

LA CONDITION DES PERSONNES DANS L'EUROPE DE 1993

PAR

François RIGAUX

PROFESSEUR ÉMÉRITE
DE L'UNIVERSITÉ CATHOLIQUE DE LOUVAIN

1. Les réticences manifestées en plusieurs pays européens avant la ratification du Traité de Maastricht sur l'Union européenne et ayant, à certains moments, paru mettre celle-ci en question ont sans doute des causes diverses, souvent contradictoires, mais plusieurs d'entre elles se laissent ramener à la condition des personnes dans l'Europe de 1993. Non seulement l'Europe sociale est en retard sur la réalisation du Marché intérieur, mais les personnes, au sens des particuliers par opposition aux entreprises, se sentent de plus en plus éloignées des centres de décision, et l'inquiétude croît, que les objectifs assignés à la politique économique et monétaire ne risquent de soustraire à chacun des États l'aptitude à mener une politique sociale autonome.

Version remaniée des conclusions présentées par l'auteur à la clôture d'une journée d'études (1), le présent article se divise en cinq parties :

- 1° La condition juridique de l'individu dans la Communauté ;
- 2° Le rôle de l'État national et des entités qui, dans la plupart des pays européens, tendent à se substituer à l'État unitaire dans les domaines du droit social, de la santé, de la protection de l'environnement et des consommateurs, ainsi que dans les matières culturelles ;
- 3° La fonction créatrice de la jurisprudence ;
- 4° La survivance du droit international privé à l'intérieur de la Communauté ;
- 5° La coexistence de deux Europes, celle des libertés économiques et celle des libertés civiles.

(1) Organisée par l'Association des diplômés en droit de l'U.C.L., cette journée d'études s'est tenue le 5 février 1993 et avait pour titre : « Les personnes : quelle place dans l'Europe en 1993 ? L'Europe sociale, l'Europe de la santé, la citoyenneté européenne ». Les rapports présentés durant cette journée ont été publiés par les *Annales de droit de Louvain*, 1993, n° 2, pp. 99-353.

I. LA CONDITION JURIDIQUE DE L'INDIVIDU DANS LA COMMUNAUTÉ

2. Il serait sans doute exagérément optimiste de penser que face à la prolifération des sources de droit communautaire dérivé, les individus jouissent d'une protection équivalente à celle qui leur est faite dans la plupart des États de droit contemporains. Dans tous les États membres ils disposent d'un recours direct contre les actes réglementaires dont ils ont intérêt à obtenir l'annulation et en certains pays d'une action leur permettant de contredire la constitutionnalité d'une loi, parfois même d'une décision judiciaire contre laquelle il n'existe plus d'autre recours. L'accès direct des entreprises et, surtout des individus, à la Cour de justice des Communautés européennes est beaucoup plus restreint. Sans doute disposent-ils d'une exception d'illégalité contre les règlements et les directives appliqués par les tribunaux nationaux. Mais, s'il appartient à ceux-ci de soumettre à la Cour de justice la question préjudicielle de validité de l'acte de droit communautaire dérivé, la décision de transmettre une telle question relève du pouvoir d'appréciation de la juridiction nationale contre laquelle il n'existe plus de voie de recours. La nature même d'une telle juridiction fait obstacle à ce que sa décision puisse être combattue dans l'ordre interne. La seule issue, mais elle échappe au pouvoir d'initiative de l'individu, est qu'une action en manquement puisse être dirigée par la Commission ou par un autre État contre l'État dont une juridiction suprême aurait refusé de soumettre à la Cour de justice une question pertinente de non-validité d'un acte de droit dérivé. Dans l'ordre juridique communautaire c'est à la Commission et aux États et, selon une jurisprudence récente, en certains cas au Parlement (2), qu'il appartient de veiller au respect de la règle de droit par les institutions communautaires.

II. LA RÉPARTITION DES COMPÉTENCES DANS LES MATIÈRES DU DROIT SOCIAL, DE LA SANTÉ, DE LA PROTECTION DE L'ENVIRONNEMENT, DE LA PROTECTION DES CONSOMMATEURS ET DE LA CULTURE

A. Le droit social

3. Le droit social doit être largement entendu. Il comprend d'une part la sécurité sociale, régissant pour l'essentiel le statut social du travailleur incluant les avantages attachés à ce statut et, de l'autre, le secteur beaucoup plus large de l'assistance sociale qui concerne aussi les non-travail-

(2) C.J.C.E., 7 juillet 1992, aff. C-295/90, *Parlement c. Commission*, se référant à l'arrêt du 22 mai 1990, *Parlement c. Conseil*, aff. C-70/88, *Recueil*, 1990, I, 2041, § 27.

leurs. Seul le premier de ces deux secteurs a fait l'objet d'un effort d'harmonisation des législations des États membres conçu selon la perspective de la libre circulation des travailleurs.

4. A la différence des autres branches du droit économique, le droit de la sécurité sociale n'a pas bénéficié de l'harmonie spontanée que les opérateurs commerciaux ont, sans interruption depuis le Moyen Age, réalisée dans les principaux secteurs des opérations économiques, banque et instruments de crédit, assurance, transports, sociétés commerciales, contrats usuels. Bien qu'ils ne remontent guère à plus d'un siècle, les instruments législatifs de la sécurité sociale ont suivi dans les différents pays des voies extrêmement diverses. Alors que la substance des droits ainsi créés présente de larges analogies, la manière de les faire valoir demeure empreinte des traditions, cependant récentes, propres à chaque État. C'est l'occasion de rappeler une observation souvent faite par les spécialistes du droit comparé, à savoir que le nationalisme juridique s'exprime plus fortement dans les règles de procédure que dans les normes de droit substantiel.

D'où la difficulté d'harmoniser les différents systèmes de sécurité sociale et l'abondante jurisprudence de la Cour de justice en cette matière. Dans les cas les plus difficiles, c'est à une course d'obstacles qu'est contraint le bénéficiaire d'une prestation quand il a exercé des activités professionnelles successives en plusieurs États membres ou quand il réside dans un État autre que l'État dont l'institution est débitrice des prestations.

5. Prévues par l'article 119 du traité CEE, l'égalité de rémunération des hommes et des femmes, et l'extension par des directives ultérieures (3) du principe d'égalité à d'autres aspects des carrières féminines sont à juste titre tenues pour une contribution essentielle du droit communautaire au progrès social et à l'élimination de discriminations traditionnelles. Encore est-il permis de relever, parmi d'autres, deux points sur lesquels certaines de celles-ci n'ont été qu'imparfaitement corrigées.

Suivant une évaluation sans doute trop formelle du principe d'égalité des sexes, la Cour de justice a refusé de prendre en compte la part prépondérante que continue à assumer la mère de famille à l'égard des tâches ménagères et de l'éducation des jeunes enfants (4). L'interruption de carrière professionnelle et les emplois à temps partiel moins bien protégés par le droit social en vigueur demeurent un trait structurel des professions féminines.

(3) Directive n° 75/117 du Conseil du 10 février 1975 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'application du principe de l'égalité des rémunérations entre les travailleurs masculins et les travailleurs féminins ; directive n° 76/207 du Conseil du 9 février 1976 relative à la mise en œuvre du principe d'égalité entre hommes et femmes en ce qui concerne l'accès à l'emploi, à la formation et à la promotion professionnelles, et les conditions de travail.

(4) C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-345/89, *Alfred Stoeckel*, *Recueil*, 1991, I, 4047, § 17, citant dans le même sens un arrêt du 12 juillet 1984, aff. 184/83, *Hoffmann*, *Recueil*, 1984, 3047.

Il n'est pas jusqu'aux statistiques établissant un lien entre la montée du chômage et l'accès des femmes au marché du travail qui ne risque d'entretenir un soupçon discriminatoire à l'égard de l'égalité des sexes.

La jurisprudence relative aux discriminations dont les femmes continuent à être victimes pour l'accès à un emploi, public ou privé, conduit à penser que la réparation offerte à la femme injustement évincée demeure plus symbolique que réelle. L'étendue de cette réparation relève de la compétence du droit étatique et il est exceptionnel que celui-ci donne à la candidate à laquelle a été préféré un demandeur d'emploi de l'autre sexe un accès effectif à l'emploi dont elle a été écartée par une pratique discriminatoire (5).

6. Lors du Sommet européen de Strasbourg le 9 décembre 1989, onze des douze États membres ont adopté une Charte communautaire des droits sociaux fondamentaux des travailleurs, le Royaume-Uni n'y ayant pas adhéré (6). C'est entre les mêmes onze États qu'ont été conclus, pour être joints au Traité de Maastricht, le Protocole sur la politique sociale et l'accord sur cette matière entre les États membres de la Communauté européenne, à l'exception du Royaume-Uni de Grande-Bretagne et d'Irlande du Nord.

Non seulement la Charte de 1989 n'est pas un instrument juridiquement obligatoire mais elle ne s'applique qu'aux travailleurs communautaires, c'est-à-dire ceux qui ont la nationalité d'un État membre. L'harmonisation de la condition juridique des travailleurs ayant la nationalité d'un État tiers a fait l'objet d'une résolution récente du Parlement européen (7).

7. La jurisprudence de la Cour s'est efforcée d'étendre la protection du droit communautaire au demandeur d'emploi. En revanche, la compétence de l'État et des entités infra-étatiques demeure entière en ce qui concerne l'assistance sociale proprement dite. Sans doute le problème de la pauvreté n'est-il pas ignoré des institutions communautaires. Mais il reste que les moyens de la combattre relèvent pour l'essentiel des États avec des différences notables entre eux et, à l'intérieur de chacun d'eux en raison de la tension entre les pôles de développement économique et les régions défavorisées. Les politiques de lutte contre le chômage et la pauvreté et de redistribution de l'emploi requièrent un financement que les États les plus

(5) C.J.C.E., 10 avril 1984, aff. 14/82, *Sabine von Colson et Elisabeth Kamann c. Land Nordrhein-Westfalen*, Recueil, 1984, 1891 ; aff. 79/83, *Dorit Harz c. Deutsche Tradax GmbH*, Recueil, 1984, 1921.

(6) Le texte de la Charte a été publié dans : *Le Dossier de l'Europe* (Commission des C.E., n° 6/90, mai 1990). Selon une déclaration attribuée à Mme THATCHER, le texte, « d'inspiration marxiste », était inacceptable pour le Royaume-Uni : *Samson Actualités sociales*, n° 281, 13 décembre 1989, p. 281/1.

(7) Voy. la résolution A3-0280/92 sur la politique européenne en matière d'immigration, du 18 novembre 1992, P.E. 162.994, adoptée sur le rapport de la Commission des libertés publiques et des affaires intérieures (rapp. : Mme Mathilde VAN DEN BRINK) du 2 octobre 1992, A3-0280/92.

pauvres ont peine à assumer. Il y va, en dernière analyse, d'une volonté politique de redistribution des revenus que les États auront d'autant plus de difficulté à mettre en œuvre que les politiques économiques et monétaires leur seront progressivement soustraites.

On notera encore que le principe de libre circulation des travailleurs n'a pas donné lieu à des mouvements spectaculaires de déplacement à l'intérieur de la Communauté. Cela confirme sans doute l'idée que les problèmes doivent être résolus sur place plutôt que par l'attrait illusoire des migrations intra-communautaires.

B. *La santé*

8. A l'origine limitée à la protection de la santé des travailleurs, principalement dans les industries lourdes ou dangereuses, la protection de la santé a progressivement acquis une valeur spécifique dans la Communauté (8). La libre circulation des produits pharmaceutiques et leur contrôle et la libre circulation des travailleurs de la santé ont été les acquis les plus notables de la communautarisation de la santé. Mais en ce qui concerne l'accès effectif aux soins de santé, notamment des citoyens les plus démunis, les inégalités demeurent profondes dans l'espace des douze États et à l'intérieur de chacun de ceux-ci. A nouveau il s'agit d'une responsabilité que la Communauté n'a pas été jusqu'ici en mesure d'assumer.

C. *La protection de l'environnement*

9. Sur ce point aussi, les moyens financiers dégagés par la Communauté sont insuffisants et c'est encore aux États qu'il appartient de mettre en œuvre une politique efficace de protection de l'environnement. Il est certain, par exemple, que l'extension de la Communauté aux pays d'Europe centrale et orientale, qui appartient à la logique de l'histoire et est hautement souhaitable, ne se fera pas sans dommage si elle n'est pas animée d'une solidarité profonde entre tous les peuples de l'Europe. L'élargissement de la Communauté ne saurait se réduire à l'extension territoriale d'un marché.

La protection de l'environnement fait l'objet des articles 130r à 130t insérés dans le traité CEE par le Traité de Maastricht.

D. *La protection des consommateurs*

10. La place aujourd'hui occupée par les consommateurs dans l'économie de marché a pour conséquence que la protection qui leur est accordée a fait l'objet de plans d'action successifs de la Communauté et de plusieurs direc-

(8) Voy. notamment : Louis DUBOIS, « L'Europe de la santé », *Annales de droit de Louvain*, 1993, 143-164.

tives (9). La qualité des produits mis en circulation et la protection de la santé et de la sécurité de ceux qui les acquièrent appartiennent aux exigences actuelles de la rationalité économique. Il est satisfaisant que l'article 100 A du traité CEE requière que l'harmonisation aille dans le sens des normes maximales de protection. Le Traité de Maastricht contient un nouvel article sur la protection des consommateurs qui sera inséré dans le traité CEE sous le numéro 129a. Mais la lutte contre l'endettement excessif des ménages, qui est, pour l'essentiel, demeurée une compétence étatique, est un aspect non négligeable de la protection des consommateurs, encore qu'elle protège également le créancier contre le risque d'insolvabilité du débiteur.

E. La culture

11. La culture n'a occupé jusqu'ici qu'une position périphérique dans le droit communautaire. Elle demeure l'expression de traditions nationales et souvent celle de collectivités particulières à l'intérieur de l'État. La promotion d'une « culture européenne » opérée en liaison avec les efforts parallèles du Conseil de l'Europe est pour le moins ambiguë. Elle a au premier chef une vertu défensive principalement dirigée contre la puissance et l'attrait des produits culturels américains et certaines de ses formes notamment dans la directive sur la télévision transfrontière (10) risquent de favoriser les productions des principaux États européens au détriment des cultures régionales et des langues de moindre diffusion.

Les dispositions du traité CEE, au premier chef la clause de réserve de l'article 36, ont placé la culture dans une position défensive face à la libre circulation des produits ayant un contenu expressif. On se bornera à en donner deux exemples.

12. La libre circulation des supports de sons et d'images n'a rencontré d'autre obstacle que la protection des droits intellectuels. S'il faut approuver les décisions de la Cour ayant donné à l'expression « propriété industrielle et commerciale » une portée qui y inclue les droits d'auteur (11), interprétation qui n'était pas exigée par le texte de l'article 36, force est de

(9) Voy. notamment la résolution n° 92/C 186/01 du Conseil du 13 juillet 1992 concernant les priorités futures pour le développement de la politique de protection des consommateurs (*J.O.C.E.*, 23 juillet 1992, n° C 186/01).

(10) Directive n° 89/552 du Conseil du 3 octobre 1989 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires ou administratives des États membres relatives à l'exercice d'activités de radiodiffusion télévisuelle (*J.O.C.E.*, n° L 298, 17 octobre 1989, p. 23).

Voy. aussi la Convention de Strasbourg du 5 mai 1989 sur la télévision transfrontière (Conseil de l'Europe, n° 132), qui n'est pas encore entrée en vigueur.

(11) L'assimilation d'un droit d'auteur et des droits voisins à « la propriété industrielle et commerciale » a d'abord été énoncée en termes dubitatifs dans un arrêt du 8 juin 1971 (aff. 78/70, *Deutsche Gramophon c. Metro*, *Recueil*, 1971, 487, § 11, p. 499) puis de manière plus assurée dans l'arrêt du 20 janvier 1981 (aff. jointes 55 et 57/80, *Musik-Vertriebe Membran c. GEMA*, *Recueil*, 1981, 147, § 9, p. 161).

constater que les restrictions ainsi apportées à la libre circulation de certains véhicules de la culture protègent au premier chef les droits économiques de l'auteur ou du titulaire de la licence d'exploitation.

A l'égard des mesures protectrices adoptées par les États eux-mêmes, la jurisprudence de la Cour a été hésitante et elle a parfois fait prévaloir les libertés économiques fondamentales sur la préoccupation de l'État de garantir un exercice effectif du pluralisme des opinions et de la diversité des expressions culturelles (12).

13. Le deuxième exemple a pour objet la protection du patrimoine culturel. En prévision de la suppression de tout contrôle systématique aux frontières intérieures des États membres, le Conseil a adopté le 9 décembre 1992 le règlement n° 3911/92 concernant l'exportation de biens culturels et le 15 mars 1993 la directive 93/7/CEE relative à la restitution de biens culturels ayant quitté illicitement le territoire d'un État membre (13).

Ces deux instruments ont fait l'objet de nombreuses résistances qui ne sont pas toutes injustifiées. L'objectif n'était pas sans analogie avec la tentative de réduire la quadrature du cercle. D'une part, les États membres puisent directement dans l'article 36 du traité CEE le pouvoir de soustraire à la libre circulation des marchandises les biens culturels qualifiés de « trésors nationaux ». Mais, d'autre part, il n'entre pas dans la compétence du Conseil de définir une notion qui appartient au traité lui-même. Le résultat a été de soumettre à des exigences excessivement lourdes la circulation de biens culturels dont la liste est si étendue qu'elle est loin de cerner « le noyau dur » (*hard core*) des trésors nationaux ainsi que l'énonce l'exposé des motifs de la Commission. Comme, au surplus, la directive sur la restitution ne s'appliquera qu'aux biens culturels méritant la qualification de « trésors nationaux », il appartiendra, le cas échéant, à la Cour de justice d'exercer un contrôle marginal sur la définition de cette notion par l'État intéressé (14).

III. LA FONCTION CRÉATRICE DE LA JURISPRUDENCE

14. On a souvent comparé l'établissement d'un Marché commun européen à la transformation de la Confédération américaine de 1776 en un État

(12) Voy. notamment : C.J.C.E., 25 juillet 1991, aff. C-288/89, *Stichting Collectieve Antennevoorziening Gouda c. Commissariat voor de Media*, Recueil, 1991, I, 4007 ; aff. C-353/89, *Commission c. Royaume des Pays-Bas*, Recueil, 1991, 4088. Comp. toutefois : C.J.C.E., 3 février 1993, aff. C-148/91, *Vereniging Veronica Omroep Organisatie et Commissariaat voor de Media*.

(13) Le règlement a été publié au *Journal officiel* du 31 décembre 1992, n° L 395/1, et la directive au *Journal officiel* du 27 mars 1993, n° L 74/74. Conformément à l'article 11 du règlement, celui-ci est entré en vigueur le troisième jour suivant celui de la publication de la directive.

(14) Pour plus de développements sur ce point, voy. F. RIGAUD, « Le commerce des œuvres d'art dans le Marché commun », *Mélanges offerts à Pierre Lalive*.

fédéral par l'adoption de la Constitution de 1791. Parmi d'autres différences, il en est une pertinente dans le présent contexte. Alors qu'aux États-Unis la formation d'un État fédéral a entraîné l'institution d'un pouvoir judiciaire propre appliquant les lois adoptées par le Congrès et contrôlant le respect de la Constitution fédérale et de ces lois par les juridictions des États, l'une des originalités du traité CEE a consisté à laisser aux juridictions et aux autorités administratives des États membres une compétence exclusive — hormis quelques exceptions — pour appliquer dans la sphère de leur compétence territoriale les normes du droit communautaire.

Le système a, dans l'ensemble, bien fonctionné, malgré quelques réticences des juridictions nationales supérieures et, notamment, des cours constitutionnelles, mais ces résistances initiales ont très tôt été vaincues par la Cour de justice (15). Que l'application du droit communautaire relève en ordre principal de la compétence des organes des États membres a contribué à incorporer les principes au droit interne de ces États. L'interprétation uniforme du droit communautaire a été assurée grâce à la procédure du renvoi préjudiciel organisée par l'article 177 du traité CEE pour les questions d'interprétation comme pour les questions de validité de ce droit (*supra*, n° 2), avec la différence que seules les questions d'interprétation s'étendent aux dispositions des traités eux-mêmes.

15. Même s'il a été précédé par l'existence de questions préjudicielles à l'intérieur de certains ordres juridiques étatiques (16), le mécanisme institué par l'article 177 du traité CEE est, eu égard à son ampleur, original. Il se caractérise par la répartition des compétences entre deux ordres juridiques : l'application du droit communautaire est du ressort des organes des États membres, tandis que l'interprétation des normes que doit appliquer le juge national et l'évaluation de la validité du droit dérivé relèvent de la Cour de justice. Pareille dissociation suscite, il est vrai, plusieurs difficultés.

La première a pour objet la détermination de la pertinence de la question préjudicielle soulevée devant le juge national. Elle appartient en principe à la compétence de ce juge parce qu'elle est davantage liée à l'application de la norme qu'à son interprétation (17). La dissociation n'est pas toujours aisée puisque l'étendue d'application d'une norme peut dépendre de l'interprétation qui y est donnée.

Une seconde difficulté a pour objet la conformité d'une règle de droit étatique aux exigences du droit communautaire. A la différence d'une juridic-

(15) Voy. par exemple : C.J.C.E., 15 juillet 1964, aff. 6/64, *Costa c. ENEL*, *Recueil*, 1964, 1141 ; 9 mars 1978, aff. 106/77, *Administration des finances de l'État c. S.A. Simmenthal*, *Recueil*, 1978, 629. Voy. *infra*, note 22.

(16) Tels, par exemple, en droit interne belge, les articles 15 à 19 de la loi du 17 avril 1878 contenant le titre préliminaire du Code de procédure pénale.

(17) C.J.C.E., 6 octobre 1982, aff. 283/81, *Srl CILFIT et Lanificio di Garda SpA c. Ministère de la Santé*, *Recueil*, 1982, 3415, § 10.

tion nationale exerçant un contrôle de constitutionnalité, la Cour de justice est sans compétence pour émettre quelque jugement que ce soit sur le droit d'un État membre, hormis dans l'hypothèse d'une action en manquement dirigée contre cet État en vertu des articles 169 à 171 du traité CEE et, même dans ce cas, pour annuler ou déclarer inapplicable une règle de droit étatique. Quand la Cour est saisie par la voie des questions préjudicielles, elle ne se reconnaît certes pas un tel pouvoir, mais il arrive qu'elle l'exerce indirectement. Tel est le cas quand elle constate qu'une norme ayant un certain contenu — analogue à celui de la règle de droit national que le juge étatique hésite à appliquer — n'est pas compatible avec les obligations de l'État en vertu du droit communautaire (18).

16. La fonction essentielle dévolue à la Cour de justice par les traités et l'extension qu'elle a su y donner sont bien connues et ont souvent été commentées. On se bornera sur ce point à deux observations.

Il y aurait beaucoup à dire sur les méthodes d'interprétation du droit communautaire mises en œuvre par la Cour. Elles ne sont pas sans analogie avec celles qui ont prévalu à la Cour suprême des États-Unis pour l'interprétation de la Constitution fédérale. Il ne s'agit certes pas d'une méthode strictement textuelle, mais il est impossible d'approfondir davantage ce premier aspect.

La seconde observation peut être empruntée à l'abondante doctrine américaine qui s'est interrogée sur la position occupée par la Cour suprême dans l'ensemble institutionnel (19). A Washington, la majorité qui se dégage des délibérations de neuf juges nommés à vie, qui ne doivent de compte à personne, interprète la Constitution en des termes qui incluent nécessairement des jugements de valeur. Dans de nombreux cas, seule une révision de la Constitution permet, le cas échéant, de vinculer une jurisprudence que les élus du peuple estimeraient inadéquate. On ne signale que trois hypothèses

(18) Par exemple, dans les deux arrêts cités à la note 5, la Cour prend comme exemple d'une « indemnisation purement symbolique » qui se situerait en deça de l'obligation de réparation prévue par la directive n° 76/207, le mode de réparation qui, selon le juge national, aurait été suffisant d'après le droit allemand (*Recueil*, 1984, point 3 du dispositif, pp. 1910-11, p. 1944).

(19) Il suffira sur ce point de citer les opinions de deux éminents juges américains. Le juge Felix Frankfurter exprime sa préoccupation à l'égard de : « the evolution of social policy by way of judicial application of Delphic provisions of the Constitution » (« John Marshall and the Judicial Function », 69 *Harvard L.R.*, 1955, 217-238, 231).

Le juge Learned Hand a émis des réserves sur l'activisme de la Cour suprême dont il voudrait limiter la fonction à celle de « guardian » de la Constitution : *The Bill of Rights* (Harvard Univ. Press, 1958), pp. 56-67.

Selon un auteur plus ancien, d'origine allemande et bien connu des internationalistes, le juge « is a member of a vast church, the church of the law ; he is not the arbitrary hakim but a priest of justice, according to the rules of the people » : Francis LIEBER, *Manual of Politic Ethics* (London, William Smith, 1839), vol. I, p. 374.

dans lesquelles en l'espace de deux siècles un amendement constitutionnel a été adopté pour faire échec à un arrêt de la Cour suprême (20).

Après que la Cour de justice a interprété une disposition des traités, seule une révision de l'un de ceux-ci, selon les formes prévues par l'article 236 du traité CEE, permettrait de priver l'arrêt de la Cour de sa force de précédent. Cela n'est jamais arrivé jusqu'ici. La sage hardiesse des interprétations de la Cour de justice n'interdit pas de penser que les citoyens de la Communauté ne sont guère consultés dans un domaine essentiel de l'élaboration du droit communautaire.

IV. LA SURVIVANCE DU DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

17. Dans toutes les matières où le droit des États membres n'a pas fait l'objet de mesures d'harmonisation et, le cas échéant, d'unification, les relations économiques libéralisées à l'intérieur du grand marché demeurent régies par le droit étatique. Il s'agit d'un domaine particulièrement vaste incluant le droit des contrats, la responsabilité civile et les relations familiales. La Convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles a unifié les règles de conflit de lois relatives à la première de ces trois matières, pour le surplus non seulement chaque État a conservé ses propres règles de droit privé mais aussi un système autonome de conflit de lois. Sur aucun de ces deux points, la situation du Marché commun européen ne se laisse distinguer de celle des États-Unis. En outre la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968 concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale remplit une fonction analogue à celle de la *Full Faith and Credit Clause* de l'article IV de la Constitution américaine, tandis que les conflits de compétence directe sont mieux réglés en Europe qu'aux États-Unis.

Il faut encore noter que de nombreux secteurs des relations économiques ont, comme il a déjà été indiqué (*supra*, n° 4), bénéficié d'une harmonisation spontanée, œuvre des opérateurs économiques eux-mêmes.

18. Même dans les matières touchées par l'harmonisation communautaire il subsiste une large place pour le droit étatique et partant pour la nécessité de désigner le droit applicable. Le principe de subsidiarité si souvent affirmé aujourd'hui annonce un retour en force du droit international privé. Pour se borner à deux exemples précédemment évoqués, l'action en réparation de la femme évincée d'un emploi en raison de son sexe (*supra*, n° 5) est soumise à un droit étatique dont la détermination pourrait en certains cas se révéler malaisée. La réserve relative aux trésors nationaux

(20) Pour les références, voy. : Herbert WECHSLER, *The Courts and the Constitution* (The Univ. of Georgia School of Law, 1965), p. 5 et la note 3.

contenue dans l'article 36 du traité CEE (*supra*, n° 13) suscite une double question : qu'est-ce qu'un trésor et selon quel critère peut-il être qualifié de national ? A aucune de ces deux questions le droit communautaire n'apporte de réponse (21).

19. On peut aussi citer certaines directives contenant des dispositions précises de conflit de lois. Tel l'article 7 de la deuxième directive du Conseil (88/357/CEE) portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe autre que l'assurance sur la vie fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation de service et modifiant la directive 73/239/CEE, article que l'article 7 de la troisième directive du Conseil relative à la même matière a légèrement retouché (22). Il existe des dispositions analogues dans la deuxième directive relative à l'assurance sur la vie (23).

20. Il est arrivé aussi que la Cour de justice des Communautés européennes ait été invitée à se prononcer sur le choix de la loi compétente pour régler une relation de droit privé connexe à l'application d'une disposition de droit communautaire.

Une première série de cas concerne les obstacles ou les restrictions que le droit d'un État membre oppose à l'exécution forcée d'une obligation civile contractée dans l'exercice de la liberté de prestation des services. Après qu'un Allemand résidant en France a fait des opérations à terme sur la bourse de Paris par l'intermédiaire d'une banque française, il retourne dans son pays en laissant un découvert sur son compte ouvert à la banque. Celle-ci s'efforce de poursuivre devant une juridiction allemande le paiement du solde qui lui est dû, mais la loi allemande qui prohibe les opérations à terme interdit aussi le recouvrement des sommes dues à la suite de telles opérations. Après avoir constaté que le contrat conclu en France a pour objet une prestation de services entrant dans le champ du droit communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes décide que l'interprétation donnée aux articles 59 et 60 du traité CEE ne requiert pas

(21) La résolution de Bâle (1991) de l'Institut de droit international sur « La vente internationale d'objets d'art sous l'angle de la protection du patrimoine culturel » soumet l'action en restitution d'un objet d'art à la loi du pays d'origine de cet objet, c'est-à-dire « celui auquel, du point de vue culturel, l'objet en question se trouve rattaché par le lien le plus étroit » (art. 1^{er}, 1, b).

(22) *J.O.C.E.*, n° L 172/1, 4 juillet 1988. La directive modificatrice n° 92/49/CEE du 18 juin 1992 (troisième directive « assurance non vie ») a été publiée au *Journal officiel* du 11 août 1992, n° L 238/1.

(23) Deuxième directive du Conseil, n° 90/619/CEE du 8 novembre 1990 portant coordination des dispositions législatives, réglementaires et administratives concernant l'assurance directe sur la vie, fixant les dispositions destinées à faciliter l'exercice effectif de la libre prestation des services et modifiant la directive 79/267/CEE, article 4, *J.O.C.E.*, n° L 350/90, 29 novembre 1990.

Il existe également une troisième directive « assurance vie » publiée au *Journal officiel* du 9 décembre 1992, n° L 360/1.

Voy. encore les articles 6 et 7 de la directive 93/13/CEE du Conseil du 5 avril 1993 concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (*J.O.C.E.*, 21 avril 1993, n° L 95/29).

que les tribunaux allemands donnent exécution à l'obligation contractuelle du débiteur (24).

La question sous-jacente à la décision de la Cour est celle du droit applicable à l'obligation contractuelle assumée dans l'exercice de la libre prestation de services. Conclu en France avec une banque française, le contrat ayant pour objet une prestation de services localisée dans le même pays était assez clairement régi par le droit français. Seule l'exception d'ordre public invoquée devant le tribunal allemand pouvait justifier l'inexécution de l'obligation. Mais ces questions ne paraissent pas avoir été débattues devant la Cour. Il semble que celle-ci ait implicitement accepté que le droit international privé de l'État membre dont une juridiction était saisie du litige était applicable.

Dans une autre affaire ayant également fait l'objet d'une question préjudicielle posée par une juridiction allemande, la Cour de justice a estimé qu'une règle de procédure (l'accès à une procédure simplifiée, appelée *Mahnverfahren*) n'était pas discriminatoire bien qu'elle dût entraîner une solution toujours favorable à la personne résidant en Allemagne, qu'elle fût tantôt le créancier, tantôt le débiteur (25). En effet, la disposition procédurale du droit allemand prévoit que les obligations libellées dans une monnaie étrangère ne peuvent bénéficier de la procédure simplifiée que si le débiteur réside hors d'Allemagne. Il en résulte que le créancier résidant dans ce pays peut avoir recours à la procédure simplifiée contre un débiteur résidant dans un autre État membre, tandis que le créancier résidant dans un tel État n'y a pas accès contre un débiteur résidant en Allemagne, ce qui était le cas dans l'affaire ayant fait l'objet de la demande de question préjudicielle. La Cour aurait certes pu y voir une distorsion ayant un effet sur la libre prestation de services si elle avait accepté de prendre en considération l'influence du droit applicable à l'exécution de l'obligation contractuelle sur la mise en œuvre d'un principe fondamental du droit communautaire (26).

(24) C.J.C.E., 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Société générale alsacienne de banque, S.A. c. Walter Koestler*, *Recueil*, 1978, 1980.

(25) C.J.C.E., 29 octobre 1980, aff. 22/80, *Boussac Saint-Frères S.A. c. Brigitte Gerstenmeier*, *Recueil*, 1980, 3427.

(26) Un arrêt plus récent de la Cour a pour objet une règle de droit matériel interne plutôt qu'une règle de conflit de lois : 24 janvier, aff. C-339/89, *Alsthom Atlantique SA et Compagnie de construction mécanique Sulzer SA*, *Recueil*, 1991, I, 107.

L'arrêt contient cependant un motif qui intéresse le droit international privé. Il y est affirmé que « les parties à un contrat de vente internationale sont généralement libres de déterminer le droit applicable à leurs relations contractuelles et d'éviter ainsi d'être soumises au droit français ». Pareille référence à la loi d'autonomie ne saurait dissimuler que les cas difficiles se présenteront quand une règle impérative de droit national ou une disposition de procédure ont pour effet d'écartier la loi choisie par les parties.

21. L'autre série de cas a pour objet l'application du statut des fonctionnaires des institutions communautaires quand une disposition du statut se réfère à la situation familiale de l'intéressé.

Une première affaire ne suscitait pas de question apparente de droit international privé, la situation familiale du fonctionnaire et de son épouse divorcée se rattachant exclusivement au droit allemand, mais la motivation de l'arrêt est intéressante parce qu'elle contient une règle incomplète de droit international privé, à savoir que « l'existence et le montant de l'obligation alimentaire du fonctionnaire à l'égard de son épouse divorcée doivent être, en principe, déterminés selon la loi qui régit le divorce » (27). Ce passage de l'arrêt ne se prononce pas sur la loi applicable au divorce, mais il est permis de supposer, compte tenu de la tendance de la Cour à se référer au droit international privé de l'État membre dont une juridiction est saisie du litige, qu'elle contient une référence implicite à la loi du pays dans lequel le divorce a été prononcé.

Un second arrêt aurait pu être plus significatif car le problème de conflit de lois s'y déployait dans toute son ampleur : un tribunal belge prononce le divorce de deux époux dont l'un était allemand et l'autre binational, la femme italienne ayant acquis la nationalité de son mari sans avoir perdu sa nationalité d'origine. Après que le tribunal a prononcé le divorce aux torts de l'épouse sur la demande reconventionnelle de son mari, celui-ci décède deux ans plus tard sans que la femme ait poursuivi l'action en divorce dont elle avait pris l'initiative. La question de droit statutaire était de savoir si l'épouse divorcée avait droit à une pension de survie alors que le statut refusait ce droit au conjoint divorcé à ses torts exclusifs.

Selon la Commission qui, comme dans l'affaire précédente, avait refusé le droit à une pension, il fallait considérer que le divorce avait été prononcé aux torts exclusifs de l'épouse.

La Cour rejette cet argument de la Commission. Comme le jugement n'a pas, de manière formelle, été prononcé « aux torts exclusifs » de la femme, la Cour motive sa décision par la seule interprétation du dispositif du jugement belge (28)

Favorable à la demanderesse, pareille interprétation a épargné à la Cour l'obligation de se prononcer sur les deux autres moyens invoqués devant elle. Seul le second de ces moyens intéresse le droit international privé, la demanderesse alléguant que le divorce prononcé en Belgique n'aurait pas pu être reconnu ni en Allemagne ni en Italie. Les conclusions de l'avocat général Warner ont assez longuement examiné cette allégation. Il souligne la difficulté pour la Cour d'« énoncer une série de règles de droit international privé applicables sur le plan communautaire », ce qui « équivaldrait à

(27) C.J.C.E., 17 mai 1972, aff. 24/71, *Elfriede Meinhard c. Commission*, Recueil, 1972, 269.

(28) C.J.C.E., 5 février 1981, aff. 40/79, *Mme P. c. Commission*, Recueil, 1981, 361.

une législation juridictionnelle » (29). Il conclut au rejet de ce moyen pour des motifs de fait.

Toutefois, ce n'est pas parce qu'une question est difficile que la Cour peut, quand elle devrait le faire, s'abstenir de la trancher. Au demeurant, la véritable question n'était pas de savoir si la décision belge pourrait être reconnue en Allemagne ou en Italie mais à quelles conditions elle devait l'être dans l'ordre juridique communautaire. Et cela impliquait une analyse correcte de la nature juridique d'un jugement ayant autorisé le divorce à la demande d'un des époux, après que le décès de celui-ci a rendu légalement impossible la constatation de ses torts. En outre, l'interprétation du jugement de divorce qui constitue l'unique motivation de l'arrêt de la Cour suscitait une question de droit qui aurait dû raisonnablement être soumise au droit belge.

22. Deux arrêts récents du Tribunal de première instance ont dû se prononcer sur l'existence d'une obligation alimentaire légale entre une tante et son neveu (30) et entre un homme marié et ses enfants adultérins (31). Dans la première affaire, le tribunal a pu se fonder sur les dispositions d'exécution du Statut des fonctionnaires arrêtées par la Commission, aux termes desquelles le choix de la loi applicable doit être opéré selon les règles de conflit du tribunal compétent. La détermination de ce tribunal risque d'être hypothétique ou controversée.

V. L'EUROPE DES LIBERTÉS ÉCONOMIQUES ET CELLE DES LIBERTÉS CIVILES

23. S'ajoutant à celles qui ont été précédemment évoquées, la différence la plus significative entre l'organisation fédérale américaine et l'intégration européenne a pour objet la scission de la protection des droits fondamentaux entre deux ordres juridiques européens distincts mais non séparés. Alors que la Cour suprême des États-Unis exerce son contrôle à la fois sur la réalisation d'un marché intérieur, couverte notamment par l'*interstate commerce clause* de l'article I^{er}, section 8, de la Constitution et par le XIV^e amendement, et sur la protection des libertés civiles fondamentales (le *Bill of Rights* des dix premiers amendements, le cas échéant combiné avec le XIV^e), ces deux secteurs relèvent en Europe le premier du droit communautaire sous la tutelle de la Cour de justice des Communautés européennes, le second de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme

(29) *Ibid.*, p. 374.

(30) Tribunal de première instance, 18 décembre 1992, aff. T-85/91, *Khomî c. Commission*.

(31) Tribunal de première instance, 18 décembre 1992, aff. T-43/90, *Garcia c. Parlement européen*.

et des libertés fondamentales dont la transgression par un État est soumise au contrôle ultime de la Cour européenne des droits de l'homme.

Pour être distincts, les deux ordres juridiques ne sont toutefois pas entièrement cloisonnés. En reconnaissant aux normes de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales la qualité de « principes généraux du droit communautaire », la Cour de justice a établi une forme d'osmose entre les deux ordres juridiques (32).

24. La comparaison des deux arrêts prononcés à un an d'intervalle par les deux cours à propos de la diffusion en Irlande de messages non publicitaires sur les moyens de procurer aux femmes irlandaises une interruption médicale de grossesse au Royaume-Uni fait apparaître qu'il existe un risque de conflit matériel entre les décisions rendues par chacune des deux juridictions (33).

En l'occurrence, la prudence de la Cour de justice dans l'arrêt *Grogan* du 4 octobre 1991 a permis d'éviter un tel conflit avec l'arrêt *Open Door* prononcé le 29 octobre 1992 par la Cour européenne. Ainsi, le conflit est demeuré purement virtuel mais il pourrait à l'avenir prendre des contours plus accusés. La circonstance que deux normes ayant le même contenu matériel soient appliquées par deux juridictions chacune suprême dans l'ordre juridique auquel elle appartient entretient le risque d'un tel conflit (34).

Un arrêt plus récent de la Cour européenne des droits de l'homme se réfère à une décision de la Cour de justice des Communautés européennes ayant donné à l'article 8 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales une interprétation plus restrictive que celle que la première juridiction énonce elle-même (35) : l'inviolabilité du domicile au sens de cet article inclut les locaux professionnels, en l'oc-

(32) Après plusieurs arrêts ayant affirmé que « le respect des droits fondamentaux fait partie intégrante des principes généraux du droit dont la Cour de justice assure le respect » (17 décembre 1970, aff. 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft mbH c. Einfuhr- und Vorratstelle für Getreide und Futtermittel*, Recueil, 1970, 1125, § 4), la Cour s'est dans des arrêts ultérieurs explicitement référée aux dispositions de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales : 15 mai 1986, aff. 222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, Recueil, 1986, 1651, § 18.

Le tribunal constitutionnel fédéral allemand a d'abord estimé qu'il lui appartenait de contrôler la constitutionnalité d'un règlement de la CEE (BVerfG, 29 mai 1974, *BVerfGE*, 37, 271). Dans un arrêt plus récent, la juridiction constitutionnelle maintient cette position de principe mais après avoir retracé l'évolution notable de la Cour de justice des Communautés européennes en la matière, elle conclut qu'aussi longtemps que cette Cour protégera effectivement les droits fondamentaux dans l'ordre juridique communautaire, elle s'abstiendra d'exercer son propre contrôle (BVerfG, 22 octobre 1986, *BVerfGE*, 73, 339, 376-387).

(33) C.J.C.E., 4 octobre 1991, aff. C-159/90, *The Society for the Protection of Unborn Children Ltd. c. Stephen Grogan*, 3, *Rev. trim. dr. de l'homme* (1992), 57 ; C.E.D.H., 29 octobre 1992, *Open Door et Dublin Well Woman c. Irlande*, 4, *Rev. trim. dr. de l'homme* (1993), 335.

(34) Voy. les observations faites sous l'arrêt du 29 octobre 1992 cité à la note précédente.

(35) C.E.D.H., 16 décembre 1992, *Niemietz c. Allemagne*, à paraître dans les *Publications de la Cour*, Série A, vol. 251-B, 4 *Rev. trim. des droits de l'Homme* (1993), 467.

currence un cabinet d'avocat, alors que l'arrêt *Hoechst* de la Cour de justice des Communautés européennes écarte cette interprétation (36). Toutefois, comme le même arrêt a décidé que les locaux d'une entreprise bénéficiaient d'une protection constitutionnelle selon les principes généraux communs au droit des États membres, il n'y a aucune différence substantielle entre les deux arrêts, des résultats similaires étant atteints par des motivations différentes.

25. Il serait fastidieux d'examiner les causes d'un conflit potentiel entre les deux juridictions et de rechercher les solutions qui permettraient d'y remédier. On ne saurait cependant conclure des réflexions relatives à l'Europe des citoyens sans rappeler la coexistence des deux ordres juridiques européens. La comparaison de l'arrêt *Grogan* et de l'arrêt *Open Door* fait bien apparaître que le domaine essentiel du droit communautaire a pour objet les libertés économiques. Selon le premier arrêt, la diffusion d'une information non publicitaire n'entre pas dans le champ du droit communautaire et elle n'est donc pas protégée par ce droit. Mais les restrictions qui y sont apportées par l'État doivent, d'après le second arrêt, satisfaire au principe de proportionnalité, car il s'agit d'une liberté civile. Le risque de conflit serait aggravé si les deux cours venaient à être saisies d'une question relative à une publicité commerciale. Les deux cours admettent en effet qu'une telle information bénéficie d'une protection moindre que celle qui est appliquée à la diffusion d'une information d'intérêt général, dont est absente toute idée de lucre. Mais il n'est pas certain qu'elles traceraient la même limite entre les deux catégories d'information. Le risque de conflit serait plus accusé au cas où la Cour de justice des Communautés européennes, après avoir constaté que la diffusion d'une telle information est illicite selon le droit communautaire devrait ensuite vérifier si elle l'est aussi en vertu de l'article 10 de la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales. Les droits fondamentaux du citoyen européen ne sont pas mal protégés mais qu'ils le soient en vertu de deux ordres juridiques distincts suscite un risque de discordance préjudiciable à la sécurité juridique.

*

* *

26. Trois réflexions se laissent dégager des observations qui précèdent.

La première a pour objet le principe de subsidiarité dont l'affirmation a fait l'objet de controverses politiques qu'il est permis de négliger ici. A la vérité, le principe est, depuis l'origine, sous-jacent à toute la construction européenne et il se traduit notamment sur le plan institutionnel par les

(36) C.J.C.E., 21 septembre 1989, aff. jointes 46/87 et 227/88, *Hoechst c. Commission*, Recueil, 1989, 2919, §§ 18-19, p. 2924.

larges compétences attribuées aux autorités et aux juridictions étatiques pour l'application du droit communautaire. Les États ont aussi conservé des compétences normatives étendues même dans les domaines qui touchent de près à l'application du droit communautaire.

Aussi banale que la précédente, la deuxième réflexion a pour objet ce qui a parfois été appelé le déficit démocratique des Communautés (37). Le pouvoir législatif y est exercé par un organe se composant de représentants des gouvernements, le Parlement a conservé un rôle à peu près figuratif et l'un des pouvoirs les plus solides, celui qui a le mieux contribué à assurer la cohésion juridique d'un édifice fragile, à savoir la Cour de justice, est, par sa nature même, éloignée de toute répercussion des volontés populaires.

La principale inquiétude que peut inspirer la construction communautaire a pour objet la place insuffisante qui y est faite à la vertu de solidarité. Seuls les États sont à même de concevoir et de mettre en œuvre une politique de partage de l'emploi et de redistribution des revenus, mais leurs moyens financiers et leur action sur les mécanismes économiques et monétaires sont largement érodés. La solidarité implique aussi une réduction des inégalités entre le Nord et le Sud de l'Europe et, dans un proche avenir sans doute, entre l'actuelle Europe des douze, le cas échéant agrandie de quelques pays de l'AELE, et les nouveaux États du Centre et de l'Est. La réunification de l'Allemagne a démontré la difficulté de mettre en œuvre un objectif d'égalisation des conditions de vie, généreux dans son principe, mais qui n'a pas encore réussi à surmonter tous les obstacles qu'il comportait. L'adhésion de la Hongrie, de la Pologne, de la République tchèque ou de la Slovaquie ne serait pas digne du passé démocratique de l'Europe si elle devait s'accompagner de la persistance d'inégalités trop criantes entre les anciens et les nouveaux États.

(37) Voy. notamment : Stanley HOFFMANN, « Goodbye to a United Europe ? », *The New York Review*, May 27, 1993, pp. 27-31.