principe, que l'épreuve du temps réfute pourtant : la jurisprudence devient un législateur-bis. Comment expliquer, sinon, l'existence de décisions légitimes, comme celles rendues en matière de mères porteuses, fondées sur des principes généraux du droit inexistant¹⁰⁴.

2) L'obligation de juger

173. – Déni de justice. – En revanche, l'article 4 du Code civil oblige le juge à juger même lorsque la loi est incomplète, obscure ou absente. Il interdit au juge de refuser de juger « sous prétexte du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi ». À défaut, le juge commettrait un *déni de justice*, puni par l'article 434-7-1 du Code pénal. Dans cette hypothèse, et puisque le juge ne peut juger en équité (au sens normatif du terme contrairement, à nouveau, au droit anglo-saxon), il lui faut bien se référer aux décisions antérieures, identiques ou voisines, rendues par d'autres juridictions, c'est-à-dire sur les précédents judiciaires, contrairement à la règle de l'article 5 du Code civil. Cela ne signifie pas, comme en droit anglais, que le juge est tenu de se conformer au précédent. Bien au contraire, les revirements de jurisprudence attestent de la possible modification d'une interprétation de la loi. Par ailleurs et surtout, la loi est nécessairement incomplète, elle ne peut embrasser l'ensemble des situations concrètes. C'est le juge qui assume le rôle essentiel d'appliquer la norme, générale et abstraite, au cas concret, aux faits, par l'interprétation de la norme et des faits : la décision des juges, la jurisprudence (envisagée comme les décisions normalisées, après le contrôle de la Cour de cassation) est formée de cette rencontre. On observe d'ailleurs que le Code civil qui contient des règles souvent très larges connaît une stabilité beaucoup plus importante que les lois modernes qui veulent tout régir et finalement deviennent très rapidement obsolètes. Dans toutes les hypothèses où une lacune ou une antinomie légale se fait jour, le juge peut donc créer le droit. Pourtant, il faut bien admettre que l'œuvre créatrice du juge ne se limite pas à ces situations et ce, depuis longtemps.

174. – Obligation de motiver. – Le juge est également obligé de motiver ses décisions, de les justifier, selon l'article 455, alinéa 1^{er} du nouveau Code de procédure civile. Le juge doit préciser sur quelle règle il appuie son raisonnement et sa décision, afin de permettre un contrôle de la motivation des jugements par la Cour de cassation.

On conçoit que ce n'est guère difficile lorsque la loi est claire. En revanche, dès que la loi est obscure, susceptible d'interprétations divergentes, incomplète ou absente, le juge doit malgré tout juger. Or, pour juger, et, en jugeant, pour motiver, il lui faut, autant que possible, rendre clair ce qui est obscur, compléter ce qui l'est pas, présenter ce qui n'existe pas. Il en résulte nécessairement, nécessité encore renforcée par la technique de rédaction des arrêts de cassation, empruntant au syllogisme juridique, pour motiver ces décisions, la création de règles de droit chaque fois que la loi que le juge est, en principe, chargé d'interpréter est ambiguë, obscure ou inexistante.

¹⁰³ M. SALUDEN, *Le phénomène de la jurisprudence. Étude sociologique*, thèse, Paris II, 1983, p. 666.

¹⁰⁴ V. M. GOBERT, *Réflexions sur les sources du droit et les principes d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes* : RTD civ. 1992, p. 489.

S'ajoute à cela la *hiérarchisation* des juridictions qui veut que la Cour de cassation a toujours le dernier mot, dans un souci d'*uniformisation* de la jurisprudence par la Cour de cassation (qui est sa mission principale), et une certaine tendance au conservatisme, propre aux juristes mais aussi à la société. Dans un litige, il n'y a bien souvent pas beaucoup plus que deux ou trois solutions possibles. Par conséquent, le juge n'a guère de choix possibles.

En outre, en jurisprudence comme pour la loi, la constance est une nécessité. Si le juge changeait constamment de solution, l'incertitude judiciaire et, par là, l'arbitraire judiciaire régneraient totalement.

Les juges du fond sont en outre nécessairement enclins à juger comme le fait la Cour de cassation puisqu'ils savent qu'à défaut leurs décisions seront cassées alors même que la Cour de cassation a naturellement tendance à juger dans l'avenir comme elle a jugé dans le passé sauf rares (mais de moins en moins) revirements de jurisprudence même s'il faut souligner pour tempérer cette affirmation l'indépendance intellectuelle des juges du fond et le fait que des pourvois en cassation ne sont pas systématiques. Par ailleurs, l'interrogation récente posée par le caractère rétroactif des revirements de jurisprudence révèle, sans guère de doute, l'installation de la jurisprudence dans le domaine des sources du droit¹⁰⁵.

Le juge dépasse cependant parfois le strict cadre qui lui est assigné par les articles 4 du Code civil et 455 du Code de procédure civile par exemple lorsque l'on observe des *obiter dictum*, c'est-à-dire des motifs qui ne sont pas nécessaires à la solution donnée par le juge (opposés à la *ratio decidendi* : les motifs nécessaires à la décision). On en observe de plus en plus souvent, ils traduisent une implication beaucoup plus importante du juge dans l'élaboration des normes.

175. – Syllogisme juridique. – La technique de rédaction des décisions de justice ajoute encore à cette situation. La Cour de cassation sépare les faits et les principes sur lesquels la solution est rendue.

Mieux elle observe ce que l'on appelle le *sylogisme juridique*¹⁰⁶ qui est une des techniques de logique juridique et qui repose sur le raisonnement suivant : les faits étant ce qu'ils sont, la règle étant ce qu'elle est, il y a lieu d'appliquer celle-ci à ceux-là. Cette technique permet d'appliquer la règle, générale et impersonnelle, aux faits de l'espèce, particuliers et concrets. Ce faisant, les décisions de justice devraient, logiquement, ne concerner que les faits, que les parties. Pourtant, cette technique permet souvent de conférer une aux décisions de justice une portée beaucoup plus générale. La *mineure* du raisonnement reproduit les faits, la *majeure* présente la règle de droit. Ils constituent les *motifs* et sont présentés de façon uniforme : « attendu que M. X. a... » ; « attendu que l'article 1382 dispose que.... ». La *conclusion*, le *dispositif*, est la décision. C'est logique, c'est mathématique, c'est définitif.

Lorsque la Cour de cassation se contente d'appliquer un texte qui ne pose pas de difficulté d'interprétation, l'arrêt ne présente pas d'intérêt particulier.

En revanche, lorsque l'arrêt offre une interprétation particulière d'un texte ou bien qu'il se prononce en l'absence de règle bien établie, le syllogisme juridique permet de conférer une grande portée à la décision.

En effet, la solution juridique apparaît clairement dans l'arrêt, à travers la majeure du raisonnement syllogistique, de façon générale et abstraite, *comme s'il s'agissait d'une règle de droit*, soit en tête de l'arrêt lorsqu'il s'agit d'un arrêt de cassation (et viennent ensuite les faits et l'interprétation divergente proposée par l'arrêt d'appel censuré) soit après la formule « mais attendu que (...) » lorsqu'il s'agit d'un arrêt de rejet. Cela étant la majeure est, par hypothèse, une norme nouvelle, une norme jurisprudentielle, interprétative.

En fait, on s'aperçoit que bien souvent les juges utilisent la règle inverse, un *sylogisme inversé* : désireux d'aboutir à telle solution au regard des faits, ils appliqueront telle ou telle règle leur permettant d'y parvenir, y compris au soutien d'une règle correspondant à une nouvelle interprétation, soit une règle inventée ou découverte par le juge.

¹⁰⁵ V. *infra*, n° 209.

¹⁰⁶ V. M.-L. MATHIEU IZORCHE, *Le raisonnement juridique*, PUF, 2000, p. 195.

Cette technique de rédaction offre un plus grand intérêt à la solution lorsque la juridiction est plus importante¹⁰⁷. Il en résulte que la jurisprudence tend à demeurer et à être respectée : elle est, bien entendu, une source du droit.

Document n°1

Le syllogisme juridique 1° Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : <i>Bull. civ., ass. plén.</i> , n° 4	
<p>Majeure : il s'agit d'un arrêt de cassation et le visa de l'arrêt contient, ici, une règle qui n'existe pas dans le Code civil. La Cour de cassation a interprété les règles des articles 6, 1128 et 353 du Code civil.</p> <p>Mineure : apparaissent ici les faits, tant matériels que judiciaires (où la solution inverse de cour d'appel est exposée), ainsi que les motifs de droit, à partir de « qu'en statuant ainsi... », ce qui complique l'analyse de ce type d'arrêt car il se combine avec le visa contenu dans la majeure.</p>	<p>LA COUR : <i>Sur le pourvoi dans l'intérêt de la loi formé par M. le procureur général près la Cour de cassation</i> :</p> <ul style="list-style-type: none"> – Vu les articles 6 et 1128 du Code civil, ensemble l'article 353 du même code ; – Attendu que la convention par laquelle un femme s'engage, fût-ce à titre gratuit, à concevoir et à porter un enfant pour l'abandonner à sa naissance contrevient tant au principe d'ordre public de l'indisponibilité du corps humain qu'à celui de l'indisponibilité de l'état des personnes ; – Attendu, selon l'arrêt infirmatif attaqué (CA Paris, 1^{re} ch. C, 15 juin 1990), que Mme X., épouse de M. Y., étant atteinte d'une stérilité irréversible, son mari a donné son sperme à une autre femme qui, inséminée artificiellement, a porté et mis au monde l'enfant ainsi conçu ; qu'à sa naissance, cet enfant a été déclaré comme étant né de Y., sans indication de filiation maternelle ; – Attendu que, pour prononcer l'adoption plénière de l'enfant par Mme Y., l'arrêt retient qu'en l'état actuel des pratiques scientifiques et des mœurs, la méthode de la maternité substituée doit être considérée comme licite et non contraire à l'ordre public, et que cette adoption est conforme à l'intérêt de l'enfant, qui a été accueilli et élevé au foyer de M. et Mme Y. pratiquement depuis sa naissance ; qu'en statuant ainsi, alors que cette adoption n'était que l'ultime phase d'un processus d'ensemble destiné à permettre à un couple l'accueil à son foyer d'un

¹⁰⁷ V. Ch. ATIAS, *L'ambiguïté des arrêts dits de principe en droit privé* : JCP 1984, I, 3145.

	<p>enfant, conçu en exécution d'un contrat tendant à l'abandon à sa naissance par sa mère, et que, portant atteinte aux principes de l'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes, ce processus constituait un détournement de l'adoption, la cour d'appel a violé les textes susvisés ;</p>
<p>Conclusion : le dispositif de l'arrêt</p>	<p>Par ces motifs, casse... mais seulement dans l'intérêt de la loi et sans renvoi.</p>
<p>1° Cass. civ. 1^{re}, 5 nov. 1996 : <i>D.</i> 1997, p. 403.</p>	
<p>Mineure : il s'agit d'un arrêt de rejet. La mineure présente les faits matériels et judiciaires mais également les « moyens » du pourvoi, c'est-à-dire les raisons pour lesquelles le demandeur au pourvoi entend voir l'arrêt réformé.</p> <p>Majeure : la règle de droit, résultant à nouveau d'une interprétation du texte de l'article 9 du Code civil, développée sous le fameux « mais attendu que... »</p> <p>Conclusion : le dispositif de l'arrêt</p>	<p>LA COUR : (...) <i>Sur le second moyen pris en ses quatre branches :</i></p> <p>– Attendu que la société X., éditrice du journal Z. fait grief à l'arrêt attaqué (CA Paris, 15 févr. 1994) de l'avoir condamnée à payer à Mme Y., des dommages et intérêts pour atteinte à la vie privée et à son droit de s'opposer à la publication de son image ; que le pourvoi fait valoir tout d'abord, que si l'article 9 du Code civil donne à la victime d'une atteinte à la vie privée une action propre à prévenir ou faire cesser cette atteinte, la réparation du préjudice éventuellement subi est soumise aux conditions de l'article 1382 du Code civil, de sorte que la cour d'appel a méconnu la nécessaire combinaison de ces deux textes en décidant que l'action de Mme Y. n'était pas soumise aux dispositions de l'article 1382 quant à la preuve d'un dommage et d'un lien de causalité avec la faute retenue ; qu'il est encore reproché à la cour d'appel d'avoir accordé une indemnité s'apparentant à une amende civile indépendamment de tout dommage réparable, en violation du principe d'adéquation de la réparation accordée au préjudice subi, et sans motiver sa décision qui procède par simple affirmation ;</p> <p>– Mais attendu que selon l'article 9 du Code civil, la seule constatation de l'atteinte à la vie privée ouvre droit à réparation ; que la cour d'appel, après avoir constaté l'atteinte portée au droit</p>

	<p>de Mme Y. au respect de sa vie privée par la publication litigieuse révélant sa vie sentimentale, a souverainement évalué le montant du préjudice subi ; qu'elle a ainsi légalement justifié sa décision ;</p> <p>Par ces motifs, rejette le pourvoi</p>
--	---

176. – Limitation ou émancipation ? – La jurisprudence sera-t-elle victime de son succès ? À l'inflation des lois, s'ajoute-t-il celle de la jurisprudence ? Certes, toutes les décisions de jurisprudence ne font pas la jurisprudence, entendue comme source de droit. Seules les plus importantes d'entre elles, les arrêts de la Cour de cassation et encore, parmi ceux-ci, les plus importants encore, au-delà des seuls arrêts de principe ou des revirements de jurisprudence qui constituent les sommets de la jurisprudence prise comme source de droit, en font partie l'ensemble de la jurisprudence publiée, voire de la jurisprudence non publiée tant l'accès à la jurisprudence de la Cour de cassation est désormais facilitée par l'Internet¹⁰⁸. On est alors très proche des arrêts de règlement prohibés par l'article 5 du Code civil. D'ailleurs, la technique de rédaction des arrêts de jurisprudence montre parfois la volonté de la Cour de cassation de se comporter en un « législateur jurisprudentiel », qu'il s'agisse de la médiatique affaire *Perruche* aux plus discrets arrêts en droit social.

Par ailleurs, la jurisprudence est une source de droit mouvante car telle décision rendue par la Cour de cassation ou le Conseil d'état ne lie pas le juge ni même la Cour de cassation ou le Conseil d'État eux-mêmes pour l'avenir, justifiant les *revirements de jurisprudence* et parce que la loi peut modifier la jurisprudence. Observons aussi que la jurisprudence ne se suffit pas à elle-même. C'est grâce à la doctrine qui repère et étudie les arrêts les plus importants, les commente et les systématise pour créer des systèmes juridiques parfois complexes que la jurisprudence, qui serait sinon totalement inconnue, atteint ce seuil de source de droit.

La jurisprudence, alors considérée comme source de droit, est-elle subordonnée à la loi ? C'est une question célèbre qu'il est difficile de trancher¹⁰⁹. À bien des égards, une réponse positive s'impose.

La loi peut en principe toujours défaire ce que la jurisprudence a fait écrit-on souvent en sorte que l'on pourrait considérer que la tolérance d'une jurisprudence se justifierait par une approbation tacite de la loi, tempérant d'autant l'autorité de la jurisprudence¹¹⁰. C'est une thèse célèbre est très diffusée que cette idée que la jurisprudence est ainsi une forme de norme légale implicite ; si la jurisprudence ne sied pas au monarque, il peut faire adopter une loi contraire, forme modernisée et supposée démocratique du « lit de justice ».

C'est d'ailleurs ce qui justifie que les grandes avancées jurisprudentielles passent généralement très bien en doctrine jusqu'à ce que la jurisprudence s'émancipent véritablement, au cours des années 1980, en droit des contrats, pour imposer des obligations nouvelles dans le contrat que les parties n'avaient pas prévues (obligation de renseignement, obligation de sécurité notamment), des modèles d'exécution nouveau (exécution de bonne foi des contrats conçue comme une exécution respectant l'esprit du contrat ou son économie), voire des techniques d'appréciation nouvelles de la validité du contrat, ou en droit de la famille dans les années 1990 avec la jurisprudence interdisant les conventions de mère porteuse en 1991 ou validant le transsexualisme en 1992 par exemple ou encore la série des affaires *Perruche* (cf. supra, n°54) entre 1999 et 2006.

C'est d'ailleurs à ce moment que la doctrine a commencé à s'offusquer et à considérer la jurisprudence comme proposant des interprétations « déformantes » à (re)parler de forçage du contrat, etc., comme si la jurisprudence était à la merci de la loi et de la doctrine. En 1992 même, certains parlaient d'imposer un nouvel alinéa à l'article 4 du Code civil « *Toutefois, lorsque la décision à*

¹⁰⁸ X. HENRY, *La jurisprudence accessible. Megacode civil : théorie d'une pratique*, art. préc.

¹⁰⁹ V. Ph. MALAURIE, *La jurisprudence combattue par la loi : Mélanges R. Savatier* ; D. 1965, p. 603 et Th. REVET, *La jurisprudence*, Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2009, p. 377.

¹¹⁰ M. WALINE, *La réception implicite de la règle jurisprudentielle : Mélanges Scelle*, t. 2, p. 612.

rendre suppose la prise de position de principe sur l'une des matières énumérées à l'article 34 de la Constitution du 4 octobre 1958, le juge doit surseoir à statuer et en référer au législateur »¹¹¹, le contraire du Code civil suisse, le retour du référé législatif, l'ignorance délibérée à la fois des leçons du normativisme et du réalisme, dans ce positivisme nostalgique français (cf. supra, n°83-3).

Le droit fiscal offre, ainsi, quelques exemples de décisions brisées par une loi nouvelle mais c'est là encore un mythe : pour une solution jurisprudentielle effectivement brisée par la loi, mille sont ignorées par la loi et subsistent. Inversement, on connaît de nombreux exemples où la jurisprudence brave la loi¹¹², voire la contredit totalement, sans que le législateur réagisse, comme dans l'exemple célèbre de l'action en recherche de paternité. Parfois même, la jurisprudence devance la loi ou bien provoque le législateur pour l'inciter à légiférer. Tel fut le cas de la jurisprudence des années 70 qui refusait de réviser les clauses pénales pour forcer le législateur à intervenir, ce qu'il fit le 5 juillet 1975 modifiant l'article 1152 du Code civil pour autoriser le juge à augmenter ou diminuer le montant d'une clause pénale lorsque celui-ci est manifestement dérisoire ou excessif. Tel est le cas de la jurisprudence sur les clauses abusives, par laquelle la jurisprudence s'autorisait à contrôler toutes les clauses abusives contenues dans un contrat conclu avec un consommateur contrairement à une loi de 1978, jusqu'à ce qu'une loi du 1^{er} février 1995 confirme cette avancée jurisprudentielle. Tel est surtout le célèbre exemple de la jurisprudence *Desmares* du 21 juillet 1982, précipitant l'adoption de la loi du 5 juillet 1985 en matière d'accident de la circulation. Plus qu'un combat, on observe alors une certaine complémentarité de la loi et de la jurisprudence pas toujours dénuée d'ambiguïté d'ailleurs : ainsi, avant la transposition de la directive de 1985 en matière de responsabilité des produits défectueux par la loi du 19 mai 1998, la Cour de cassation avait bâti un solide régime de l'obligation de sécurité, qu'elle renforçait encore à quelques jours de la promulgation de la loi de 1998. Toute la difficulté tient, cependant, à la méconnaissance de la jurisprudence par le justiciable son principal travers repose sur une grande technicité qui en fait une source connue surtout par les spécialistes, un droit d'érudit.

177. – Exemples de grands mouvements jurisprudentiels. – Que l'on tienne la jurisprudence pour une simple autorité interprétatrice du droit ou pour une véritable source énonciatrice de droit, il reste que le « fait jurisprudentiel » est indéniable : nul ne peut prétendre étudier le droit sans connaître la façon dont la jurisprudence applique la loi. Il existe, ainsi, des exemples particulièrement topiques du rôle joué par la jurisprudence. Très célèbre est l'exemple issu de l'arrêt *Teffaine* dans lequel une machine avait explosé tuant un ouvrier, M. Teffaine. Le juge appelé à se prononcer n'appliqua pas l'article 1382 du Code civil, inutile puisqu'il n'y avait pas de faute. Il utilisa l'article 1384, alinéa 1^{er}, pour découvrir un principe général du fait des choses que l'on a sous sa garde et qui est l'un des textes les plus appliqués en matière de responsabilité aujourd'hui, alors que cet alinéa était considéré jusqu'alors comme un texte introductif du reste de l'article 1384¹¹³. Dès lors, de très nombreuses décisions ont suivi le chemin tracé par la Cour de cassation pour créer le mécanisme général de responsabilité sans faute reposant sur l'article 1384, alinéa 1^{er}. Mais, ce système n'aurait sans doute pas connu le succès qui est le sien aujourd'hui si des juristes expérimentés n'avaient expliqué, ordonné, systématisé le dédale constitué par l'ensemble de ces décisions. Les exemples de ce type pourraient être égrenés à l'infini : songeons aux règles gouvernant les actions directes dans les contrats, les obligations d'information ou de sécurité dans les mêmes contrats, ou bien encore dans l'exemple très démonstratif de l'affaire *Perruche* (cf. supra, n°54) ; Après les arrêts de 2000 et 2001 validant l'action en responsabilité des parents, en leur nom et au nom de l'enfant, né handicapé, faute d'avoir pu procéder à une IVG du fait d'une faute médicale, la loi *Kouchner* du 4 mars 2002 « brisait » ces solutions jurisprudentielles par un article préliminaire affirmant que « nul ne peut se prévaloir d'un préjudice du seul fait de sa naissance ». saisie à nouveau, sur la même question, et sommée d'appliquer la loi nouvelle, la Cour de cassation décidait par une série d'arrêt de principe du 26 janvier 2006¹¹⁴, sur le fondement de l'article 1^{er} du 1^{er} Protocole de la Convention européenne des droits de l'homme qui assure un droit à la protection des biens « *Attendu, toutefois, que si une personne peut être privée d'un droit de créance en réparation d'une action en responsabilité, c'est à la condition, selon l'article 1er du protocole n° 1 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et*

¹¹¹ *La jurisprudence aujourd'hui. Livres propos sur une institution controversée*, RTDciv. 1992, p. 338 s.

¹¹² V. Ph. CONTE, *L'arbitraire judiciaire, chronique d'humeur* : JCP 1988, I, 3343.

¹¹³ Cass. civ., 16 juin 1896 : D. 1897, I, p. 433.

¹¹⁴ Cass. civ. 1^{ère}, 24 janv. 2006, Bull. civ., n°29, 30, 31.

des libertés fondamentales, que soit respecté le juste équilibre entre les exigences de l'intérêt général et les impératifs de sauvegarde du droit au respect des biens ; que tel n'est pas le cas en l'espèce, dès lors que l'article 1er I, en prohibant l'action de l'enfant et en excluant du préjudice des parents les charges particulières découlant du handicap de l'enfant tout au long de la vie, a institué un mécanisme de compensation forfaitaire du handicap sans rapport raisonnable avec une créance de réparation intégrale quand les époux Y... pouvaient, en l'état de la jurisprudence applicable avant l'entrée en vigueur de cette loi, légitimement espérer que leur préjudice inclurait les charges particulières découlant tout au long de la vie de l'enfant, du handicap ».

L'affaire est emblématique d'une part en ce qu'elle fait la démonstration que le juge est bien lieu d'un débat sur la légitimité d'une demande, mais également en ce qu'elle rompt avec le pythe de la tolérance implicite de la loi : la loi qui rompt une jurisprudence qui ne lui plaît pas, loi qui pourtant a fait l'objet d'un contrôle constitutionnel favorable, est écartée par le juge lui-même sur le fondement d'un argument de droit conventionnel, ici la CEDH : la loi ne tolère donc rien du tout, le législateur ne brise rien du tout non plus sauf en se risquant à une nouvelle argumentation judiciaire dont il n'est pas certain qu'il en ressorte victorieux.

B. – Politique

177-1. Normativisme et réalisme. – De la confrontation technique précédente, nous concluons, où d'autres aboutissent à la solution inverse, que la jurisprudence est, techniquement, une source de droit. Nous en déduisons, donc, que cette confrontation simplement technique n'est pas suffisante. D'un point de vue plus large, politique (au sens de politique juridique, de la théorie juridique), la question peut être présentée différemment, en renvoyant aux logiques posées par le positivisme juridique dans ses deux considérations essentielles que sont le normativisme et le réalisme.

Le normativisme (cf. supra, n°83-4) considère, avec Kelsen, que la jurisprudence ne peut pas être une source de droit puisqu'elle n'est pas déterminée comme telle par une norme supérieure. Pire, une norme supérieure, la Constitution de la Vème République, établit clairement la jurisprudence comme une *autorité du droit*, le tout sans craindre la contradiction, tenant au fait que les règles constitutionnelles sont devenues réelles grâce au coup de force jurisprudentiel du Conseil constitutionnel, en 1971, que le droit administratif est tout entier de source et de méthode jurisprudentielle, etc. La thèse normativiste aboutit alors à cette conclusion, parfaitement logique en théorie « pure » du droit, que la jurisprudence n'est pas une norme et que les juristes croient que c'en est une, mais à tort. C'est le « Truman show » juridique, en quelque sorte.

Le réalisme juridique propose une toute autre solution, non pas dans la considération de la technique de *production* en sens industriel, des normes, mais simplement en observant la question de l'interprétation, ce qu'on a appelé l'analyse réaliste née en France sous la plume de Saleilles, Gény et surtout René Demogue 115, au début du XXème siècle essentiellement pour proposer une méthode d'interprétation nouvelle 116 susceptible de « socialiser » le droit, non pas dans le but d'une révolution souterraine, bien au contraire, mais simplement pour tenter de sauver les fondements de la société française, ébranlée par les excès du libéralisme du XIXème siècle : « *par le Code civil mais au-delà du Code civil* » comme l'indiquait la préface de Saleilles à l'ouvrage de Gény. La méthode eut un retentissement considérable...aux Etats-Unis avant de revenir en France, sous la plume de Michel Troper 117, avec sa *théorie réaliste de l'interprétation*(TRI) thèse qui est loin d'avoir triomphé surtout en droit privé (cf. supra, n°83-6)..

§ 2. – La coutume

178. – Abrogation des coutumes ? – La coutume est sans doute la source de droit la plus mystérieuse. Elle aurait pu disparaître en tant que source et en tant que règle dès la promulgation du

115 R. Demogue, *Notions fondamentales du droit privé*, Rousseau, 1911.

116116 F. Gény, *Méthodes d'interprétation et sources en droit privé positif: essai critique*, 1899.

117 M. Troper, « Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle », *Mélanges Ch. Eisenmann, Cujas*, 1975, p. 143 ; « Une théorie réaliste de l'interprétation », in *Interprétation et droit*, sous la dir. de P. Amselek, Bruylant, 1995, p. 241 ; V° « Interprétation » in *Dictionnaire de la culture juridique*, V. Champeil-Desplats et M. Troper « Propositions pour une théorie des contraintes juridiques », in *Théorie des contraintes juridiques*, sous la dir. de V. Champeil-Desplats, M. Troper et G. Grzegorzcyk, Bruylant, 2005, p. 11.

Code civil en 1804. Le Code civil avait en effet aboli l'ensemble des nombreuses coutumes de l'ancien droit qui avaient, d'ailleurs, été rédigées à la suite d'une ordonnance royale de Montils-lès-Tours de Charles VII en 1454, et au cours du XVI^e siècle. Le droit coutumier était donc, à la veille de la promulgation du Code civil, déjà un droit écrit.

L'article 7 de la loi du 21 mars 1804 disposait en effet : « à compter du jour où ces lois sont exécutoires, les lois romaines, les ordonnances, les coutumes générales ou locales, les statuts, les règlements, cessent d'avoir force de loi générale ou particulière dans les matières qui sont l'objet desdites lois composant le présent code ».

On observera qu'il s'agit d'une abrogation générale de l'Ancien droit mais uniquement dans la mesure de ce qui faisait l'objet du Code civil d'où peut-être la renaissance de la coutume à la fin du XIX^e siècle, mais certaines coutumes demeurent ou renaissent même dans le champ du Code civil. Par ailleurs, la Constitution ignore la coutume, vide qui devrait l'évincer, selon la conception kelsénienne de la hiérarchie des normes (V. n^{os} 190 et s.). La coutume a subsisté en raison, notamment, de sa force dans les anciens pays de droit coutumier, du nord par opposition aux pays de droit écrit, du sud de la France, mais aussi parce qu'elle révèle ce « positivisme nostalgique (cf. supra, n^{os} 83-3) si cher aux juristes du XX^e siècle. Sa définition (A) permettra de mesurer sa force actuelle par rapport à la loi (B).

A. – La définition de la coutume

179. – Éléments constitutifs. – La coutume est traditionnellement définie comme la réunion de deux éléments, selon la méthode adoptée par F. Gény, un *élément matériel* et un *élément psychologique*.

L'élément matériel de la coutume est la répétition d'un comportement par un milieu social, une profession, une catégorie de personnes. C'est, donc, un usage, une pratique qui avec le temps tend à devenir constant (« une fois n'est pas coutume »). *L'élément psychologique* de la coutume peut, alors, se manifester. Cet usage répété, ancien, constant devient obligatoire dans la conscience de ceux qui la respectent comme si la contrainte liée à son application lui était inhérente. Cet élément psychologique se mue, alors, en un *élément normatif* qui procède de ce que l'on nomme *l'opinio juris*, c'est-à-dire le sentiment que le comportement respecté est obligatoire, sans savoir l'origine de ce caractère obligatoire. Or ce sentiment existe mais en même temps, aucune norme véritable ne l'impose, ni loi, ni jurisprudence. De cette contradiction procède l'existence et la reconnaissance d'une norme susceptible d'accueillir cette *opinio juris*, c'est la coutume. Par exemple, lorsqu'une femme se marie, elle prend le nom de son mari. Aucun texte de loi ne l'impose ; il s'agit de l'une des coutumes les plus couramment appliquées même si, depuis 1975, cette règle peut se déduire d'une interprétation *a fortiori* de l'article 264, alinéa 1^{er}, du Code civil : « à la suite du divorce, chacun des époux reprend l'usage de son nom », c'est donc que l'un des deux, la femme, l'avait perdu. De même lorsque deux commerçants contractent, ensemble, avec une troisième personne, ils sont présumés s'engager solidairement. L'article 1202 du Code civil dispose au contraire que la solidarité n'est jamais présumée ; une clause expresse doit la prévoir... sauf si une loi prévoit le contraire. Or en matière commerciale, la solidarité est présumée mais aucune loi ne le prévoit, sinon, sans doute, en raison d'une coutume en ce sens.

La coutume se distingue, alors, des simples *usages*, des règles de comportement, même si leur importance est très grande, notamment en matière commerciale. Les usages peuvent ainsi apparaître comme des règles de droit par délégation de la loi, par exemple quand un texte renvoie pour son application aux usages locaux. L'article 1135 du Code civil réfère aux usages pour connaître le contenu d'un contrat, par une interprétation de la volonté implicite des parties à ce contrat : il s'agit alors d'*usages conventionnels* qui ne sont rien d'autres que des modalités du contrat, des règles contractuelles qui se généralisent entre deux parties ou bien au sein d'un groupe.

Elle se distingue également des *pratiques* du droit. La pratique notariale, financière peut favoriser le développement d'usages ; ils aident surtout à mesurer le taux d'application effective ou cohérente d'une règle de droit.

180. – Critique. – Plusieurs éléments de critique apparaissent cependant.

Le premier repose sur l'apparente impossibilité de créer des coutumes nouvelles, puisque celles-ci ont été abrogées par le Code civil et la loi a, apparemment, le monopole de la création du droit. En réalité, ce monopole n'existe pas, comme la discussion de l'autorité de la jurisprudence le montrera.

Surtout, la question se pose de l'observation de la coutume et de son caractère obligatoire. Née de la pratique, par définition étrangère à toute autorité déclarative, comment la coutume peut-elle accéder au rang des sources du droit, sinon par son admission par une autorité légitime ? Édouard Lambert au début du siècle estimait que le juge était cette autorité. En recevant la coutume, le juge lui conférerait son caractère obligatoire. Mais c'est que la coutume ne présente aucun caractère obligatoire en elle-même. Seule la réception par la jurisprudence lui confère son autorité. Par conséquent, la coutume ne serait pas une source de droit. En réalité, on s'aperçoit que l'on peut dissocier l'autorité de la coutume et la reconnaissance par la jurisprudence de cette autorité. Par exemple, la contre-passation par le banquier des effets de commerce impayés est une coutume bancaire depuis longtemps. Pourtant, la jurisprudence avait refusé pendant un siècle (entre 1838 et 1937) de conférer un quelconque effet juridique à cette coutume, mais n'empêchant nullement sa prospérité.

La question se pose également de savoir si la coutume procède effectivement du peuple des justiciables ou du peuple des juristes. Dans l'un ou l'autre cas sa légitimité est différente. M. Carbonnier fait une différence entre les coutumes d'origine populaire et les coutumes d'origine savante, comme les grandes maximes du droit français ou les *principes généraux du droit* tels le principe de l'enrichissement sans cause, issu de la jurisprudence, ou le principe *infans conceptus pro nato habetur*, repris depuis dans l'article 725 du Code civil ou encore les principes directeurs du procès qui figurent dans le nouveau Code de procédure civile (mais ce ne sont alors plus des coutumes).

Enfin, la critique de la formation progressive de la coutume par lente maturation d'un usage passé par l'épreuve du temps trouve sa limite dans un exemple récent. En 1968, les accords de Grenelle avaient mis fin aux grèves de mai 1968. Pourtant ces accords ne furent pas signés mais furent appliqués par toutes les parties. Comment le justifier ? Un auteur proposa l'idée de la formation instantanée d'une coutume, par l'élaboration immédiate de l'*opinio juris* découlant de ce texte¹¹⁸.

181. – Rayonnement de la coutume. – La coutume n'a pas décliné, loin s'en faut de sorte que celle-ci a largement prospéré. On observe des coutumes internationales¹¹⁹, constitutionnelles¹²⁰ dont la place au sein de la hiérarchie des normes double la question de la place de la coutume en général, des coutumes administratives¹²¹, des coutumes sociales¹²², commerciales¹²³ montrant ainsi la formidable capacité d'invention du droit, par le pluralisme de ses sources.

B. – L'autorité de la coutume

182. – Typologie des coutumes. – Pour certains, la coutume est imprécise et particulariste puisqu'elle varie selon les lieux. Au contraire, la loi serait précise, certaine et de formation rapide. Pourtant, d'autres estiment que la règle coutumière puisqu'elle est issue directement du peuple, répondrait exactement à ses attentes. Dès lors, on assiste à une certaine survivance de la coutume, dont l'autorité s'affirme en principe par elle-même et est parfois consacrée par la jurisprudence. On constate l'existence de trois types de coutumes.

183. – Coutume *secundum legem*. – La coutume *secundum legem* se voit reconnaître un rôle par la loi elle-même comme lorsque la loi renvoie à des usages pour son application ou aux notions de

118 V. B. STARCK, *JCP* 1970, I, 2363.

119 L. LE FUR, *La coutume et les principes généraux du droit, comme source du droit international public : Mélanges F. Gény*, Sirey, Paris, 1934, t. III, p. 362. – S. SUR, *La coutume internationale, sa vie, son œuvre*, in *La coutume : Droits*, n° 3, 1985, p. 11.

120 R. CAPITANT, *Le droit constitutionnel non écrit : Mélanges F. Gény, op. cit.*, t. III, p.1. – S. RIALS, *Réflexions sur la notion de coutume constitutionnelle : Rev. adm.* 1979, p. 265.

121 G. TEBOUL, *La coutume, source formelle de droit en droit administratif* in *La coutume : Droits*, n° 3, 1985, p. 97 ; *Remarques sur la validité des règles coutumières en internes dans l'ordre juridique français : RD publ.* 1998, p. 691.

122 H. BLAISE, *La dénonciation d'un usage d'entreprise par l'employeur : Mélanges Cl. Champaud*, Dalloz, 1997, p. 73. – P. OLLIER, *L'accord d'entreprise dans ses rapports avec les autres sources du droit dans l'entreprise : Dr. soc.* 1982, p. 680.

123 M. PEDAMON, *Y a-t-il lieu de distinguer les usages et les coutumes en droit commercial ? : RTD com.* 1959, p. 335. – D. BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, thèse, Paris II, 1992.

bonnes mœurs (C. civ., art. 6, 900, 1133, 1172) ou du bon père de famille (C. civ., art. 450, 1728-1°) ou lorsque la loi s'écarte pour laisser place à une coutume comme en matière de corrida, admises où une tradition taurine ininterrompue est constatée. La coutume a alors la même autorité qu'une loi supplétive.

Parfois, ce renvoi à la coutume n'est pas exprès mais se manifeste de façon implicite. C'est ainsi que la loi est souvent volontairement incomplète, imprécise dans les termes qu'elle emploie. L'article 6 du Code civil réfère aux « bonnes mœurs » mais que sont les bonnes mœurs en 1804 ou à la fin du XX^e siècle ? Comment les définir si ce n'est par une façon générale de les concevoir, une coutume ? De même, de nombreux textes de loi utilisent des notions non juridiques dont le contenu n'est pas défini, comme les termes raisonnable (ex. le préavis raisonnable qu'un contractant doit respecter pour rompre un contrat à durée indéterminée), suffisant, notoire, sérieux, abusif, grave... Ou bien encore, la loi renvoie à des notions juridiques mais non définies comme l'intérêt de la famille (V. C. civ., art. 219) ou bien la faute, la fraude, la force majeure, la bonne (ou la mauvaise) foi, l'abus... Toutes ces notions constituent ce que l'on appelle des *standards juridiques* dont la signification dépend du lieu et du moment et qui évolue parfois assez sensiblement, souvent pour fixer la frontière entre un comportement normal et un comportement anormal. Ainsi en est-il de la notion de faute, conçue comme l'erreur de conduite que n'aurait pas commise une personne normale placée dans les mêmes circonstances. Cette définition procède beaucoup plus de la coutume, relayée par la jurisprudence et la doctrine, que de la loi.

184. – Coutume *praeter legem*. – Les coutumes *praeter legem* (complétant la loi) existent sans renvoi de la loi, en l'absence de règles légales : ces coutumes révèlent leur existence comme source de droit précisément en raison du silence de la loi. Ainsi en est-il de la coutume du port du nom du mari par sa femme, celle des actes de notoriété établis pour établir sa qualité d'héritier ou des certificats de concubinage ou bien encore les coutumes du droit du commerce international qui créent une sorte de loi internationale des marchands, la *lex mercatoria*.

185. – Coutume *contra legem*. – Les coutumes *contra legem* sont susceptibles d'aller à l'encontre de la loi, comme celle de la solidarité en matière commerciale (C. civ., art. 1202) ou celle qui permet en matière commerciale de capitaliser des intérêts sur des intérêts contrairement au Code civil qui interdit un tel anatocisme (C. civ., art. 1154). L'existence de ces coutumes a pu être discutée en raison de l'autorité, au moins politique, de la loi. Ces coutumes présentent cependant l'intérêt de poser le problème de l'inapplication de la loi : désuétude et disparition de la loi remplacée par une coutume *praeter legem* ou bien abrogation de la loi par une coutume *contra legem* ? C'est bien là tout le débat.

§ 3. – Les principes généraux

186. – Notion de principe général du droit. – « Qui fait l'enfant doit le nourrir », « il n'est d'héritier qui veut », « Force n'est pas droit », « Qui peut et n'empêche pêche »... Nombreux sont les adages, par exemple de Loysel¹²⁴, fortement présents dans l'Ancien droit qui ressemblent à des proverbes juridiques participant de la catégorie des principes généraux du droit.

Les principes généraux du droit se rencontrent dans presque toutes les matières sous forme d'adages ou de règles supérieures (principe de légalité, d'égalité...) sans que l'on ait toujours une définition précise de ces principes généraux, absents du Code civil, par nature rebelles à toute définition¹²⁵.

Par ailleurs, certaines règles connaissent de tels principes, comme le Préambule de la Constitution de 1946 qui vise les *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République*, catégorie particulière de principes généraux de valeur constitutionnelle, dont l'autorité est particulièrement affirmée par le Conseil constitutionnel¹²⁶.

¹²⁴ *Institutes coutumières*, 1607.

¹²⁵ P. MORVAN, *Le principe de droit privé*, préf. J.-L. Souriaux, éd. Panthéon-Assas, 1999. – J.-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé* : D. 2002, chron. p. 228. – N. MOLFESSIS, *La notion de principe dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : RTD civ. 2001, p. 699. – P. SARGOS, *Les principes généraux du droit privé dans la jurisprudence de la Cour de cassation, les garde-fous des excès du droit* : JCP 2001, I, 306. – B. OPPETIT, *Les principes généraux dans la jurisprudence de la Cour de cassation* : JCP E 1989, Cah. dr. ent. n° 5. – J. BOULANGER, *Principes généraux du droit et droit positif* : Mélanges G.Ripert, t. 1, p. 51.

¹²⁶ Comp. J.-L. BERGEL, *Théorie générale du droit*, Dalloz, n° 77 sur la distinction d'avec la notion de principes généraux.

D'autres résultent de l'observation d'un ensemble de textes, comme les principes directeurs du procès (CPC, art. 1 à 24) ou se laissent deviner d'un texte (V. C. civ., art. 1123 ou 1134 : principe de liberté contractuelle, en voie de constitutionnalisation ; art 1584 qui vise les « principes généraux des conventions »...). D'autres ne se retrouvent dans aucun texte et sont pourtant reconnus comme des règles comme l'avait affirmé le Conseil d'État¹²⁷ ou la Cour de justice des Communautés européennes ou encore la Cour de cassation dans le fameux arrêt *Boudier* du 15 juin 1892 qui avait consacré l'action en enrichissement sans cause à partir du principe d'équité.

On pourra alors définir – ou décrire – un principe général comme une notion ou un concept juridique qui permet de renvoyer à des règles de droit particulières de façon à corriger l'application trop rigide ou excessive d'un texte de loi.

Les difficultés sont alors multiples.

La première serait de pouvoir dresser un inventaire des principes généraux du droit, mais on observerait alors que des principes généraux nouveaux apparaissent parfois. Il en est par exemple du principe de l'indisponibilité de l'état de la personne apparu dans la jurisprudence pénale du XIX^e siècle ou bien dans l'arrêt sur les mères porteuses du 31 mai 1991¹²⁸ en jurisprudence, dans la loi (principe de parité, principe de précaution) ou en doctrine.

La deuxième serait de savoir si les principes généraux sont une source de droit autonome (mais comment ?) ou hétéronome et rattachée à une autre source (loi, coutume ou jurisprudence). Si on observe que de nombreux principes généraux naissent de la jurisprudence (et de la doctrine, son inséparable compère), d'autres procèdent de la loi, *lato sensu*, et l'on pourrait se demander si certains adages ne sont pas des coutumes savantes. Peut-être faut-il abandonner ce réflexe traditionnel pour envisager une catégorie particulière ou hybride, peu importe dès lors qu'un certain pluralisme juridique est admis.

Plus difficile est la tentative de déterminer les conditions d'un principe général. Ainsi, « la généralité d'un principe est différente de celle d'une règle, en ce sens que cette dernière s'applique à toutes les situations qu'elle définit, tandis que le principe trouve à être mis en œuvre à travers des situations juridiques parfois fort différentes, sans qu'il figure nécessairement dans un texte qui leur soit propre » : par exemple la prise en considération de la bonne foi est un principe alors que l'adage « en fait de meuble possession vaut titre » est une règle¹²⁹. Par ailleurs le principe suppose une certaine fermeté.

§ 4. – La doctrine

187. – Définition. – « Doctrine, le mot est magnifique : il désigne le savoir, qui n'existe que par l'écoute des autres et la conviction que dans toute opinion, même erronée, il y a une part de vérité. La doctrine n'est vivante que si elle est ouverte » écrit Philippe Malaurie lui-même grand homme de doctrine¹³⁰. Traditionnellement, la doctrine est définie comme les opinions émises sur le droit par des personnes qui ont pour fonction de l'étudier, les docteurs (professeurs, magistrats, avocats...) ou l'opinion de tel ou tel sur une question particulière¹³¹.

Très souvent, cependant, la doctrine est ramenée au monde des universitaires, des professeurs, qui tentent d'expliquer, de comprendre le droit à travers des thèses, des monographies, des traités, des manuels, des articles, des notes d'arrêts, des conférences, leurs cours...

Ce rôle est essentiel car il permet de proposer des constructions cohérentes, des critiques, des vues générales du droit et l'on pourrait distinguer la *doctrine cognitive* de la *doctrine critique*, la première pouvant être considérée comme une autorité parce qu'elle s'attache à la compréhension des règles juridiques et l'on a vu son influence sur le phénomène de la jurisprudence, comme la seconde, émetteur d'opinions selon divers critères : celui de la logique ou celui de l'opportunité proposant des

127 V. CE, 26 oct. 1945 : *D.* 1946, 2, p. 158, note G. MORANGE.

128 Cass. ass. plén., 31 mai 1991 : *D.* 1991, p. 417, rapp. Y. CHARTIER, note D. THOUVENIN.

129 J.-P. GRIDEL, *La Cour de cassation française et les principes généraux du droit privé*, art. cit.

130 Ph. MALAURIE, *La pensée juridique du droit civil au XX^e siècle* : *JCP* G 2001, I, 283.

131 Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *L'entité doctrinale française* : *D.* 1997, chron. p. 167 et L. AYNES, P.-Y. GAUTIER et F. TERRE, *Antithèse de l'entité* : *D.* 1997, chron. p. 229, puis Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *La doctrine*, Dalloz, 2004.

réformes législatives ou jurisprudentielles (d'où les classiques expressions *de lege lata*, *de lege ferenda* opposant la loi faite et la loi à faire).

Cette distinction est presque aussi vieille que le droit lui-même spécialement dans notre système juridique¹³². Les juristes romains de la fin de l'Empire ont préfiguré les professeurs d'aujourd'hui en compilant la *jurisprudentia* ; les romanistes médiévaux l'ont redécouverte et diffusée, soit comme glossateurs soit comme post-glossateurs, les jusnaturalistes du XVIII^e siècle l'ont rationalisée, les exégètes l'ont magnifiée, puis, les auteurs du XX^e siècle, et surtout Ripert ont associé à l'étude de la jurisprudence, un certain nombre de principes *considérés comme* intangibles, parce que remontant au droit romain, etc., les *principes généraux du droit*, figeant ainsi le droit par l'appel à ces règles coutumières et transcendant les lois.

La doctrine n'est alors pas confondue avec la *pensée juridique*¹³³ qui transcende la doctrine et qui peut apparaître comme *une* doctrine.

Longtemps, la doctrine fut dominée par l'*École de l'exégèse*, en une technique d'interprétation du Code civil qui noyait la doctrine dans la simple contemplation du Code civil : Bugnet écrivait ainsi « je ne connais pas le droit civil, j'enseigne le Code Napoléon ». Cette école est marquée par le culte de la loi, le principe de la plénitude de la loi écrite selon lequel tout le droit est contenu dans la loi écrite c'est-à-dire, essentiellement, dans le Code civil¹³⁴. À la fin du siècle dernier, une nouvelle école, dite école scientifique, apparaît.

Elle était marquée par un renouvellement des méthodes, moins axées sur la loi et tenant compte de la jurisprudence, tout en faisant appel à l'histoire, au droit comparé, à la sociologie et qui perdure d'une manière particulière aujourd'hui (V. n^{os} 88 et s. et n^o 199).

188. – Autorité. – La doctrine n'est pas considérée comme une source de droit, du moins en droit français contemporain. Le droit romain, au contraire, faisait une grande place à la doctrine. Les consultations ou les opinions des juristes pouvaient se voir reconnaître valeur officielle par l'empereur. Ainsi, les *Institutes* étaient largement composées de positions doctrinales sur le droit civil. Aujourd'hui encore, la doctrine peut se voir reconnaître une certaine valeur en droit international public, selon les statuts de la Cour internationale de justice du 16 décembre 1920.

Il demeure, cependant, que la doctrine n'est pas considérée comme une source mais comme une autorité du droit, c'est la « littérature du droit »¹³⁵. On voit mal d'ailleurs comment il pourrait en être autrement alors que la doctrine est le plus souvent divisée et alors que la doctrine ne recouvre pas l'opinion de tous les docteurs : comment, dans ces conditions dire que la doctrine pense ceci, critique cela ? Il faudrait distinguer entre la doctrine isolée, la doctrine minoritaire et la doctrine majoritaire mais selon des critères difficiles : le nombre ou la qualité des écrits ou des auteurs ? À bien des égards, la richesse d'un droit se mesure à l'aune de celle de sa doctrine. Les auteurs dissertent, argumentent *pro et contra*, provoquent des querelles de doctrine, sous l'influence de conceptions qui sont les leurs, sans jamais, être neutre. C'est d'ailleurs l'une des difficultés du travail doctrinal : toute pensée juridique est politique, s'inscrit dans une logique d'ensemble, qu'il ne faut point oublier¹³⁶.

La question n'est pas sans redondance avec la théorie du droit : au fond, la doctrine est soit, comme précédemment évoqué, un ensemble d'auteurs plus ou moins avisés, qui pensent de manière autonome, soit, au contraire, une entité, un « groupe » comme le préciseraient les politistes, homogène, globalement soudé, qui fait corps avec le système étudié. Plus on admettra, alors, l'autonomie de la jurisprudence, et moins on considérera le droit comme un tout, et plus la doctrine pourra avoir de l'importance.

132 V. les éclairantes analyses de F. ZENATI, *L'évolution des sources du droit dans les pays de droit civil* : D. 2002, chron. p. 15.

133 V. M. VIRALLY, *La pensée juridique*, LGDJ, 1960, réédit. 1998. – Ph. MALAURIE, art. cit., et *Anthologie de la pensée juridique*, LGDJ, 2000.

134 V. Ph. REMY, *Éloge de l'exégèse : Droits*, n^o 1, p. 115. – L. HUSSON, *Examen critique des assises doctrinales de la méthode de l'exégèse : RTD civ.* 1976, p. 451.

135 J. CARBONNIER, n^o 150.

136 Pour un exemple tragique, V. D. LOCHAK, *La doctrine sous Vichy ou les mésaventures du positivisme* in *Les usages sociaux du droit*, PUF, 1989, p. 252 qui cite, entre autres, les nombreux commentaires, neutres, des lois antisémites de Vichy.

189. – Influence. – La doctrine n'est, cependant, pas sans influence sur les personnes qui élaborent le droit, avocats, juges, légistes qui utilisent (parfois) les classifications, les opinions, les critiques, les explications, les éclaircissements, les propositions... de la doctrine : si la doctrine n'est pas une source de droit (en tous cas pas directement) en ce qu'elle n'énonce pas de règles de droit, elle est une autorité majeure et incontestable du droit tant pour l'élaboration que pour l'application du droit. Le principal exemple, mais parmi de nombreux, de l'influence de la doctrine sur le législateur repose sans doute sur l'expérience du doyen Carbonnier, inspirateur de toutes les grandes réformes du Code civil sur la filiation, les incapacités, le mariage, le divorce, l'indivision... ou celle du doyen Cornu sur la réforme du Nouveau Code de procédure civile.

Plus largement, c'est un lieu commun que d'affirmer que la doctrine exerce une certaine influence, mal définie, sur la législation, inspirant telle modification, telle réforme. Si tel était véritablement le cas cependant, il y a bien longtemps que le législateur se serait inquiété des hurlements désespérés de la doctrine à l'égard de l'inflation anarchique des lois.

La doctrine exerce également une influence sur la jurisprudence – et réciproquement – parce que tel auteur a procédé à une étude d'ensemble de telle institution, proposant telle ou telle modification et, inversement, la jurisprudence existe en tant que source du droit essentiellement depuis que la doctrine adopte, commente, approuve ou critique, généralise, théorise les décisions de jurisprudence, dégagant des règles jurisprudentielles qui n'existent en tant que telles que par cette complicité entre la doctrine et la jurisprudence : presque tout le droit de la responsabilité, une bonne part des règles du droit des contrats fonctionnent ainsi.

Au final, il faut reconnaître à la doctrine son rôle : un rôle majeur mais diffus. Majeur parce que la doctrine est consubstantielle à un système juridique savant, élaboré et, donc, complexe. La compréhension et donc l'application de la loi moderne appellent un droit enseigné, généralisé et compris par la doctrine ; de même que l'apparition de la jurisprudence sur la scène des sources du droit dépend d'elle. La doctrine, aussi disparate ou unie qu'elle soit est indispensable à nos systèmes juridiques, elle en est le ciment.

En revanche, il manque ici une considération de la doctrine, une auto-considération, la doctrine comme un ensemble d'auteurs qui assurent la stabilité du droit, les « faiseurs de système » comme les avait Rivero et même des mainteneurs de système ou bien la doctrine comme entité, avec ses codes, son mode de reproduction¹³⁷. C'est une question assez essentielle : la plupart des membres qui constituent la doctrine organisent et légitiment les règles de droit, ils se présentent souvent comme des « organisateurs-chercheurs ». Organisateur car ils mettent en lumière, en ordre le droit, et chercheurs car ils inventent toujours de nouvelles pistes, de nouvelles solutions. C'est une présentation sympathique et qui présente sans doute une part de vérité, mais qui est, tout aussi certainement incomplète. On peut admettre ainsi que la doctrine, même si elle se divise sur certains points techniques et finalement de détail, est globalement unanime sur le système juridique pris dans sa globalité : le droit est un ensemble composite dominé par la loi et plus encore par le Code civil, le tout encadré par un certain nombre de principes généraux qui assure sa stabilité dans sa substance et dans le temps, la jurisprudence est souvent niée comme source ou simplement murmurée comme telle, et à regret. Ainsi, si l'on pense à l'institution « contrat », on envisagera celui-ci dans son continuum historique et l'on considérera très généralement que les principes du droit des contrats remontent au droit romain, que le droit moderne assure une forme de spécialisation du droit, le plus souvent critiquée, etc. L'avantage de cette formule est que c'est la doctrine qui, en réalité, assure cette stabilité, par les traités, les manuels, le commentaire vivant des lois et de la jurisprudence. De ce point de vue, le droit est présenté comme cohérent, cohérence qui est surtout un point de vue, celui du positivisme historique. Mais si l'on considère que la norme est, principalement faite par le juge (avec, soyons généreux, plus ou moins de place pour la loi), dans une considération réaliste, les choses changent radicalement car la seule qui importe alors sont les arguments qui peuvent être présentés par le juge, peu important dans cette conception l'histoire, les prétendus principes généraux (qui sont en fait des principes générés par le juge), la stabilité du droit ou autre, mais la sociologique, l'appel à des valeurs argumentées, et, ce faisant, la doctrine devient non plus le support du système juridique mais soit un

¹³⁷ Mais : Ph. JESTAZ et Ch. JAMIN, *L'entité doctrinale française* : D. 1997, chron. p. 167 et *La doctrine*, Dalloz, 2004.

ensemble de penseurs du droit, soit un ensemble d'avocats, sans dossier, mais d'avocats ou de « super-avocat » si l'on préfère.

Section 3

PLURALITE, HIÉRARCHIE ET VALEURS DES NORMES

190. – Hiérarchie des normes et pluralité des sources. – La question de la hiérarchie des normes¹³⁸ procède de la théorie normative du droit, théorie formelle qui assure un critère de juridicité à une norme de manière ascendante : est une norme celle qui est conforme à une norme supérieure et qui la qualifie comme telle dans l'ordre juridique considéré.

L'admission de la pluralité des sources, entendue comme une pluralité non organisée, sinon spontanée, contrarie en revanche cette logique formelle normativiste.

La question se pose alors de l'égalité ou, au contraire, de l'inégalité de ces normes et, donc, de leurs rapports, de leur hiérarchie. Hans Kelsen a systématisé l'idée d'une hiérarchie organisée autour de la désormais fameuse *pyramide des normes* : « l'ordre juridique n'est pas un système de normes juridiques placées toutes au même rang, mais un édifice à plusieurs étages superposés »¹³⁹. Il apparaît alors que l'idée même de pluralité des sources du droit s'oppose à un système hiérarchique calqué sur le modèle kelsénien.

191. – Description et actualité de la hiérarchie « kelsénienne ». – Kelsen proposait deux systèmes d'ordre des normes. Un système dynamique propose qu'une norme est valable parce qu'elle a été créée conformément à ce que prescrit une norme supérieure : c'est un système formel où seule la procédure de mise en œuvre de la norme inférieure importe, comme avant 1971 en droit constitutionnel.

Un système statique, ensuite, propose la validité d'une norme par conformité au *contenu* d'une norme supérieure, c'est un système de hiérarchie matérielle, du type de celle que le droit constitutionnel connaît depuis 1971. Au sommet de la hiérarchie, Kelsen place la constitution, à laquelle il convient d'ajouter le bloc de constitutionnalité. Viennent ensuite les traités internationaux dont, notamment le droit communautaire, en vertu de l'article 55 de la Constitution de 1958. À un étage inférieur, se placent les lois, lois organiques, d'abord, puis les lois ordinaires, puisque les lois doivent être conformes à la Constitution et aux traités internationaux puis les règlements d'applications, les décrets et les normes individuelles, les contrats.

Cette pyramide est l'archétype du modèle positiviste étatique, du légalisme. Elle est aussi la conception hiérarchique des normes de la Constitution de la Vème République. Elle permet d'éviter de réfléchir à la légitimité des sources du droit alors pourtant que Kelsen estime que, supérieure à toute les normes, se situe la « norme fondamentale, la *Grundnorm* qu'on a parfois du mal à distinguer de la loi naturelle. Pourtant la *Grundnorm* n'est pas la loi naturelle. Par exemple, la validité de la Constitution de Vème République est à rechercher dans la IVème, par les techniques de révision qu'elle proposait, elle-même dans la IIIème, etc. Selon cette technique, l'Etat français de Vichy n'avait de fondement valable puisqu'il n'avait pas respecté les formes imposées par la Constitution de la IIIème République, vote des deux assemblées, réunies en Congrès à Versailles, formule que l'on retrouve dans l'article 89 de la Constitution de 1958 selon lequel « la forme républicaine du Gouvernement ne peut faire l'objet d'une révision », alors pourtant que les lois de Vichy se sont appliquées et que certaines continuent d'être en vigueur, et que si une révolution dictatoriale ou une monarchie s'instauraient, il serait difficile de prétendre qu'ils n'existent pas. Evidemment, la question de pose de la première constitution, de la précédente, etc. et Kelsen en vient à identifier une « norme

¹³⁸ Sur ce thème fécond en disputes, au sens universitaire du terme, V. l'excellent et très riche P. PUIG, *Hiérarchie des normes : du système au principe* : RTD civ. 2001, p. 749.

¹³⁹ H. KELSEN, *Théorie pure du droit* : D. 1962, p. 299 et pour une présentation du modèle kelsénien considéré comme d'actualité : L. FAVOREU et alii, *Droit constitutionnel*, Dalloz, n^{os} 66 et s.

fondamentale « supposée » qui garantit la validité de son discours mais qu'on peine à identifier en pratique.

En même temps, une hiérarchie des normes juridiques est utile pour proposer un contrôle de la légalité des normes, selon ce modèle pyramidal : un décret doit respecter la loi qui doit respecter les traités internationaux et la constitution.

Le modèle hiérarchique, organisé en système, ne recule que difficilement, même si, tous les jours, nous utilisons des exemples de décisions de jurisprudence qui remettent en cause telle règle légale, si nous constatons que telle loi ne passerait pas, aujourd'hui, le filtre du Conseil constitutionnel. Le principe normativiste n'est pas remis en cause par l'interprétation jurisprudentielle, tout autant qu'une décision est rendue conformément aux règles prévues ou qu'elles soient conformes au contenu du droit. C'est en ce sens que l'interprétation de la norme par le juge est dite authentique (cf. infra, n°).

De la sorte, le principe hiérarchique demeure d'actualité. En témoigne son étonnante reconnaissance légale par la loi du 16 décembre 1999 portant habilitation du gouvernement à procéder par ordonnance à l'adoption de la partie législative de certains codes¹⁴⁰ : elle reconnaît l'existence d'une « hiérarchie des normes » et invite le codificateur à s'y référer pour apporter les modifications qu'impose son respect¹⁴¹.

193. – Quelques exemples de dysfonctionnement du modèle kelsénien. – Les règles constitutionnelles, elles-mêmes, ne sont pas à l'abri d'être pris en défaut à l'aune du modèle hiérarchique, s'agissant des conflits de principes ou des hiérarchies internes entre principes constitutionnels et règles de protection des droits de l'homme.

De même, la *coutume* échappe à la doctrine kelsénienne et à la constitution. Pourtant, elle est ou bien inférieure à la loi, pour les coutumes *secundum legem* ou les usages, ou bien égale pour les coutumes *praeter legem*, ou bien supérieure, pour ce qui est des coutumes *contra legem* ou bien les coutumes constitutionnelles, assimilées à une norme constitutionnelle.

Les *principes généraux*, échappent, par nature, au modèle hiérarchique classique, alors même que l'existence de principes généraux contraires à la loi est discutée¹⁴² et que nul ne sait comment ces principes généraux naissent à telle enseigne que le Conseil d'État, voire les juridictions judiciaires n'hésitent pas à reconnaître des *principes fondamentaux reconnus par les lois de la République* ignorés par le Conseil constitutionnel¹⁴³.

S'agissant de la *loi* elle-même, quelle hiérarchie adopter ? Toutes les lois sont-elles équivalentes ? La loi organique prime la loi ordinaire et les règlements autonomes sont équivalents aux lois lesquelles priment les décrets. Dans la loi ordinaire aussi, des hiérarchies, plus diffuses s'observent : comment comparer l'autorité du Code civil, par exemple, presque invariable depuis deux siècles et qui fut qualifié de « Constitution civile des français » et telle ou telle loi technique comme certaines lois fiscales ou sociales ou l'apparition des lois temporaires ou expérimentales ou, plus généralement, les lois non codifiées ? La hiérarchie des normes pourrait s'effectuer aussi par l'efficacité ou la longévité des normes. Ainsi, les articles 34 et 37 de la Constitution considèrent le domaine du Code civil comme relevant de la loi ou du décret selon les cas. Pourtant, rares sont les exemples de modification du Code civil par voie de décret (V. C. civ., art. 97, 99, 2143 et s.). Le droit utilise par ailleurs d'autres critères de hiérarchie : loi impérative contre loi supplétive, loi générale contre loi spéciale (*specialia generalibus derogant*).

Enfin, la *jurisprudence* n'apparaît pas dans la pyramide de Kelsen et, si l'on devait la classer dans l'esprit de Kelsen, elle serait certainement inférieure à la loi, ce dont on peut douter. Lorsqu'elle se contente de répéter la loi, on peut l'affirmer, mais lorsqu'elle contrarie le texte légal, ne s'agit-il pas d'une supériorité, de fait, de la jurisprudence sur la loi ? Plus classiquement, chaque fois que la

140 V. n° 100.

141 V. N. MOLFESSIS, obs. in *RTD civ.* 2000, p. 185.

142 V. F. TERRE, *Introduction générale au droit*, n° 254.

143 Arrêt *Koné* en droit administratif : CE, ass. plén., 3 juill. 1996 : *D.* 1996, p. 509, note F. Jullien-Lafferrière ; *AJDA* 1996, p. 722, chron. D. CHAUVVAUX ; *RTD civ.* 1997, p. 787, obs. N. MOLFESSIS. Et CA Paris, 18 févr. 1992 : *D.* 1992, inf. rap. p. 141.

jurisprudence interprète la loi, n'est-elle pas l'égal de la loi ? Par exemple, la jurisprudence sur la responsabilité du fait des choses ou du fait d'autrui a revigoré la lecture de l'article 1384, alinéa 1^{er}, et ce pour longtemps, traduisant, au moins, une certaine égalité entre la loi et la jurisprudence. La jurisprudence serait, ainsi, parfois inféodée, parfois égale, parfois supérieure (*secundum, praeter ou contra legem*) sans que l'on puisse tirer du travail jurisprudentiel une règle générale relative à sa hiérarchisation. Pour certains auteurs¹⁴⁴, la jurisprudence serait même équivalente à la norme qu'elle interprète, en sorte que la jurisprudence constitutionnelle serait équivalente à la Constitution, la jurisprudence appliquant une loi à celle-ci parce que la règle jurisprudentielle est une norme interprétative et qui, en ce sens, fait corps avec la norme qu'elle interprète.

193. – Critique du modèle kelsénien. – De nombreuses critiques se sont fait jour à propos de cette organisation proposée par Kelsen même si elle reste largement dominante tant chez les juristes de droit public que chez nombre de juristes de droit privé¹⁴⁵. Pourtant, on s'aperçoit que de nombreux défauts apparaissent dans cette construction, à commencer par la clé de voûte du modèle hiérarchique : la « norme fondamentale hypothétique » qui apparaît comme un « fondement sans fondement », une « tautologie : si on doit obéir au droit, c'est parce qu'il faut supposer qu'on doit obéir au droit »¹⁴⁶.

Ainsi, par exemple, la supériorité de la Constitution sur les traités internationaux peut être discutée depuis l'entrée en vigueur du traité de Rome. Le principe de primauté du droit communautaire (V. n° 163), en effet, bouleverse cet ordonnancement, même si le Conseil constitutionnel refuse de lui donner corps. Il n'empêche que l'existence du principe corollaire d'effet direct du droit communautaire permet de contourner la Constitution, surtout depuis que la Cour de justice reconnaît aux juges judiciaires la possibilité de contrôler la conformité d'une loi au traité de Rome.

Plus grave, la contradiction majeure du droit constitutionnel par laquelle une loi peut passer avec succès l'examen constitutionnel mais être déclarée contraire à un traité qui est lui-même conforme à la Constitution, qu'a notamment illustré l'affaire complexe dite du « tableau d'amortissement ». Une jurisprudence¹⁴⁷ sanctionnait par la déchéance du droit aux intérêts le fait pour un banquier de ne pas remettre à son client emprunteur un échéancier des amortissements de l'emprunt, d'où le nom donné à cette affaire. Elle avait été consacrée par l'article 87-I, de la loi du 12 avril 1996¹⁴⁸, pour l'avenir, tout en purgeant le passé des pratiques n'ayant pas respecté cette règle nouvelle. Une décision du Conseil constitutionnel avait validé cette loi¹⁴⁹. Or, voilà qu'un tribunal d'instance, celui de Saintes, déclare que cette loi n'est pas conforme à l'article 6, § 1, de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁵⁰, ce dont il résulte que le juge ordinaire exerce le même contrôle que le juge constitutionnel.

Le « mal » est fait, même si la Cour de cassation a depuis censuré cette interprétation¹⁵¹ : « la multiplication des examens de conformité (...) conduit paradoxalement à mettre l'accent sur leur insuffisance en créant de nouvelles causes de désordre dans la hiérarchie des normes » écrit Pascal Puig en pourfendeur de cette théorie¹⁵², lequel propose, à la place du système hiérarchique constitué en modèle, un outil de régulation des conflits de normes au moment où on les rencontre, par un *principe hiérarchique*.

144 V. P. HEBRAUD, *Le juge et la jurisprudence : Mélanges P. Couzinet*, Univ. sc. soc. Toulouse, 1973, p.329. – B. OPPETIT, *Le rôle créateur de la Cour de cassation in Droit et modernité*, PUF, 1998, p. 65.

145 Situation d'ailleurs dénoncée par MOULY, *La crise des introductions au droit : Droits* 4/1986, p. 99. – V. cependant, et toujours, P. PUIG, *Hiérarchie des normes : du système au principe*, art. cit.

146 Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique, op. cit.*, p. 263.

147 Cass. com., 16 mai et 20 juill. 1994 : *Banque* 1994, n° 549, p. 94, obs. J.-L. GUILLOT ; *Defrénois* 1995, p. 350, obs. D. MAZEAUD.

148 V. Th. REVET, obs. in *RTD civ.* 1996, p. 725 et A. GOURIO, *L'affaire du tableau d'amortissement : épilogue législatif* : *JCP* 1996, I, 576.

149 Cons. const., 9 avr. 1996, déc. n° 96-375 : *JO* 13 avr. 1996, p. 5731.

150 TI Saintes, 21 févr. 1997 : *RTD civ.* 1998, p. 521, obs. J.-P. MARGUÉNAUD ; *D.* 1999, somm. p. 23, obs. M.-L. NIBOYET ; J.-P. MARGUÉNAUD, obs. in *RTD civ.* 1999, p. 492.

151 Cass. 1^{re} civ., 20 juin 2000 : *RTD civ.* 2000, p. 670, obs. N. MOLFESSIS ; *RTD civ.* 2000, p. 933, obs. J.-P. MARGUÉNAUD qui estime que la Cour européenne des droits de l'homme pourrait choisir une autre solution.

152 P. PUIG, *Hiérarchie des normes : du système au principe*, art. cit., n°26.

Celui-ci permet de considérer que les normes des degrés supérieurs sont présumées imposer une application prioritaire, ce dont il résulte par exemple de l'autorité des règles en matière de droit de l'homme ou des règles matérielles constitutionnelles. Par conséquent, la hiérarchie des normes n'est plus ce monument intangible et pourtant contesté, elle n'est plus une fin, mais un moyen, compris comme un ensemble de valeurs, relatives, propres à assurer la solution d'un conflit de normes. Simplement, comme la pluralité des sources de droit implique la pluralité des contrôles de conformité, elle impose aussi la pluralité des contrôleurs et ce faisant une forte judiciarité du droit.

Dès lors, et plus fondamentalement, le système de validité des normes « par le haut », de la pyramide, et donc de la sanction formelle de la règle, est dépourvu de sens : le critère de la juridicité est sans doute plus pertinent. L'appartenance au droit se définit comme la possibilité de l'éventualité du recours au juge. Un « droit à », une liberté, un pouvoir, seront ou non dans le droit selon qu'un juge pourra les reconnaître comme tel, un engagement « moral » sera reconnu comme tel ou comme contractuel par le juge.

Il en résulte alors cette dualité : une règle est-elle *juridique parce qu'elle est sanctionnée* ou est-ce tout le contraire, elle est *sanctionnée parce que juridique* ? Dans le premier cas, la sanction est le critère de la juridicité, pas dans le second.

194. – Organisation comparée et valeurs des sources plures ; le droit comme processus discursif contre le droit comme système. – L'opposition, l'éternel combat entre le juge et le Prince, entre le Sacré et la volonté, entre les sources donc, intéresse plus particulièrement les sources légales, la loi pour résumer, et la jurisprudence, non pas en tant que technique d'interprétation déterminé par la loi elle-même comme dans la thèse normativiste, mais en tant que source autonome, indépendamment de l'autorisation de la loi.

La jurisprudence présente l'avantage de la souplesse, dans la mesure où un revirement, même considérable, ne concerne en général qu'une infime partie du droit et que l'interprétation retenue était dans le débat juridique, d'un droit vivant, ancré sur les réalités sociales, économiques, humaines au moment où celles-ci se présentent (au juge en tout cas), de la prévisibilité dans la mesure où la jurisprudence n'est pas aléatoire, bien au contraire. C'est en outre une source d'une rare acuité, extrêmement précise puisqu'elle rend ses décisions à partir de cas particuliers. A l'inverse, la jurisprudence donne le sentiment d'une source peu démocratique, au sens traditionnel de la question en tout cas, d'une source discrète, difficile d'accès, réservée aux juristes professionnels et souvent spécialistes de la matière.

Ces arguments, avantages et inconvénients pourraient être mesurés. Ainsi, la jurisprudence peut également être considérée comme une technique d'évolution très lente du droit, en raison de la rareté des occurrences d'évolution et de la dépendance des demandes judiciaires, la prévisibilité n'est que relative et surprend parfois, sans compter l'émulation qui naît nécessairement entre le juge et le législateur pour le gain du meilleur normateur, d'une souplesse discutable puisque dépendante de quelques juges inaccessibles et anonymes.

La loi, si critiquée, présente d'autres avantages. Elle est d'abord l'expression de la modernité du droit : l'abstraction, la généralité, l'accessibilité, la globalité d'une matière qu'elle peut embrasser, la rapidité d'élaboration, l'expression d'une volonté politique. Ce n'est pas pour rien que la loi est fille des lumières, rencontre entre une technique et l'appréhension du monde comme celui des hommes, par et pour les hommes. La Révolution française, faite de ruptures consacre la loi, comme la Révolution américaine, la possible consécration de l'Etat providence, des réformes sociales, des réformes libérales ou conservatrices sont le fait de la loi. Et pourtant, tous les juristes font le constat que l'évolution du droit n'est peut-être pas toujours aussi prompt que il le faudrait, que la loi se contente parfois de réformes purement techniques.

Il n'y a donc pas d'avantage dirimant pour une source ou pour l'autre, mais une question de coexistence, voire de critique, éventuellement en termes de légitimité, en tant que telle d'une part, mais aussi à propos de l'effet dans le temps des revirements de jurisprudence¹⁵³. Il paraît certain

153 Comp. TH. REVET, *La légisprudence*, Mélanges Ph. Malaurie, Defrénois, 2007, p. 377,

cependant que l'autorité de la loi n'est possible que pour autant que la jurisprudence soit reconnue comme source réelle de droit, et que soit saisie tout à fois la liberté du juge et la force de la loi.

Il est clair également que l'argument de la légitimité est complexe et peu péremptoire. Ainsi le débat judiciaire assure le développement d'un très grand nombre de types d'arguments, juridiques ou extra-juridiques, assurant même un discours sur la légalité ou la légitimité de la loi, réserve faite de la discussion de la constitutionnalité de la loi, débat qui n'est pas possible ou de manière finalement tronquée devant le Parlement (« vous avez juridiquement tort parce que vous êtes politiquement minoritaires » disait, triomphant, le député André Laignel après la victoire socialiste en 1981).

Mais en contrepoint, la loi permet cette part de rêve juridique, cette part d'utopie qui fait se lever les foules, qui est une autre forme de justice, d'idéalisme qui rend si gris le réalisme judiciaire. Il est donc particulièrement sain que le législateur ait la possibilité, même de plus en plus étriquée car toujours susceptible d'une discussion judiciaire postérieure, de combattre une jurisprudence qui déplaît au Prince.

Peu de principes, beaucoup de circonstances et d'adaptation, donc, qui ne résolvent en rien la question posée au début de cet ouvrage. On retiendra donc simplement que l'observation des sources du droit permet de retenir que la pluralité – et peut-être devrait-on parler de diversité – l'emporte sur l'unicité, et que cette pluralité n'est qu'apparemment ordonnée, ou plus exactement que les plans, les architectures proposées n'ont d'autres vertus que didactiques et ce faisant, simplificatrices.

Il en résulte également que la considération des sources du droit est nécessaire à la compréhension du droit mais non suffisante et qu'il est nécessaire d'ajouter les considérations (dubitatives) déjà opérées sur les fondements du droit, sur les méthodes de sa connaissance, mais également sur son interprétation.

Deux attitudes sont alors possibles dans cette contemplation dubitative du droit : un certain cynisme en premier lieu, faire semblant de croire que le système juridique est ordonné, cohérent, scientifique, rationnel, harmonieux, l'enseigner, tout en faisant le contraire. Les exemples sont nombreux d'universitaires qui prône cet ordonnancement parfait, disent la jurisprudence comme une non source du droit et commentent arrêt sur arrêt.

Deuxième attitude possible, le scepticisme, le doute. Bien entendu le droit paraît ordonné, les théories générales semblent appliquées et justes ce qui n'interdit en rien d'en douter. Ainsi, il est clair que dès lors qu'on observe une discipline juridique de manière un peu appropriée, on découvrira les creux de la loi, les contradictions des sources, pour ne pas dire une « balkanisation » des règles de droit, des enchevêtrements de règles qui se contredisent, des juxtapositions, des approximations, des incertitudes, etc. Les exemples sont légions. En droit des contrats par exemple, le modèle pourtant, le socle du droit commun, il est toujours très surprenant pour un étudiant de se rendre compte que face à une question pratique précise, les solutions qu'il croit pourtant déceler des enseignements qu'il a reçus ne lui permettront pratiquement jamais de trouver une réponse, que des pans entiers du droit des contrats reposent sur l'interprétation de quelques arrêts bien isolés. C'est qu'il manque peut-être à l'exposé des règles de droit, le fondement de celle-ci, l'hypothèse de la contradiction, la façon pour le justiciable d'appréhender une question de droit, son langage, la manière de présenter un problème au juge, la façon de ce dernier de rendre la justice...

Le droit, au risque de nous répéter, peut être considéré comme provisoire, en perpétuelle construction, relatif, il est un processus rhétorique, une discussion entre propositions discutables, elle-même faites de règles de sources et d'intensité différentes, d'arguments juridiques et très souvent extra juridiques.

L'INTERPRÉTATION DU DROIT

195. – Plan. – L'interprétation du droit est une question centrale, sinon essentielle, traitée ici après celle des sources du droit mais en réalité, se retrouve dans toutes les parties et notamment à propos de la considération de la jurisprudence comme norme, voire comme *unique* norme. Elle est centrale car, dans une conception traditionnelle elle assure le passage de la norme générale à la norme particulière et suppose alors une *technique* particulière assurant cette interprétation et, dans une considération plus vaste, à travers une considération *réaliste* du droit, l'interprétation est le mécanisme déclencheur et décisif de la norme.

De ce point de vue, la jurisprudence a pour mission d'interpréter les règles de droit, comme, diront les juristes traditionnels, la doctrine. Dans le même temps, la question de l'interprétation du droit étant essentielle, on peut concevoir que les autorités en charge de l'interprétation soient plus nombreuses : l'administration joue son rôle mais aussi le législateur, par l'intermédiaire des réponses ministérielles. Observons les autorités en charge de l'interprétation du droit (section 1), avant d'étudier les méthodes d'interprétation du droit (section 2).

Section 1

LES AUTORITÉS EN CHARGE DE L'INTERPRÉTATION DU DROIT

196. – *Ejus est interpretari.* – Longtemps, on admit que seul l'auteur de la règle de droit avait pour fonction d'interpréter cette règle. L'adage *ejus est interpretari legem cujus est condere* (c'est à celui qui a fait une règle de l'interpréter) assurait le respect de ce principe. Dans l'Ancien droit, le roi se réservait, ainsi, la possibilité d'interpréter les édits et ordonnances selon son plaisir. Ce fut, ensuite, le référé législatif, institué après 1790 jusqu'en 1837. Il s'agissait de faire prévaloir la loi sur le juge, dans le respect du principe selon lequel seule la loi est légitime puisqu'elle est l'expression de la volonté générale. Aujourd'hui, on assiste à un dédoublement voire un triplement des autorités en charge de l'interprétation des lois. Officieusement, mais cela a toujours été, la doctrine se fixe pour objectif d'interpréter la loi, quoique son autorité soit limitée (V. n° 187). Officiellement, surtout, la jurisprudence et, essentiellement, les grands arrêts de la Cour de cassation ou du Conseil d'État assurent cette fonction d'interprétation de la loi ; c'est même une obligation sanctionnée par le déni de justice résultant de l'article 4 du Code civil. De ce point de vue, l'adage *ejus est interpretari* a été supplanté par le principe de séparation des pouvoirs où une autorité particulière, le juge, a la charge de l'application et l'interprétation des lois. Il demeure, cependant, que l'adage n'a pas entièrement disparu et que l'auteur des règles de droit conserve le pouvoir de les interpréter.

197. – Circulaires, réponses ministérielles et rescrits. – C'est particulièrement vrai, officiellement toujours, pour l'interprétation des lois. Celles-ci font fréquemment l'objet de commentaires par l'administration, l'émanation du pouvoir exécutif, qui promulgue la loi sous forme de *circulaires* ou autres instructions. Il n'est pas vraiment l'auteur de la loi puisqu'elle est votée par le parlement. Mais toutes les règles ne sont pas d'origine parlementaire, loin s'en faut, avec les ordonnances, les règlements autonomes, les décrets d'application. En outre, la plupart des lois modernes sont votées sur la base de projets de lois préparés par les ministères et leurs administrations. Admettons donc que l'adage *ejus est interpretari* soit respecté dans ces circonstances, matériellement sinon formellement.

Autre mode d'interprétation, les *réponses ministérielles* aux questions écrites par les parlementaires sont très connues depuis qu'elles sont télévisées¹⁵⁴. Cette réponse ne lie en rien le juge, appelé à se prononcer ensuite sur cette question. Elle constitue, cependant, une source d'interprétation non négligeable que l'on peut rapprocher du référé législatif, sans l'autorité de ce dernier mais elles

¹⁵⁴ V. B. OPPETIT, *Les réponses ministérielles aux questions écrites des parlementaires et l'interprétation des lois* : D. 1974, chron. p. 107.

troublent l'application de l'adage car ce sont, ici, les parlementaires, auteurs des lois, qui demandent au gouvernement comment les interpréter !

Plus informels, sont les *rescrits*¹⁵⁵ que l'on trouve dans quelques domaines, comme en droit financier ou en droit fiscal ou encore en droit de la concurrence où il prend le nom d'exemption. Il s'agit, pour un particulier, d'interroger l'administration sur un problème qui le concerne et qui liera ensuite l'administration.

198. – Avis judiciaire. – Les autorités judiciaires disposent, outre leur pouvoir général d'interprétation, d'une forme inédite, introduite par une loi du 31 janvier 1987 devant le Conseil d'État et une loi du 15 mai 1991 devant la Cour de cassation, dite procédure d'avis. Il s'agit, pour une juridiction, confrontée à un problème d'interprétation susceptible de se poser fréquemment, de demander à la Cour de cassation ou au Conseil d'État, selon le cas, son avis sur la question, quoique cet avis ne lie pas, ensuite, le juge.

198-1. – Le juge, interprète normateur. – Aux « autorités » précédentes, s'ajoute, bien entendu et essentiellement, le juge : ce n'est pas la législature, ce n'est pas le Ministre ou son administration, qui interprètent les normes, mais le juge.

Bien entendu, cette considération suppose d'admettre que le produit de l'interprétation par le juge, les décisions de jurisprudence, est une source normative et pas seulement une autorité interprétative, en ce sens que la fonction du juge n'est pas seulement d'interpréter la loi *dans le sens souhaité par le législateur*, de manière limitée et inféodée donc, mais d'interpréter au sens général, au sens d'un pouvoir d'adjudication. Elle suppose ensuite de retenir une méthode d'interprétation qui corresponde à la pratique réelle retenue par le juge, ce qui est évidemment très difficile, mais que permet, par exemple la TRI (théorie réaliste de l'interprétation, cf. supra, n°83-6 et infra, n°201-2).

Si l'on compare avec les systèmes étrangers, et par exemple les systèmes de Common Law, la question est donc radicalement différente : l'interprète anglais se prête au jeu de l'interprétation de la norme légale *et, mais surtout*, à l'interprétation, des arrêts, des cas, le *Case Law*, dans lequel il cherche à identifier dans un arrêt précédent les similitudes et les différences avec le cas sous étude, alors que le droit français propose un système *global d'interprétation de la norme* quelle que soit la source ou la nature de cette norme. On interprète de la même manière un article d'une loi que la solution d'un arrêt, ce qui explique la difficulté à considérer la source jurisprudentielle puisque associée substantiellement à la source légale.

A l'inverse, la conception normativiste considère deux types d'interprétation. Une norme valide peut en effet être interprétée. Un premier jeu d'interprétation relève de la dogmatique juridique, de la doctrine : il révèle des *interprétations scientifiques* (en termes de devoir être ou d'être). Par exemple, la règle « *les conventions s'interprètent de bonne foi* » de l'article 1134, al. 3 du Code civil est susceptible de plusieurs interprétations scientifiques : soit la règle s'interprète comme supposant, pour être de bonne foi, de respecter la lettre du contrat, soit au contraire, pour être de bonne foi, de respecter l'esprit du contrat, au-delà de sa lettre, une interprétation stricte, une interprétation large. Ces interprétations scientifiques ne sont pas normatives ; elles sont proposées comme des solutions possibles, par les professeurs par exemple. Un second jeu d'interprétation relève du juge souverain, qui proposera une *interprétation authentique*, l'une des interprétations scientifiques le plus souvent. Elle est correcte si elle respecte les conditions de validité posées pour rendre cette interprétation et ce indépendamment de toute autre considération. Il n'y a pas de « bonne » ou de « mauvaise » jurisprudence mais des décisions valides (comme les normes). Cependant, cette conception contribue, comme la thèse réaliste, à formaliser la potentialité de création d'une norme nouvelle. Elle présente ce caractère de neutralité qui est propre au normativisme, respectueux de l'Etat de droit, mais parfois trop, au point d'éloigner la réalité du droit : ainsi l'interprétation scientifique n'est jamais neutre, un professeur donne toujours son point de vue au point d'oublier ou de nuancer les interprétations qui n'ont pas sa faveur ; construisant un jugement, que le juge peut utiliser, juge qui peut être...un professeur. Par conséquent, c'est moins la division des interprétations qui pose difficulté dans la doctrine normativiste, que leur étanchéité et leur radicalité.

155 V. B. OPPETIT, *La résurgence du rescrit* : D. 1991, chron. p. 105.

LES MÉTHODES D'INTERPRÉTATION DU DROIT

199. – École de l'exégèse. – L'école de l'exégèse fut très en vogue au siècle dernier, à la suite de la promulgation du Code civil. Cette école était l'héritière des glossateurs au XIV^e siècle qui employaient une méthode dite littérale d'interprétation et des postglossateurs, au XV^e siècle dominés par Bartole¹⁵⁶. Elle est la continuation d'une forme d'interprétation qui change simplement de type de norme.

L'école de l'exégèse était une école doctrinale qui prétendait interpréter la loi et, essentiellement, le Code civil, sans recourir à des influences extérieures par un très grand attachement à son texte. Il s'agissait de découvrir l'intention du législateur c'est-à-dire de favoriser une analyse du texte de la loi pour tenter de dégager son sens, en considérant que le Code civil a nécessairement tout prévu : encore faut-il le découvrir dans la seule source possible et légitime de droit, dans la conception de l'époque. Il s'agit, ainsi, de découvrir tout le(s) sens du texte des articles du Code. Il peut, ainsi, être fait usage des *travaux préparatoires* à la loi, qui sont publiés au *Journal officiel* ou bien de rechercher la *ratio legis*, soit la raison d'être de la loi, par son titre, ou bien le chapitre du Code dans lequel la règle s'insère. C'est ce qu'on appelle une interprétation téléologique de la loi, que le droit pénal favorise encore largement. Il peut aussi être fait usage du contexte, par exemple en observant la structure grammaticale ou logique du texte, sa place, sa cohérence dans le système dans lequel il s'intègre, en recourant à des maximes favorisant leur interprétation...

Cette méthode est la méthode positiviste formaliste : il s'agit d'assurer une interprétation littérale de la règle, laquelle est suffisante en soi, éventuellement en utilisant des règles de conflits (du type loi spéciale, loi générale), à travers les buts, réels ou supposés du législateur, par un juge considéré comme le gardien de l'ordre social, comme tout le droit était du droit pénal.

En droit pénal, en effet, il est plus difficile d'admettre que l'on puisse être poursuivi alors qu'une règle précise n'est pas prévue : c'est le problème du crime « d'atteinte à la sûreté de l'Etat » dans les systèmes autoritaires.

200. – Logique juridique et maximes d'interprétation et d'argumentation. – C'est avec l'Ecole de l'Exégèse que se développe très fortement l'idée d'une *logique juridique* dite aussi *logique formelle*¹⁵⁷ qui présente des techniques alternatives mais finalement assez mécaniques d'interprétation, considérant le droit, la loi, *en soi*, indépendamment donc de toute autre influence, sauf de la sienne propre. Le droit est ainsi envisagé comme un *ordre* avec sa propre logique, sa science.

L'indice de la perpétuation de la méthode exégétique résulte sans doute de la permanence de méthodes d'interprétation d'origine incertaine et vivifiées par l'Ecole de l'exégèse, école de logique.

Exceptio est strictissimae interpretatis (les exceptions s'interprètent strictement). Ce premier adage est l'un des principaux. Il insiste sur le fait que lorsqu'un texte institue une exception à un principe, celui-ci s'interprète dans le strict cadre qui lui est reconnu. À défaut, il serait difficile d'identifier le domaine respectif du principe et de l'exception. Mais il n'est pas toujours aisé de repérer un texte d'exception. Souvent une locution comme « cependant », « néanmoins », « toutefois » ou lorsque le texte se présente comme une exception, permet de le reconnaître (V. C. civ., art. 488, 1374, 1497).

Cessante ratione legis cessat ipsa lex (la loi cesse où cesse sa raison d'être). En corollaire, il ne saurait être question, sous couvert d'une analogie, d'appliquer un texte spécial à une matière qui lui est étrangère.

Ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus (il n'y a pas lieu de distinguer où la loi ne distingue pas). C'est, au contraire, une interprétation large qui s'impose chaque fois que le texte recouvre une grande catégorie de situations. Par exemple, l'article 457 du Code civil fait interdiction

¹⁵⁶ V. Ph. MALAURIE, *Anthologie de la pensée juridique*, op. cit., p. 47. – F.-X. TESTU, *Les glossateurs : RTD civ.* 1993, p. 291.

¹⁵⁷ Ch. PERELMAN, *Logique juridique, Nouvelle rhétorique*, Dalloz, 1979, M.-L. IZORCHE, *Logique juridique*, Puf, 2005.

au tuteur de vendre des immeubles de son pupille, et l'on ne saurait distinguer selon que l'immeuble est de faible ou forte valeur.

Raisonnement par analogie, a fortiori, a contrario, par induction, par déduction, apagogique, téléologique. Là encore, c'est une interprétation large qui est proposée selon plusieurs raisonnements différents.

Le raisonnement *par analogie* ou *a pari* est le plus utilisé : lorsqu'une situation juridique ne connaît pas de règle particulière mais qu'elle présente une ressemblance avec une situation qui en connaît une, on appliquera l'une à l'autre. Par exemple, la cause étrangère ou force majeure n'est envisagée que pour la responsabilité contractuelle. Par analogie, on l'applique à la responsabilité délictuelle. De même, les règles relatives à la preuve sont prévues, dans le Code civil, uniquement pour les obligations. Par analogie, ces règles sont élargies à toutes les autres situations. De manière voisine, l'argument *par l'exemple* permet d'interpréter une règle en comparaison avec un cas précédent ou voisin.

Le raisonnement *a fortiori* ressemble à l'adage populaire selon lequel « qui peut le plus peut le moins », et l'argument inverse *a minori ad maius*. Par exemple, s'il est interdit à un incapable de vendre seul ses biens, *a fortiori*, il lui est interdit de les donner car la donation est un acte plus grave que la vente (*argument a minori ad maius*). Par exemple, si les règles de la prescription acquisitive permettent de rendre propriétaire d'un immeuble, il en résulte que c'est également possible pour un autre droit réel (qui peut le plus peut le moins).

Le raisonnement *a contrario* est plus complexe. Il s'agit d'un argument purement discursif qui permet à partir d'une proposition juridique donnée, de déterminer, pour une situation juridique voisine ne disposant pas de règle, la règle inverse. Lorsqu'une règle s'applique pour une hypothèse particulière, on peut en déduire, *a contrario*, qu'elle ne s'applique pas dans l'hypothèse inverse. Par exemple, s'il est interdit à un incapable de vendre seul ses biens, *a contrario*, il lui est permis de les louer car la location est un acte moins grave que la vente. Si le mariage est l'union entre un homme et une femme, *a contrario*, ce n'est pas l'union entre deux hommes ou deux femmes. Mais il est parfois délicat d'utiliser ce raisonnement car nul ne sait si son application remplit bien les vœux du législateur. Nous avons déjà évoqué l'exemple de l'interprétation de l'article 322, alinéa 2, du Code civil ; l'article 334-9 du Code civil, à propos de l'action en recherche de paternité ou de maternité naturelle qui dispose que « toute reconnaissance est nulle, toute demande en recherche est irrecevable, quand l'enfant a une filiation légitime déjà établie par la possession d'état » a également été interprété *a contrario* lorsque, l'enfant n'a pas une filiation légitime établie par la possession d'état.

Les raisonnements *par déduction* ou *par induction* permettent de découvrir une règle d'une autre. Par déduction par exemple, on peut tirer d'une règle générale une règle particulière ; par induction, à l'inverse on découvre une règle générale d'une règle particulière. Ces méthodes sont souvent combinées : ainsi par induction a-t-on découvert à partir de règles particulières à la vente imposant au vendeur de renseigner l'acheteur une obligation générale d'information que l'on a ensuite, par déduction, appliqué à d'autres contrats qui ne connaissaient pas ces règles particulières.

Le raisonnement *apagogique* ou par l'absurde consiste à montrer que, puisque le système juridique est nécessairement raisonnable (cf. raisonnement *a coherencia*), il en résulte qu'une règle ne saurait aboutir à une solution déraisonnable, inique ou absurde et qu'au contraire il existe nécessairement une règle raisonnable, juste ou logique.

L'argument *téléologique* consiste à envisager les buts de la loi à partir de la volonté du législateur notamment.

Le raisonnement *a completudine* suppose que le système juridique est complet et que, par conséquent, l'absence de règle est une présence de telle manière qu'il faut supposer qu'un comportement non réglé par la loi de manière expresse l'est nécessairement de manière implicite (tout ce qui n'est pas interdit est valable, etc.) et donc qu'il n'y a pas de situations hors du droit.

L'argument *a coherencia* est voisin du précédent et suppose la cohérence du système juridique, le caractère raisonnable et ordonné du droit, de sorte que si deux règles présentent les choses de manières inconciliable, il doit exister une règle (à découvrir) permettant d'identifier une solution. De manière

voisine, l'argument *systematique* suppose que le droit formant un système ordonné, les éléments de ce système doivent être envisagés de manière imbriquée. De manière voisine, l'argument *economique* suppose que le législateur est prudent, raisonnable et donc non redondant : ainsi un texte qui répète un autre texte est superflu, solution complexe lorsqu'il s'agit de combiner cette solution avec l'observation de règles générales et particulières.

201. – « **La Libre recherche scientifique** ». – À partir des années 1880, la méthode exégétique a été critiquée, dépassée au profit d'une méthode plus globale, dite de la *libre recherche scientifique*, prônée par le doyen François GénY. Contrairement à l'idée parfois répandue, l'exégèse n'a pas disparu avec l'apparition de l'école dite scientifique proposée par les travaux de GénY. C'est toujours la méthode exégétique que les juristes utilisent généralement pour l'étude des règles du Code civil surtout depuis les récentes grandes réformes du Code civil, ou des lois parfois très techniques que l'on rencontre de plus en plus souvent, en une école « néo exégétique ». Simplement, la méthode exégétique a évolué et est surtout concurrencée par la méthode prônée par GénY dont le but était, en 1899 de convertir le juge à une technique d'interprétation utilisant les ressources de la sociologie, de l'économie, de l'histoire, pour « socialiser » le droit français après cinquante ans d'application libérale du droit et les ravages sociaux qui en résultaient, et parce que les textes du Code civil dataient de 1804 et s'appliquaient à une époque qui avait découvert les machines, l'industrie, tout une série de difficultés que le Code civil ignorait mais certainement pas dans le sens d'un processus révolutionnaire. « *Par le Code civil, mais au-delà du Code civil* » résumait Saleilles dans sa préface à l'ouvrage de GénY. L'interprète a le choix entre plusieurs sources d'interprétation, loin de l'exégèse la plus stricte par l'appel à des considérations historiques, sociologiques, économiques ou d'équité, la philosophie du droit, la sociologie juridique, l'économie, le droit comparé... et à d'autres sources du droit, comme la jurisprudence, dépassant donc le seul texte du Code civil. Cette évolution était d'autant plus nécessaire.

Le problème (qui n'en est peut-être pas un) tient, cependant, à ce que l'interprétation libre... est libre par essence et que le juge, libre, peut avoir tendance à ce que Philippe Malaurie appelle l'interprétation correctrice et déformante des textes¹⁵⁸. Plus, en effet, l'interprète est libre de la méthode d'interprétation, plus il est libre de l'interprétation du texte. En sorte que la jurisprudence peut parfois corriger un texte mal écrit ou difficilement compréhensible. Là encore, l'article 4 du Code civil fait obligation au juge d'interpréter un texte, même obscur. Ce faisant, la liberté du juge peut devenir un instrument redoutable, tellement d'ailleurs qu'il apeura GénY lui-même qui dans son ouvrage critiquait la jurisprudence du « bon juge Magnaud ». Celui-ci, bon samaritain, ne se préoccupait guère de la loi et beaucoup du sort des miséreux, refusant de condamner dans un jugement célèbre, la voleuse de pain, attirée par l'état de nécessité de sa condition pour nourrir ses enfants. Or, pour GénY, le « phénomène Magnaud » emporte de l'instabilité, voire de l'anarchie juridique. En d'autres termes, le juge est libre d'interpréter le droit, tant que cette interprétation est conforme aux vues de GénY, ce qui est une forme de tolérance assez limitée et qui montre la distance, considérable, entre le droit conçu comme la loi, et le droit comme son application, et, ce faisant, l'importance de l'interprétation.

201-1. – « **Libre recherche scientifique** », « **logique des valeurs** », « **rhétorique et interprétation** ». – On assiste aujourd'hui à des interprétations qui sont parfois présentées par les commentateurs comme « surprenantes » en ce sens qu'elles aboutissent à des solutions que la loi, au sens où ces commentateurs la considèrent, n'avait apparemment pas prévues, voire à une solution qu'ils avaient voulu éviter. Tel est le cas, par exemple, du rôle aujourd'hui confié à l'article 1134, alinéa 3, du Code civil qui oblige les contractants à exécuter le contrat de bonne foi ou l'article 1135 du Code civil qui oblige à tenir compte dans le contrat de l'équité. Ces textes, interprétés par la jurisprudence moderne, permettent d'identifier des obligations de coopération, d'information, de sécurité que les contractants n'avaient pas expressément envisagées. Tel est le cas également de l'interprétation de l'article 322, alinéa 2, du Code civil (abrogé aujourd'hui) qui, interprété *a contrario*, permettait au juge de recevoir une action en contestation de paternité ou de maternité légitime alors pourtant que ce texte disposait que « nul ne peut contester l'état de celui qui a une possession conforme à son titre de naissance » ce

158 Ph. MALAURIE et P. MORVAN, n^{os} 943 et s.

que les juges avaient interprété comme justifiant une telle contestation lorsque titre et possession diffèrent (aujourd'hui, il n'y a plus de distinction entre filiation légitime et filiation naturelle).

Toute la difficulté, et la grandeur, de la technique de l'interprétation du droit, consiste donc à identifier une ou des techniques plus ou moins rigides ou souples, étant entendu qu'il est, en droit, impossible de limiter longtemps la possibilité du juge de réaliser une interprétation nouvelle. Par conséquent, et c'est d'ailleurs une autre dimension de la difficulté, c'est l'appréciation et l'acceptation de la communauté des juristes, juges compris, qui importe, dans la mesure la liberté d'interprétation. Gény avait fourni tous les outils d'une interprétation libre, tout en bridant la capacité d'une acceptation véritablement libre.

En outre, la limite « objective » de l'interprétation repose sur la mesure de l'arbitraire et de la subjectivité de l'interprète. Par conséquent, plus le juge est bridé par l'idée que toute interprétation qui sort de l'idée que les juristes se font de celle-ci, plus la motivation du jugement pourra être sinon légère sinon purement technique. A l'inverse, plus l'interprétation est libre, plus le juge est libre sans ses méthodes et dans ses choix et plus sa motivation devra apparaître dans le jugement ou l'arrêt, y compris son raisonnement, ses opinions celle des autres, de telle manière que le lecteur du jugement pourra mesurer la part d'arbitraire et de subjectivité, contre celle de raisonnement et de rhétorique.

On voit par là, à nouveau, ce que l'interprétation par le juge française présente de défaut : particulièrement libre dans son interprétation, il livre des arrêts à la motivation simplement technique, laissant le lecteur dans l'embarras.

Sans doute cela tient-il au fait que les interprétations les plus discutées, et par conséquent celles qui conduisent aux plus larges débats, sont celles qui posent des questions dont les conséquences économiques, sociales sont très importantes ou bien qui s'inscrivent à un carrefour de valeurs. Ce n'est pas la même chose que de proposer un revirement de jurisprudence sur une question technique et sur un point essentiel, comme la reconnaissance du transsexualisme, des mères porteuses, etc. Peu importent les raisonnements *a pari*, *a fortiori*, *a contrario* de l'article 144 du Code civil lorsqu'il s'agit de décider si, oui ou non, le mariage est l'union de deux personnes du même sexe ou de sexe différent. Il n'y a plus ici, place pour les arguments, quelque apparence de logique qu'ils présentent, techniques, mais le renfort d'une appréciation du vrai et du faux, du juste, de l'utile.

L'élément cardinal de l'interprétation repose alors sur l'emploi d'une technique discursive de discussion, qui suppose donc la présentation d'arguments discutables, dans une enceinte qui se prête ce type de discussion d'argument, pour la rédaction d'un jugement qui rend compte des arguments, de leur discussion, et de la décision, et enfin, donc, d'une force de conviction de la justesse du jugement, et de la discussion de celui-ci.

Le droit (re)devient un art, l'art de la rhétorique.

201-2. – Au delà de la « libre recherche scientifique », la TRI et le règne de l'interprète. – La « surprise » de certains commentateurs déjà envisagée, réaction face à l'interprétation nouvelle de textes par le juge est, elle-même, surprenante si l'on admet que la « libre recherche scientifique » est dominée, précisément, par la liberté de l'interprétation.

Or, selon la méthode réaliste, aujourd'hui portée en France par Michel Troper et la théorie réaliste de l'interprétation, la TRI (cf. supra, n°83-5), le juge est libre de son interprétation sous la réserve des contraintes qui lui sont imposées ou qu'il s'impose. Par conséquent, l'interprétation et son résultat est essentiellement une querelle argumentative, processuelle donc, et la validité, la régularité, la valeur de ces arguments est laissée à l'appréciation du juge qui proposera une solution ou une autre, qui reste globalement prévisible, sauf cas très particulier.

Ainsi, il n'y a pas de place, dans la TRI pour une interprétation déformante des textes, ce qui supposerait une forme particulière imposée préalablement. La jurisprudence crée des principes, des règles parfois sans aucun fondement légal. Tel fut le cas de la jurisprudence sur les mères porteuses, en 1991, sur les transsexuels, en 1992, tel fut l'ensemble de la création prétorienne du droit administratif, du droit constitutionnel, du droit de la responsabilité civile (pourtant non critiquée par les mêmes qui critiquent telle autre interprétation volontariste), de l'essentiel du droit des contrats, etc. Des dizaines

de solutions s'intègrent ainsi dans la norme juridique du fait de la création jurisprudentielle, de l'interprétation.

Tout dépend donc de la norme à interpréter. Pour les réalistes, il y a des normes à « texture fermée », les règles présentées sous forme de tout ou rien : les règles pénales (le plus souvent), les règles qui imposent des conditions strictes et définies. Mais il y a surtout des normes à « texture ouverte », soit involontairement soit volontairement. Ce peut être involontaire parce que l'imputation est contrainte par les limites du langage. Par exemple une loi de 1985 détermine un régime particulier de réparation pour les accidents provoqués par les *véhicules terrestres à moteur, impliqués dans un accident de la circulation*. Tout semble précis au départ, mais rien ne l'est au fur et à mesure de l'interprétation. Un tracteur est-il un véhicule terrestre à moteur, un avion, un tramway, un véhicule électrique, un cyclomoteur, une motoneige, etc. un accident de parking est-il de « circulation », celui qui ouvre la portière de son véhicule à l'arrêt et est fauché par un autre véhicule est-il « impliqué dans un accident de la « circulation » ?

Ce peut être volontaire, essentiellement pour des raisons de coût rendant impossible la possibilité de prévoir tous les cas possibles et, ce faisant à travers les standards juridiques.

Il n'en résulte pas l'arbitraire juridique, précisément parce que la conception réaliste du droit envisage la recherche de la prévisibilité de la règle soit par l'observation du comportement (au sens le plus large) du juge (cf. supra, n°), soit par la prise en compte des logiques argumentatives.

Une première logique argumentative consiste à observer que le juge ne traite pas un seul cas mais des dizaines, de sorte que son interprétation embrasse le système juridique dans son entier. Soit qu'il défende un système, qu'il y participe, son action n'est pas neutre. En ce sens, la conception réaliste soit se heurte à un non sens (puisque, en positivisme, elle ignore les valeurs) soit à un dépassement supposant dans les contraintes que le juge rencontre, l'existence des valeurs. C'est précisément de problème qu'un juriste comme Ronald Dworkin a tenté de résoudre. D'après Dworkin, le juge interprète une règle en respectant un certain nombre de canons (y compris la considération, explicite ou implicite de ses propres motivations) mais également la recherche d'un but, d'une « politique » ou d'un « principe ». Une « politique » est, pour Dworkin, un standard qui détermine un but à atteindre, le plus souvent l'amélioration d'une situation économique, sociale (par exemple la diminution des délits sexuels) et un « principe » est un standard qui s'impose non pas parce qu'il améliorera une situation économique ou sociale, mais parce qu'il s'agit d'une exigence d'équité, de justice ou de morale (par exemple le standard classique de l'abus, de la faute, etc.). Ce faisant, Dworkin intègre les idéaux et peut être considéré comme un néonaturaliste, mais surtout propose très clairement, pour les juristes français tout au moins, la reconnaissance des principes juridiques comme des standards. Or, dans la conception réaliste appliquée au cas français, la question est majeure pour expliquer et justifier la masse de principes ainsi « découverte » par le juge. On retrouve donc le processus d'intégration des valeurs, associé à une logique argumentative (encore faut-il le présenter au juge, soit au cours du procès soit en dehors du procès par lobbying ou par production doctrinale), valable y compris dans la conception réaliste.

Cependant, Dworkin (*Prendre les droits au sérieux*, Puf, 1995, *L'empire du droit*, Puf 1994) n'est pas un réaliste, mais un naturaliste dans la lignée de John Rawls et pour lui il en résulte une contrainte pour le juge, celle de trouver la *bonne solution juste* notamment dans les cas difficiles (et, ce faisant, se retrouve également en communion avec les décisionnistes). Le juge doit donc être un « superjuriste », un surhomme juridique, presque au sens nietzschéen, il doit pratiquer « le grand style », l'art juridique.

Une autre logique argumentative est économique. Pour les utilitaristes benthamiens, une règle suppose qu'elle assure une utilité moyenne pour le plus grand nombre.

201-3. – L'interprétation de l'interprétation. – Une autre difficulté tient à ce qu'une décision de justice (qui fait jurisprudence, un arrêt de la Cour de cassation) tranche un (ou plusieurs) litige(s). C'est son premier rôle. Mais comme cette norme, interprétative, est une norme, elle est susceptible de créer un second litige, résultant de l'interprétation de cette nouvelle norme, voire un troisième litige dans la mesure où la norme jurisprudentielle est interprétative et donc rétroactive (cf. supra, n°).

Le problème de l'interprétation de l'interprétation se pose notamment pour les arrêts de la Cour de cassation et le minimalisme langagier qu'elle a choisi de manière séculaire et traditionnelle. Certes l'obligation de motivation assure une forme de guide, ceci ajouté aux efforts réalisés pour rendre la différenciation des arrêts importants des autres plus immédiatement visible (cf. supra, n°). Il reste cependant qu'on est très loin de la méthode suivie par d'autres cours suprêmes, qui présentent notamment les arguments des juges y compris les opinions dissidentes. Sans doute le rapport du conseil référendaire est, dans les arrêts les plus importants (et à la discrétion de la Cour) disponible, et ces rapports souvent d'excellente qualité, présentent les différentes options définies par son auteur, de même que l'avis de l'Avocat général, mais il reste que cela n'isole pas les différentes opinions et il n'est pas rare que la solution finalement retenue dans une décision importante soit finalement assez divergente de l'option du conseiller rapporteur. Par conséquent, l'interprétation de l'interprétation est finalement assurée par la doctrine, voire par le juge lui-même, dans un arrêt suivant pour infirmer, confirmer ou infléchir sa jurisprudence, voire par une véritable doctrine de la Cour de cassation, par la voix ou la plume de ses membres.

L'enjeu, donc, de l'interprétation moderne consiste en plusieurs éléments. Il s'agit, d'une part de valider ou de ne pas valider la TRI, mais il n'y a pas de demi mesure : où le juge est souverain ou il ne l'est pas. Faisons le pari qu'il l'est, il convient alors de mesurer les enjeux de l'application de la TRI et essentiellement celle des contraintes interprétatives : pourquoi le juge juge-t-il ainsi, quelle est la part de l'uniformité du recrutement des juges, de l'enseignement, la part de l'influence doctrinale, etc., ensuite de mesurer quels sont les arguments recevables par le juge (c'est essentiellement la question de l'argument de nature constitutionnelle qui pose difficulté) et enfin quelle est la norme d'interprétation (notamment au regard de la question de la rétroactivité, plus exactement de l'effet immédiat, de la norme jurisprudentielle.

L'APPLICATION DU DROIT

202. – Plan. – La loi est applicable à partir d'un certain moment, et la fin de cette application est plus mystérieuse, et dans certains lieux : application de la loi dans le temps (section 1) et dans l'espace (section 2) rendent, ainsi, difficile l'application du droit.

Section 1

L'APPLICATION DE LA NORME JURIDIQUE DANS LE TEMPS

203. – Plan. – Entrée en vigueur (§ 1) et disparition (§ 2) de la norme juridique marquent la durée de sa force obligatoire ; il s'agit ici essentiellement de la loi, à partir de laquelle ces mécanismes ont été forgés, c'est-à-dire dans l'ignorance pratiquement complète des autres normes juridiques.

§ 1. – L'entrée en vigueur de la norme juridique

A. – Le processus d'entrée en vigueur de la loi

204. – Promulgation et publication. – L'élaboration d'une loi est un processus long et complexe, formé de son étude, de sa discussion puis de son vote par le parlement. Il s'achève par sa promulgation et sa publication. La *promulgation* de la loi est l'acte par lequel le chef de l'état constate l'existence de la loi et ordonne sa publication et son exécution. La loi devient *exécutoire*. La *publication* de la loi consiste en l'information de la loi au public par insertion au *Journal officiel*. Le texte publié a, alors, force obligatoire. Parfois, le texte finalement publié au *Journal officiel* comprend des erreurs. En ce cas, un rectificatif est publié, il s'agit d'un erratum, pour corriger cette erreur, ce qui pose parfois difficulté, non pas lorsque les errata se bornent à corriger une erreur matérielle, auquel cas il faudra se conformer à l'erratum, mais lorsqu'ils visent à modifier le sens du texte, conduisant à ne reconnaître, en principe, que le texte originaire.

La loi entrera en vigueur un jour franc, c'est-à-dire un jour complet, 24 heures, à partir de sa publication à Paris et en Province après sa réception en préfecture. Parfois, cependant, l'entrée en vigueur de la loi n'est pas immédiate. Elle peut être retardée jusqu'à une certaine date ou jusqu'à l'adoption d'un décret d'application.

B. – Les conséquences de l'entrée en vigueur de la norme juridique

205. – Présentation. – De l'entrée en vigueur naît un principe très connu, la connaissance présumée de la loi en application de la maxime « nul n'est censé ignorer la loi » (1°). L'application pratique de la loi est également susceptible de difficultés lorsqu'elle se heurte à une norme précédente (2°).

1° La connaissance présumée de la norme

206. – *Nemo censetur ignorare legem.* – Nul n'est censé ignorer la loi : la maxime vaut dès l'entrée en vigueur de la loi. Elargissons : nul n'est censé ignorer la norme juridique, quelle qu'elle soit, législative, coutumière, jurisprudentielle. Cette maxime ne signifie pas que chacun connaît toutes les normes, ce qui est totalement impossible, mais que celui qui ne connaît pas la norme, de bonne ou de mauvaise foi, ne saurait invoquer son ignorance pour échapper aux sanctions encourues pour avoir violé la norme.

Quelques rares exceptions existent et modèrent la rigueur de la maxime. Ainsi un décret du 5 novembre 1870 prévoit que les tribunaux peuvent, selon les circonstances, accueillir l'exception d'ignorance si une contravention a eu lieu dans le délai de trois jours francs à partir de sa publication. Cette question est, en effet, assouplie en matière civile où l'erreur de droit est en pratique assimilée à l'erreur de fait et à la bonne foi (162) et en matière pénale, où l'erreur de droit peut être considérée comme une cause d'irresponsabilité pénale par l'article 122-3 du Code pénal.

C'est une motivation typiquement juridique, d'ordre et de sécurité, qui préside à l'application de la maxime. À défaut, l'anarchie régnerait, sous couvert d'ignorance, parfois feinte, de la norme. En

réalité, en effet, la présomption de connaissance de la norme est très éloignée de la réalité à tel point que son opportunité est parfois réfutée puisque seuls quelques initiés ont accès à la connaissance du droit. Par conséquent, plus la norme est simple, abordable, plus elle est connue. C'était, d'ailleurs, l'objectif que les rédacteurs du Code civil s'étaient fixé. En revanche, plus la norme est technique, moins elle est connue. C'est le travers bien connu des lois fiscales ou sociales : techniques, ces lois appellent le recours à des spécialistes de ces matières, dès lors la loi peut être de plus en plus technique, puisque ces spécialistes existent.

2° Les difficultés d'application de la norme juridique dans le temps

207. – Principes : sécurité juridique contre progrès social. – Des conflits de normes dans le temps surgissent très souvent. Ainsi, par exemple, une loi destinée à régir les rapports entre bailleurs et locataires est publiée. Elle remplace une loi ancienne qui avait le même objet. Le droit ne peut ignorer à la fois la continuité du temps qui s'écoule et les ruptures qui naissent du comptage du temps, le temps de la loi ancienne, celui de la loi nouvelle. Chaque acte ou fait juridique peut, alors, être observé à partir de la rupture ainsi imposée. À partir de quand s'applique la loi nouvelle ? Jusqu'à quand survit la loi ancienne ? Ainsi la loi du 11 juillet 1975 a assoupli les conditions dans lesquelles deux personnes mariées pouvaient divorcer. Cette loi est-elle applicable aux époux mariés avant son entrée en vigueur, ou son application est-elle réservée aux époux mariés après celle-ci ? Deux conceptions peuvent être retenues.

Une première solution, disons conservatrice, choisit la *sécurité juridique*. Tous les droits nés au temps de la loi ancienne, doivent demeurer régis par cette loi ancienne puisque c'est en considération de cette loi ancienne que ces droits sont nés (songeons par exemple à un contrat). Il serait insupportable qu'une loi nouvelle bouleverse les situations nées en méconnaissance (et pour cause) de cette loi nouvelle. L'inconvénient de ce système est de permettre à une loi ancienne de perdurer longtemps encore après l'adoption d'une loi nouvelle. L'analyse classique promouvait cette solution selon une complexe présentation des « droits acquis » qui ne pourraient être affectés par la loi nouvelle et les « simples expectatives » qui le seraient. Mais elle fut très critiquée en raison de la grande difficulté qu'il y a à les distinguer. Ainsi, si la loi nouvelle ne peut s'appliquer à un droit acquis, elle peut s'appliquer si une personne avait de simples expectatives de droit, de simples espérances de droit. Par exemple, la Cour de cassation a décidé que le congé donné par le bailleur dans les formes prévues par la loi en vigueur au moment de la conclusion du bail mais contraires à celles existant au jour du congé était valable car il constituait pour le bailleur « un droit acquis...sous l'empire de la loi antérieure ». Les critiques ne manquent pas tant il est difficile de définir et de repérer un droit acquis notamment lorsque le droit en question n'a aucune valeur patrimoniale. Par exemple, une personne mariée avant 1884, date de la réintégration du divorce en droit civil peut-elle divorcer après 1884 ? Celui qui demande le divorce peut estimer que le maintien du mariage était une simple expectative et, donc, que la loi nouvelle s'applique. Son conjoint pourrait considérer, en revanche, qu'il avait un droit acquis, en se mariant, à bénéficier de la stabilité du mariage, pour refuser l'application de la loi nouvelle.

Une autre solution, libérale ou sociale, consiste à voir dans la loi nouvelle un *progrès social*. Par conséquent, cette loi nouvelle, nécessairement meilleure que la loi ancienne, doit s'appliquer immédiatement et, éventuellement, rétroactivement.

L'inconvénient est évidemment de rompre toute sécurité et de reposer sur une fiction utopique : est-on bien certain que la loi nouvelle est meilleure, de meilleure qualité que la loi qu'elle remplace ? L'avenir, seul, le dira. Mais, à l'inverse, certaines lois sont par essence meilleures que les précédentes, souvent dans des domaines où se mêlent humanisme et technique juridique. Imaginons la loi de 1848 qui supprima l'esclavage en France. Elle s'appliqua heureusement immédiatement, contre les droits de « propriété » des « propriétaires » d'esclaves. Sinon, il aurait fallu attendre la mort du dernier esclave pour attendre la fin de la situation juridique avec laquelle la nouvelle loi avait entendu rompre.

Cette analyse qui propose l'application immédiate, par principe, de la loi nouvelle, est celle que l'article 2 du Code civil semble imposer. Sa généralisation est cependant relativement récente.

Elle fut proposée en 1929 par Paul Roubier à partir d'un renouvellement de l'analyse des conditions de l'application des lois dans le temps et rapidement adoptée par la plupart des auteurs. Le doyen

Roubier considérait la notion de « situations juridiques » selon qu'elles sont constituées ou éteintes et les effets qu'elles produisent. Délibérément neutres, ces termes de « situations juridiques » sont susceptibles de s'appliquer plus aisément que ceux de « droits acquis ». Ce sont, en effet, de telles notions juridiques que visent toutes les lois. C'est donc face à des situations juridiques précises – l'existence d'un contrat, la fin d'un contrat, le droit de se marier, de divorcer, de constituer une société, la dissoudre... – qu'il faut envisager l'application dans le temps de la loi nouvelle et, en compliquant, selon que ces situations juridiques se constituent, s'éteignent ou qu'elles produisent des effets. Pourtant, la Cour de cassation a refusé de trancher entre ces deux analyses et s'attache aussi bien à la thèse des « droits acquis » qu'à celle de « l'effet immédiat »¹⁵⁹. Cette solution pragmatique illustre pleinement l'échec de toute tentative visant à organiser de manière logique, formelle, les règles de droit, comme par application de solutions mathématiques. Tout au contraire, le juge, plus réaliste par nature, est enclin à considérer la solution de ce problème classique selon le fait présenté, selon les cas. Parfois, la sécurité s'impose ; d'autrefois, l'idée de progrès l'emportera : la solution est le résultat d'une argumentation devant un juge et la confrontation de celle-ci avec les propres convictions du juge.

208. – Non-rétroactivité de la loi. – Souvent la loi nouvelle se préoccupe de la rupture que va entraîner sa promulgation et prévoit des **dispositions transitoires** qui précisent les conditions dans lesquelles la transition entre la loi nouvelle et la loi ancienne va s'opérer¹⁶⁰. Ces dispositions transitoires prévoient que les dispositions de la loi nouvelle ne s'appliquent qu'à compter d'une certaine date ou, qu'au contraire, elles s'appliquent aux situations en cours, faisant ainsi échec au principe de non-rétroactivité de la loi.

Dans d'autres hypothèses, la loi nouvelle ne prévoit rien. Toute la théorie de l'application de la loi dans le temps a, alors, été élaborée sur la base de l'article 2 du Code civil : « La loi ne dispose que pour l'avenir ; elle n'a point d'effet rétroactif ». C'est ce que l'on appelle le principe de non-rétroactivité de la loi nouvelle. Toute sécurité juridique serait évincée si, demain, une loi pouvait s'appliquer pour décider que l'acte que j'ai accompli hier est illégal. Ce principe interdit que la loi nouvelle aille à l'encontre des effets d'un droit acquis par une personne sous l'empire de la loi ancienne mais il se conjugue aujourd'hui avec la règle de l'application immédiate de la loi nouvelle.

Le principe de non-rétroactivité de la loi n'est en effet pas absolu et il existe des lois rétroactives. Le principe n'a en effet pas de valeur constitutionnelle même si le Conseil constitutionnel l'a intégré dans le bloc de constitutionnalité, par exemple en matière pénale en application de l'article 8 de la Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen, de façon similaire aux solutions dégagées en application de la Convention européenne des droits de l'homme (art. 7). Plus récemment, le Conseil constitutionnel l'a affirmé en matière fiscale dans une décision du 28 décembre 1995 puis, de façon plus générale, a invité le législateur à une certaine mesure, en toute matière : « Le principe de non-rétroactivité des lois n'a valeur constitutionnelle, en vertu de l'article de la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen, qu'en matière répressive, que si, dans les autres matières, le législateur a la faculté d'adopter des dispositions rétroactives, il ne peut le faire qu'en considération d'un motif d'intérêt général suffisant et sous réserve de ne pas priver de garanties légales des exigences constitutionnelles »¹⁶¹.

209. – Rétroactivité ou effet immédiat de la jurisprudence. – Si la loi n'est pas rétroactive, la question se pose de savoir si les revirements de jurisprudence ne sont pas, en eux-mêmes, rétroactifs, notamment pour tous ceux qui avaient introduit une action en justice sous l'empire de l'interprétation ancienne de la jurisprudence et forts de celle-ci et qui, doivent désormais subir un changement du droit

¹⁵⁹ V. Cass. civ., 20 févr. 1917 (1^{re} esp.) : *DP* 1917, 1, p. 81, note H. CAPITANT. – Cass. 1^{re} civ., 29 avr. 1960 : *Bull. civ. I*, n° 218 ; *D.* 1960, p. 294, note Holleaux ; *GA* n° 4. – Cass. 2^e civ., 23 févr. 1962 : *Bull. civ. II*, n° 235. – Cass. 1^{re} civ., 9 janv. 1980 : *D.* 1980, p. 293, note A. BRETON.

¹⁶⁰ V. F. DEKEUWER-DEFOSSEZ, *Les dispositions transitoires dans la législation contemporaine*, LGDJ, 1997.

¹⁶¹ V. Cons. const., 18 déc. 2001 : *JO* 26 déc. 2001, p. 20582. Adde Cass ; civ. 20 juin 2000, *Bull. civ. I*, n° 191 : « en matière civile, le législateur n'est pas lié par le principe de non-rétroactivité des lois ». et J. MASSOT, « Les juges et les validations législatives : un chœur à cinq voix non sans dissonances », in *Mélanges BRUNO GENEVOIS, Le dialogue des juges*, Dalloz, 2009, p. 709.

applicable¹⁶². Cette solution s'explique par le fait que la jurisprudence est, a minima, une norme interprétative et, de ce fait, rétroactive, par application de l'effet déclaratif d'une décision de justice faisant jurisprudence. Par conséquent, tous les faits produits avant le revirement de jurisprudence et même les actions en cours subissent l'effet du revirement. Cette situation a minima correspond à l'observation que la jurisprudence est normative, mais dans le respect de l'article 5 du Code civil, c'est-à-dire qu'elle n'est pas un arrêt de règlement et qu'elle fait corps avec la loi, en tant qu'interprétation de celle-ci, ce qui n'est une émancipation très militée de la thèse légicentriste et qui conduit donc à minimiser l'effet rétroactif de la norme jurisprudentielle. Dans ces conditions, c'est bien une situation de rétroactivité de la norme qui devrait pouvoir être combattue sur le fondement de l'article 2 du Code civil dans les mêmes conditions que pour les lois.

C'est d'ailleurs une formule que connaissent d'autres systèmes juridiques, comme le système canadien dans lequel la procédure du *progressive overruling* permet d'avertir que les prochaines décisions s'effectueront dans le sens du revirement, à la différence, cependant, qu'il n'est pas, ici, fait état de la dépendance de la norme jurisprudentielle nouvelle à la norme interprétée : la norme jurisprudentielle est une norme comme une autre, du moins dans la conception réaliste, car dans la conception normativiste, la norme jurisprudentielle souffrira toujours d'un « déni de démocratie » : déni de justice contre déni de démocratie tel est l'enjeu de la solution.

Une fois passé ce cap, la question de l'effet dans le temps des décisions de jurisprudence peut être véritablement posée.

Nul n'a droit à une jurisprudence figée, indique la Cour de cassation¹⁶³, y compris sur le fondement de l'article 6 CEDH¹⁶⁴, pour fonder le principe réaliste du changement de jurisprudence : cet arrêt admettait qu'un médecin pouvait être condamné sur le fondement d'une faute commise en 1974 mais selon une appréciation de cette faute élaborée en 1985. Ce faisant, la norme jurisprudentielle de 1985 s'applique à une faute commise en 1974 : on est bien en situation de rétroactivité. Un autre exemple emblématique concerne la jurisprudence relative à la validité des clauses de non-concurrence. La Cour de cassation décidait, dans plusieurs arrêts du 10 juillet 2002 que cette validité était conditionnée par la rémunération de l'obligation de la clause de non concurrence dans les contrats de travail. Ce revirement était, comme tout revirement, rétroactif, emportant des bouleversements importants, tant s'agissant des affaires en cours que pour des affaires déjà jugées, sur la base de clause de non concurrence ne comportant pas de rémunération, valables avant 2002.

Sensible à l'émotion et aux questions posées à la suite de ces arrêts la Cour de cassation a elle-même proposé une technique de modulation des effets de ses arrêts dans le temps par un arrêt du 8 juillet 2004¹⁶⁵ : « *si c'est à tort que la cour d'appel a décidé que le demandeur n'avait pas à réitérer trimestriellement son intention de poursuivre l'action engagée... la censure de sa décision n'est pas encourue de ce chef, dès lors que l'application immédiate de cette règle de prescription dans l'instance en cours aboutirait à priver la victime d'un procès équitable, au sens de l'article 6.1 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales* ».

Le rapport Molfessis établi à la demande du premier président de la Cour de cassation en 2004¹⁶⁶ préconise ainsi une « déontologie du revirement » devant faire partie du débat contradictoire : la rétroactivité du revirement demeurerait de principe mais avec certaines modulations, appréciées par la

162 C. MOULY, *Les revirements pour l'avenir* : JCP 1994, I, 3376 et *Comment rendre les revirements de jurisprudence davantage prévisible* : *Petites affiches* 1994, p. 15 où plusieurs techniques sont proposées par l'auteur. – Th. BONNEAU, *Brèves remarques sur la prétendue rétroactivité des arrêts de principe et des arrêts de revirement* : D. 1994, p. 24. – comp. M.-A. FRISON-ROCHE, *Le juge et son objet* : *Mélanges C. Mouly*, Litec, 1998, p. 21. – H. Battifol, *Les revirements de jurisprudence* : *Arch. phil. droit* 1967, p. 335. – P. VOIRIN, *Les revirements de jurisprudence et leurs conséquences* : JCP 1959, I, 1467.

163 Cass. civ. 1^{ère}, 9 oct. 2001, n°00-14564, Bull. Civ. I, n°249, D. 2001, p. 3470, rapp. P. Sargos, note D. Thouvenin, JCP 2002, II, 10045, note O. Cachard.

164 Cass. civ. 1^{ère}, 11 juin 2009, n°07-14932 et 08-16914, D. 2009, p. 2567, note N. Molfessis.

165 Civ. 2e, 8 juillet 2004, n° 01-10.426

166 N. Molfessis (dir.), *Rapport sur les revirements de jurisprudence*, Litec, 2005, « La portée des revirements de jurisprudence », RTDciv ; 1998, p. 213 et comp. Th. Revet, « La légisprudence », *Mélanges Ph. Malaurie*, Defresnois, p. 377, P. Sargos, « L'horreur économique dans la relation de droit (libre propos sur le « Rapport sur les revirements de jurisprudence ») », Dr. soc. 2005. 123, V. Heuzé, « A propos du rapport sur les revirements de jurisprudence », JCP G 2005. I. 130/

Cour de cassation, dans le même esprit que celui qui préside à la jurisprudence de la CJCE et de la CEDH. Evidemment, la question se pose pour autant qu'on ait identifié un « revirement de jurisprudence » et peut-être faudrait-il parler de l'effet dans le temps des arrêts de jurisprudence dans leur ensemble d'une manière, argumentative, fondée sur l'expérience de l'effet dans le temps des normes nouvelles, faute pour un arrêt nouveau, de prévoir un droit jurisprudentiel transitoire.

210. – Plan. – La question de l'application de la norme dans le temps souffre, ainsi, de la complexité des difficultés posées. Le principe de non-rétroactivité de la norme nouvelle (a) se cumule, alors, avec celui, concurrent et complémentaire, de l'application immédiate de la loi nouvelle (b).

a) La non-rétroactivité de la loi nouvelle

211. – Principe de non rétroactivité. – Celui-ci peut s'énoncer en deux principes qui se complètent et que l'on peut exposer, même succinctement, à partir de la notion de situation juridique élaborée par le doyen Roubier selon qu'elles se constituent, s'éteignent ou produisent des effets juridiques.

Premier principe. La norme nouvelle ne s'applique pas à la constitution ou à l'extinction de situations juridiques antérieures à son entrée en vigueur. Par exemple, une loi a prévu en 1963 que les promesses de vente seraient enregistrées à peine de nullité. Les promesses conclues avant son entrée en vigueur ne peuvent être remises en cause.

Second principe. La norme nouvelle ne s'applique pas aux effets déjà passés d'une situation juridique née avant son entrée en vigueur. Ainsi, un décret de 1953 a institué un statut spécial au bail commercial, créant un droit au renouvellement du bail commercial. Le renouvellement refusé d'un bail effectué avant son entrée en vigueur ne saurait donner lieu à indemnisation.

212. – Exceptions. – Plusieurs exceptions existent, cependant, qui permettent d'observer l'application rétroactive de la norme nouvelle à des situations juridiques nées ou éteintes avant l'entrée en vigueur de la norme nouvelle.

Normes interprétatives. Une *première exception* concerne les rares *lois interprétatives* qui précisent le sens d'une loi plus ancienne. Elles font corps avec cette loi ancienne et l'on considère qu'elles s'appliquent depuis l'entrée en vigueur de cette loi ancienne. C'est, donc, de rétroactivité de la loi dont il s'agit.

Normes rétroactives. Une *deuxième exception* concerne les *lois rétroactives*, par exception à l'article 2 du Code civil. L'article 2 du Code civil n'a, en effet, aucune valeur constitutionnelle en sorte que la loi peut toujours affirmer sa rétroactivité. Elles sont, en fait, rarissimes. Elles concernent aussi les épisodes les plus obscurs de notre histoire récente. Ainsi en est-il de la loi instituant en 1964 l'infraction de crime contre l'humanité et leur imprescriptibilité, et applicable, pourtant, aux crimes commis pendant la seconde guerre mondiale, rétroactivement donc. Cette rétroactivité est, cependant, exceptionnelle, en raison de l'article 2 du Code civil. Aussi, convient-il que la rétroactivité soit prévue sans aucune équivoque : elle ne saurait être tacite. Elle est même largement encadrée par le Conseil constitutionnel. Par ailleurs, la rétroactivité est, aujourd'hui, impossible dans les matières pénales et fiscales, en raison de la jurisprudence du Conseil constitutionnel.

Lois pénales plus douces. Une *troisième exception* concerne les *lois pénales* nouvelles plus douces que la loi ancienne, c'est-à-dire des lois qui diminuent la peine d'une infraction ou qui modifient le champ d'application d'une infraction. Elles s'appliquent, alors, rétroactivement, aux infractions commises avant son entrée en vigueur, dans un souci d'humanité et de logique, mais aussi à tous ceux qui n'ont pas encore l'objet d'une condamnation définitive. La rétroactivité *in mitius* de la loi pénale s'explique pour des raisons humaines évidentes ; elle figure aujourd'hui à l'article L. 112-1, alinéa 3, du Code pénal. Ainsi, un condamné à mort avant la suppression de la peine de mort ne sera pas exécuté. Il serait illogique et intolérable qu'il le soit alors que le législateur a considéré que cette peine était excessive.

Lois de procédure. Une distinction traditionnelle oppose les *lois de fond* qui déterminent le contenu des droits et les *lois de procédure* qui organisent l'action en justice. Ces dernières s'appliquent à partir du moment où le juge est saisi, même si le litige concerne une situation née avant l'entrée en vigueur de cette loi de procédure nouvelle. En fait, cette distinction s'applique avec difficulté pour les règles

concernant la preuve des droits. Celles-ci, en effet, touchent autant au fond du droit qu'à la réception de la preuve en justice.

Lois de rétablissement. Il s'agit de lois dont l'objet est de corriger une erreur commise par le législateur (et non d'une erreur de publication comme c'est le cas des erratas, V. *supra*, n° 204). Par exemple, la loi du 15 mai 2001 a rétabli, de façon rétroactive, un texte du Code de commerce relatif à la compétence des tribunaux de commerce, abrogé « par hasard » en 1991 sans que l'on s'en soit rendu compte avant la recodification du Code de commerce en 2000.

Lois de validation. Ce sont des lois dont le caractère rétroactif est plus discutable : elles pour objet de conférer, rétroactivement, validité à des actes nuls au regard de la législation sous l'empire desquels ils ont été adoptés. Par exemple de telles lois sont parfois adoptées pour réparer des erreurs administratives. Le Conseil constitutionnel n'exerce à leur égard qu'un faible contrôle, se contentant de vérifier qu'elles répondent à un « but d'intérêt général suffisant ». Plus délicate est l'intervention de la Cour de cassation lorsque les juridictions judiciaires sont appelées à vérifier la conventionalité d'une loi de validation avec les principes de la CEDH, comme ce fut le cas dans un arrêt d'Assemblée plénière du 23 janvier 2004¹⁶⁷.

b) L'application immédiate de la norme nouvelle

213. – Fausse rétroactivité ? – L'effet immédiat de la norme nouvelle peut apparaître comme une contradiction. Il s'agit, en effet, pour la norme nouvelle, de s'appliquer immédiatement, à toutes les situations en cours, même nées antérieurement à la loi nouvelle. Il peut, ainsi, s'agir d'une véritable règle de rétroactivité de la norme nouvelle puisque la situation juridique est née sous l'empire de la norme ancienne. Les règles d'application permettent cependant de l'éviter. Elles connaissent également des exceptions.

Premier principe. La norme nouvelle s'applique immédiatement à la constitution ou à l'extinction de situations juridiques postérieures à son entrée en vigueur. Si par exemple, une loi nouvelle indique que tous les contrats dont le prix est supérieur à 5 000 € doivent être écrits, la loi s'applique à tous les contrats conclus dès le lendemain de son entrée en vigueur, immédiatement donc.

Second principe. La norme nouvelle s'applique immédiatement aux effets futurs d'une situation juridique née antérieurement à son entrée en vigueur. Ainsi, le décret de 1953 organisait le droit au renouvellement d'un bail commercial. Un bail conclu en 1950 connaîtra, à son échéance, ce droit au renouvellement. Il s'agit d'un effet futur (après 1953) d'un acte conclu avant (1950) l'entrée en vigueur de la loi nouvelle (1953). De même, la loi de 1975 a institué de nouveaux modes de divorce, ajoutés au divorce pour faute que le droit connaissait depuis 1884. Si je me suis marié avant 1975 et que je souhaite divorcer après 1975, puis-je invoquer la loi de 1975 ? La réponse est positive, il s'agit d'un effet futur d'une situation juridique antérieure à l'entrée en vigueur de la loi nouvelle.

214. – Exception. – Une exception existe cependant. La norme nouvelle ne s'applique pas immédiatement aux contrats en cours qui ont été conclus sous l'empire de la norme ancienne et qui sont exécutés sous celui de la loi nouvelle. Un contrat reste soumis à la norme qui existait au moment de sa conclusion. La sécurité des transactions reposant sur la nécessité de respecter la prévision des parties, fondée sur le contenu de la loi existant au jour de la conclusion, est à ce prix. Il en résulte la perpétuation parfois pour longtemps de règles juridiques abrogées depuis longtemps mais qui accompagnent les contrats conclus au moment où ils ont été conclus. On parle, alors, de *survie de la loi ancienne*. Pourtant c'est exactement sur ce terrain que la question de rétroactivité des normes jurisprudentielles s'est posée. C'est en ce sens qu'une théorie française de l'application du précédent jurisprudentiel s'impose, à la fois pour régler la question de la portée des revirements de jurisprudence, que pour régler le principe même de la valeur de la norme jurisprudentielle.

Exception à l'exception, le législateur prévoit parfois expressément que telle loi s'appliquera immédiatement aux contrats en cours, ce qu'il fait assez fréquemment, pour des raisons d'ordre public (ex. L. 9 oct. 1975 sur les clauses pénales). Lorsque, cependant, le législateur n'a rien prévu, le juge conserve la faculté de considérer que la loi s'applique immédiatement aux contrats en cours si cette loi

¹⁶⁷ Cass. ass. plén., 23 janv. 2004 : *JCP* 2004, II, 10030, note M. BILLIAU ; *D.* 2004, p. 1108, note P.-Y. GAUTIER.

nouvelle est d'ordre public (ex. L. 1^{er} févr. 1995 sur les clauses abusives dans les contrats qui prévoit que le texte est d'ordre public mais pas qu'il s'applique immédiatement).

§ 2. – La disparition de la norme juridique

215. – Annulation de la loi. – Très rarement, on assiste à des formes d'annulation de la loi. La formule est très violente puisque la loi, et toutes les conséquences juridiques qui ont pu naître sous son empire sont présumées ne jamais avoir existé. On peut citer l'exemple d'une ordonnance du 9 août 1944 qui annula certaines dispositions prises par le gouvernement de Vichy, notamment les lois antisémites de Vichy (cf. supra, n°99-2).

216. – Abrogation de la loi. – Le procédé ordinaire de disparition d'une loi est l'abrogation de la loi, qui anéantit une loi, mais pour l'avenir seulement. Parfois l'abrogation est définitive mais le plus souvent une loi est abrogée parce qu'elle est remplacée par une autre loi. L'exemple le plus célèbre est celui de la loi du 30 ventôse an XII (1804) qui avait promulgué le Code civil en abrogeant expressément les anciennes lois.

Abrogation expresse. *L'abrogation peut être expresse* : une loi nouvelle envisage souvent quelles dispositions sont abrogées et à partir de quelle date elle entre en vigueur.

Abrogation tacite. Parfois, cependant, la norme nouvelle ne prévoit rien et se pose le problème de *l'abrogation tacite de la norme*. Une loi ancienne peut, alors, être tacitement abrogée lorsque ses dispositions sont contradictoires avec celles de la loi nouvelle. Par exemple, la loi du 5 juillet 1974 portant la majorité à l'âge de dix-huit ans a tacitement abrogé la loi plus ancienne. La contradiction entre loi nouvelle et loi ancienne est, parfois, moins facile à établir. Traditionnellement, on effectue une distinction entre les *lois spéciales* et les *lois générales*. Une loi spéciale nouvelle abroge tacitement une loi générale ancienne sur ce point spécial. Mais l'inverse n'est pas exact : une loi générale nouvelle n'abroge pas tacitement une loi spéciale ancienne. Plus complexe encore est la question du revirement de jurisprudence dans la mesure où la présentation d'une décision de jurisprudence se pose en termes généraux, mais qu'elle porte sur des faits particuliers. Un conflit en résulte alors : faut-il considérer la norme nouvelle dans son principe ou simplement rapportée aux faits ? Là encore la question mérite d'être étudiée dans une théorie de la jurisprudence.

Abrogation par désuétude. On pose, enfin, le problème de *l'abrogation par désuétude* de la loi. En principe, celle-ci est impossible, l'absence d'utilisation de la loi n'a aucune influence sur son existence. La loi est par essence permanente et survit à son non-usage. Par exemple, les dispositions d'une ordonnance permettant au préfet de réquisitionner des logements vides pour les attribuer à des foyers sans-logis fut adoptée à la fin de la guerre, en une période de crise aiguë du logement. Elle fut ensuite inusitée sauf, peut-être, durant le fameux hiver 1954. Loi de circonstance, on aurait très bien pu en imaginer la désuétude et, partant, l'abrogation. Les mouvements récents des SDF mobilisés par certaines associations ont montré qu'il n'en était rien. Cette position de principe, juridique et légaliste, ne résiste pas à la réalité factuelle. *En fait*, on sait que certaines lois ne sont plus appliquées bien qu'elles ne soient pas abrogées et, donc, qu'elles sont, *en droit*, toujours en vigueur. On cite parfois une très vieille loi qui interdit aux femmes de sortir dans la rues vêtues de pantalons (L. 8 fructidor an II) ou bien un décret de 1852 intitulant le Code civil *Code Napoléon*, jamais abrogé et qui n'est pourtant pas appliqué aujourd'hui. On pourrait, surtout, évoquer la question de la solidarité entre commerçants, ou bien de la règle de l'anatocisme. Nés d'une coutume, estime-t-on, ces règles de droit, *contra legem*, assurent une dérogation systématique aux règles connues par le Code civil et applicables à tous, faute de règle contraire contenue dans le Code de commerce. Cette coutume est, alors, moins une coutume *contra legem* qu'une coutume ayant abrogé, pour le domaine du commerce, l'article 1202 ou l'article 1144 du Code civil. De la même façon, la loi interdisant aux femmes de circuler en pantalon serait moins abrogée par désuétude que par l'adoption d'une règle coutumière contraire. Faute de loi l'abrogeant, expressément ou tacitement, force est de reconnaître une coutume ayant abrogé cette loi.

Section 2

L'APPLICATION DE LA NORME JURIDIQUE DANS L'ESPACE

217. – Un droit français unique pour un territoire indivisible ? – Quoique la République soit une et indivisible (Constit., art. 1^{er}), la loi ne s'applique pas de façon uniforme sur tout son territoire.

Une première exception concerne l'application des droits locaux. Par exemple, les dispositions du Code pénal qui punissent les mauvais traitements infligés aux animaux ne sont pas applicables dans les places tauromachiques qui peuvent justifier une tradition taurine ininterrompue : une coutume locale entrave, ainsi, l'application territorialement uniforme de la loi, et c'est le cas voisin des combats de coqs, ou dans un autre domaine, des « lotos » ou « bingos » qui assurent la popularité de jeux de hasards hors du contrôle de l'Etat.

Ainsi en est-il surtout des départements d'Alsace et de Lorraine. Entre 1871 et 1918, soit pendant près de cinquante ans, ces départements furent allemands et connurent le droit allemand. En 1918, il fallut tenir compte des lois allemandes auxquelles tenait la population et celles qui étaient techniquement supérieures aux lois françaises. Une loi du 17 octobre 1919 précisa que les lois françaises antérieures à la réintégration de ces territoires pouvaient y être introduites mais par une loi spéciale comme les lois pénales françaises (D. 25 nov. 1919) et les lois civiles (L. 1^{er} juin 1924). Les lois françaises postérieures se sont appliquées pour autant qu'elles ne heurtent pas le droit local, d'origine allemande. C'est ainsi que pendant longtemps, les règles de la publicité foncière (jusqu'en 1955) ne furent pas identiques ou que la loi de 1905 sur la séparation de l'Église et de l'État n'est pas applicable dans ces départements : les prêtres, les évêques, les pasteurs... sont des salariés de l'État. C'est ainsi encore qu'un régime de faillite civile s'y applique, régime inconnu en droit français jusqu'à très récemment.

Une seconde exception concerne les **départements et territoires d'outre-mer** qui connaissent certaines particularités. Dans les DOM, la loi française postérieure à 1946 s'applique sauf disposition contraire. Inversement, dans les TOM, la loi française ne s'applique que si une disposition expresse le prévoit.

218. – Situations internationales. – Une autre hypothèse, beaucoup plus importante, concerne l'ensemble des situations dans lesquelles un élément d'extranéité intervient. Lorsqu'une situation juridique fait intervenir un tel élément d'extranéité, un conflit entre plusieurs systèmes de normes nationales peut survenir (par exemple : la vente d'un bien situé à l'étranger, la vente de marchandises conclue entre deux opérateurs de nationalité différente, les questions de la nationalité des personnes physiques ou morales et la condition des étrangers, le mariage entre un Français et une américaine en Espagne...). Les règles du droit international privé ont alors vocation à régir ces types de conflits. Trois types de conflits peuvent surgir :

– des **conflits de lois**. Une Française se marie avec un Anglais en Allemagne. Ils souhaitent divorcer en Belgique. Quelle loi appliquer, la loi française, anglaise, allemande ou belge ? Chacune pourrait légitimement s'appliquer. Le droit international privé a pour objet, selon les matières (statut personnel, contrat, statut réel, nationalité des personnes ou des sociétés...), à désigner la loi applicable selon une *méthode de conflit de lois*. Ainsi, en matière de statut personnel (mariage, divorce, filiation...), c'est la loi nationale qui s'applique en principe (C. civ., art. 3, al. 3). En matière de statut réel, c'est la *lex rei sitae*, la loi où se situe le bien. Des conventions réglant de tels conflits de lois cherchent à régler ces questions, comme par exemple, la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles qui désigne ou la loi choisie par les parties ou, à défaut, la loi de l'État où le débiteur de la prestation caractéristique du contrat est établi. S'agissant d'un fait juridique, une question de responsabilité par exemple, la loi applicable est celle du lieu où le fait a été constitué, c'est-à-dire la loi du lieu de commission de la faute ou de réalisation du préjudice.

– Des **conflits de juridictions** surgissent également en cas de litige : pour reprendre notre exemple, est-ce une juridiction française, anglaise, allemande ou belge qui a vocation à connaître ce litige ? Des conventions internationales tentent de régler ces difficultés (ex. pour l'Europe, la convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 remplacé par un règlement communautaire n°44/2000 du 22 décembre 2000 désignant, en principe, l'ordre juridictionnel du domicile du défendeur) quoique les Français bénéficient d'un *privilège de juridiction* (C. civ., art. 14 et 15) permettant d'attirer un étranger en France ou d'être jugé en France pour un litige avec un étranger.

– Des *règles de droit matériel* sont également proposées par des conventions internationales. De nombreux exemples existent, essentiellement en droit des affaires¹⁶⁸, la convention de Varsovie de 1929 sur la responsabilité aérienne, la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur la vente internationale de marchandises : elles visent à créer un droit uniforme à plusieurs États signataires de ces conventions. En matière de vente internationale de marchandises, par exemple, la convention de Vienne crée un ensemble de règles supplétives qui se substituent au régime interne de la vente.

¹⁶⁸ V. J.-M. MOUSSERON, J. RAYNARD, R. FABRE et J.-L. PIERRE, *Droit du commerce international*, Litec, 3^e éd., 2003.