



HAL
open science

L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation

Adeline Jeauneau

► **To cite this version:**

Adeline Jeauneau. L'ordre public en droit national et en droit de l'Union européenne : essai de systématisation. Droit. Université Panthéon-Sorbonne - Paris I, 2015. Français. NNT : 2015PA010252 . tel-01653127

HAL Id: tel-01653127

<https://theses.hal.science/tel-01653127>

Submitted on 1 Dec 2017

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

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

Université Paris I Panthéon-Sorbonne

**Sciences économiques et de gestion – Sciences humaines – Sciences
juridiques et politiques**

L'ORDRE PUBLIC EN DROIT NATIONAL ET EN DROIT DE L'UNION EUROPÉENNE. ESSAI DE SYSTÉMATISATION

**Thèse pour le Doctorat en droit
(Arrêté ministériel du 7 août 2006)**

Présentée et soutenue publiquement le 23 octobre 2015 par

ADELINE JEAUNEAU

DIRECTEUR DE RECHERCHE

Monsieur Vincent HEUZÉ, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne
(Paris I)

MEMBRES DU JURY

Madame Laurence IDOT, Professeur à l'Université Panthéon-Assas (Paris II)

Madame Lucie MAYER, Professeur à l'Université de Reims Champagne-Ardenne

Monsieur Benjamin REMY, Professeur à l'Université de Poitiers

Monsieur Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, Professeur à l'Université Panthéon-Sorbonne (Paris I)

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

Remerciements

Je remercie Monsieur le Professeur Vincent Heuzé de m'avoir accordé sa confiance en acceptant de diriger ce travail et pendant tout le temps qui aura été nécessaire pour le terminer. Sa bienveillance et sa hauteur de vue auront été d'une influence décisive, que, probablement, il ne mesure pas.

Je remercie mes parents de leur soutien sans faille.

Je remercie Fred et Ivo pour leur accueil si généreux et si chaleureux, lors de mes séjours de recherche à la Cour. Fred, elle non plus, ne mesure sans doute pas à quel point ces semaines passées avec elle à Luxembourg auront été importantes, à l'aube de ma vie adulte.

Je remercie Samuel et Caroline. Il y a trop longtemps, fin de thèse oblige, que je n'ai pu partager avec eux les moments de légèreté qui nous ont réunis tous les trois, mais, dans la difficulté, ils auront été mes piliers. On est certainement peu de chose sans les autres, et ces autres-là auront assurément permis à ma thèse de voir le jour. Puissé-je jamais leur rendre ce qu'ils m'ont donné sans compter.

Je remercie François et Daniel, oreilles toujours attentives et sources inépuisables de bonne humeur et de sagesse. Eux non plus n'auront pas ménagé leur peine pour me faire arriver au bout.

Pour leurs remarques constructives, ma reconnaissance va également à : Nicolas-Henri Aymeric, Didier Boden, Jérôme Chacornac, Etienne Farnoux, Laurent Jacques, Arnaud Jauréguiberry, Jonas Knetsch, Nicolas Leron et Benjamin Mathieu.

Ma pensée va également à Lucile, dont l'amitié m'accompagne depuis toutes ces années et à ma sœur, Emilie, dont l'humour est toujours un réconfort.

Sommaire

<i>Introduction</i>	1
<i>Partie I : L'approche analytique de l'ordre public</i>	89
Titre I : L'ordre public dans les rapports internormatifs	91
Chapitre I : L'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques	91
Chapitre II : L'ordre public comme limite à l'effet donné aux normes privées dans l'ordre juridique étatique	185
Titre II : L'ordre public dans la détermination de l'office du juge	201
Chapitre I : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit national	202
Chapitre II : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit de l'Union.....	205
Titre III : L'ordre public au sens de la police des comportements	239
Chapitre I : La police des comportements à la lumière du droit national	239
Chapitre II : La police des comportements à la lumière du droit de l'Union.....	242
<i>Partie II : L'approche synthétique de l'ordre public</i>	259
Titre I : La spécificité matérielle relative de l'ordre public	261
Chapitre I : Les valeurs à l'état élémentaire.....	263
Chapitre II : Les complexes de valeurs	301
Titre II : La dualité méthodologique de l'ordre public	311
Chapitre I : La distinction entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs.....	311
Chapitre II : L'articulation entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs.....	348
<i>Conclusion</i>	405
<i>Bibliographie</i>	411
<i>Table des décisions et avis cités</i>	453
<i>Table de législation</i>	467
<i>Index alphabétique</i>	473
<i>Table des matières</i>	489

Principales abréviations

<i>AcP</i>	<i>Archiv für die civilistische Praxis</i>		Cour de cassation
<i>Adde.</i>	Ajoutez	c. civ.	Code civil
a. F.	<i>alte Fassung</i> (ancienne version)	c. com.	Code de commerce
aff.	affaire	c. cons.	Code de la consommation
		c. pén.	Code pénal
<i>AJ fam.</i>	Actualité juridique famille	c. proc. civ.	Code de procédure civile
<i>AJDA</i>	<i>Actualité Juridique Droit administratif</i>	c. proc. pén.	Code de procédure pénale
al.	alinéa	c. santé publ.	Code de la santé publique
anc.	ancien	c. trav.	code du travail
<i>Ann. Fac. droit de Toulouse</i>	<i>Annuaire de la faculté de droit de Toulouse</i>	<i>Cah. arb.</i>	<i>Cahiers de l'arbitrage (aujourd'hui Paris Journal of International Arbitration)</i>
<i>Arch. phil. dr.</i>	<i>Archives de Philosophie du Droit</i>	<i>CDE</i>	<i>Cahiers de droit européen</i>
art.	article(s)	Cons. const.	Conseil constitutionnel
ass. plén.	assemblée plénière	CE	Communauté européenne ou Conseil d'État
BFG	<i>Bundesfinanzhof</i>	CE, Ass.	Conseil d'État, Assemblée du contentieux
BGB	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i>	CE, Sect.	Conseil d'État, Section du contentieux
BGH	<i>Bundesgerichtshof</i>	CECA	Communauté européenne du charbon et de l'acier
<i>BICC</i>	Bulletin d'information de la Cour de cassation	CEE	Communauté économique européenne
Bing.	<i>Bingham's reports</i>	CEEA ou Euratom	Communauté européenne de l'énergie atomique
<i>Bull.</i>	<i>Bulletin des arrêts de la Cour de cassation</i>	CEDH	Convention européenne des droits de l'homme ou Cour européenne des droits de l'homme
BVerfG	<i>Bundesverfassungsgericht</i>	CGCT	code général des collectivités territoriales
<i>c.</i>	<i>contre</i>	Ch.	Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne
CA	Cour d'appel	chron.	chronique
Cass. 1 ^{re} civ.	Première Chambre civile de la Cour de cassation	CJCE	Cour de justice des Communautés
Cass. 2 ^e civ.	Deuxième Chambre civile de la Cour de cassation		
Cass. 3 ^e civ.	Troisième Chambre civile de la Cour de cassation		
Cass. com.	Chambre commerciale, économique et financière de la Cour de cassation		
Cass. crim.	Chambre criminelle de la		

	européennes	<i>GA</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé</i>
CJUE	Cour de justice de l'Union européenne		
<i>CMLR</i>	<i>Common Market Law Review</i>	<i>GA civ.</i>	<i>Grands arrêts de la jurisprudence civile</i>
coll.	collection	<i>GACJUE</i>	<i>Grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne</i>
COM	Documents de travail de la Commission	<i>Gaz. Pal.</i>	<i>Gazette du Palais</i>
comm.	Commentaire (revue Lexis Nexis)	gde ch.	grande chambre
<i>Comp.</i>	Comparer	GG	<i>Grundgesetz</i> (Loi fondamentale de la République fédérale d'Allemagne)
Concl.	Conclusions	<i>i.e.</i>	<i>Id est</i> (c'est-à-dire)
<i>Contrats, conc., consom</i>	<i>Contrats, concurrence, consommation</i>	I. R.	informations rapides
COREPER	Comité des représentants permanents	<i>ibid.</i>	<i>Ibidem</i> (au même endroit)
CPI	code de la propriété intellectuelle	<i>Ind. Law J</i>	<i>Industrial Law Journal</i>
<i>D.</i>	<i>Recueil Dalloz</i>	<i>Infra</i>	ci-dessous
dactyl.	dactylographiée	<i>J.-Cl. adm.</i>	<i>Juris-Classeur Droit Administratif</i>
DDHC	Déclaration des droits de l'homme et du citoyen	<i>J.-Cl. civ.</i>	<i>Juris-Classeur Civil Code code</i>
dir.	direction	<i>J.-Cl. dr.</i>	<i>Juris-Classeur Droit International</i>
<i>doct.</i>	doctrine	<i>J.-Cl. Europe</i>	<i>Juris-Classeur Europe</i>
<i>Dr. et patr.</i>	<i>Droit et Patrimoine</i>	<i>JCP A</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition Administration et Collectivités territoriales
<i>Dr. fam.</i>	<i>Revue Droit de la famille</i>	<i>JCP E</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine juridique)</i> , édition entreprise
<i>Dr. soc.</i>	<i>Revue Droit social</i>	<i>JCP G</i>	<i>Jurisclasseur Périodique (La Semaine Juridique)</i> , édition générale
e.a.	et autres	<i>JDE</i>	<i>Journal de Droit européen</i>
ECLI	Identifiant européen de la jurisprudence (<i>European Case Law Identifier</i>)	<i>JDI</i>	<i>Journal du Droit international</i>
éd.	édition	JO	Journal officiel
(éd.)	éditeur	<i>lit.</i>	<i>littera</i>
EGBGB	<i>Einführungsgesetz zum bürgerlichen Gesetzbuch</i>	<i>loc. cit.</i>	<i>loco citato</i> (à l'endroit cité)
<i>ELR</i>	<i>European Law Review</i>	<i>LPA</i>	<i>Les Petites Affiches</i>
<i>EuR</i>	<i>Europarecht</i>	n.	note de bas de page
<i>Europe</i>	<i>Revue Europe</i>	n ^{o(s)}	numéro(s)
fasc.	fascicule		
fr.	française		
FP	Fonction publique		

obs.	Observations		<i>criminelles</i>
OCDE	Organisation de coopération et de développement économiques	<i>RTD civ.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit civil</i>
		<i>RTD eur.</i>	<i>Revue trimestrielle de droit européen</i>
OGH	<i>Oberster Gerichtshof</i>	s.	suivant(e)s
OLG	<i>Oberlandsgericht</i>	S.	<i>Recueil Sirey</i>
<i>op. cit.</i>	<i>opus citato</i> (dans l'ouvrage cité)	spéc.	spécialement
ord.	ordonnance	<i>Supra</i>	ci-dessus
p.	page/pages	t.	tome
pan.	Panorama (<i>Recueil Dalloz</i>)	TECE	Traité établissant une constitution pour l'Europe
<i>passim</i>	en plusieurs endroits	<i>Texas Int'L L. J</i>	<i>Texas International Law Journal</i>
préc.	précité(s)/précitée(s)	TFPUE	Tribunal de la fonction publique de l'Union européenne
<i>RCADI</i>	<i>Recueil des Cours de l'Académie de Droit international de La Haye</i>	TFUE	Traité sur le fonctionnement de l'Union européenne
<i>RDC</i>	<i>Revue des Contrats</i>	TGI	Tribunal de grande instance
<i>RDP</i>	<i>Revue du Droit Public et de la Science Politique en France et à l'Étranger</i>	TPICE	Tribunal de première instance des Communautés européennes
<i>RDUE</i>	<i>Revue du Droit de l'Union européenne</i>	trad.	traduction
Rec.	Recueil	<i>Trav. Com. fr. DIP</i>	<i>Travaux du Comité français de Droit international privé</i>
rééd.	réédition	Trib. UE	Tribunal de l'Union européenne
réimp.	réimpression	TUE	Traité sur l'Union européenne
<i>Rép. civ.</i>	<i>Répertoire de droit civil</i>	<i>Tul. L. Rev.</i>	<i>Tulane Law Review</i>
<i>Rép. dr. eur.</i>	<i>Répertoire de droit européen</i>	Univ.	Université
<i>Rép. dr. int.</i>	<i>Répertoire de droit international</i>	v.	voir (ou <i>versus</i>)
<i>Rev. crit. DIP</i>	<i>Revue critique de droit international privé</i>	V°	<i>Verbo</i> (au mot)
<i>Rev. dr. rur.</i>	<i>Revue de droit rural</i>	vol.	volume
Cass. req.	Chambre des requêtes de la Cour de cassation		
<i>Rev. arb.</i>	<i>Revue de l'arbitrage</i>		
<i>Rev. jur. com.</i>	<i>Revue de jurisprudence commerciale</i>		
<i>RFDA</i>	<i>Revue française de droit administratif</i>		
<i>RIDC</i>	<i>Revue internationale de droit comparé</i>		
<i>RSC</i>	<i>Revue de sciences</i>		

« Avec notre mentalité d'hommes blancs, l'enseignement légué par nos ancêtres n'est qu'un point de départ vers une meilleure connaissance, une sorte de tremplin d'où nous prenons l'élan vers ce que nous imaginons être la perfection. Au contraire, l'indigène est affranchi de cette hantise du perfectionnement. [...] Lequel des deux a raison ? Quel est le sage ? Est-ce celui qui s'abandonne à l'évolution universelle dans une apparente immobilité ? Ou est-ce celui qui s'élance à la conquête de ce qu'il ignore ? »

Henry DE MONFREID¹

Introduction

1. Objet de l'étude. – L'objet de cette étude, qui est de s'essayer à une systématisation de la notion ou, plus exactement, des notions d'ordre public à la lumière du droit national et du droit de l'Union européenne, peut paraître ambitieux. Il est alors important de décrire le contexte qui a vu naître ce projet (Sec. I), d'exposer les partis pris méthodologiques qui le sous-tendent (Sec. II) et de circonscrire avec soin les hypothèses de droit positif qui en forment le cadre (Sec. III).

Section I : Le contexte de l'étude

2. Un problème : le flou de l'ordre public. – Il est d'usage de débiter une étude sur l'ordre public par le constat que la notion est floue. En droit interne, il est devenu traditionnel d'illustrer la difficulté de parvenir à une définition satisfaisante de la notion par une référence à la thèse de Philippe MALAURIE², lequel avait recensé pas moins de vingt-deux propositions doctrinales et jurisprudentielles, auxquelles il avait encore ajouté sa définition propre³. Dans la doctrine internationaliste ou

¹ *Les Deux Frères* [Grasset, 1969], rééd. in *Trilogie de la Mer rouge*, Grasset, 2014, p. 568-569.

² V. par exemple Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, préf. Paul Lagarde, GLN éd., 1990, spéc. p. 82, n. 75 ; Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. Geneviève Viney, LGDJ, 2004, spéc. n. 636 ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, Université Panthéon-Assas (Paris II), 2004, p. 473-494.

³ Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé. France, Angleterre, U.R.S.S.)*, préf. Paul Esmein, éd. Matot-Braine, 1953, v. spéc. le paragraphe n° 99, p. 69 et l'appendice, p. 261-263.

européaniste, on préfère citer l'éloquente métaphore de Lord BURROUGH⁴ : « *public order is an unruly horse to ride* »⁵. Un cheval ombrageux donc.

3. Le flou intrinsèque. – Il est vrai que la notion se présente d'emblée comme rétive à la systématisation. On souligne tout d'abord la *relativité* de la notion : lié à l'idée d'essence d'une société, l'ordre public est nécessairement tributaire de considérations de lieu et de temps⁶. On remarque encore la *diversité de ses occurrences*. En droit national, l'ordre public connaît des déclinaisons dans toutes les branches du droit⁷. Leur énumération est d'ailleurs souvent l'occasion pour la doctrine de toucher du doigt les limites de l'exercice de catégorisation. On se repose d'abord sur la *summa divisio* entre *jus privatum* et *jus publicum*⁸. En droit privé, on cite bien sûr l'article 6 du code civil, qui frappe de nullité les conventions contraires aux « *lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* ». Mais, parlant d'ordre public, la référence au droit international privé paraît également incontournable, même aux non spécialistes, qui se souviennent à tout le moins que l'« *exception d'ordre public international* » permet de faire échec à l'application d'une loi étrangère. En droit public, c'est la référence au droit administratif qui s'impose le plus spontanément. On pense en particulier à la traditionnelle « *trilogie municipale* » – « *sécurité* », « *salubrité* » et « *tranquillité* », qui fonde les pouvoirs de police du maire. Constitutionnalisation du droit oblige, on souligne aussi l'importance de la jurisprudence du Conseil constitutionnel, au travers du contrôle de la conciliation opérée par le législateur entre l'objectif de « *sauvegarde de l'ordre public* » et les libertés garanties par la norme suprême⁹. On ne sait pas où classer le droit pénal¹⁰,

⁴ Dans l'affaire *Richardson v. Mellish*, (1824) 2 Bing. 229.

⁵ V. par exemple, en droit de l'arbitrage international : Homayoon ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage à l'épreuve de la mondialisation. Une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruylant/LGDJ/Schultess, 2005, spéc. p. 132 ; en droit de l'Union : Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, préf. Frédéric Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001, spéc. p. 1 ; Loïc AZOULAI et Stephen COUTTS, « Restricting Union citizens' residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet » (note sous CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P. I.*, C-348/09) *CMRL* 2013, p. 553-570, spéc. p. 553.

⁶ François TERRÉ, « Rapport introductif », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 3-12, spéc. p. 4.

⁷ V. par exemple Etienne PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA* n° spécial 20 juin 1996, p. 55-75, spéc. p. 56.

⁸ Adoptant cette distinction, au moins comme point de départ, v. Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, spéc. p. 10-14 ; Sébastien ROLAND, « L'ordre public et l'État. Brève réflexion sur la nature duale de l'ordre public », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 9-20, spéc. p. 12-13.

⁹ V. Guillaume DRAGO, « Avant propos », in *L'ordre public. Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation*, La Documentation française, 2014, p. 91-96, spéc. p. 92.

« terrain d'élection de l'ordre public¹¹ », qui, considéré sous cet angle, paraît davantage se rapprocher des occurrences de la notion en droit public que du droit privé, dans le giron duquel la tradition universitaire française l'a placé. Et que dire du droit processuel, ce droit servant¹², où l'ordre public est « *omniprésent*¹³ » et connaît des déclinaisons dans les différents contentieux ? Mais, par ses différentes acceptions, la notion d'ordre public n'oblige pas seulement le juriste à un exercice de voltige entre les différentes branches du droit, elle l'oblige également à sortir du cadre national. On note ainsi que, se retrouvant sous une forme ou sous une autre dans les droits étrangers, la notion est par excellence l'occasion d'une étude de droit comparé¹⁴. On émet aussi l'hypothèse que l'ordre public soit l'apanage de tout ordre juridique. En droit international public, on en voit notamment la marque dans le « *jus cogens* », ces normes du droit international général qui, aux termes de l'article 53 de la Convention de Vienne sur le droit des traités, ne souffrent aucune dérogation¹⁵. Surtout, la figure de l'« *ordre public européen* » s'est imposée comme un motif récurrent en doctrine, que l'on pense à la « *grande Europe* », avec l'interprétation volontariste de la Convention européenne des droits de l'homme¹⁶ ou à la « *petite Europe* », avec l'emprise croissante du droit de l'Union sur les droits des États membres¹⁷. Nous y reviendrons. Le foisonnement de la notion d'ordre public et

¹⁰ Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 13 ; Sébastien ROLAND, *op. cit.*, p. 13, pour qui le droit pénal est un droit « *intermédiaire si l'on peut dire, intermédiaire car il relativise cette césure droit public/droit privé* ».

¹¹ Guillaume DRAGO, « Avant propos », *op. cit.*, p. 95.

¹² Soulignant ce caractère auxiliaire, v. Gérard CORNU, *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007, spéc. n^o 30.

¹³ Jacques HÉRON, « L'ordre public dans le procès. Rapport français » in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. 49 [1998], LGDJ, 2001, p. 943-959, spéc. p. 945.

¹⁴ Pour la remarque, v. Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen, droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 14-15 ; Sébastien ROLAND, *loc. cit.*

¹⁵ Pour l'analogie avec l'ordre public du droit des contrats, v. Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, Précis de la Faculté de l'UCL, 2000, p. 338 et s. Plus largement, sur le sujet de l'« *ordre public international* », v. : René-Jean DUPUY, « L'ordre public en droit international », in Raymond Polin (dir.), *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 103-116 ; Hélène RUIZ-FABRI, « L'ordre public en droit international », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 85-108 ; Marie-José DOMESTICI-MET, « Du *jus cogens* aux normes intransgressibles. Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international », in *Mél. Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 661-710.

¹⁶ Frédéric SUDRE, « Existe-il un ordre public européen ? », in Paul Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, p. 39-90 ; *ibidem*, « L'ordre public européen », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 109-131 ; Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* ; *eadem*, « L'ordre public dans les droits européens », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 103-115.

¹⁷ Deux thèses ont été consacrées à ce sujet : celle de Mme PICHERAL (*L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*), tout d'abord, qui étudie conjointement l'ordre public des « deux Europes », celle de M. CORTHAUT (*EU Ordre public*, préf. Koen Lenaerts, Wolters Kluwer, 2012), ensuite, qui envisage en particulier l'« *ordre public de l'Union européenne* ».

le flou qu'il entretient sont tels qu'à l'occasion d'une thèse pourtant consacrée à la seule exception d'ordre public international, il a été jugé nécessaire de dédier la première partie toute entière à une recension des usages, *tous les usages*, de l'expression dans la littérature juridique¹⁸. Qui sait si, avec ses cent quatre définitions¹⁹, réparties entre « *principales* », « *secondaires* » et « *délitescents* », selon que l'expression « *ordre public* » isole effectivement une technique juridique, autonome ou dérivée d'une autre (ce sont les usages « *principaux*²⁰ » et « *secondaires*²¹ ») ou, au contraire, est davantage employée à raison de sa force évocatrice (ce sont les usages « *délitescents*²² » ou encore « *ornementaux*²³ »), la référence à la thèse de M. BODEN ne viendra pas à l'avenir remplacer l'allusion aux (seulement) vingt-trois définitions du Professeur MALAURIE, dans le but de convaincre le lecteur de l'impossibilité de rendre compte synthétiquement de ce qu'est l'ordre public²⁴. Quoi qu'il en soit, les définitions « *délitescents* » ou « *ornementales* » de M. BODEN soulignent à propos que le flou de l'ordre public ne tient pas seulement aux qualités intrinsèques de la notion que sont sa relativité et son caractère polymorphe.

4. Le flou par l'extraordinaire. – Le flou s'explique aussi par l'effet pour ainsi dire psychologique que produit l'évocation de la notion. En effet, par sa « *majesté*²⁵ », l'atmosphère de solennité que crée l'adjonction du mot « *public* » à celui d' « *ordre* », la notion impressionne, « *fascine*²⁶ ». Le Professeur COMBACAU l'a très bien dit : « *l'idée d'ordre public évoque immédiatement le monde du pouvoir et de la limitation, par les autorités qui le détiennent, des facultés d'agir de ceux qui le*

¹⁸ Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, Thèse dactyl., Université Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002.

¹⁹ On en trouvera le résumé au n° 396 de la thèse.

²⁰ *Ibidem*, p. 66 et s.

²¹ *Ibid.*, p. 107 et s.

²² *Ibid.*, p. 214 et s.

²³ *Ibid.*, n° 64.

²⁴ V. déjà Cécile PÈRES-DORDOU, *op. cit.*, n. 636 ; Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 153-271, spéc. p. 190.

²⁵ René JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909, p. 302.

²⁶ Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n° 15, p. 12 : « *L'étymologie a imposé à la langue juridique un entrelacement de sens rendu d'autant plus inextricable que les mots police, impérativité et ordre public exercent sur les esprits une étrange fascination [...]* ». (Mis en évidence par l'auteur).

*subissent, au nom des nécessités collectives*²⁷ ». Paradoxalement, cette forte impression est propre à abriter toutes les audaces²⁸, les envolées lyriques que l'ordre public inspire si souvent à ses observateurs, au point d'en épaissir encore le mystère, aussi bien qu'à expliquer un certain conservatisme dans la compréhension du phénomène. La majesté s'accommode mal d'explications qui, en comparaison, apparaissent comme trop humbles, trop techniques, de propositions qui, en somme, ne se hisseraient pas à la hauteur de l'ordre public.

5. Le fait est là : les études dédiées à l'ordre public s'accumulent, mais le flou demeure. Les analyses consacrées à l'ordre public en général ou à telle ou telle occurrence de la notion en particulier sont devenues si nombreuses que les auteurs qui adoptent une approche transversale renoncent expressément à l'exhaustivité²⁹. Les colloques et ouvrages collectifs se succèdent³⁰ ; jusqu'à la Cour de cassation qui a dernièrement décidé de faire de l'ordre public l'objet d'étude de son rapport annuel³¹. Pourtant, on éprouve toujours le besoin de « *remettre l'ouvrage sur le métier*³² ».

Dans ce contexte, vouloir étudier la notion d'ordre public, non pas seulement en droit national, où elle l'a longtemps été, mais également dans le cadre de la construction européenne, c'est prendre le risque d'ajouter du flou au flou. Le risque du flou « *au carré* ».

²⁷ Jean COMBACAU, « Conclusions générales », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, colloque organisé à Caen les 11 et 12 mai 2000, Bruylant, 2001, p. 415-434, spéc. p. 417.

²⁸ V. par exemple, la comparaison, « osée » de l'aveu même de son auteur, faite par le Professeur RACINE de l'« *ordre public transnational* », que les arbitres opposent parfois à la loi normalement compétente ou au contrat conclu par les parties, à une « *constitution du marché mondial* » (*L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, av.-propos. Laurence Boy et préf. Philippe Fouchard, LGDJ, 1999, spéc., p. 422-423).

²⁹ V. par exemple, Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, op. cit., n. 3.

³⁰ Jean-François ROMAIN *et al.*, *L'ordre public. Concept et applications*, Bruylant, 1995 ; Raymond POLIN (dir.), *L'ordre public*, PUF, 1996 ; Thierry REVET (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996 ; *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. 49, LGDJ, 2001 ; Marie-Joëlle REDOR (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, actes du colloque organisé à Caen les 11 et 12 mai 2000, Bruylant, 2001 ; Charles-André DUBREUIL (dir.), *L'ordre public*, actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujas, 2013 ; François COLLART DUTILLEUL et Fabrice RIEM (dir.), *Droits fondamentaux, ordre public et liberté économiques*, actes du colloque organisé à l'UFR pluridisciplinaire de Bayonne le 17 février 2012, Institut universitaire Varenne, 2013. Au moment où nous achevons cette thèse, un colloque organisé par l'Association française de philosophie du droit doit se tenir les 17 et 18 septembre 2015, à propos de « *L'ordre public* ».

³¹ Cour de cassation, *Rapport annuel 2013 : L'ordre public*, La Documentation française, 2014. Sur les aspects de droit international privé de cette étude, v. Johanna GUILLAUMÉ, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121.

³² En droit international privé, v. encore récemment Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », op. cit., n° 1, p. 165 : « *Que nous remettions, en ce début de XXI^e siècle, une centième fois sur le métier l'ouvrage de l'exception d'ordre public pourra paraître vain, ou inconscient, voire présomptueux, au lecteur internationaliste informé, qui sait déjà la quantité d'énergie dépensée par tant de nos prédécesseurs pour mieux comprendre et mieux expliquer ce mécanisme de base du droit international privé contemporain* ».

6. Un problème « au carré » : l'ordre public en droit de l'Union européenne.— En effet, la projection de la problématique de l'« *ordre public* » dans le contexte du droit de l'Union européenne³³ est un démultiplicateur d'incertitudes, pour trois raisons.

Premièrement, cette transposition pose un problème de repérage. Puisque la notion d'ordre public est floue, comment isoler les phénomènes juridiques qui en relèvent dans l'ordre juridique de l'Union ? La doctrine résout cette question de manière empirique. Elle identifie d'abord un « cœur » européen de la notion³⁴, « *des hypothèses qui peuvent être rangées avec certitude sous le terme d'ordre public* »³⁵,

³³ Sur ce thème, la littérature est abondante. Nous avons déjà mentionné les thèses du Professeur PICHÉRAL (*L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, op. cit.*) et de M. CORTHAUT (*EU Ordre public, op. cit.*). Sur l'ordre public en droit de l'Union en général, on peut encore citer, dans l'ordre chronologique : Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron., p. 177-182 ; Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 83-88 ; Etienne PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *op. cit.* ; Abdelkhaleq BERRAMDANE, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et droit de l'Union européenne », in *Mél. Yves Madiot*, Bruylant, 2000, p. 157-198 ; Marcel SOUSSE, « État de droit, Communauté de droit et Union de droit face à l'ordre public et à la sécurité intérieure », in Joël Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuité et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 459-492 ; Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTD eur.* 2002, p. 1-26 ; Caroline PICHÉRAL, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », *J.-Cl. Europe*, fasc. 452, 27 juin 2002 ; Yves GAUTHIER, V° « Ordre public », *Rép. dr. eur.*, août 2004 ; Sacha PRECHAL et Natalya SHELKOPLYAS, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond », *ERPL* 2004, p. 589-611 ; Caroline PICHÉRAL, « Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public », *J.-Cl. Europe*, fasc. 650, 5 février 2007 ; Catherine KESSEDJIAN, « Public Order in European Law », *Erasmus Law Review* 2007, p. 27-36 ; Marie GAUTIER, « L'ordre public », in Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 317-329 ; Delphine DERO-BUGNY, « L'ordre public national sous influence du droit de l'Union européenne », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 175-186 ; Stéphanie FRANCO, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », in Catherine Kessedjian (dir.), *Autonomie en droit européen*, éd. Panthéon-Assas, Colloques, 2013, p. 223-242. Sur ce sujet, il faut aussi faire état des nombreuses études consacrées, plus spécifiquement, à l'incidence du droit de l'Union sur les mécanismes désignés sous le vocable « *ordre public* » ou d'autres expressions proches en droit international privé. V. singulièrement : Marc FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 9-282 ; Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Trav. Com. fr. DIP* 2002-2004, p. 65-116 ; Etienne PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt et Etienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 117-143 ; Jürgen BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55-74 ; Delphine ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Th. dactyl. Cergy-Pontoise, 2006 ; Ioanna THOMA, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Mohr Siebeck, 2007 ; Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617-632 ; Marc FALLON, « L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », in *Mél. Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 331-341 ; Petra HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre Etats membres et Etats tiers », in Sandrine Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers*, Litec, coll. Colloques et débats, 2009, p. 65-80 ; Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in Marc Fallon, Paul Lagarde et Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, p. 93-118 ; Ornella FERACI, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012 ; Elena-Alina OPREA, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 2015.

³⁴ Stéphanie FRANCO, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 224.

³⁵ *Ibidem*.

soit parce que les textes européens font expressément référence à la notion, soit parce que tel aspect de droit de l'Union semble correspondre assez évidemment à un des usages de la notion connu en droit étatique. Ainsi, on cite d'abord les « *clauses d'ordre public* » des Traités, par excellence « *l'exception de l'ordre public*³⁶ » qui accompagne chacune des libertés de circulation et, plus récemment, l'article 4, paragraphe 2 TUE, par lequel le Traité de Lisbonne, reprenant en cela une disposition du Traité établissant une Constitution pour l'Europe³⁷, est venu affirmer que l'Union respecte les « *fonctions essentielles* » des Etats membres, « *notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de sauvegarder la sécurité nationale* »³⁸. On poursuit par l'inventaire des « *prolongements*³⁹ » ou « *transpositions*⁴⁰ » en droit de l'Union des fonctionnalités déjà bien identifiées de l'ordre public. Par exemple, en miroir à la notion d'ordre public du droit des contrats, on appelle « *ordre public communautaire* » ou, désormais, « *européen* », les multiples dispositions d'origine européenne s'affirmant comme impératives⁴¹, c'est-à-dire auxquelles les parties ne peuvent déroger⁴². Ou encore, notant que l'objectif d'institution d'un espace de liberté, de sécurité et de justice s'est accompagné de l'attribution à l'Union de compétences en matière pénale, on pronostique l'émergence d'un « *ordre public européen* », au sens sécuritaire du terme⁴³.

Cependant, d'usages « *principaux* » ou « *secondaires* » de la notion d'ordre public, en usages « *délitescents* »⁴⁴, on finit par ne plus bien savoir où fixer la limite.

³⁶ V. Denis WAELBROECK et Jan BOUCKAERT, V° « Ordre public (Exception de l'–) », in Ami Barav, Christian Philip et Chaira Boutayeb, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 733-739.

³⁷ Art. I-5 TECE.

³⁸ Plus en détail sur ces « *clauses d'ordre public* », v. *infra* n°s 308-319.

³⁹ Pour reprendre l'expression de Mme POILLOT-PERUZZETTO (« Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 70 et s.).

⁴⁰ Selon une formule empruntée à M. BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. p. 359 et s.).

⁴¹ V. ainsi François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Précis, 2013, n° 374, p. 420 ; Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « L'ordre public », in Yves Lequette et Laurent Leveneur (dir.), *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473-494, spéc. n° 25, p. 491-492. Sur cet usage doctrinal, v. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 177 et 180.

⁴² Sur l'impérativité, v. *infra* n°s 256-258.

⁴³ V. Marcel SOUSSE, « État de droit, Communauté de droit et Union de droit face à l'ordre public et à la sécurité intérieure », *op. cit.*, spéc. p. 492 ; Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *op. cit.*, spéc. p. 21 et s. ; Yves GAUTHIER, V° « Ordre public », *Rép. dr. eur.*, août 2004, spéc. n° 51 et s.

⁴⁴ Pour reprendre la classification de M. BODEN, mentionnée *supra*, n° 3.

Fascination pour l'ordre public aidant⁴⁵, on s'essaie à des comparaisons osées. Les dérogations permises à la libre circulation, en permettant aux États membres de faire échec au droit de l'Union, n'opèrent-elles pas de la même manière que l'exception d'ordre public international⁴⁶ ? Peut-être même n'est-il pas interdit de voir dans le principe de primauté, qui commande d'écarter l'application du droit national contraire au droit de l'Union, la réplique du vénérable mécanisme de droit international privé⁴⁷. À ce compte-là, c'est assurément tout le droit de l'Union qui serait « *d'ordre public* »⁴⁸.

Sans aller jusque-là, il n'est pas rare que les études consacrées à l'ordre public en droit de l'Union européenne adoptent une conception large de leur sujet. Passant insensiblement d'une approche par la technique à une approche par le « *contenu* »⁴⁹, où la notion d'ordre public « *recouvre toujours la défense de droits et de principes essentiels à un ordre juridique*⁵⁰ », on finit par attirer sous l'intitulé « *ordre public en droit de l'Union* » toute question perçue comme étant sensible, de la défense par les États membres de leurs spécificités nationales, à la protection par l'Union de sa monnaie⁵¹, en passant par la promotion, tous ordres juridiques confondus, des droits fondamentaux.

7. De fait, il n'est pas toujours aisé de déterminer ce qui relève des domaines respectifs de l'ordre juridique de l'Union et de l'ordre juridique national. C'est là un deuxième vecteur d'incertitude : le flou de l'ordre public se trouve, dans le contexte de la construction européenne, démultiplié par l'enchevêtrement inextricable des ordres juridiques. Par exemple, l'interprétation faite par la Cour de justice des « *clauses d'ordre public* » ménagées au bénéfice des autorités nationales, aussi bien dans le cadre de la libre circulation des biens et des personnes que dans le contexte de

⁴⁵ V. *supra* n° 4.

⁴⁶ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *loc. cit.*

⁴⁷ Sylvaine POILLOT-PERUZETTO, « Ordre public et droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 181 ; du même auteur, mais de manière plus nuancée, v. « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 70-71 ; Marie-Chantal BOUTARD-LABARDE, « L'ordre public en droit communautaire », *op. cit.*, spéc. p. 181.

⁴⁸ Pour une appréciation critique de l'analogie, v. Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », *op. cit.*, n°s 2-4 ; Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, *op. cit.*, n° II-155.

⁴⁹ Sur ces deux approches, v. *infra* n°s 12-20.

⁵⁰ Telle est par exemple l'approche retenue par Stéphanie FRANCO (« L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *op. cit.*), qui se revendique de « *la conception intuitive de l'ordre public* » (p. 227).

⁵¹ Constitutive, selon M. KARYDIS (*op. cit.*, p. 14), d'un « *ordre public monétaire* » européen.

la circulation des décisions dans l'espace judiciaire européen, donne lieu à des analyses divergentes en doctrine. Prenant argument de ce que les États membres demeurent en principe libres de décider quelles sont les exigences de leur ordre public⁵², certains diront que la Cour n'a jamais donné de définition de l'ordre public⁵³ ou encore que la notion d'ordre public constitue un « *renvoi au droit national*⁵⁴ ». Relevant que la Cour se déclare cependant compétente pour exercer un contrôle sur les limites dans lesquelles les États membres peuvent recourir à ces mécanismes⁵⁵, d'autres n'hésitent pas, au contraire, à évoquer une notion « *autonome*⁵⁶ » ou encore « *véritablement communautaire*⁵⁷ » de l'ordre public. Il est aussi des partisans d'une voie conciliatrice : l'ordre public serait, dans ce cadre, une notion « *mixte*⁵⁸ », car européenne par son contenant et nationale par son contenu⁵⁹,

⁵² V., en matière de libre circulation des personnes : CJCE, 4 décembre 1974, *Van Duyn*, aff. 41/74, pt. 18 : « *Il n'en reste pas moins que les circonstances spécifiques qui pourraient justifier d'avoir recours à la notion d'ordre public peuvent varier d'un pays à l'autre et d'une époque à l'autre, et qu'il faut ainsi, à cet égard, reconnaître aux autorités nationales compétentes une marge d'appréciation dans les limites imposées par le traité* » ; CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, pt. 26 : « *Pour l'essentiel les États restent libres de déterminer conformément à leurs besoins nationaux, les exigences de l'ordre public et de la sécurité publique* ». En matière d'efficacité des décisions : CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, pt. 22 : « *[L]es États contractants restent, en principe, libres de déterminer, en vertu de la réserve inscrite à l'article 27, point 1, de la convention, conformément à leurs conceptions nationales, les exigences de leur ordre public [...]* ».

⁵³ V. Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public », *op. cit.*, n° 22. V. aussi Eleanor SHARPSTON, conclusions présentées le 12 février 2015 dans l'affaire *Zh. et O.*, (CJUE, 3^e ch., 11 juin 2015, C-554/13), pt. 35 qui relève qu'il n'existe pas, en droit de l'Union, « *de définition exhaustive de la notion d'ordre public* ».

⁵⁴ Loïc AZOULAI, « Autonomie et Antinomie du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA*, 5 oct. 2004, p. 4 ; Anne RÖTHEL, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », in Karl Riesenhuber (dir.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, De Gruyter Recht, 2006, p. 274-291, spéc. n° 13, p. 280.

⁵⁵ En matière de libre circulation des personnes, les arrêts *Van Duyn* et *Rutili* précités soulignent à ce titre que « *dans le contexte communautaire et, notamment, en tant que justification d'une dérogation aux principes fondamentaux de l'égalité de traitement et de la liberté de circulation des travailleurs [la] notion [d'ordre public] doit être entendue strictement, de sorte que sa portée ne saurait être déterminée unilatéralement par chacun des États membres sans contrôle des institutions de la Communauté* ». En matière d'efficacité des décisions, le point 23 de l'arrêt *Krombach* (*op. cit.*) insiste particulièrement sur le fait que « *s'il n'appartient pas à la Cour de définir le contenu de l'ordre public d'un État contractant, il lui incombe néanmoins de contrôler les limites dans le cadre desquelles le juge d'un État contractant peut avoir recours à cette notion pour ne pas reconnaître une décision émanant d'une juridiction d'un autre État contractant* ».

⁵⁶ En ce sens, v. Jean-Paul BERAUDO et Marie-Josèphe BERAUDO, « Convention de Bruxelles, Conventioggngns de Lugano et Règlement (CE) no 44/2001. Reconnaissance des décisions juridictionnelles », *J.-Cl. Europe*, fasc. 3040, mars 2010, spéc. n° 80 ; Catherine KESSEDIAN, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1991 et CA Versailles, 26 sept. 1991, *Rev. crit. DIP* 1992, p. 516-527, spéc. p. 525.

⁵⁷ Horatia MUIR WATT, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481-497, spéc. n° 3, p. 490.

⁵⁸ V. Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public », *op. cit.*, n°s 12-13.

⁵⁹ En ce sens, v. Sylvaine POILLOT-PERUZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 74-75, qui évoque un « *contrôle institutionnel* » de la Cour de justice portant sur les « *conditions de recours* » au mécanisme, à l'exclusion d'une définition directe et positive du « *contenu* » de l'ordre public. V. aussi Burkhard HESS « *Urteilsfreizügigkeit und ordre public-Vorbehalt bei Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte und Marktfreiheiten* » (note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98 et CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98), *IPRax* 2001, p. 301-306, spéc. p. 302, qui évoque une « *répartition des compétences* » entre l'ordre juridique européen, qui fixe le « *cadre* », et l'ordre juridique national, qui « *concrétise* » l'ordre public.

encore qu'il ne soit pas exclu que, à la faveur de l'eupéanisation du contenant, s'opère une eupéanisation « *en creux*⁶⁰ » du contenu.

Les hésitations que suscite l'intrication des ordres juridiques trouvent une illustration supplémentaire à propos de l'« *ordre public* » du droit des contrats. S'il est indéniable que, pour prendre cet exemple, c'est un texte européen, l'article 101, paragraphe 2 TFUE, qui frappe de nullité les accords portant entente prohibée, est-il pour autant permis de parler d'« *ordre public européen* » sans autre précision ? On sait pourtant que le régime de cette nullité relève, pour l'essentiel, de l'autonomie procédurale nationale⁶¹, qu'il n'y a pas, pour reprendre le mot d'un auteur, de théorie générale de la nullité européenne⁶². Ne faut-il pas alors considérer, à l'instar de Mme POILLOT-PERUZZETTO, que lorsque le droit de l'Union se veut impératif, « *d'ordre public* », il ne prend ce caractère que par application de l'article 6 du code civil⁶³ ?

Où fixe-t-on le critère de délimitation entre les ordres juridiques en présence ? Est-ce seulement possible de le faire, compte tenu de la pluralité des modes d'influence du droit de l'Union, de l'intensité variable de celle-ci⁶⁴ et de la diversité des notions d'ordre public à laquelle elle s'applique ? Pour être usuelle, l'opposition entre ordre public « *national* » et ordre public « *eupéen* » paraît bien fruste. Mais c'est peut-être qu'elle est moins destinée à rendre exactement compte du droit positif qu'à frapper les esprits.

8. Il est en effet important de remarquer que l'étude de l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union ne s'effectue pas dans un vide clinique propice à l'objectivité, mais, bien au contraire, dans un contexte de crispation, chacun revendiquant, du côté européen et du côté national, « *son* » ordre public. C'est le

⁶⁰ Pour reprendre l'expression de Mme POILLOT-PERUZZETTO, « *Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire* », *op. cit.*, p. 176.

⁶¹ Sur ce point, v. notamment Rafaël AMARO, *Le contentieux privé des pratiques anti-concurrentielles*, Bruylant, coll. Concurrences, 2014, spéc. n^{os} 15, 631 et s.

⁶² François VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, préf. Gérard Légier, PUAM, 2004, n^o 755. L'auteur y voit une « *lacune de construction* » du droit de l'Union.

⁶³ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « *Ordre public et droit communautaire* », *op. cit.*, p. 181 : « *Sans doute eût-il été plus convaincant de commencer par le caractère impératif des règles communautaires pour prouver l'existence d'un ordre public communautaire [...] : la norme communautaire nie en effet tout espace à l'autonomie de la volonté. Mais, encore une fois, une telle assimilation ne peut se faire que du point de vue du droit national et sur le fondement de l'art. 6 c. civ. [...]. Ce n'est donc pas le droit communautaire qui se qualifie lui-même de règles d'ordre public, mais bien la norme nationale qui l'intègre* ». Pour une analyse approfondie et systématique des modalités d'intégration des règles européennes destinées aux contractants dans les ordres juridiques nationaux, v. aussi Delphine ROOZ, *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, Thèse dactyl., Université Paris I, 2012.

⁶⁴ Sur ces différents modes d'eupéanisation, v. *infra* n^{os} 63-76.

troisième vecteur d'incertitude : la fascination, l'attrait irrésistible qu'exerce la notion d'ordre public⁶⁵ se trouve, dans le contexte de la construction européenne, démultiplié par la mise en tension constante des deux pôles, européen et national.

Or, dès l'instant où l'on définit l'ordre public comme les valeurs et les principes qui constituent le « *noyau dur*⁶⁶ » d'un ordre juridique, le conflit s'annonce *a priori* comme irréductible. À ce titre, du côté européen, on pointe le caractère délétère qu'aurait l'ordre public national pour l'intégration⁶⁷, tandis que, constatant les progrès de cette dernière, on affirme l'existence d'un ordre public de l'Union « *en gestation*⁶⁸ », on revendique pour elle « *le droit de se réclamer de son propre trésor de valeurs juridiques et de principes de haut rang*⁶⁹ ». Symétriquement, du point de vue de l'État membre, l'intégration passe pour être, par essence, négatrice de l'ordre public national. Il est intéressant, à cet égard, de remarquer que la métaphore équestre est également utilisée pour rendre compte des caractéristiques de la « *méthode communautaire* », décrite comme une « *bride commune, afin de préserver les États membres de l'Union de tendances congénitales à la déviation, à l'intérieur et en dehors de leurs frontières, comme s'il s'agissait de chevaux que leur élan pousse vers le précipice*⁷⁰ ». L'intégration consisterait, en somme, à mettre le « *cheval ombrageux* » au pas. Dans le contexte de l'après-Lisbonne, la problématique de l'ordre public a, qui plus est, pris une nouvelle dimension. Encouragée par la « *philosophie pro-étatique*⁷¹ » du Traité, on assiste depuis quelque temps à une « *dramatisation* » des revendications des États membres⁷², dont atteste en particulier le renforcement de la clause d'identité nationale à l'article 4, paragraphe 2 TUE⁷³.

⁶⁵ V. *supra* n° 4.

⁶⁶ V., parmi tant d'autres, Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 621.

⁶⁷ V. singulièrement la communication de la Commission faite dans la perspective du « *reformatage* » de la Convention de Bruxelles en règlement, selon laquelle l'exception d'ordre public qu'elle contient serait « *en porte à faux par rapport au processus d'intégration européenne* » (*Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne*, COM (97) 609 final, JO C 33 du 31 janvier 1998, p. 3, spéc. n° 20, p. 9)

⁶⁸ Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 618.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 622-623.

⁷⁰ Nikos SCANDAMIS, *Le paradigme de la gouvernance européenne*, Bruylant, 2009, p. 49.

⁷¹ Pour reprendre la formule de Fabienne GAZIN, obs. sous CJUE 3^e ch., 18 fév. 2015, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-463/13, *Europe* 2015, comm. 112.

⁷² Ainsi que le remarquait le Professeur RITLENG (« Les États membres face aux entraves », in Loïc Azoulai (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 303-324, spéc. p. 306), à propos des arguments en défense des États membres dans le cadre du contentieux des libertés de circulation.

⁷³ Sur ce renforcement, v. *infra* n° 315.

9. Ce contexte de crispation a bien été perçu par la doctrine avec pour résultat paradoxal que, au moment même où le point de non-retour paraissait atteint, l'ordre public, initialement perçu comme le lieu de cristallisation des conflits, l'est aujourd'hui comme le point de convergence des conceptions fondamentales nationales et européennes. Le thème du « *pluralisme ordonné*⁷⁴ » est dans l'air du temps.

En 2002, dans sa communication au Comité français de droit international privé sur l' « ordre public et les lois de police dans l'ordre communautaire »⁷⁵, Mme POILLOT-PERUZZETTO suggérait que le temps n'était plus où l'intégration pouvait (et devait, sans doute) s'affirmer uniquement par voie de « *principes institutionnels hiérarchiques*⁷⁶ », qu'au contraire serait venu celui de la recherche de « *nœuds de coordination*⁷⁷ ». Dans cette perspective, on a redécouvert l'ordre public. Non plus la face sombre de ce dernier, le monde de « *pouvoir* » et de « *limitation* » des libertés que l'on évoquait plus haut⁷⁸, mais un ordre public de lumière en quelque sorte. Un ordre public qui, représenté par excellence par l'ordre public du droit international privé, se fait le régulateur, jette des ponts entre des axiologies différentes⁷⁹. À cet égard, il est significatif que les deux thèses jusqu'à présent consacrées à l'ordre public en droit de l'Union, si elles se sont toutes deux également attachées à démontrer l'existence d'un « *concept spécifiquement européen d'ordre public* », aient rendu compte de ce dernier en des termes assez remarquablement différents. Au début des années 2000, Mme PICHERAL faisait de son « *ordre public européen* » un instrument de « *dépassement*⁸⁰ » et de « *limitation de la souveraineté*⁸¹ » ; à la fin de

⁷⁴ Pour reprendre le titre du célèbre ouvrage de Mme DELMAS-MARTY, *Les forces imaginantes du droit*, t. II : *Le pluralisme ordonné*, Seuil, 2006.

⁷⁵ *Op. cit.*

⁷⁶ *Ibidem*, p. 97.

⁷⁷ *Loc. cit.*

⁷⁸ *Supra*, n° 4.

⁷⁹ Pour une exploitation de ce thème de l'ordre public coordinateur en droit de l'arbitrage international, v. Homayoon ARFAZADEH, *Ordre public et arbitrage à l'épreuve de la mondialisation. Une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, *op. cit.* En droit de l'Union européenne, v. Stéphanie FRANCO, (« L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *op. cit.*), qui parle de l'ordre public comme de « *l'un de ces mécanismes de connexion, par lesquels les ordres juridiques dialoguent, chacun à leurs propres conditions* », comme d'un « *mécanisme de liaison* » entre ordres juridiques (p. 242). Dans la même veine, François-Xavier MILLET (*L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, av.-propos Jean-Louis Debré, préf. Bruno de Witte et Gérard Marcou, LGDJ, 2013) fait de l'identité constitutionnelle nationale, souvent rapprochée de l' « *ordre public* », une « *une notion charnière entre les ordres juridiques* », de nature à « *favoriser la convergence* » entre l'échelon national et l'échelon européen (p. 323).

⁸⁰ Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 17 et 155

la décennie, M. CORTHAUT faisait du sien le moyen de réaliser la devise l'Union : « *Unis dans la diversité* »⁸². L'évolution, à quelques années d'intervalle, est sensible.

10. Le projet qui consiste à rechercher une meilleure coordination entre les ordres juridiques en présence est assurément stimulant sur le plan théorique et opportun sur le plan pratique. Simplement, pour utiliser le « *concept d'ordre public européen* » à cette fin, encore faudrait-il déjà se convaincre qu'il existe un « *concept d'ordre public* » tout court. Aussi bien, si l'objectif de cette thèse est également, dans le contexte de crispation décrit, de dépassionner le débat, de ramener tant les revendications européennes que les revendications nationales à leurs justes proportions, le programme qu'elle s'assigne pour y parvenir est tout autre.

Ambitionnant d'opérer une systématisation des différents phénomènes juridiques qui, historiquement en droit national et maintenant aussi en droit de l'Union, sont habituellement désignés sous le vocable « *ordre public* », cette thèse se donne un objet qui, à la fois, est plus vaste et se situe en amont de celui des études qui s'interrogent sur l'existence d'un « *concept d'ordre public européen* ». Elle se propose, en un mot, de reprendre le travail à la racine en étudiant l'ordre public lui-même, sinon tout à fait indépendamment du caractère « *national* » ou « *européen* » qu'on estime devoir reconnaître à l'une des occurrences de la notion ou à l'un des aspects de cette occurrence, du moins sans donner le primat à ce caractère.

Il y a, dans ce programme, un double parti pris méthodologique qu'il convient maintenant d'expliquer.

Section II : Les partis pris de l'étude

11. Même décrit de manière synthétique, comme nous venons de le faire et comme il a été fait, plus brièvement encore, à l'orée de cette introduction, l'objet de cette thèse scelle mal les partis pris qu'il postule. Se proposer de mettre en système *les différents phénomènes juridiques habituellement désignés sous l'expression* « ordre public », c'est, à rebours de la tendance qui conçoit l'ordre public comme un contenu

⁸¹ *Ibidem*, p. 368.

⁸² Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, *op. cit.*, p. 450 : « *In essence, the EU ordre public is a key tool for realizing the Unions's unofficial but forceful motto : 'united in diversity'* ».

matériel unitaire, manifester le souci d'appréhender les phénomènes juridiques pertinents comme des techniques juridiques, ce qui conduit à reconnaître leur pluralité. Déclarer vouloir opérer cette systématisation à la lumière *tant du droit national que du droit de l'Union*, c'est, nonobstant l'irréductible (et au demeurant indéniable) spécificité qui est généralement reconnue au droit de l'Union, conférer à ce dernier une vocation égale et, surtout, de nature identique à celle du droit national à faire l'objet de nos investigations.

Ces partis pris doivent être justifiés ; le second en particulier, tant l'idée d'une spécificité du droit de l'Union est ancrée dans les esprits, avec pour conséquence que tout propos qui tendrait à relativiser cette dernière, quel que soit le niveau d'analyse où il se situe, est susceptible d'être rejeté en bloc comme réductionniste. On établira donc successivement la nécessité d'aborder l'ordre public comme une technique (Par. I) et la nécessité de porter un regard que nous qualifierons de « *normalisé* » sur le droit de l'Union (Par. II).

Paragraphe I : Aborder l' « ordre public » comme une technique

12. Dans ses études fondatrices sur l'appréhension de la notion par le droit de l'Union, Mme POILLOT-PERUZZETO suggérait qu'il convenait de distinguer entre « *contenant* » et « *contenu* » de l'ordre public⁸³. Le précepte s'impose en effet structurellement à qui s'emploie à étudier la notion dans ce cadre, où il est constamment nécessaire, ainsi que nous avons déjà pu le constater⁸⁴, de se demander qui fait quoi ; qui, de l'échelon national ou de l'échelon européen dispose du « *contenant* » de l'ordre public, qui en détermine le « *contenu* ». La distinction, cependant, à une portée plus générale : dans sa thèse consacrée à l'ordre public international, Paul LAGARDE invitait déjà ses lecteurs à « *renoncer à voir dans l'ordre public autre chose qu'un procédé technique* »⁸⁵.

⁸³ Explicitement en ces termes, v. Sylvaine POILLOT-PERUZZETO, « L'ordre public international en droit communautaire. A propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299-313, spéc. p. 307 : « *La construction communautaire d'un ordre public international progresse par deux phases successives : la première est celle de la reconnaissance du concept, du contenant, la deuxième étant celle de la détermination de son contenu* ». Nous soulignons.

⁸⁴ *Supra* n° 7.

⁸⁵ Paul LAGARDE, *Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé*, préf. Henri Batiffol, LGDJ, 1959, p. 184-185 : « *Comment admettre* », poursuivait l'auteur, « *que seule la règle de conflit soit une règle indirecte, et que l'ordre public soit une règle de droit matériel ?* ». Il lui semblait au contraire « *plus logique* » de leur reconnaître à tous les deux « *la même nature strictement technique* ».

Approcher l'ordre public par le « *contenant* » ou comme une technique ne signifie pas, cependant, mettre totalement le « *contenu* » de côté. Le « *contenant* » n'est en effet qu'une entrée. Aussi bien, s'attachera-t-on à définir les implications positives de cette approche (A), avant de préciser, négativement, ce qu'elle n'implique pas (B).

A. Définition positive du précepte

13. Peu de mots suffiront à rendre compte positivement l'approche de l'ordre public par le « *contenant* ». Il s'agit de distinguer, au moins à titre didactique, les considérations que les phénomènes désignés sous l'expression « *ordre public* », tendent à protéger, des moyens techniques de cette protection, pour se concentrer, dans un premier temps, sur ces derniers.

14. De manière très pragmatique, le choix d'une approche par le contenant se présente comme la plus fructueuse, dans l'optique d'une entreprise de systématisation, dans la mesure où la technique constitue la dimension à la fois *la plus accessible* et *la plus discriminante* des phénomènes observés. Il suffit, pour s'en convaincre de constater les impasses auxquelles conduit l'approche opposée, qui consisterait à prendre le contenu pour entrée.

Prendre pour point de départ un ordre public défini comme recouvrant les « *droits et principes essentiels à un ordre juridique*⁸⁶ » ou encore le « *noyau dur*⁸⁷ » de ce dernier c'est, en effet, d'une certaine façon, se condamner à se heurter à la relativité, si souvent soulignée⁸⁸, de l'ordre public. Le « *contenu* » ainsi définit, l'est en réalité bien peu puisqu'il varie inéluctablement en fonction du lieu et de l'époque, mais aussi des circonstances de la situation envisagée⁸⁹ et, peut-être, de la subjectivité de l'auteur de la norme⁹⁰. Formant, pour reprendre les mots de Paul ROUBIER, « *l'aspect extérieur*⁹¹ » sous lequel les considérations protégées par le droit se présentent au juriste, la technique juridique apparaît au contraire comme un objet bien plus tangible pour le chercheur.

⁸⁶ V. *supra* n° 7.

⁸⁷ V. *supra* n° 8.

⁸⁸ V. *supra* n° 2.

⁸⁹ Sur ces aspects, v. *infra* nos 395, 410-412 et la n. 1417.

⁹⁰ Sur cet aspect, v. *infra*, spéc. nos 394-395 et 423.

⁹¹ *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Sirey, 1951, rééd. préf. David Deroussin, Dalloz, 2005, spéc. p. 87.

Surtout, en se focalisant sur ce « *noyau dur* », l'approche par le contenu se trouve conduite, lorsqu'elle s'enracine dans une étude un tant soit peu transversale de l'ordre public, à minimiser les différences éventuelles entre les phénomènes juridiques observés. De fait, les auteurs qui mettent l'accent sur le contenu, adoptent une conception « *unitive*⁹² » de l'ordre public, alors que les auteurs qui donnent le primat au contenant constatent au contraire « *la pluralité* » des notions que recouvre cette expression, quitte à effectuer ensuite des recoupements⁹³ : dans les différentes branches du droit, et même parfois au sein d'une même branche du droit, l'expression « *ordre public* » désigne des techniques juridiques bel et bien distinctes.

En offrant une prise relativement stable sur cette « *masse mouvante et a priori indifférenciée de phénomènes*⁹⁴ » que constitue la réalité observée et en permettant d'y effectuer, au moins à titre provisoire, des distinctions, l'entrée par la technique se présente ainsi une base utile de systématisation.

15. Précision terminologique. – Tirant les conséquences du choix de cette entrée, nous parlerons, dans la suite des développements, des phénomènes habituellement désignés sous le vocable « *ordre public* » comme de « *mécanismes* », nous inspirant en cela de la pratique du droit international privé⁹⁵. D'un point de vue terminologique, c'est rigoureusement de « *mécanismes usuellement désignés sous l'expression ordre public* » qu'il faudrait parler⁹⁶. Cependant, compte tenu de ce que la répétition trop fréquente de cette périphrase aurait de néfaste pour la fluidité du

⁹² V. ainsi Etienne PICARD, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *op. cit.*, p. 57.

⁹³ En ce sens, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance* (*op. cit.*). Constatant l'existence de ce qu'il appelle une « *controverse* » sur la manière de concevoir l'ordre public, laquelle oppose les tenants de « *l'homogénéité* » de la notion aux tenants de son « *hétérogénéité* » (n^{os} 28-31), l'auteur se prononce pour sa part en faveur d'une approche « *pluraliste* », laquelle ne se contente pas d'affirmer les différences entre les emplois de l'expression « *ordre public* » en fonction des contextes, mais ambitionne, en outre, de « *comparer* » et d'« *articuler* » ces différentes notions (n^o 32-33). V. aussi Jean COMBACAU (« Conclusions générales », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 415-434), qui qualifie d'« *intrépide* » l'« *axiome* » consistant à considérer que, sous le même mot « *ordre public* », devait partout se trouver une même chose (p. 421).

⁹⁴ Pour reprendre les termes de Guillaume TUSSEAU, « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA* 2009, p. 641, spéc. n^o 1.

⁹⁵ Habités qu'ils sont à raisonner en amont de la résolution du litige au plan substantiel, les internationalistes parlent en effet de « *mécanismes* », aussi bien pour désigner la technique de principe de résolution du conflit de lois qu'est la règle bilatérale, que les dérogations qu'y apportent l'exception d'ordre public et le jeu des lois de police. Pour un exemple en droit positif concernant ces mécanismes dérogatoires, v. les considérants 37 du règlement *Rome I* sur la loi applicable aux obligations contractuelles et 32 du règlement *Rome II* sur la loi applicable aux obligations non contractuelles : « *Des considérations d'intérêt public justifient, dans des circonstances exceptionnelles, le recours par les tribunaux des États membres aux mécanismes que sont l'exception d'ordre public et les lois de police* ». (Nous soulignons).

⁹⁶ Sur l'importance des usages linguistiques dans le cadre d'une étude ayant trait à l'ordre public, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, spéc. n^{os} 21 et 61.

propos, nous parlerons le plus souvent, *brevitatis causae*, de « *mécanismes d'ordre public* ». Il convient cependant de garder à l'esprit que l'étiquette « *ordre public* » ainsi apposée sur tel ou tel phénomène de droit positif l'est, non pas pour dénoter ce qui serait l'essence de ce dernier, mais uniquement parce que l'usage le veut ainsi.

Ayant justifié et défini positivement ce qu'impliquait d'approcher l'ordre public par le contenant, il est maintenant impératif de préciser ce que ce choix n'implique pas.

B. Définition négative du précepte

16. Contrairement à ce qu'on pourrait en conclure un peu trop hâtivement, le choix d'une entrée par la technique n'implique ni d'adopter une conception « *fonctionnelle* » de l'ordre public (1), ni d'exclure d'apporter considération au contenu (2).

1) *Approche par la technique et conception fonctionnelle de l'ordre public*

17. « **Fonction de l'ordre public** » au sens courant. – En soi, parler de « *fonction* » de l'ordre public n'a rien de répréhensible. Bien plus, parler, comme on le fait souvent, d'« *ordre public pris dans sa fonction d'encadrement de l'autonomie de la volonté* », en droit des contrats, d'« *ordre public pris dans sa fonction d'éviction de la loi étrangère* », en droit des conflits de lois dans l'espace, ou encore d'« *ordre public pris dans sa fonction de limitations des libertés publiques* », en droit public, peut être vu comme une manière de rendre compte, à un niveau de généralité particulièrement élevé, de cette dimension technique des phénomènes que nous invitons à l'instant à utiliser comme point de départ.

Toutefois, par un glissement de sens, la référence à la notion de « *fonction* » tend, en droit en général et à propos de l'ordre public en particulier, à être comprise comme un ralliement à la théorie dite des « *notions fonctionnelles* », introduite par VEDEL, et, corrélativement, à une « *approche exclusivement fonctionnelle* » de l'ordre public, laquelle mérite de faire l'objet d'une appréciation critique.

18. « Fonction de l'ordre public » au sens védélien. – Développée en droit administratif par le Doyen VEDEL⁹⁷, l'opposition entre notions conceptuelles et notions fonctionnelles s'énonce ainsi : les notions conceptuelles, telles que « fonctionnaire » ou « commune », « peuvent recevoir une définition complète selon les critères logiques habituels et leur contenu est abstraitement déterminé une fois pour toutes » ; « [l]'utilisation de toutes ces notions dépend de leur contenu » et non l'inverse. Au contraire, les notions fonctionnelles, telles que « voie de fait » ou « acte de gouvernement », « sont différemment construites. Elles procèdent directement d'une fonction qui leur confère seule une véritable unité » ; « elles ne sont pour ainsi dire jamais achevées, [...] leur contenu ne peut être épuisé par une définition »⁹⁸.

La justesse de l'intuition sous-jacente à cette construction, selon laquelle il existe des notions à contenu moins déterminé que d'autres et qui trouve aujourd'hui un prolongement dans la théorie dite du « standard »⁹⁹, mérite d'être soulignée. A cet égard, on comprend que, ayant consacré sa thèse à ce standard par excellence qu'est l'ordre public international, le Professeur LAGARDE ait importé le théorie védélienne du droit administratif au droit international privé, en déclarant que « l'ordre public est le type même de notion fonctionnelle » et que « seule importe [...] la recherche de sa fonction¹⁰⁰ ». Aujourd'hui, les ralliements implicites ou explicites à la théorie védélienne ne se comptent plus¹⁰¹.

Reste que, probablement consciemment, le programme de la théorie védélienne ou d'une « conception strictement fonctionnelle de l'ordre public » force le trait¹⁰² et n'est pas, à ce titre, applicable à l'état pur.

19. En effet, ainsi que M. BODEN l'a montré, à le suivre dans ses ultimes développements, ce programme revient à amputer le raisonnement juridique de l'une

⁹⁷ Georges VEDEL, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires », *JCP G* 1948, I, 682 ; *idem*, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.

⁹⁸ Georges VEDEL, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *op. cit.*, n° 4.

⁹⁹ Sur laquelle, v. *infra* n°s 398-426.

¹⁰⁰ Paul LAGARDE, *Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.*, n° 177, p. 175.

¹⁰¹ Pour une recension dont l'auteur souligne le caractère non exhaustif, v. Guillaume TUSSEAU, « Critique d'une métanotion fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA* 2009, p. 641, spéc. n° 17.

¹⁰² Les propos des deux auteurs que nous venons de citer ne sont d'ailleurs pas totalement exempts de nuances. On relèvera ainsi que VEDEL lui-même écrivait, à propos des notions « conceptuelles », « qu'on pourrait dire encore que ce ne soit pas souhaitable qu'elles soient indépendamment de ce à quoi elles servent » (*loc. cit.*, nous soulignons) De même, dans le passage cité, Paul LAGARDE n'entendait se concentrer sur la recherche de la « fonction » de l'ordre public international que « pour le moment » (*loc. cit.*).

de ses composantes, soit la constatation des effets si la notion est « *conceptuelle* », soit la vérification des conditions, si, comme on le prétend pour l'ordre public, la notion est « *fonctionnelle* ». Pratiquement, adopter une approche purement fonctionnelle de l'ordre public, ce serait s'interdire de jamais mentionner les hypothèses dans lesquelles les mécanismes désignés sous ce nom interviendraient¹⁰³.

Conscient de cette limite, la plupart des auteurs déclarent étudier l'ordre public en croisant approche « *fonctionnelle* », au sens védélien du terme, et approche par le contenu de l'ordre public. Typique de cette conception qu'elle qualifie de « *médiane* » est la définition que Mme PICHERAL donne de son « *ordre public européen* » : il s'agit, nous dit-elle, « *d'une catégorie fonctionnelle en charge des valeurs démocratiques et des valeurs économiques libérales nécessaires à l'intégration, mais relative selon les effets qu'ont lui fait porter* »¹⁰⁴. Le procédé est astucieux, cependant, il ne faut pas se cacher que c'est là dénaturer la théorie de l'éminent auteur, en associant des approches que ce dernier avait posées comme étant exclusives l'une de l'autre. Autant, donc, changer purement et simplement de terminologie.

A ce titre, en ne faisant de la technique juridique qu'une entrée, l'approche par le contenant que nous proposons a l'avantage de corriger la « *conception exclusivement fonctionnelle de l'ordre public* » et l'approche par le contenu dans ce qu'elles ont chacune d'excessif. Il est temps, désormais, de préciser la place que nous entendons réserver au contenu.

2) *Approche par la technique et place ménagée au contenu*

20. Aborder l'ordre public par le contenant ne saurait signifier l'exclusion de toute attention portée au contenu.

En effet, si la distinction entre contenant et contenu que nous avons faite nôtre a une grande vertu didactique, elle n'est vraie que jusqu'à un certain point : les « *mécanismes* » d'ordre public intègrent bel et bien ce contenu, dans la mesure où il existe, en principe, un lien d'adéquation entre la technique mise en œuvre et les

¹⁰³ Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, spéc. n. 10, p. 6 et n. 269, p. 132.

¹⁰⁴ Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, op. cit., p. 258.

valeurs que cette dernière a pour objet de protéger. C'est ce lien qu'a pour objet de vérifier le contrôle dit de proportionnalité de l'intervention publique dans la sphère d'autonomie individuelle, au regard des libertés de circulation et des droits fondamentaux de l'Union, notamment¹⁰⁵.

En conséquence, sans considération donnée au contenu, l'entreprise de systématisation serait incomplète. Toutefois, cette prise en compte doit s'opérer à un niveau conceptuel bien déterminé, qui consiste à rendre compte de l'existence du jugement de valeurs, sans soi-même y basculer.

Tout d'abord, s'il n'est pas exclu de porter une appréciation sur l'adéquation de la technique mise en œuvre à la fin que cette dernière se propose, en revanche, nous nous abstenons de tout jugement de valeur sur cette fin elle-même. Non pas qu'il soit absolument interdit au juriste de se prononcer sur ce qui est « *socialement désirable*¹⁰⁶ », sur ce qu'il conviendrait ou non de protéger, ou de protéger de manière prépondérante. Simplement, cette prise de position ne relève pas de la tâche d'ordonnement et de mise en système des phénomènes juridiques observables, mais d'une autre fonction de la doctrine que l'on peut qualifier de politique.

Ce premier aspect exclu, deux manières d'aborder le contenu de l'ordre public sont encore envisageables.

Une première consisterait à recenser les hypothèses dans lesquelles les différents mécanismes d'ordre public ont pu trouver à jouer et à regrouper ces dernières selon des critères logiques, notamment par thèmes, plus ou moins précisément définis.

C'est ainsi que, pour s'en tenir à une présentation à grands traits, les civilistes distinguent, parmi les valeurs protégées des atteintes que pourraient leur causer les initiatives des parties, un « *ordre public politique* », formé des « *colonnes de la cité* » que sont « *l'État, la famille, l'individu* », et un « *ordre public économique* »¹⁰⁷ lui-

¹⁰⁵ Pour une formalisation des tests de proportionnalité, v. Marc FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^{ème} éd., Bruylant, 2002, spéc. p. 85-87 et 146-152 ; Laurence IDOT, « Libre circulation : dérogations au principe d'interdiction », *Lamy procédures communautaires*, novembre 2007, étude n° 152, spéc. n° 152-135 et s. Pour une étude récente de la mise en œuvre du principe dans la jurisprudence de la Cour de justice en matière de libre circulation, v. Antonio MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, préf. Horatia Muir Watt, Institut universitaire Varenne, 2014.

¹⁰⁶ Pour reprendre l'expression de CARBONNIER, lorsqu'il opposait « *sciences du droit positif* » et « *science de la législation* » (*Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, Thémis, n° 23).

¹⁰⁷ Jean CARBONNIER, *Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000, n°s 70-71, p. 146-148. Souvent, ce critère thématique se double d'un critère chronologique destiné à rendre compte de la mutation des valeurs (v. par exemple François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.*, n° 376 et s.), tant en

même constitué d'un « *ordre public de direction* » et de « *protection*¹⁰⁸ ». De même, les internationalistes identifient des « *domaines traditionnels* » d'intervention de l'exception d'ordre public international¹⁰⁹ : le droit de la famille et des personnes passe pour l'être, le droit de la responsabilité délictuelle déjà moins. C'est encore une approche thématique qu'adoptent les publicistes lorsqu'ils s'interrogent sur les « *composantes* » de l'ordre public en droit de la police administrative ou en droit constitutionnel, en sus de la trilogie traditionnelle « *sécurité, tranquillité et salubrité publiques* »¹¹⁰. Enfin, c'est à une pure et simple projection de ces distinctions et sous-distinctions que se livre la doctrine qui, s'interrogeant sur l'existence d'un ordre public de l'Union européenne, identifie, tous mécanismes confondus, un ordre public européen d'abord « *économique* », y compris « *monétaire* », puis « *politique et social* » ou encore « *sécuritaire* »¹¹¹.

Une telle démarche est d'une indéniable utilité pratique. Utilité pédagogique d'abord, et, à mesure que le degré de détail de la présentation s'accroît, utilité pour le praticien qui, auteur de la norme juridique ou conseil des parties, y trouvera un moyen de se renseigner, au moins par analogie, sur le système de valeurs de la société en cause¹¹².

Telle ne sera pas, cependant, l'approche adoptée. D'une part parce qu'elle suppose, pour être véritablement utile, une connaissance approfondie du système juridique en cause et elle trouve ainsi davantage sa place dans le cadre d'une étude sectorielle¹¹³, quand cette thèse se donne un objet tout à fait transversal. D'autre part, et surtout, un tel exposé ne vaut que sous les réserves d'usage, liées à la mutabilité des valeurs, l'incidence des circonstances dans lesquelles les mécanismes d'ordre public

matière économique, où il est classique d'opposer un ordre public d'inspiration dirigiste à un ordre public d'inspiration néo-libérale, qu'en matière extrapatrimoniale, où l'on souligne l'essor de l'individualisme.

¹⁰⁸ Nous reviendrons plus en détail sur cette distinction *infra* n° 283.

¹⁰⁹ V. par exemple Yves-Edouard LE BOS, *Le renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, préf. Horatia Muir Watt, Dalloz, 2010, n° 548. Un autre critère, très courant, consiste à distinguer selon le degré de consensus sur la valeur en cause dans le for et/ou à l'échelle internationale : v. par exemple Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2014, n° 465 et s.

¹¹⁰ Sur ce débat, v. *infra* n° 307.

¹¹¹ Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *op. cit.*, spéc. p. 12-26. Pour en exercer récemment de recension de ces valeurs européennes v. Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, *op. cit.*, spéc. la troisième partie.

¹¹² Telle est également la vertu des codes annotés, où l'on pourra trouver, par exemple, sous l'article 3 c. civ., une liste d'exemples de dispositions étrangères jugées conformes ou, au contraire, non conformes à l'ordre public international français et, par matières, de dispositions du for qualifiées de lois de police.

¹¹³ On peut ici renvoyer aux thèses relatives à l'ordre public, qui se donnent pour entrée un domaine matériel particulier, v. pour se limiter à des exemples récents de droit privé : Juliette MÉADEL, *Les marchés financiers et l'ordre public*, préf. Michel Germain, LGDJ, 2007 ; Frédérique NIBOYET, *L'ordre public matrimonial*, préf. Janine Revel, LGDJ, 2008 ; Nicolas BORGA, *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, préf. Stéphanie Porchy-Simon, Dalloz, 2009.

interviennent et la part de subjectivité qui président à leur mise en œuvre. Aussi bien, si elle est certainement œuvre de rationalisation, cette recension n'est pas à proprement parler systématisation.

Au contraire, une entreprise de systématisation doit, avec la relative fixité qu'elle suppose, non pas rendre compte des jugements de valeurs eux-mêmes, de leur substance, mais de leur localisation exacte dans le processus d'intervention des mécanismes d'ordre public et des facteurs qui influent sur leur production¹¹⁴.

Autrement dit, intégrer le contenu dans une entreprise de systématisation des mécanismes d'ordre public, c'est par le recours à des concepts, propres ou non à la science du droit, « serrer au plus près » des jugements de valeurs que ces mécanismes appellent.

Se trouve ainsi exposé le premier aspect de notre programme, consistant à faire œuvre de systématisation à propos de l'ordre public, y compris en droit de l'Union. On sait désormais que, pour faire œuvre de systématisation à propos des mécanismes juridiques désignés sous ce terme, il convient, en premier lieu, de distinguer ces derniers à raison de leur contenant, et, en second lieu, de ne s'intéresser à leur contenu qu'à un niveau conceptuel tel qu'il permette d'assumer la variabilité de ce contenu, sans pour autant s'y heurter. Il convient maintenant d'exposer le second aspect du programme, tenant à considérer, dans la perspective d'une systématisation de l'ordre public, le droit de l'Union comme un objet d'étude comme les autres.

Paragraphe II : Normaliser le regard porté sur le droit de l'Union

21. Une « réaction à ». – La nécessité d'aborder le droit de l'Union sur un mode normalisé ne peut se comprendre que comme une « réaction à » une tendance observable dans la littérature consacrée aux relations entre la notion d'ordre public et

¹¹⁴ *Comp.* Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2008, n° 317, qui, abordant la question de la détermination du contenu protégé par l'exception d'ordre public international et le mécanisme des lois de police, qu'il appelle « élément de référence », insiste sur le fait qu'il ne s'agit pour lui « en aucune manière, de dire quels sont les éléments de référence qui interviennent lors de la mise en œuvre des mécanismes étudiés, mais bien plutôt de savoir ce que sont ces éléments de référence » (c'est l'auteur qui souligne). *Adde* : Paul LAGARDE (*Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé, op.cit.* p. 7), qui, cherchant une formule générale de l'ordre public en droit international privé posait un précepte d'investigation selon lequel la question à laquelle il devait répondre était celle de savoir en quoi consiste une situation dans laquelle l'ordre public doit intervenir, et non pas celle de savoir quelles sont ces situations.

le droit de l'Union¹¹⁵. Cette tendance consiste à rendre compte de l'appréhension de la notion par le droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire, soit qu'on dramatiser les conséquences de cette appréhension sur « *l'ordre public national*¹¹⁶ », ou, au contraire, qu'on sublime ces dernières comme participant de l'émergence d'un « *ordre public de l'Union*¹¹⁷ ».

Il convient, bien sûr, de se garder de toute généralisation hâtive. Traitant de l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union, tout le monde ne joue pas la dramatisation ou la sublimation, et l'emploi des expressions « *ordre public national* » ou « *ordre public européen* », y compris en droit positif, peut n'être qu'un raccourci commode pour rendre compte de ce qu'on ne pourrait exprimer plus précisément que par une longue périphrase¹¹⁸.

Quand bien même une telle tendance serait effectivement décelable dans tel ou tel développement doctrinal, la nuance s'impose encore, dans la mesure où l'appréhension du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire peut revêtir un degré plus ou moins grand de gravité. Tantôt, il ne s'agira que de rendre compte d'une évolution (avérée) en des termes peut-être un peu trop frappant. Tantôt, et de façon bien autrement critiquable, on suggère l'existence de quelque chose qui n'a pas de réalité en droit positif, en tout cas pas sous la forme alléguée.

Pour toutes ces raisons, ne parlons-nous que de « *tendance* » observable dans la littérature juridique à envisager les relations du droit de l'Union et la notion d'ordre public sur le mode de l'extraordinaire. Et encore, le *caveat* étant fait et le moment de présenter cette tendance plus en détail venu, devons-nous préciser que cette présentation sera schématique, parce que reconstruite à partir de développements qui ne participent pas tous au même titre et avec la même intensité de cette tendance.

¹¹⁵ *Comp.* Christian ATIAS, *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987, p. 56 : « A l'origine d'un effort théorique quelconque, il doit probablement y avoir toujours un certain sentiment d'insatisfaction devant l'état actuel des connaissances ou de leur présentation. [...] La théorie n'est donc pas une nouvelle Minerve sortie toute armée du cerveau tourmenté d'un Jupiter juriste ayant appelé à son secours quelque Vulcain armé d'une hache libératrice. Elle ne se construit pas sur le néant. Elle est prolongement des présentations précédentes ou réaction contre elles ».

¹¹⁶ On a vu, d'ailleurs que ce point de vue était réversible et qu'il arrivait que, considérant l'influence du *droit national* sur le mode de l'extraordinaire, l'on pointe les effets délétères de l'« *ordre public national* » sur l'intégration : *supra* n° 8 et la n. 67.

¹¹⁷ Sur l'usage de cette expression en doctrine, v. *infra* n. 121.

¹¹⁸ En effet, ainsi que nous allons le voir (*infra* n°s 63-76), l'euphémisation de la notion d'ordre public s'opère selon différentes modalités, affectant tantôt le contenu, tantôt le contenant, voire l'identité de l'organe qui met en œuvre le mécanisme d'ordre public, tous ces aspects en même temps ou aucun d'entre eux en particulier. Au regard de la pluralité des combinaisons possibles, obligeant constamment à se demander qui de l'ordre juridique national ou européen détermine quoi et comment, les expressions « *ordre public national* » ou « *ordre public européen* », utilisées sans autre précision, paraissent bien frustes.

A l'exposé schématique (1), succédera l'analyse critique de cette tendance, établissant la nécessité d'envisager la place tenue par le droit de l'Union dans le cadre d'une systématisation de l'ordre public sur un mode, par contraste, normalisé (2).

A. Exposé schématique de la tendance à envisager l'incidence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire

22. Il convient, avant de présenter la tendance à dramatiser ou à sublimer l'incidence du droit de l'Union sur l'ordre public, de souligner que cette tendance, en tant qu'elle est mode de présentation du droit positif, voire expression d'un désir quant à ce que le droit positif devrait être, s'enracine par définition, dans le cadre d'une activité d'ordre doctrinal. Plus précisément, cette tendance est le fait, non seulement de la doctrine académique, mais encore des publications officielles des institutions de l'Union, telles que les conclusions d'avocats généraux¹¹⁹ et les propositions ou communications de la Commission traduisant la réflexion de cette dernière sur les orientations des politiques européennes. A cet égard, on fera remarquer que, si l'usage de l'expression « *ordre public communautaire* » ou, maintenant, « *de l'Union* » ou « *européen* »¹²⁰ est récurrent dans la doctrine¹²¹, telle que nous l'avons délimitée, il est rarissime qu'elle soit utilisée en droit positif avec une portée opératoire¹²².

La précision formelle étant faite, on peut passer à l'exposé au plan substantiel. Pour ce faire, il convient, dans la perspective schématique qui est la nôtre, de reprendre la distinction entre « *contenant* » et « *contenu* » énoncée plus haut, sans se cacher toutefois que, dans l'esprit de ceux qui prennent part, à différents degrés, à la

¹¹⁹ Sur le statut de la production des avocats généraux, v. Laure CLÉMENT-WILZ, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne*, préf. Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2011, spéc. p. 699 et s.

¹²⁰ Une recension quasi-exhaustive des occurrences de l'expression dans la littérature juridique, ainsi que l'analyse des multiples sens qui lui sont (parfois cumulativement) attribués a été faite par Didier BODEN dans sa thèse de doctorat, à laquelle il est ici permis de renvoyer : *op. cit.* p. 276-469.

¹²¹ V. ainsi, pour s'en tenir à des références qui font de la notion l'axe de leurs développements, v. Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.*; Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTD eur.* 2002, p. 1-26 ; Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, *op. cit.* ; et plus particulièrement dans la doctrine internationaliste, v. : Jürgen BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55-74 ; Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617-632 ; Petra HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre Etats membres et Etats tiers », in Sandrine Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers*, Litec, coll. Colloques et débats, 2009, p. 65-80.

¹²² Nous en avons relevé essentiellement deux exemples, qui seront étudiés au titre de la « *limite à l'effet donné au droit étatique dans l'ordre juridique de l'Union* », *infra* n° 210 et s.

tendance à concevoir l'incidence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire, ces aspects sont souvent liés.

23. Incidence sur le contenu. – Envisager l'incidence du droit de l'Union sur le contenu des mécanismes d'ordre public sur un mode de l'extraordinaire, conduit ainsi à constater une *altération* des valeurs antérieurement promues par ce biais au niveau national, ou dont on postule qu'elles seraient promues si l'intégration n'existait pas. On déplore par exemple les « atteintes » portées à « l'ordre public de direction culturel », imposant la rédaction de certains documents contractuels en langue française, par la jurisprudence de la Cour de justice¹²³, qui voit dans ce type d'exigences linguistiques une entrave à la libre circulation¹²⁴.

A l'inverse, et par une sorte d'effet de vase communicant, on constate l'émergence d'un contenu de source européenne que l'on appelle « ordre public de l'Union », sans d'ailleurs toujours distinguer clairement les hypothèses où des valeurs formellement européennes auraient, directement, vocation à être véhiculées par les mécanismes d'ordre public de celles où le droit de l'Union a, indirectement, une incidence sur la sélection et la pondération des valeurs nationales susceptibles d'être ainsi promues¹²⁵.

Typique de cette conception de l'existence d'un ordre public européen autonome, compris comme contenu, est la thèse qui voudrait voir la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international dans le cadre de l'espace judiciaire européen concrétisée de préférence par référence à des droits fondamentaux de source européenne¹²⁶, principes généraux du droit de l'Union ou Charte des droits fondamentaux, depuis que celle-ci bénéficie d'une pleine valeur juridique¹²⁷.

¹²³ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n^{os} 261, p. 291 et 383, p. 430.

¹²⁴ Sur cette jurisprudence, v. Mercedes CANDELA SORIANO, « Les exigences linguistiques : une entrave légitime à la libre circulation ? », *CDE* 2002, p. 9-44 ; pour une application récente, à propos d'exigence dans la rédaction du contrat de travail en néerlandais, v. CJUE, gde ch., 16 avril 2013, *Anton Las*, C-202/11, ECLI : EU : C : 2013 : 239.

¹²⁵ Sur la prise en compte positive de valeurs européennes, v. *infra* n^o 65 ; sur l'incidence négative du droit de l'Union sur les valeurs nationales susceptibles d'être réalisées au titre de l'ordre public, v. *supra* n^o 7, p. 10, *infra* n. 268 et n^o 76.

¹²⁶ Sur l'idée que le standard « ordre public » est concrétisé (notamment) par référence à des règles formalisées, v. *infra* n^{os} 134-141, à propos, spécialement, du standard « ordre public » en droit international privé et *infra* n^o 419-420, à propos des implications argumentatives du recours à la technique du standard « ordre public », en général.

¹²⁷ V. par exemple Laurence SINOPOLI, qui, dans le commentaire à quatre mains de l'arrêt *Gambazzi* (CJCE, 1^{er} ch., 2 avr. 2009, *Gambazzi*, C-394/07) auquel elle a contribué, s'étonne que la Cour de justice n'ait pas fait, dans ce cadre, « clairement référence aux principes généraux du droit, comme elle l'avait fait dans l'arrêt *Krombach* » (Marie NIOCHE et Laurence SINOPOLI, « La Cour de justice et les jugements par défaut anglais : prudence et ambiguïtés », *Gaz. Pal.* 2009, n^o 332, p. 22, spéc. n^o 41). Il s'agit d'une confusion : dans l'arrêt

Poussant cette logique à son extrême, certains s'interrogent même sur l'existence de ce qui serait non plus une simple faculté de l'État requis, mais une obligation de ce dernier de refuser efficacité à une décision rendue en méconnaissance d'un droit fondamental de l'Union¹²⁸.

Enfin, il est parfois question d'« *ordre public européen* », sans que ce contenu soit expressément lié à un ou des mécanismes d'ordre public déterminés, ce qui, volontairement ou non, confère aux valeurs européennes ainsi visées une autonomie plus marquée encore¹²⁹.

Appliquée au contenant, la tendance à envisager l'incidence du droit de l'Union sur les mécanismes d'ordre public sur le mode de l'extraordinaire connaît une gradation similaire, partant de la mise en lumière d'une influence européenne sur des techniques telles qu'on les concevait antérieurement en droit interne, jusqu'à envisager des mécanismes proprement européens.

24. Incidence sur le contenant. – Indéniablement en effet, les différentes modalités d'eupéanisation des mécanismes d'ordre public affectent les conditions de recours et les effets de ces derniers¹³⁰.

Krombach, la Cour de justice a certes bien fait référence au droit d'être entendu tel que consacré par les principes généraux du droit de l'Union, mais à un stade antérieur du raisonnement, c'est-à-dire non pas au stade de la concrétisation du standard « *ordre public* », mais, en amont, au stade où il s'agissait de savoir si le recours à ce standard était, en son principe, possible. Sur ce point, v. *infra* n° 296.

¹²⁸ V. par exemple le point 108 et le point 43 des conclusions rendues le 18 décembre 2008 par l'avocat général Juliane KOKOTT, respectivement, dans les affaires *Apostolides* (CJCE gde ch., 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07) et *Gambazzi* (préc.). L'avocat général y relève que « *la question de savoir si les juridictions ont non seulement le droit mais aussi l'obligation de refuser l'exécution d'un jugement étranger qui viole manifestement des droits fondamentaux communautaires n'a pas encore été tranchée de manière définitive* ». Elle prend argument de la jurisprudence qui rend opposable le standard de protection européen des droits fondamentaux aux Etats membres dès lors que ces derniers opèrent dans le « *champ d'application du droit communautaire* » (sur cette jurisprudence, v. *infra* n° 42) pour cependant l'admettre.

¹²⁹ V. ainsi, par exemple, dans la littérature institutionnelle : les conclusions de l'avocat général MAYRAS dans l'affaire *van Duyn* (CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74), qui écrivait, à l'époque où les finalités de la construction européenne étaient conçues comme strictement économiques : « *s'il existe bien un "ordre public communautaire" dans les domaines où le traité a pour effet de transférer directement aux institutions communautaire des compétences antérieurement exercées par les Etats membres, il ne peut s'agir que d'un ordre public économique, relatif par exemple aux organisations communes de marché agricole, aux échanges commerciaux, au tarif douanier commun ou encore au régime de la concurrence* » (Rec. p. 1354, spéc. p. 1358), les guillemets sont de l'auteur). En doctrine : Delphine ARCHER, « *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Th. Cergy-Pontoise, 2007, spéc. n° 76, p. 77 : « *La structure communautaire repose ainsi sur un certain nombre de principes trouvant leur siège dans les traités institutifs et qui revêtent une importance primordiale en vue d'atteindre son objectif essentiel d'instauration d'un marché intérieur. Ce sont ces principes que l'on regroupera sous le concept d'ordre public substantiel du droit communautaire, dans la mesure où ils s'analysent comme des instruments absolument indispensables en vue de réaliser les objectifs mêmes du droit communautaire. On englobera dans cet ordre public communautaire les règles relatives à la concurrence, le principe de non discrimination en raison de la nationalité qui trouve des applications particulières dans les libertés de circulation (marchandises, capitaux, personnes, services).* »

¹³⁰ Sur ces modalités d'eupéanisation, v. *infra* n°s 63-76.

On peut prendre ici l'exemple, en droit international privé, du mécanisme des lois de police, parfois aussi appelées « *lois d'ordre public international* » ou « *ordre public international positif* »¹³¹. L'interdiction faite aux États membres d'entraver de manière disproportionnée l'exercice de la libre circulation empêchera ainsi l'État membre d'accueil d'imposer à l'opérateur économique le respect de ses lois de police locales, si l'objectif ainsi poursuivi est déjà garanti de manière équivalente par la loi normalement applicable¹³², interdiction qui est de nature à remettre en cause le caractère d'« *application immédiate* » classiquement attribué aux lois de police¹³³. La doctrine fait en outre remarquer, en présence d'une loi de police d'origine européenne, que l'équivalence relative obtenue, du fait de l'harmonisation, entre les législations nationales, ne devrait justifier le jeu d'une telle loi de police en lieu et place de la loi normalement applicable qu'à l'encontre de la loi d'un État tiers, à l'exclusion de la loi d'un autre État membre. On parle de « *lois de police à géométrie variable* »¹³⁴.

A partir, plus généralement, de ces effets induits, envisager l'incidence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire conduira, au premier degré du spectre, à

¹³¹ Usages qui, quels que soient la nature et le degré de relation entre ce mécanisme et l'exception d'ordre public que l'on entende ainsi signifier, justifient son inclusion dans le champ de notre étude. Plus en détail sur ces usages, v. *infra* n° 86.

¹³² V. l'exemple classique de l'application conditionnée des lois de police sociales à la situation de travailleurs détachés dans le cadre d'une prestation de services transfrontalière exposé *infra* n° 480.

¹³³ Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 566, p. 668 ; des mêmes auteurs, *Le droit international privé*, PUF, Que sais-je ?, 2009, p. 37. *Adde* : Etienne PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », *op. cit.* p. 125 : « *la théorie classique des lois de police en droit interne se caractérise par une brutalité essentielle : à partir du moment, en effet, où la règle est qualifiée d'impérative et où la situation entre dans le champ d'application de cette règle, celle-ci sera applicable, indépendamment de toute considération relative à son contenu ou à l'origine de la règle étrangère. Une telle brutalité n'est plus de mise dans l'ordre communautaire.* »

¹³⁴ Laurence IDOT, note sous CJCE, 5^e ch., 9 nov. 2000, *Ingmar*, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 107-120, spéc. p. 115. Le droit positif jusqu'à présent n'a pas invalidé cette remarque. En particulier, l'arrêt *Unamar* (CJUE, 3^e ch., 17 oct. 2013, *Unamar*, C-184/12 : *Europe* 2013, comm. 2, obs. Laurence Idot ; *JDI* 2014, comm. 7, note Jean-Michel Jacquet ; Louis d'Avout, « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014, p. 60.) qui permet certes, en présence d'une harmonisation minimale, l'application de la loi de police du for à l'encontre de la *lex contractus* moins protectrice d'un autre État membre, ne concerne pas l'application d'une loi de police en tant qu'elle est d'origine communautaire, mais l'application du surcroît de protection de la *lex fori* en tant qu'elle est loi de police nationale.

parler d' « *infléchissements*¹³⁵ », d' « *innovations méthodologiques*¹³⁶ », ou encore de « *désordres conceptuels*¹³⁷ ».

Atteignant un nouveau palier dans l'échelle de l'extraordinaire, et n'ayant cette fois plus en vue que les hypothèses où les mécanismes d'ordre public se font les vecteurs de valeurs européennes, on prendra argument de l'importance des transformations induites par cette européanisation et/ou tout simplement de l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union¹³⁸ pour reconnaître l'existence de mécanismes proprement européens, dont les fonctions certes « *prolongent*¹³⁹ » celles des mécanismes d'ordre public connus du droit interne, mais qui n'en méritent pas moins d'être autonomisés¹⁴⁰. C'est un autre sens possible de l'expression « *ordre public européen* ». C'est dans cette veine que se situe la proposition de la Commission européenne d'introduire dans le règlement Rome II relatif à la loi applicable aux obligations non-contractuelles une « *exception d'ordre public communautaire* » formellement distincte de l'exception d'ordre public « *du for* »¹⁴¹ et qui n'a finalement pas été retenue dans le texte définitif.

¹³⁵ Léna GANNAGÉ, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mél. Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 421-445 spéc. p. 438.

¹³⁶ Etienne PATAUT, « Régulation des rapports de travail en Europe et conflits de lois », in Mathias Audit, Horatia Muir Watt et Etienne Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008, p. 135-156, spéc. p. 144 : « *Face à l'habituelle application impérative des lois de police, cette obligation de comparaison est sans doute l'une des innovations méthodologiques les plus spectaculaires de cette solution.* »

¹³⁷ Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et loi de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.* p. 70 : « *Si les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont prolongés dans l'ordre communautaire, leur substance est par-là même modifiée par cette prolongation. Dès lors, en adoptant un point de vue purement national, les mécanismes d'ordre public et de lois de police sont perturbés par l'ordre communautaire et il en résulte un désordre conceptuel puisque sous le même terme, la réalité du mécanisme est différente.* »

¹³⁸ V. Georges KARYDIS, *op. cit.* p. 2 : « *Puisque le droit communautaire constitue un ordre juridique distinct, avec ses concepts et ses définitions propres, il convient de se poser la question de la définition et des fonctionnalités du concept de l'ordre public dans cet ordre juridique communautaire.* »

¹³⁹ Pour utiliser, à nouveau, l'expression de Mme POILLOT-PERUZZETTO : v. *supra* n° 6.

¹⁴⁰ S'agissant des mécanismes d'ordre public du droit international privé, v. l'article fondateur de M. BASEDOW (« Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55-74, spéc. p. 55-56) qui, partant « *de l'observation que la réserve de l'ordre public qui s'inspire traditionnellement des valeurs et principes de l'ordre juridique national du for se nourrit de plus en plus d'une autre source : celle du droit communautaire* », se proposait de « *démontrer l'autonomie d'un ordre public européen [...] en train de se développer parallèlement à l'ordre public national* » (p. 55-56). V. aussi Petra HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre Etats membres et Etats tiers », in Sandrine Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, Etats membres de l'Union européenne et Etats tiers*, Litec, coll. Colloques et débats, 2009, p. 65-80, spéc. p. 79, qui s'interroge sur le point de savoir si, au moins en certaines circonstances, l'exception d'ordre public international telle qu'on la connaissait jusqu'à présent, « *ne serait plus le mécanisme de défense adapté, à même d'intégrer les valeurs communautaires, mais que ces dernières ne pourraient être sauvegardées que par le biais d'un ordre public communautaire autonome, mécanisme distinct* » (nous soulignons).

¹⁴¹ Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») du 22 juillet 2003, COM (2003) 427 final. Annoncée dans l'exposé des motifs, (*ibid.*, p. 29-30), cette « *exception d'ordre public communautaire* » était contenue à l'article 23 §1, troisième tiret de la proposition, aux termes duquel le règlement n'affecterait pas l'application des dispositions de droit primaire ou dérivé qui s'opposeraient à l'application de la loi désignée ou de la *lex fori*, tandis que le jeu de

Au stade ultime, et combinant une conception du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire avec une approche transversale des mécanismes d'ordre public, on s'attachera à établir l'existence d'un « *concept d'ordre public européen* », en ce sens que l'ordre public se voit reconnaître une fonction proprement européenne, cette fois. Néanmoins forcés de prendre acte de la « *variété des applications du concept* », les tenants de cette approche décriront cette fonction à un très haut niveau de généralité comme permettant un « *dépassement de la souveraineté* » ou encore comme réalisant l'ambitieuse devise de l'Union d' « *unir dans la diversité* »¹⁴².

B. Analyse critique de cette tendance

25. Ces différentes manifestations de la conception de l'incidence du droit de l'Union sur les mécanismes d'ordre public en termes d'extraordinaire sont, chacune, critiquables. On peut leur opposer trois objections, qui, ensemble et *crescendo*, établissent la nécessité d'aborder ce dernier sur un mode normalisé. Ainsi, à la dramatisation de l'incidence du droit de l'Union sur l' « *ordre public national* » considéré comme un contenu, on peut répondre qu'il n'est pas certain que l'on puisse opposer si radicalement les valeurs portées par le droit national et celles portées par le droit de l'Union. À l'identification d'un ordre public européen compris comme un contenu ou des contenants autonomes, on peut reprocher de prendre implicitement parti pour une lecture moniste des relations entre ordre juridique européen et ordres juridiques nationaux, qui n'est pas, ou en tout cas pas pleinement de droit positif. Enfin, l'idée d'un « *bouleversement conceptuel* » corrélatif à l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union, de même que celle de l'existence d'un « *concept d'ordre public spécifiquement européen* », mérite d'être nuancée, en tant qu'elle procède d'une distinction insuffisante des ressorts respectifs de la science du

l' « *ordre public du for* » était réservé à l'article 22. En complément, l'article 24, qui excluait l'application d'une loi étrangère allouant des dommages-intérêts non strictement compensatoires, devait constituer une concrétisation des exigences de cet « *ordre public communautaire* ». La proposition peut être vue comme ayant eu d'abord un objectif pédagogique, visant à rappeler que des normes d'origine européenne pouvaient aussi bien que des normes d'origine interne, être véhiculées par le biais de l'exception d'ordre public (en ce sens, v. Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », *op. cit.* p. 623-624 et 626-627). Toutefois, comme le souligne le Professeur FRANCO (« Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale... », in Marc Fallon, Paul Lagarde et Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 35-68, spéc. p. 60), la formulation et la systématique du texte, semblaient bien « *reposer sur l'idée selon laquelle l'ordre public communautaire doit répondre à des conditions d'application qui lui sont propres* », c'est-à-dire constitue que cet ordre public constituerait non pas seulement un contenu, mais aussi un contenant autonome.

¹⁴² V. la référence déjà faite aux thèses de Mme PICHERAL et M. CORTHAUT, *supra* n° 9

droit et du droit positif. On étudiera ainsi la nécessité d'abord, de prendre acte de la spécificité axiologique relative du droit de l'Union (1), ensuite, de prendre acte de l'indétermination relative de la nature juridico-politique de l'Union (2) et, enfin, de conférer au droit national et au droit de l'Union un égal statut épistémologique (3).

1) *La spécificité axiologique relative du droit de l'Union*

26. Déplorer les « atteintes » portées par le droit de l'Union à l' « *ordre public national* », c'est, implicitement, conférer au droit de l'Union une radicale extranéité. C'est le « *droit venu d'ailleurs* » de CARBONNIER¹⁴³. Dans son radicalisme, ce postulat implicite nous semble contestable, tant sur le plan systémique, du point de vue du processus de production des valeurs, que sur le plan substantiel, du point de vue du contenu des valeurs.

27. Au plan systémique, si le dépassement de la logique des intérêts nationaux que produit, par essence, la « *méthode communautaire* » ne saurait être nié, en revanche, opposer radicalement valeurs nationales et droit de l'Union procède d'une conception schizophrénique de l'État membre, d'un État tiraillé entre son soi interne parfaitement assumé et son soi externe totalement occulté. Faut-il rappeler, en effet, que l'État choisi d'adhérer à l'Union¹⁴⁴ et participe au processus de production du droit dérivé ? Dans la jurisprudence de la Cour de justice, la composante étatique de la construction européenne s'exprime dans l'idée selon laquelle, de cette construction, naît, un « *pouvoir public commun*¹⁴⁵ » c'est-à-dire un pouvoir, certes indépendant, « *mais qui, par son aménagement, ne devient pas étranger, voire apatride, et demeure légitime*¹⁴⁶ ».

28. Au plan substantiel, l'idée d'une radicale extranéité du droit de l'Union repose, au fond, sur une pure hypothèse, sur un exercice de « *législation-fiction* » qui consiste à affirmer que les valeurs aujourd'hui promues en droit national seraient

¹⁴³ *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006, p. 47-48.

¹⁴⁴ Choisi « *en connaissance de cause* » estime même Mme GUILLAUMÉ (*L'affaiblissement de l'Etat nation en droit international privé*, préf. Clotilde Grare-Didier, LGDJ, 2011, spéc. n° 35).

¹⁴⁵ CJCE, 14 novembre 1978, délibération 1/78, Rec. p. 2151, pt. 7.

¹⁴⁶ Ainsi que l'écrivent MM. Guy ISAAC et Marc BLANQUET (*Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey, 2012, p. 691, nous soulignons). Comme les auteurs l'expliquent, les compétences attribuées « *ne sont pas abandonnées mais 'exercées en commun' : elles sont confiées à des 'institutions communes' qui, par leur composition et/ou leur modalités de fonctionnement, sont agencées de telles manière que tous les partenaires aient conscience d'y participer et puissent admettre leur objectivité* » (mis en évidence dans par les auteurs). Sur ce thème, v. aussi Pierre-Yves MONJAL et Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009.

nécessairement différentes si l'intégration européenne n'existait pas. Mais les valeurs portées par l'Union européenne sont-elle si spécifiques ? Mises à part, peut-être, l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité et la libre circulation, qui ne connaissent un tel degré de réalisation que dans ce cadre, au plan des principes, il nous paraît au contraire difficile d'isoler des valeurs tout à fait propres à l'Union. A tout le moins, il nous paraît difficile de lui imputer à elle seule l'évolution qui affecterait telle valeur.

L'exemple des « atteintes » portées à la promotion de la langue française en atteste¹⁴⁷. Nul n'ignore, en effet que les exigences de la libre circulation ne viennent que « renforcer¹⁴⁸ » les assauts que le dispositif législatif français a essuyés sur le fondement du droit constitutionnel national¹⁴⁹ ? Menés sur des fondements autonomes, contrôle de compatibilité et contrôle de constitutionnalité convergent au plan substantiel. Plus généralement, il nous semble que l'axiologie portée par l'Union (et, au travers elle, ses États membres) ne fait que s'inscrire dans un mouvement plus général marquant l'acceptation des « concepts clés » du libéralisme au plan politique et économique¹⁵⁰.

Cela est particulièrement vrai des principes du libéralisme au plan politique, qui renvoient à la protection des droits fondamentaux. Historiquement, la protection de ces derniers s'enracine, comme cela est bien connu, en dehors de l'Union, dans le cadre du droit constitutionnel national et du droit du Conseil de l'Europe et c'est sous la pression des juridictions nationales, au premier rang desquelles la Cour constitutionnelle fédérale allemande¹⁵¹, que le droit de l'Union a intégré ces exigences. Aujourd'hui même, alors que ces dernières font pleinement partie de la légalité communautaire, l'absence de monopole du droit de l'Union en la matière se traduit, en droit positif, par la circonstance que l'art. 2 TFUE qualifie les droits fondamentaux, non pas de valeurs « de l'Union », mais de valeurs « communes aux États membres », sur lesquelles l'Union est « fondée », ce qui n'est tout de même pas

¹⁴⁷ V. *supra*, n° 23.

¹⁴⁸ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 261, p. 291.

¹⁴⁹ Un certain nombre des dispositions essentielles de la loi du 4 août 1994, dite « *Loi Toubon* » ont en effet été jugées contraires à l'article 11 de la Déclaration des droits de l'homme énonçant le principe de libre communication des pensées et des opinions. V. Cons. cons., 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, n° 94-345 DC : D. 1995, p. 303, obs. André ROUX.

¹⁵⁰ Sur lesquels, v. Catherine AUDARD, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, Folio essais, 2009.

¹⁵¹ BVerfG, 18 oct. 1967, *EGW-Verordnung*, BVerfGE 22, 293 ; BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, 271.

la même chose¹⁵². Relayant les dispositions liminaires du Traité, cette absence d'exclusivité se manifeste dans « *les clauses horizontales* » de la Charte, qui organisent la coexistence des standards protection des droits fondamentaux de l'Union et interne¹⁵³.

De manière moins évidente, la spécificité axiologique relative du droit de l'Union se vérifie également au plan économique, mais selon une chronologie inversée. Dans une matière aussi emblématique que le droit de la concurrence, l'Union européenne a indéniablement eu un rôle, sinon tout à fait pionnier, du moins d'impulsion en Europe. Il n'en reste pas moins que l'on constate une convergence des droits de la concurrence, qui dépasse très largement le cadre de l'Union. A l'échelle de cette dernière, d'ailleurs, c'est paradoxalement en matière de concentrations où, malgré le système de guichet unique qui laisse toute liberté aux États membres, que la convergence est la plus forte¹⁵⁴.

29. Qu'on ne se méprenne pas sur le sens de l'affirmation d'une spécificité axiologique relative de l'Union. Notre propos n'est pas de nier qu'il existe, au stade de la concrétisation des principes, des différences entre les systèmes juridiques européen et nationaux, d'une part, et parmi les droit nationaux, d'autre part, et encore moins de dire qu'il est souhaitable ou inéluctable que ces différences se résorbent. Il s'agit simplement de pointer, dans la présentation de l'incidence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire, le biais qui consiste à conférer une radicale extranéité systémique et axiologique du droit européen par rapport aux droits nationaux¹⁵⁵.

Paradoxalement, la présentation qui sublime l'existence d'un « *ordre public européen* » partage avec celle qui dramatise l'incidence du droit de l'Union sur l'« *ordre public national* », l'idée d'une autonomie radicale du droit de l'Union. La thèse de l'existence d'un « *ordre public authentiquement européen* » mérite

¹⁵² Art. 2 TUE. Sur cette thématique, v. Laurence POTVIN-SOLIS (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2014.

¹⁵³ V. l'art. 51-1, qui précise que les dispositions de la Charte ne s'adressent aux Etats membres que « *lorsqu'ils mettent en oeuvre le droit de l'Union* » et l'art. 53 qui réserve le jeu, « *dans leur champ d'application respectif* » des standards de protection nationaux et conventionnel. Sur l'interprétation donnée par la Cour de ces dispositions, v. *infra* n^{os} 42-43.

¹⁵⁴ Sur ces éléments, v. Laurence IDOT, « Réflexion sur la convergence des droits de la concurrence », *Concurrences* n^o 4-2012, disponible sur : <http://www.concurrences.com>.

¹⁵⁵ Nous empruntons cette expression à MM. WYLER et PAPAUX : « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », in Eric Wyler et Alain Papaux (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique*, Pédone, 1999 p. 239-312.

cependant un examen à part entière, en tant qu'elle pousse cette autonomie jusqu'à l'absorption de l'ordre juridique national. C'est ce que nous allons voir maintenant.

2) *L'indétermination de la nature juridique de l'Union*

30. Position du problème. – L'idée selon laquelle il existerait un ordre public européen « *autonome* » est critiquable en ce qu'elle s'inscrit, tendanciellement, dans une lecture moniste des relations entre ordre juridique européen et (sous-)ordres juridiques nationaux, dont nul ne peut dire aujourd'hui qu'elle l'emportera en droit positif.

Entité *sui generis*, « être en acte, en devenir, qui n'est pas définitivement constitué ¹⁵⁶ », la détermination de la « *nature juridico-politique de l'Union européenne* ¹⁵⁷ » fait depuis toujours question ¹⁵⁸. En cantonnant le débat au terrain juridique ¹⁵⁹ et plus particulièrement à la thématique de l'ordre public, on peut rendre compte de cette indétermination en termes d'une *hésitation entre une conception pluraliste et une conception moniste du processus de réalisation des valeurs dans l'espace social européen* ¹⁶⁰. A cette fin, nous prendrons pour base les travaux de M. BODEN. En effet, dans sa thèse consacrée à l'ordre public en droit international privé, M. BODEN a montré que, dans cette matière comme dans d'autres, nombre des phénomènes juridiques identifiés comme des « *problèmes* », « *paradoxes* » ou « *apories* » procédaient en réalité d'une juxtaposition dans le raisonnement de deux

¹⁵⁶ Loïc AZOULAI, discussion suite à l'intervention de Louis Dubouis, « La nature de l'Union européenne », in Gérard Cohen-Jonathan et Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant/Némésis, 2003, p. 81-117, spéc. p. 99.

¹⁵⁷ Pour reprendre l'intitulé d'un colloque organisé le 19 décembre 2014 par le Centre de philosophie juridique et politique de l'Université de Cergy-Pontoise, à paraître à l'*Annuaire de droit de l'Union européenne*.

¹⁵⁸ Pour un exposé des termes du débat et des principales références bibliographiques, v. Claude BLUMANN et Louis DUBOUI, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., LexisNexis, 2013, n° 96 et s.

¹⁵⁹ Par opposition au débat sur la nature de l'organisation *politique* de l'Union.

¹⁶⁰ Dans cette thèse, nous appellerons « *réalisation* » toute opération destinée à rendre la réalité matérielle conforme au prescrit d'une norme juridique ou aux valeurs sous-jacentes au système juridique. Toute opération, en somme, contribuant à ce que le droit imprime sa marque dans la réalité sociale, au-delà de la seule application de la règle qu'envisageait plus spécifiquement MOTULSKY sous ce terme (*Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. Paul Roubier, Sirey, 1948, rééd. présentée par Marie-Anne Frison-Roche, Dalloz, 2002). En effet, l'application d'une règle n'épuise pas, loin s'en faut, le processus de concrétisation du droit, ainsi qu'en atteste : 1°/ la diversité, en droit international privé, des effets susceptibles d'être donnés à une norme étrangère (sur cet aspect, v. *infra* n°s 90-119) ; 2°/ la diversité, dans l'ordre européen, des opérations de mise en œuvre du droit de l'Union (*comp.*, à ce sujet, la définition large de la réalisation adoptée par Jérôme PORTA, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préf. Antoine Lyon-Caen, LGDJ, Fondation Varenne, 2007, spéc. p. 22-23, pour qui « *une règle se réalise lorsque et dans la mesure où le modèle normatif qu'elle prescrit se concrétise* » et « *la réalisation désigne l'ensemble des phénomènes par lequel un contexte est transformé en fonction des attentes normatives qu'énonce une règle* ») ; 3°/ l'existence, en général, de règles à contenu indéterminé dont la mise en œuvre appelle la prise en considération de valeurs selon un raisonnement qui diffère assez profondément de l'application (sur cet aspect, v. n°s 398 et s.).

théories du droit incompatibles : le pluralisme et le monisme¹⁶¹. L'explication nous semble également susceptible d'éclairer la problématique des rapports entre ordre juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux en général et celle des rapports entre « *ordre public européen* » et « *ordre public national* » en particulier. En effet, si le droit institutionnel de l'Union se fait souvent une conception moniste de ses rapports aux droits nationaux, en l'état actuel du processus d'intégration, le pluralisme conserve une irréductible positivité. Autrement dit, les modèles pluraliste et moniste connaissent chacun des concrétisations partielles. Dans ce contexte, la thèse de l'existence d'un « *ordre public européen* », qui procède implicitement d'une lecture moniste des rapports de systèmes, ne saurait parfaitement rendre compte du droit positif. A vrai dire, ses concrétisations sont même bien moindres que ce dont on voudrait nous convaincre.

A la présentation des conceptions moniste et pluraliste des rapports de systèmes en général (a) succèdera ainsi l'application de cette grille de lecture à la problématique de l'ordre public en droit de l'Union (b).

a) Les modèles moniste et pluraliste de rapports de systèmes

31. Attachées, essentiellement, aux noms de Santi ROMANO et Hans KELSEN, les théories pluraliste et moniste sont antinomiques aussi bien dans la définition qu'elles adoptent de l'ordre juridique, que dans la manière dont elles conçoivent les relations entre les différents pôles producteurs de droit¹⁶².

32. Les définitions kelsenienne et romaniennne de l'ordre juridique appliquées à l'Union européenne. – La logique paraît ainsi imposer que l'on revienne en premier lieu sur la qualification de l'Union comme ordre juridique. *A priori* cette qualification paraît pouvoir se revendiquer aussi bien de la définition kelsenienne de l'ordre juridique, dite « *normativiste* », que d'une conception romaniennne, dite

¹⁶¹ *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, p. 524-675, pour la démonstration à propos des « *grands problèmes* » relevant du droit international privé, et n. 318, p. 153-155, pour l'application à la question de la sanction de la contrariété du contrat à l'ordre public et aux bonnes mœurs.

¹⁶² Pour une mise en parallèle de ces deux théories, v. la synthèse opérée par Didier BODEN sous forme d'un « *diptyque* » : *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n° 429, p. 534-543 ; *idem*, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.* 2005, p. 275-316. V. aussi Michel VAN DE KERCHOVE, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in Jean-Louis Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 37-56.

« institutionnelle »¹⁶³. En effet, définissant l'ordre juridique comme « *un système de normes dont l'unité repose sur le fait que leur validité à toutes a le même fondement*¹⁶⁴ », la conception kelsenienne tend à réduire l'ordre juridique à un « *agrégat de normes*¹⁶⁵ ». Très différemment, la conception romaniennne intègre à la définition du droit, au-delà de la règle elle-même, le « *fait de l'ordre social*¹⁶⁶ », c'est-à-dire, au fond, l'attitude qui consiste pour les simples membres de la société et ses organes à tenir la règle pour obligatoire, lui conférant ainsi sa juridicité¹⁶⁷. Aussi bien, Santi ROMANO voit un ordre juridique dans chaque « *organisation*¹⁶⁸ », ou peut-être mieux, dans toute « *entité organisée*¹⁶⁹ ». La relation entre le corps social et le droit est en effet à double sens : « *L'ordre juridique, nous dit-il, est une entité qui, dans une certaine mesure, se conduit selon les normes mais conduit surtout, un peu comme des pions sur un échiquier, les normes elles-mêmes*¹⁷⁰ ».

Quoiqu'opposées dans leurs prémisses, ces définitions de l'ordre juridique se présentent à première vue comme accueillantes pour l'Union européenne ; la définition kelsenienne parce qu'elle tend à identifier l'ordre juridique à un ensemble cohérent de normes juridiques ; la définition romaniennne parce qu'elle adopte une définition très large du phénomène juridique, sur la base de laquelle peuvent se voir qualifier d'ordre juridique, non seulement l'État, mais aussi diverses entités (d'où l'appellation de « *pluralisme* ») : au-dessus de l'Etat, le droit international, en-dessous de l'Etat, une commune, et en dehors de l'Etat, l'Eglise, la famille ou, à la

¹⁶³ Sur ces deux définitions, v. Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé : Cour général de droit international privé », *RCDAl* 2007, t. 327, p. 9-378, spéc. p. 38-42. V. aussi Charles LEBEN, V° « Ordre juridique », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, 2004, p. 1113-1119 et David SINDRES, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. Horatia Muir Watt, LGDJ, 2008, spéc. p. 19-38.

¹⁶⁴ Hans KELSEN, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962, p. 43.

¹⁶⁵ Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques... », *op. cit.*, n° 17, p. 38.

¹⁶⁶ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, trad. fr. de la 2^e éd. de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien François et Pierre Gothot, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2002, p. 30, en note.

¹⁶⁷ Ainsi que l'explique Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques... », *op. cit.*, n° 21, p. 43.

¹⁶⁸ Comme le souligne Pierre MAYER (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques... », *op. cit.*, n° 19, p. 40), Santi ROMANO évoque intuitivement plus qu'il ne définit l'ordre juridique : « *Quand on parle, par exemple, du droit italien ou du droit français, il n'est pas vrai qu'on pense seulement à une série de règles, ni que se présente à l'esprit l'image de ces rangées de volumes que forment les recueils officiels des lois et décrets. Ce à quoi pensent les juristes et, plus encore, les profanes [...] c'est avant tout l'organisation complexe et diversifiée de l'Etat italien ou français ; les mécanismes et engrenages multiples, les rapports d'autorité et de force qui créent, modifient, appliquent, font respecter les normes juridiques sans s'identifier à celles-ci* » (*L'ordre juridique*, *op. cit.* p. 10).

¹⁶⁹ Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques... », *op. cit.*, n° 21, p. 43.

¹⁷⁰ *Loc. cit.*

limite, une file d'attente à un guichet¹⁷¹. Cette définition large permet en particulier à la conception romaniennne de s'accomoder du caractère « *dérivé*¹⁷² » et incomplet¹⁷³ de « *l'institution* » ou ordre juridique¹⁷⁴.

De fait, la qualité d'ordre juridique de l'Union est depuis longtemps affirmée par la Cour de justice¹⁷⁵ et elle est, sous réserve de précisions qui concernent la nature des rapports de cet ordre juridique avec les ordres nationaux, acceptée par la doctrine, qui inscrit son approbation dans la lignée soit de l'une¹⁷⁶ soit de l'autre des théories exposées¹⁷⁷.

Si, malgré tout on peut ressentir une difficulté à qualifier l'Union d'ordre juridique, cette difficulté n'apparaît donc que lorsqu'on cherche à saisir l'Union dans les rapports qu'elle entretient avec les ordres juridiques nationaux¹⁷⁸. En conséquence, c'est dans ce cadre que cette question de qualification sera approfondie. Il convient donc à présent d'exposer les deux conceptions, moniste et pluraliste, que le droit de l'Union se fait concomitamment de ses rapports avec les droits nationaux, avant de préciser comment les réalisations partielles concomitantes de ces modèles s'articulent.

¹⁷¹ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 25, n. 1.

¹⁷² Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, op. cit., p. 103, 1).

¹⁷³ *Ibid*, p. 103-104, 2).

¹⁷⁴ Sur le lien de synonymie qu'entretiennent ces deux termes, v. la préface de Pierre MAYER à la réédition *L'ordre juridique*, à la huitième page.

¹⁷⁵ V. la célèbre formule de l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, selon laquelle les Traités instituent, à la différence des traités internationaux ordinaires « *un ordre juridique propre, intégré au système juridique des Etats membres* » (CJCE, 15 juil. 1964, aff. 6/64, Rec. p. 1141, spéc. p. 1158).

¹⁷⁶ Ainsi, la définition classique de MM. ISAAC et BLANQUET (*Droit général de l'Union européenne*, op. cit., p. 281), que reprennent à leur compte MM. Jean-Victor LOUIS et Thierry RONSE pour justifier l'intitulé de leur manuel de droit institutionnel (*L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing et Lichtenhhan, 2005, p. 4) s'inscrit implicitement dans une lecture normativiste : « *On appelle ordre juridique un ensemble organisé et structuré de normes juridiques possédant ses propres sources, doté d'organes et procédures aptes à les émettre, à les interpréter ainsi qu'à en faire constater et sanctionner, le cas échéant, les violations* ».

¹⁷⁷ V. les termes très explicites de Phocion FRANCESCAKIS dans son Introduction à la première édition française de *L'Ordre juridique* (op. cit., p. 2) : « *Non seulement [le droit des Communautés européennes] est sans objections couramment désigné du terme ordre juridique, mais les représentations mentales que ce terme suscite sont du genre de celles que propose Santi Romano* ». V. aussi Pierre MAYER (« Le phénomène de la coordination des ordres juridiques... », op. cit., p. 77-79) qui affirme que « *la Communauté européenne est inconstamment un ordre juridique* », sous la réserve, toutefois, que cet ordre juridique n'a pas vocation à régir les relations privées. Adoptant une lecture romaniennne, M. MAYER souligne en effet que les normes de droit privé européennes, même d'effet direct, n'atteignent leurs destinataires que par l'intermédiaire des ordres juridiques nationaux qui les mettent en œuvre, ou, pour reprendre la terminologie de l'auteur italien, leur accordent ainsi « *relevance* » (sur cette notion, v. le numéro suivant).

¹⁷⁸ Question qui, elle, agite très fortement la doctrine. V par exemple l'exhortation à « *repenser les rapports entre les ordres juridiques* » éponyme de la monographie récemment publiée par le Professeur BONNET (préf. Fabrice Picod, Lextenso, 2013).

33. Le modèle moniste des rapports de systèmes. – Le modèle moniste est celui qui connaît les concrétisations les plus remarquées dans la jurisprudence institutionnelle de la Cour de justice.

Dans le modèle moniste, le principe de « *clôture* » entre les ordres juridiques, qui interdit à l'un de « *s'immiscer dans le fonctionnement*¹⁷⁹ » de l'autre, est battu en brèche. Ainsi, le droit de l'Union se fait indéniablement moniste lorsque, consacrant les principes d' « *applicabilité immédiate* » et de « *primauté* »¹⁸⁰, il prétend imposer unilatéralement les conditions et les modalités de son accueil dans les ordres juridiques nationaux. A cet égard, on rappellera que, à la différence du principe d' « *effet direct*¹⁸¹ », qui vise l'aptitude de la norme à créer des droits et obligations dans le chef des particuliers et, corrélativement, à être judiciairement sanctionnée¹⁸², le principe d' « *applicabilité immédiate* » résout une question de rapports de systèmes. Il signifie que le droit de l'Union s'intègre dans l'ordre juridique national sans mesures de réception¹⁸³. Autrement dit, par le principe d'applicabilité immédiate, le droit de l'Union interdit aux États membres d'être dualistes à son égard, alors que le droit international classique laisse en principe les constitutions étatiques libres de leur décision sur ce point¹⁸⁴. Opérant en aval, le principe de primauté se présente comme une règle de conflit ayant vocation à résoudre la contradiction¹⁸⁵ qui se présenterait entre une disposition européenne immédiatement

¹⁷⁹ Selon la définition de François RIGAUX : « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, t. 213, n° 54. Plus en détail sur ce principe, qui trouve sa pleine réalisation dans les relations entre ordres juridiques étatiques que régit le droit international privé, v. *infra* n° 95.

¹⁸⁰ Principes consacrés par l'arrêt *Costa c. E.N.E.L.*, précité.

¹⁸¹ Consacré par l'arrêt *van Gend en Loos* (CJCE, 5 fév. 1963, aff. 26/62, Rec. p. 3).

¹⁸² Question qui est susceptible de se poser à l'égard d'une norme interne, les discussions sur la portée juridique de la Charte de l'environnement en ont fourni un exemple. Sur les critères de l'effet direct, son intensité et, plus largement, l' « *invocabilité* » du droit de l'Union, v. notamment Denys SIMON, « Invocabilité du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, étude 210, janv. 2005 ; Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 382 et s.

¹⁸³ Et l'applicabilité immédiate bénéficie à tout le droit de l'Union, y compris les directives, « *dont la transposition ne constitue pas une mesure de réception* » et qui, d'effet direct ou non, « *peuvent produire des effets juridiques en droit interne avant leur transposition ou en leur absence de transposition* » : Denys SIMON, « Invocabilité du droit communautaire », *op. cit.*, spéc. n° 210-10 ; v. aussi Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.*, p. 374.

¹⁸⁴ Guy ISAAC et Marc BLANQUET, *Droit général de l'Union européenne*, *op. cit.* : « *au contraire du droit international, le droit de l'Union n'est pas indifférent au type de relations qui doivent s'établir entre le droit de l'Union et les droits nationaux : il postule le monisme [...]* » (p. 370) ; aux yeux de l'ordre juridique de l'Union « *le dualisme est banni des relations Communauté/États membres et désormais Union/États membres [...]* » (p. 371). V. aussi Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n. 701, p. 341, 5°.

¹⁸⁵ Il faut y insister : en tant que règle de conflit, le principe de primauté ne trouve à s'appliquer qu'en présence d'une antinomie, fût-elle largement conçue : v. Léna GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Yves Lequette, LGDJ, 2001, spéc. n° 123-129 et 169.

applicable et une norme nationale, quelle qu'elle soit, au bénéfice de la première, par la mise à l'écart de la seconde.

La clôture disparue, dans une lecture moniste, il ne peut être question de rapports entre ordres juridiques à proprement parler, mais uniquement de rapport de validité ou d'invalidité d'une norme inférieure au regard d'une norme supérieure, au sein d'une même « *pyramide* ». Ainsi, est typiquement moniste, le célèbre *dictum*, de l'arrêt *Simmenthal* selon lequel, les dispositions du droit de l'Union auraient pour effet, en vertu du principe de primauté, non seulement de rendre inapplicable toute norme nationale contraire, « *mais encore - en tant que ces dispositions et actes font partie intégrante, avec rang de priorité, de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des états membres d'empêcher la formation valable de nouveaux actes législatifs nationaux dans la mesure où ils seraient incompatibles avec des normes communautaires*¹⁸⁶ ».

Poussée à ses ultimes conséquences, une lecture moniste implique qu'il n'existe qu'un seul ordre juridique (d'où l'appellation de « *monisme* ») ; c'est-à-dire, si l'on se place du point de vue de l'Union, que l'ordre juridique de cette dernière absorberait les ordres juridiques nationaux, lesquels seraient au mieux des « *sous-ordres* », habilités par l'ordre juridique européen. Le seul énoncé de cette implication révèle que la théorie moniste se heurte à la réalité des choses : historiquement, elle contredite par l'antériorité des ordres juridiques nationaux et, encore aujourd'hui, par l'inachèvement du processus d'intégration¹⁸⁷.

Il faut alors s'intéresser aux concrétisations que connaît le modèle pluraliste.

34. Le modèle pluraliste des rapports de systèmes. – Dans le modèle pluraliste, chacun des ordres juridiques en présence, européen et nationaux, est pensé comme autonome et l'idée d'une « *clôture* » entre eux est maintenue, du moins il est pris acte de ce qu'est condamnée à être inefficace toute immixtion d'un ordre juridique qui ne

¹⁸⁶ CJCE, 9 mars 1978, aff. 106/77, Rec. p. 629, spéc. pt. 17.

¹⁸⁷ L'idée d'une absorption de l'ordre juridique national par l'ordre juridique de l'Union est au minimum contredite par la circonstance que le domaine du droit de l'Union est globalement plus étroit que celui du droit national, ainsi qu'en atteste le maintien du concept de « *situation interne* » comme limite au champ d'application des libertés de circulation ou encore l'exigence d'un « *lien suffisant* » de la situation litigieuse avec l'ordre juridique de l'Union comme condition du contrôle du droit national à l'aune de la Charte des droits fondamentaux (v. par ex. CJUE 10^e ch., 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, spéc. pt. 24, selon lequel « *la notion de 'mise en œuvre' du droit de l'Union, au sens de l'article 51 de la Charte, impose l'existence d'un lien de rattachement d'un certain degré, dépassant le voisinage des matières visées ou les incidences indirectes de l'une des matières sur l'autre* » ; sur le champ d'application de la Charte, v. *infra* n° 42).

rencontrerait pas, d'une manière ou d'une autre, le bon vouloir de l'autre. C'est ainsi une phraséologie pluraliste qu'adoptait l'arrêt *Humblet* de 1960 en affirmant que le Traité, en l'occurrence le Traité CECA, « s'inspire du principe d'une séparation rigoureuse des compétences des institutions communautaires et de celles des organes des Etats membres » et que « le droit communautaire n'accorde pas aux institutions le droit d'annuler les actes législatifs ou administratifs des Etats membres¹⁸⁸ », pour en déduire que le constat d'une contrariété entre le droit national et le droit communautaire ne faisait qu'obliger l'Etat membre « à rapporter l'acte dont il s'agit et réparer les effets illicites qu'il a pu produire¹⁸⁹ ».

Clôture ne veut cependant pas dire fermeture totale. La théorie pluraliste admet en effet que les ordres juridiques puissent nouer des relations les uns avec les autres¹⁹⁰, ou, pour reprendre la terminologie de Santi ROMANO, qu'ils puissent s'accorder mutuellement « *relevance*¹⁹¹ ». En particulier, dans le modèle pluraliste, un ordre juridique peut se montrer disposé à « donner effet » aux normes d'un autre ordre juridique, selon des conditions qu'il détermine *unilatéralement*¹⁹². Ainsi, en renversant la perspective traditionnelle qui voit dans la mise en œuvre du droit de l'Union par le droit et les autorités nationales un exemple de *relevance accordée par l'ordre juridique national à l'ordre juridique de l'Union*¹⁹³, il n'est pas interdit de penser que, du point de vue du droit de l'Union, la règle de droit institutionnel selon laquelle la mise en œuvre du droit de l'Union relève par principe des Etats membres¹⁹⁴ et s'opère par le biais d'un « renvoi à l'autonomie institutionnelle et procédurale nationale », constitue, symétriquement, une hypothèse d'*efficacité*

¹⁸⁸ CJCE, 16 janvier 1976, *Humblet c. Etat belge*, aff. 6/60, Rec. p. 1125, spéc. p. 1145

¹⁸⁹ *Ibid*, p. 1146. A cet égard, l'arrêt est un précurseur du principe de responsabilité de l'Etat pour violation du droit de l'Union affirmé par l'arrêt *Franovich et Bonifaci* (CJCE, 19 nov. 1991, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357) et d'une invocabilité de réparation à juste titre qualifiée de « *palliative* » (Francette FINES, in *GACJUE*, t. I, n° 49-2).

¹⁹⁰ A ce titre, le pluralisme se distingue du dualisme. Axé sur l'idée d'une stricte étanchéité entre les ordres juridiques, qui réduit le droit externe à l'état de fait et oblige, en fait de rapports de systèmes, à opérer une « *réception* » ou juridification de ce dernier, le dualisme peut être vu, au mieux, comme une version tronquée du pluralisme, en ce qu'il admet malgré tout l'existence de plusieurs ordres juridiques clos sur eux-mêmes (*comp.* François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.* n° 12, p. 33), au pire comme un jumeau du monisme, en ce que, concevant cette clôture de manière absolue, il s'interdit de penser l'existence d'interactions à proprement parler entre ordres juridiques (v. Didier BODEN, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *op. cit.*, n° 8, p. 249).

¹⁹¹ Santi ROMANO, *L'ordre juridique*, *op. cit.* p. 65 et 125 et s.

¹⁹² En ce sens, v. les points 2°, 3° et 4° de la colonne « B » du diptyque théorique élaboré par Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, p. 534-535 ; « Le pluralisme juridique en droit international privé », *op. cit.*, p. 284-285.

¹⁹³ V. l'analyse du Professeur MAYER exposée *supra* n. 177.

¹⁹⁴ C'est le principe, dit d'« *administration indirecte* » du droit de l'Union, sur lequel, v. *infra* n°s 242-243.

donnée au droit national par l'ordre juridique de l'Union¹⁹⁵. Le caractère bilatéral de la relation nouée, dans ce type de situation, par l'ordre juridique national et l'ordre juridique de l'Union est au demeurant établi par le constat que, de part et d'autre, les conditions mise à l'efficacité sont nettement distinctes. Du point de vue de l'ordre juridique national, l'acceptation de mettre en œuvre le droit de l'Union, quoique donnée *a priori* et globalement au moment de l'adhésion, trouve sa limite dans les obstacles que les juridictions constitutionnelles nationales opposent, au moins virtuellement, à la primauté du droit de l'Union¹⁹⁶. Du point de vue de l'ordre juridique de l'Union, l'efficacité accordée au droit national, notamment processuel, est subordonnée à la condition que ce dernier respecte le « *principe d'équivalence* », qui oblige à une mise en œuvre paritaire des normes nationales et des normes d'origine européenne, et le « *principe d'effectivité* », qui exige en sus que la réalisation du droit de l'Union ne soit pas rendue « *impossible ou trop difficile* »¹⁹⁷. Si ces principes ne sont pas respectés, la correction qu'impose le droit de l'Union, en permettant malgré tout la réalisation de la norme européenne en cause, signifie, en réalité, qu'efficacité est refusée, du point de vue de l'Union, à la règle nationale de réalisation *telle qu'elle existe dans l'ordre juridique national* et qu'à sa place s'applique une règle européenne, à laquelle il est, en retour, donné effet dans l'ordre juridique national.

35. La positivité concomitante des modèles. – Au-delà de ces concrétisations ponctuelles, la théorie pluraliste conserve, plus fondamentalement, une validité minimale (*i. e.* une aptitude à rendre fidèlement compte de la réalité observable) tant que l'Union ne sera pas imposée comme structure fédérale, et inversement, que les États membres continueront de considérer et d'accepter, même avec réticence, cette dernière comme un centre de pouvoir distinct d'eux-mêmes¹⁹⁸. Dans des termes dont la clairvoyance est de nature à leur assurer une longue actualité, Phocion FRANCESCAKIS s'en faisait l'écho dans la première édition française de *L'ordre juridique*, en 1975 : « *Puisqu'il n'est pas (ou pas encore ?) permis de matérialiser la Communauté en la pensant en termes de super-Etat aux structures se rapprochant des*

¹⁹⁵ En ce sens v. Loïc AZOULAI, « Autonomie et Antinomie du droit communautaire... », *op. cit.* : soulignant le renversement de perspective, l'auteur parle de ce renvoi comme d'une hypothèse d'« *intégration* » de la règle nationale à la norme communautaire.

¹⁹⁶ Sur ces obstacles, v. *infra* n° 35.

¹⁹⁷ Sur ces principes encadrant le jeu du renvoi à l'autonomie procédurale, v. *infra* n° 252 et, concernant la détermination de l'office du juge national, n°s 276 et s.

¹⁹⁸ Il est d'ailleurs permis de voir dans cette réticence le signe de cette perception.

types connus du fédéralisme, on la hisse au niveau d'abstraction de l'ordre juridique. Celui-ci ne fait pas évoquer seulement des règles ou un système de règles mais aussi des organes avec leurs pouvoirs plus ou moins souverains, le tout dominé par un esprit, une mentalité, à la conviction il est vrai variable sinon aux humeurs changeantes, mais perçus en tout cas précisément comme un tout et mis en rapport avec ces autres globalités que sont les ordres juridiques des Etats membres¹⁹⁹ ».

En effet, comme Pierre MAYER l'a mis en lumière dans sa préface à la réédition de *L'ordre juridique*²⁰⁰, seul le normativisme kelsenien, qui réduit l'ordre juridique à un ensemble de règles, peut conduire au monisme avec primauté du droit supra-étatique²⁰¹, comme, d'ailleurs au monisme avec primauté du droit étatique. Au contraire, dès lors que, comme le fait pluralisme romanien, on intègre à la définition de l'ordre juridique un « *élément de pouvoir*²⁰² » on ne peut que « *constater*²⁰³ » l'existence de plusieurs ordres juridiques autonomes dont il faut subséquemment penser les relations.

La théorie pluraliste, ou plutôt l'idée d'une positivité concomitante des modèles, permet ainsi de résoudre « *l'impasse logique*²⁰⁴ », l'« *aporie*²⁰⁵ », ou encore le « *paradoxe*²⁰⁶ » tenant à l'« *incapacité de la science juridique*²⁰⁷ », en réalité le modèle kelsénien seul considéré, à donner « *un cadre entièrement juridique*²⁰⁸ » à l'existence d'ordres juridiques « *fortement enchevêtrés*²⁰⁹ » mais d'affirmant tout deux comme « *distincts et souverains*²¹⁰ ».

La théorie pluraliste permet en effet de rendre compte, ce dont sont incapables, d'ailleurs, autant le monisme que le dualisme, de l'existence d'ordres juridiques

¹⁹⁹ *L'ordre juridique, op. cit.*, p. XVII-XVIII.

²⁰⁰ Plus précisément, à la dixième page de cette préface.

²⁰¹ Pierre MAYER, *loc. cit.*

²⁰² *Ibidem.*

²⁰³ *Ibid.*

²⁰⁴ Nicolas LERON, *La gouvernance constitutionnelle des juges. L'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'Union européenne*, Th. IEP Paris, 2014, p. 17.

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 196.

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 389.

²⁰⁷ *Loc. cit.*

²⁰⁸ *Loc. cit.*

²⁰⁹ *Ibid.*, p. 11.

²¹⁰ *Loc. cit.* L'auteur résout la contradiction logique qu'il décèle en proposant une analyse de science politique de « *la régulation des rapports constitutionnels au sein de l'espace juridique européen* » (p. 389), qui met en exergue les contraintes pesant sur les acteurs et les stratégies qu'ils développent en conséquence, autrement dit cet « *élément de pouvoir* » qu'intègre la théorie romanienne.

chacun autonome, originaire pour l'ordre juridique national et dérivé pour l'ordre juridique de l'Union. *Autonomes*, les ordres juridiques nationaux le demeurent en ce que, quoiqu'ayant, bon gré mal gré, accepté la primauté que revendique le droit de l'Union²¹¹, ceux-ci se réservent la possibilité de retirer, de leur point de vue, toute existence à l'ordre juridique de l'Union, ce qui se traduirait juridiquement par un retrait²¹², ou de façon moins radicale, lui ôter ponctuellement relevance en activant les « *contre-limites* » mises par les juridictions constitutionnelles nationales à l'acceptation de la primauté²¹³. *Autonome*²¹⁴, quoique dérivé, l'ordre juridique de l'Union l'est en ce que son système institutionnel lui permet de produire des normes qui ne se réduisent pas à de simples compromis entre des intérêts nationaux (c'est la « *méthode communautaire* » chère à Jean MONNET²¹⁵) et sont de fait perçues comme telles par les acteurs nationaux²¹⁶.

Cette validité minimale de la théorie pluraliste n'enlève cependant rien à la pertinence de la théorie moniste pour rendre compte du fonctionnement interne à un ordre juridique et la manière dont la Cour de justice conçoit, en partie, les rapports de systèmes. Aussi bien, au-delà de la nécessité de recourir au pluralisme pour s'expliquer l'état des rapports de systèmes dans le cadre de l'intégration, c'est davantage l'idée d'un enchevêtrement des discours inspirés par l'une et l'autre théorie en droit positif et, peut-être plus encore, dans la doctrine rendant compte du

²¹¹ Outre la thèse, à l'instant citée, de M. LERON, qui analyse le processus de réception du principe de primauté en droit national dans une perspective de science politique, on renverra ici aux manuels de droit institutionnel de référence, qui, de manière plus ou moins détaillée, rendent tous compte de l'évolution des jurisprudences nationales.

²¹² Sur la problématique du retrait, v. Claude BLUMANN, « L'apport du droit de retrait à qualification juridique de l'Union européenne », in *Mél. Philippe Manin*, Pédone, 2010, p. 53-68.

²¹³ Sur cette généralisation du système dit des « *contre-limites* », v. Nicolas LERON, *La gouvernance constitutionnelle des juges*, *op. cit.*, p. 159 et s.

²¹⁴ Sur l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union, v. SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*. Colloque organisé à Bordeaux les 30 septembre et 2 octobre 1999, Pédone, 2000, p. 207-249.

²¹⁵ Jean MONNET, *Mémoires*, Fayard, 1976. Et c'est parce que le droit de la nouvelle Union, qui aux termes de l'article 1 § 3 TUE, succède à l'ancienne Communauté européenne, présente les caractéristiques fondamentales de cette méthode que la référence à l'adjectif « *communautaire* » conserve, nonobstant l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, une certaine pertinence. Sur ces questions de terminologie, v. Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 687 ; Jean-Sylvestre BERGÉ, « Question de vocabulaire : impact de la disparition du terme 'Communauté' et de ses dérivés dans les Traités sur l'Union européenne en droit des contrats », *RDC* 2008, p. 523.

²¹⁶ *Comp.* la définition (politiste) classique de l'intégration qu'a donnée Ernst HASS (*The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces. 1950-1957*, University of Notre Dame Press, 1958) : « *Political integration is the process whereby political actors in several distinct national settings are persuaded to shift their loyalties, expectations and political activities toward a new center, whose institutions possess or demand jurisdiction over the pre-existing national states* » (p. 16).

droit positif qui est susceptible d'expliquer les interrogations que ces rapports suscitent.

Appliquons maintenant cette grille de lecture à la tendance doctrinale à rendre compte de l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire.

b) Les modèles moniste et pluraliste des rapports entre ordre public national et ordre public européen

36. De la même manière qu'il existe modèle pluraliste et un modèle moniste *des rapports de système en général*, il existe un idéal-type pluraliste et un idéal-type moniste *de la réalisation des valeurs dans l'espace social européen*. Dans le modèle pluraliste, la tâche de protéger les valeurs est d'abord celle des Etats membres, sous réserve, au plan matériel, que ces valeurs soient conciliées avec l'objectif européen d'intégration et ses dérivés et, au plan structurel, que les dispositifs nationaux de réalisation, notamment ceux que l'usage désigne sous le vocable « *ordre public* », soient mis au service des objectifs de l'Union, conformément aux principes d'équivalence et d'effectivité. Dans le modèle moniste, le processus de réalisation des valeurs connaît, à tout le moins dans le champ d'application du droit de l'Union, une européanisation de bout en bout, les valeurs protégées comme les mécanismes mis en œuvre à cette fin étant pensés comme européens et ayant absorbé ou s'étant substitués à leurs antécédents nationaux.

37. De la même manière que les modèles pluraliste et moniste sont, chacun et concomitamment, partiellement aptes à rendre compte de la jurisprudence de la Cour de justice concernant les rapports de systèmes en général, ces modèles connaissent tous deux des réalisations dans le droit positif de l'Union ayant trait à la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public.

38. Or, en affirmant l'existence de valeurs et de mécanismes de réalisation proprement européens, existence exclusive d'une articulation avec les ordres juridiques nationaux, l'idée d'un « *ordre public européen* », dans ses deux variantes, postule implicitement la réalisation pleine et entière du modèle moniste. À ce titre et dans cette mesure, elle doit être critiquée : en tant qu'elle adopte un parti pris sur la nature constitutionnelle de l'Union qui ne se fait pas connaître comme tel. Autrement

dit, alors même qu'elle peut effectivement prétendre rendre compte de certains aspects du droit positif, la thèse de l'existence d'un « *ordre public européen* » est contestable en ce qu'elle procède d'un phénomène que le Professeur SAVAUX a désigné sous le nom d' « *hypostase* », c'est-à-dire la tendance de la doctrine à présenter ses vues subjectives comme le reflet exact du droit positif²¹⁷.

Aussi, faut-il désormais s'attacher à mesurer la part de positivité effective du modèle moniste de réalisation des valeurs et vérifier si, derrière l'affirmation faite avec la force de l'évidence de l'existence d' « *ordre public européen* », ne se cache pas une réalité beaucoup plus subtile, subtile parce que pluraliste. Nous prendrons à cette fin essentiellement des exemples tirés du droit international privé, matière où l'idée d'un ordre public européen, compris de façon distincte comme contenu et comme contenant, a été la mieux précisée. Nous envisagerons successivement ces deux aspects, substantiel et technique.

- i) *Le caractère moniste de la thèse de l'existence de l' « ordre public européen » compris comme contenu*

39. Position du problème. – La thèse concevant l'ordre public européen comme un contenu est moniste en ce que, en présence de valeurs concrétisées aussi bien au niveau national qu'européen, elle tend à postuler une absorption des premières par les secondes²¹⁸.

En droit international privé, tel est ce à quoi aboutit la doctrine qui voudrait voir le recours à l'exception d'ordre public international dans l'espace judiciaire européen *obligatoirement étayé par référence aux droits fondamentaux tels que consacrés par*

²¹⁷ Eric SAVAUX, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. Jean-Luc Aubert, LGDJ, 1997, spéc. n° 200 et s.

²¹⁸ Les termes du débat doivent être ainsi circonscrits. La question de l'absorption de valeurs nationales par des valeurs européennes ne peut en effet se poser que lorsque, à propos d'une même situation, l'un et l'autre des deux pôles se font une conception précise de la pondération qui doit être donnée aux valeurs que cette dernière sollicite. Autrement dit, la question que l'on se pose ici ne concerne pas l'hypothèse où une valeur spécifiquement européenne a vocation à être véhiculée par un mécanisme d'ordre public, comme dans l'affaire *Maxicar* (CJCE, 5^e ch., 11 mai 2000, C-38/98), où se posait la question de la sanction par le juge requis d'une méconnaissance du droit communautaire de la concurrence et du principe de libre circulation des marchandises dans l'Etat d'origine (sur cet arrêt, v. *infra* n° 45). Ces développements ne concernent pas non plus la question de savoir si et dans quelle mesure une conception spécifiquement nationale peut être réalisée dans le champ d'application du droit de l'Union. Cette problématique renvoie à des hypothèses du type *Omega* (CJCE, 14 octobre 2004, aff. C-36/02) où se posait la question de la justification (acceptée) d'une entrave à la libre prestation de service par la conception spécifiquement allemande de la dignité humaine, quand le droit de l'Union, tout en consacrant abstraitement cette valeur ne lui donnait pas de concrétisation précise au regard de situations de type de celle en cause.

le droit de l'Union, et, plus encore, celle qui voudrait voir l'usage de cette exception rendu obligatoire pour, en cas d'atteinte constatée, protéger ces droits fondamentaux de l'Union²¹⁹.

Dans ses deux aspects, cette thèse se heurte à la jurisprudence de la Cour de justice qui, parce qu'elle est ambivalente, est irréductible à cette présentation radicale. On pourra le vérifier en consultant tant cette jurisprudence sectorielle que constitue l'interprétation faite par la Cour des instruments de droit dérivé formant le cadre de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, que les arrêts ayant récemment apporté des précisions sur l'articulation de la Charte des droits fondamentaux de l'Union avec le standard interne de protection²²⁰, jurisprudence que l'on qualifiera, par contraste, d'institutionnelle.

40. Jurisprudence sectorielle. – S'agissant du premier aspect de cette thèse, il arrive certes parfois que, se prononçant sur l'existence d'une atteinte au droit au procès équitable dans l'État d'origine, la Cour de justice se réfère explicitement à la consécration européenne de ce dernier, comme principe général du droit²²¹ ou à l'article 47 alinéa 2 de la Charte, depuis l'entrée en vigueur de cette dernière²²². Mais le plus souvent la Cour s'abstient d'une telle référence, en ne mentionnant que les « traditions constitutionnelles communes » ou la jurisprudence de la Cour EDH sur le fondement de l'art. 6-1²²³, voire en s'abstenant de viser une source formelle déterminée²²⁴. L'attitude des juridictions nationales est elle-même ambivalente, certaines formulant leur question préjudicielle explicitement par référence au droit de

²¹⁹ Pour la présentation de ces deux aspects, v. *supra* n° 23. Par rapport à la thèse de la référence obligatoire aux droits fondamentaux de l'Union dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, la thèse de la protection obligatoire de droits fondamentaux de l'Union par le recours à l'exception d'ordre public, vise à répondre à une question qui ne se pose pas véritablement dans ce cadre, dans la mesure où les Etats membres sont davantage prompts à se prévaloir de leur ordre public que de ne pas s'en prévaloir, question qui est celle de la primauté des droits fondamentaux de l'Union sur un standard national plus laxiste.

²²⁰ Compris ici par opposition au standard de protection de l'Union comme recouvrant tant le système de protection constitutionnelle nationale que le système de protection issu de la Convention européenne des droits de l'homme.

²²¹ V. ainsi CJCE gde ch., 2 mai 2006, *Eurofood*, C-341/04, Rec. p. I-3813, spéc. pt. 65 (droit d'être entendu).

²²² CJUE 1^{re} ch., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531, spéc. pts 52 et 62 (obligation de motivation des décisions judiciaires).

²²³ V. ainsi l'arrêt *Krombach* (CJCE, 28 mars 2000, C-7/98, Rec. p. I-1935) qui, s'il se réfère aux principes généraux du droit communautaire à un stade amont du raisonnement, pour rendre disponible la clause générale d'ordre public de la Convention de Bruxelles (sur cet aspect, v. *infra* n° 496 et la n. 1718), ne s'y réfère plus au stade de la concrétisation du standard, aux pt. 38 et 39 de l'arrêt. L'arrêt *Gambazzi* (CJCE 1^{re} ch., 2 avr. 2009, C-394/07, Rec. p. I-2563, pt. 28) rendu ultérieurement reprend la même motivation.

²²⁴ V. ainsi CJUE 3^e ch., 23 oct. 2014, *flyLAL-Lithuanian Airlines*, C-302/13, ECLI:EU:C:2014:2319, spéc. pt. 51.

l'Union²²⁵, tandis que d'autres, après avoir reçu la bénédiction de la Cour pour refuser effet à la décision étrangère, étayaient ce refus par référence à leur droit constitutionnel national²²⁶.

S'agissant du second aspect de cette thèse, tenant à l'idée d'une protection *impérative* des droits fondamentaux de l'Union *via* l'exception d'ordre public international, elle pourrait *a priori* trouver un appui dans l'arrêt *N. S.* de la Cour de justice, rendu le 21 décembre 2011²²⁷, à propos de ce domaine voisin de l'espace de liberté, de sécurité et de justice (ci-après « ELSJ ») qu'est le système européen commun d'asile²²⁸. En effet, l'article 3-2° du règlement *Dublin II*, alors applicable, permettait, par dérogation aux critères permettant de désigner l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile de droit commun, à tout autre État membre auquel était présentée une telle demande d'évoquer cette responsabilité, singulièrement pour des motifs humanitaires²²⁹. À la lecture du règlement, cette clause dite, significativement, de « *souveraineté* », n'énonçait cependant qu'une faculté. Dans l'arrêt *N. S.*, la Cour a néanmoins admis que l'activation de cette clause pouvait devenir obligatoire pour l'État membre dans lequel se trouve le demandeur d'asile, en présence de « *défaillances systémiques* » dans la procédure d'asile et les conditions d'accueil de

²²⁵ Ainsi, dans l'affaire *Trade Agency*, préc., où la juridiction de renvoi lettone interrogeait expressément la Cour sur le point de savoir si le défaut de motivation d'un jugement anglais par défaut était ou non conforme à l'art. 47 de la Charte (*op. cit.*, pt. 25). Cette référence exprime a d'ailleurs très certainement configuré la motivation de la réponse de la Cour en l'espèce (v. à cet égard le pt. 73 des ccl. de l'avocat général KOKOTT : « *Il n'y a pas lieu ici d'examiner la question de savoir si l'ordre public national peut également contenir, à titre exceptionnel, d'autres exigences ou bien s'il doit toujours correspondre au contenu de l'ordre public tel qu'il résulte des droits fondamentaux de l'Union. En effet, la juridiction de renvoi n'a expressément visé, dans sa question, que les exigences de l'article 47 de la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne* »).

²²⁶ Ainsi, c'est au visa de l'article 103 du *Grundgesetz* que le *Bundesgerichtshof* a finalement refusé *exequatur* à la décision française dans l'affaire *Krombach*. Sur ce point v. Ioanna THOMA, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Mohr Siebeck, 2007, spéc. p. 149 qui, dans une perspective toute moniste parle d'une « [re-]nationalisation » de l'ordre public.

²²⁷ CJUE, gde ch., 21 déc. 2011, *N. S. e. a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10. Pour une réfutation voir cependant *infra* n° 42.

²²⁸ Voisines, les problématiques développées dans le cadre de l'espace judiciaire européen et du système européen d'asile le sont en ce qu'elles sont irriguées par le « *principe de confiance mutuelle* », qui, selon la définition qu'en a donné la Cour dans cet arrêt, repose sur la présomption que « *l'ensemble des États y participant [...] respectent les droits fondamentaux* » (pt. 78). V. aussi la formule retenue par l'avis sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme selon laquelle, dans les relations entre les États membres, le principe de confiance mutuelle « *impose, notamment en ce qui concerne l'espace de liberté, de sécurité et de justice, à chacun de ces États de considérer, sauf dans des circonstances exceptionnelles, que tous les autres États membres respectent le droit de l'Union et, tout particulièrement, les droits fondamentaux reconnus par ce droit* » (CJUE, ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13).

²²⁹ Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25 fév. 2003, p. 1. Le règlement Dublin II a depuis lors été abrogé et remplacé par le règlement « *Dublin III* » : règlement n° 604/2013 du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 25 juin 2013, p. 31.

l'État en principe responsable, en l'occurrence la Grèce, telles que ces défaillances impliquent « *un traitement inhumain ou dégradant au sens de l'art. 4 de la Charte*²³⁰ ». Autrement dit, en matière de droit d'asile, la nécessité de respecter les droits fondamentaux au minimum tels qu'entendus par le droit de l'Union²³¹, transforme une règle permissive en règle prescriptive²³².

En matière de reconnaissance des décisions dans l'espace judiciaire européen civil cependant, la Cour de justice ne s'est jamais exprimée qu'en termes de permission faite aux États membres d'activer l'exception d'ordre public international, ceci y compris dans les décisions dans lesquelles elle a pu contrôler l'existence d'une atteinte à l'ordre public du for par référence aux droits fondamentaux de l'Union²³³.

Ainsi, la jurisprudence relative à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international contenue dans les instruments de droit dérivé ne permet pas d'établir indubitablement, c'est le moins qu'on puisse dire, l'existence d'un « *ordre public européen* » autonome ayant vocation à absorber l'« *ordre public national* ». L'exercice de réfutation de la thèse moniste doit cependant être prolongé par un examen de la jurisprudence récente relative, plus généralement, à l'articulation des droits fondamentaux de l'Union et du standard de protection interne, qui offre une clé de lecture *a posteriori* des arrêts rendus dans le cadre de l'ELSJ, que l'on vient de mentionner.

41. Jurisprudence institutionnelle. – Au-delà de cette jurisprudence sectorielle, c'est en effet dans la jurisprudence institutionnelle qu'il faut chercher une ébauche de systématisation des rapports entre valeurs européennes et valeurs nationales dans la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public.

²³⁰ *N. S.*, préc., pts. 86 et 106-108.

²³¹ La question de l'obligatorité de l'activation de la clause d'évocation ne s'est posée, dans les affaires portées devant la Cour, que parce que, confrontées à une demande en ce sens de la part des demandeurs d'asile requérants au principal, les autorités nationales ne voyaient pas de problème, ou du moins doutaient qu'il y en ait un, à les transférer en Grèce.

²³² Cet apport de l'arrêt *N. S.* a été intégré au nouvel art. 3-2, al. 2 et 3 du règlement *Dublin III*.

²³³ V. l'arrêt *Krombach*, préc., pt. 40 : « *Le juge national d'un État contractant est en droit de considérer que le refus d'entendre la défense d'un accusé absent des débats constitue une violation manifeste d'un droit fondamental* » ; *Eurofood*, préc., pt. 67 : « *L'article 26 du règlement doit être interprété en ce sens qu'un État membre peut refuser de reconnaître une procédure d'insolvabilité ouverte dans un autre État membre lorsque la décision d'ouverture a été prise en violation manifeste du droit fondamental à être entendue dont dispose une personne concernée par une telle procédure* » ; *Gambazzi*, préc., pt. 48 : « *Le juge de l'État requis peut tenir compte, au regard de la clause relative à l'ordre public visée à cet article, du fait que le juge de l'État d'origine a statué sur les prétentions du demandeur sans entendre le défendeur* » ; *Trade agency*, préc., pt. 54 : « *Un juge d'un État membre requis est en droit de considérer, en principe, qu'une décision rendue par défaut et dépourvue d'appréciation en ce qui concerne l'objet, le fondement ainsi que le bien-fondé du recours constitue une restriction d'un droit fondamental dans l'ordre juridique de cet État membre* » (nous soulignons).

Sous cet angle, il faut distinguer, du point de vue de la chronologie du raisonnement, deux questions successives : d'abord celle de la détermination du champ d'application des principes généraux du droit de l'Union ou, désormais, de la Charte²³⁴, ensuite, celle de la résolution du conflit éventuellement constaté entre ces dernières dispositions, telle qu'interprétées par la Cour de justice et ce qu'on peut appeler, par opposition, le standard de protection interne.

42. Applicabilité de la Charte. – S'agissant de la première de ces questions, il faut souligner que l'application, postulée par la thèse moniste ici étudiée, des droits fondamentaux de l'Union à la situation dans laquelle se pose la question de la mise en œuvre par le juge requis de l'exception d'ordre public international ménagée par le droit dérivé, n'est pas si évidente. En effet, une telle situation ne correspond à proprement parler à aucune des hypothèses dans lesquelles la Cour a pu, jusqu'à présent, déclarer le standard européen opposable aux autorités nationales.

Certes, cette application peut, *a priori*, paraître fondée, si l'on s'en tient à une lecture littérale de l'art. 51-1 de la Charte qui verrait dans cette activation une « *mise en œuvre du droit de l'Union* », rendant opposables aux États membre les droits fondamentaux de l'Union²³⁵.

Elle est cependant discutable, si délaissant cette interprétation littérale, on se réfère à la *ratio* de la jurisprudence traditionnelle de la Cour « *relative à la mesure dans laquelle l'action des États membres doit se conformer aux exigences découlant des droits fondamentaux garantis dans l'ordre juridique de l'Union* », que, selon le « *grand* » arrêt *Åkerberg Fransson*²³⁶, intervenu depuis l'entrée en vigueur de la Charte, l'article 51-1 de cette dernière « *confirme* »²³⁷.

²³⁴ Nous reprenons ici la terminologie consacrée. Il faut cependant préciser que, à proprement parler, les normes étayant le recours à un mécanisme axé sur le standard « *ordre public* », ne sont pas appliquées mais prises en considération (v. *infra* spéc. n° 141, concernant l'exception d'ordre public international, et n° 414-425 concernant le standard « *ordre public* » en général)

²³⁵ Ainsi que l'a souligné l'avocat général CRUZ VILLALÓN au point 34 de ses conclusions présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (CJUE gde, ch. 26 fév. 2013, C-617/10) le « *pouvoir sémantique* » de cette expression n'est pas tel qu'il ne pouvait pas justifier aussi bien une conception restrictive qu'extensive du champ d'application de la Charte.

²³⁶ CJUE gde ch. 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 : *GACJUE*, t. I, n° 16, p. 214-232.

²³⁷ *Ibidem*, pt 18. L'arrêt *Åkerberg Fransson* passe ainsi pour avoir vidé la question de savoir si, en ne se référant à l'art. 51-1 Ch. qu'à la formule de la jurisprudence *Wachauf* (CJCE, 13 juillet 1989, aff. 5/88, Rec. p. 2609) selon laquelle les droits fondamentaux de l'Union lient les États membres « *lorsqu'ils mettent en œuvre* » le droit communautaire, à l'exclusion de celle issue de l'arrêt *ERT* (CJCE, 18 juin 1991, C-260/89, Rec. p. I-2925) selon laquelle les États membres devraient respecter le standard européen, plus largement, lorsqu'ils agissent « *dans le champ d'application* » du droit communautaire, le constituant n'aurait pas entendu conférer à

Se revendiquant indistinctement de la jurisprudence *Wachauf* et de la jurisprudence *ERT*²³⁸, la thèse de l'usage obligatoire de l'exception d'ordre public international au bénéfice des droits fondamentaux de l'Union, vise en effet une hypothèse qui, nous semble-t-il, ne correspond vraiment aux situations tranchées ni par l'une, ni par l'autre²³⁹.

Commençons par la référence à l'arrêt *ERT*²⁴⁰, laquelle vient peut-être le plus spontanément à l'esprit, dans la mesure où cette jurisprudence impose aux États membres le respect du standard européen lorsqu'ils entendent activer les dérogations que les États membres ménagent à leur profit, singulièrement les dérogations axées sur la notion d'« *ordre public* »²⁴¹. Pourtant, à y regarder de plus près, la configuration envisagée par la thèse moniste est exactement inverse de celle appréhendée par la jurisprudence *ERT* : on voudrait, par le recours à la dérogation dans l'État requis, éviter une atteinte aux droits fondamentaux trouvant son origine dans l'État d'origine, quand la jurisprudence *ERT* vise au contraire à éviter que les États membres ne trouvent dans la faculté de dérogation qui leur est offerte l'occasion de porter atteinte aux droits fondamentaux²⁴².

Reste la jurisprudence *Wachauf*²⁴³. Cette jurisprudence impose aux États membres le respect des droits fondamentaux de l'Union lorsqu'ils se font, selon la formule

la Charte un champ d'application plus restreint que celui que la Cour attribuait naguère aux droits fondamentaux pris comme principes généraux du droit communautaire. On pouvait au demeurant douter de cette interprétation régressive, dans la mesure où les « *explications* » relatives à la Charte (JO C 303, du 14 déc. 2007, p. 17, spéc. p. 32) se réfèrent aussi bien à l'un qu'à l'autre de ces précédents. La lecture finalement privilégiée par la Cour suggère ainsi que les droits fondamentaux consacrés dans la Charte et ceux valant comme « *principes généraux* », aux termes de l'art. 6-3 TUE, ont, sinon une portée identique du moins voient leurs champs d'application déterminés selon les mêmes principes.

²³⁸ V., respectivement, les notes 61 et 24 des conclusions (préc.) de l'avocat général KOKOTT présentées dans les affaires *Apostolides* et *Gambazzi*.

²³⁹ Sur la logique respective de ces deux lignes de jurisprudence, v. Edouard DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », in Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 369-411 ; *idem*, « The Protection of Fundamental Rights and the Allocation of Competences in the EU : A Clash of Constitutional Logics », in Loïc Azoulay (dir.), *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, p. 193-211.

²⁴⁰ Préc.

²⁴¹ Dans l'affaire *ERT*, la Cour a affirmé le nécessaire respect des droits fondamentaux comme condition additionnelle de l'admissibilité d'une entrave à la libre circulation. Pour une confirmation récente de la positivité de cette jurisprudence, v. CJUE (3^e ch.), 29 mars 2014, *Pfleger*, C-390/12 : ECLI: ECLI:EU:C:2014:281 : *Europe* 2014, comm. 256, obs. Denys Simon. Pour des applications concernant spécifiquement la dérogation fondée sur l'ordre public, v. *infra* n° 76).

²⁴² Le Professeur DUBOUT souligne ainsi l'esprit de « *compensation* » qui anime cette jurisprudence : le droit l'Union étend son standard de protection des droits fondamentaux aux situations qui lui échappent « *in extremis* », du fait du caractère partiel de l'intégration (v. « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne », *op. cit.*, p. 392-393 ; « The Protection of Fundamental Rights and the Allocation of Competences in the EU », *op. cit.*, p. 203-204).

²⁴³ Préc.

consacrée, « *agents d'exécution* » du droit de l'Union²⁴⁴. Ainsi, tandis que la jurisprudence *ERT* vise à offrir une protection supplémentaire aux citoyens contre les Etats membres, la jurisprudence *Wachauf*, vise, très différemment, à prémunir l'individu contre l'arbitraire du droit de l'Union, fût-il mis en œuvre par les Etats membres²⁴⁵.

C'est bien dans cet esprit qu'a été rendu l'arrêt *N. S.*²⁴⁶, dont il a été question plus haut²⁴⁷. En effet, en imposant dans certaines circonstances aux États membres d'exercer la faculté d'évocation que leur alloue le règlement *Dublin II*²⁴⁸, la solution adoptée vise, en réalité, à combler une lacune de ce dernier²⁴⁹. Se déclarant formellement respectueux de la Charte dans ses considérants²⁵⁰, le règlement aboutissait en pratique, compte tenu de la consécration du critère de la première entrée et de la situation géographique de la Grèce, à faire peser sur cette dernière une responsabilité « *disproportionnée* » dans le traitement des demandes d'asile, par rapport à la charge pesant sur les autres États membres²⁵¹, et, ainsi, à la placer en situation de « *défaillance systémique* » impliquant des traitements inhumains et

²⁴⁴ Ainsi des sanctions fiscales et pénales prises par les autorités néerlandaises en réponse (notamment) à une fraude à la TVA, en cause dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* (*op. cit.*), le droit de l'Union se bornant à cet égard à renvoyer à l'autonomie procédurale, sous la traditionnelle réserve du caractère « *effectif, proportionné et dissuasif* » de la sanction.

²⁴⁵ En ce sens, v. la contribution du Professeur DUBOUT intitulée « Le défi de la délimitation du champ de la protection des droits fondamentaux par la Cour de justice », à la journée d'étude organisée le 20 octobre 2011 par le Centre de droit européen de l'Université Paris II Panthéon-Assas sur *L'Union européenne et les droits fondamentaux : les nouveaux défis*, à paraître.

²⁴⁶ CJUE, gde ch., 21 déc. 2011, *N. S. e. a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10 : *RFDA* 2012, p. 377, obs Coralie Mayer-Carpentier ; *AJDA* 2012, p. 309, chron. Michel Aubert, Emmanuel Broussy et Francis Donnat. V. aussi Fabienne Gazin, « Du bon emploi du règlement 'Dublin II' sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire *N. S.* du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe* 2011, étude 4.

²⁴⁷ V. *supra* n° 40. Tel était le cas aussi dans l'arrêt fondateur. Dans l'affaire *Wachauf*, en effet, le problème résidait dans l'articulation à donner aux dispositions communautaires relatives au transfert des quotas laitiers en présence d'un bail rural arrivant à expiration, d'une part, et celles relatives à l'indemnité pour abandon de la production laitière, laquelle avait été en l'espèce initiée par le preneur. Des interprétations possibles, la Cour de justice exige des autorités nationales qu'elles retiennent, dans l'exercice de leur marge d'appréciation, celle qui ne revenait pas à priver le preneur des fruits de son travail. Sur cet arrêt, v. Francis G. JACOBS, « *Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law », in Miguel Poiares Maduro et Loïc Azoulay (dir.), *The Past and the Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, p. 133-150.

²⁴⁸ Préc.

²⁴⁹ *Comp.* Fabienne GAZIN (« Du bon emploi du règlement 'Dublin II'... », *op. cit.*, n° 1) qui évoque « *les tares du système européen d'asile* » et Coralie MAYEUR-CARPENTIER, obs. préc., qui souligne « *la responsabilité du Conseil et du Parlement européen* » dans la situation à l'origine de cette affaire.

²⁵⁰ Cons. 15.

²⁵¹ V. le pt. 87 de l'arrêt *N. S.*, qui relève que « *la Grèce était en 2010, le point d'entrée dans l'Union de près de 90 % des migrants illégaux* ». Il ne semble pas, cependant, que l'appel implicite de la Cour à la solidarité entre les Etats membres ait été entendu par le législateur, lequel s'est borné, dans le règlement *Dublin III*, préc., à entériner l'adaptation de l'arrêt *N. S.* Pour une analyse du nouveau dispositif, v. Marie-Laure BASILIEN-GAINCHE, « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe* 2014, étude 1.

dégradants²⁵². La fonction correctrice de l'interprétation du règlement à la lumière de la Charte est attestée par les affirmations de la Cour selon lesquelles, à défaut d'une telle interprétation, le « *règlement lui-même* » pourrait être vu comme contraire au droit primaire²⁵³ ou encore qu'une telle interprétation est nécessaire afin de permettre, non seulement aux États membres, mais encore « *à l'Union* » de respecter ses obligations relatives à la protection des droits fondamentaux des demandeurs d'asile²⁵⁴.

En revanche, encore une fois, la thèse du recours obligatoire à l'exception d'ordre public international s'éloigne de ce schéma traditionnel, dans la mesure où l'atteinte aux droits fondamentaux que l'on voudrait éviter ne trouve son origine ni dans le droit de l'Union, ni même, à proprement parler, dans la marge de manœuvre qu'il laisse au juge du for, mais, strictement, dans l'ordre juridique national, lequel se ferait, par hypothèse, une conception plus laxiste de ces droits. La seule circonstance que la règle de reconnaissance du for a été européanisée paraît un lien bien ténu pour justifier un contrôle de la réception des décisions étrangères dans l'ordre juridique national à l'aune de la Charte²⁵⁵. À cet égard, on peut penser qu'une lecture pluraliste de l'articulation des ordres juridiques de l'Union et national impliquerait que cette éventuelle atteinte ne trouve sa sanction que devant la CEDH, en application de la jurisprudence *Pellegrini* de cette dernière²⁵⁶. À l'inverse, lui faire porter remède par la Cour de justice, sur le fondement de la Charte, revient, tendanciellement à transformer celle-ci en « *Cour des droits de l'homme* »²⁵⁷.

²⁵² Au demeurant, cette lacune dans la protection des droits fondamentaux avait été indirectement établie quelques mois plus tôt par l'arrêt *M. S. S. c. Belgique et Grèce* de la Cour EDH (21 janv. 2011, n° 30696/09), lequel avait, à propos de faits similaires, non seulement constaté la gravité de la situation en Grèce et retenu la responsabilité de cette dernière au regard de la Convention, mais encore estimé la Belgique responsable individuellement (quoiqu'ayant agi en exécution du droit de l'Union) et par ricochet (le fait illicite imputable à la Belgique n'aurait existé pas sans les violations imputables à la Grèce, de la même manière que, en droit de la responsabilité civile, le préjudice par ricochet, quoiqu'étant propre aux proches de la victime directe et à ce titre réparé de manière autonome, dérive de l'atteinte subie par cette dernière), pour s'être abstenue de transférer le requérant, comme la clause de souveraineté du règlement *Dublin II* l'y autorisait.

²⁵³ *N. S.*, préc., pt. 100.

²⁵⁴ *Ibidem*, pt. 94.

²⁵⁵ Si l'arrêt *Åkerberg Fransson*, préc., peut indubitablement être interprété comme ayant adopté une conception souple de la notion de « *mise en œuvre* » au sens de l'article 51-1° de la Charte, il ne semble cependant pas avoir fait taire toute discussion sur l'intensité du lien exigé entre le droit de l'Union et la mesure nationale litigieuse, pour justifier l'application du droit primaire. En ce sens, v. les observations de Denys SIMON au sujet de cet arrêt dans la revue *Europe* 2013, comm. 154 et Niamh NÍC SHUIBHNE, « The Constitutional weight of adjectives », *ELR* 2014, p. 153-154.

²⁵⁶ CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96 ; v. aussi CEDH, 4^e sect., 25 février 2014, *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07.

²⁵⁷ La dimension juridico-politique de la question de l'articulation des standards de protection des droits fondamentaux de l'Union et internes est bien perçue par la doctrine, qui agite la perspective de cette

Las ! Même en adoptant une conception extensive du champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, comme le font implicitement les arrêts (minoritaires) qui concrétisent l'exception d'ordre public international contenue dans les règlements par référence à des normes de l'Union²⁵⁸, il reste possible d'adopter une lecture pluraliste de l'articulation des ordres juridiques de l'Union et national. La question se déplace alors de la détermination du champ d'application de la Charte à celle de la résolution des conflits, en cas de divergence, entre la conception nationale et la conception européenne du droit fondamental en cause.

43. Résolution des conflits. – A supposer la Charte applicable, il reste en effet à déterminer les modalités d'articulation des standards de protection de l'Union et interne. A cet égard, la Cour a fait le choix, dans ses arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* rendus le même jour²⁵⁹, d'un contrôle de la mesure nationale de mise en œuvre du droit de l'Union, cumulativement au regard des exigences nationales, et des exigences européennes²⁶⁰. Le caractère cumulatif de l'application devient cependant problématique dès l'instant où les standards ne seraient plus convergents. En ce cas, il résulte de ces arrêts que la solution la plus protectrice l'emporte, soit le standard européen²⁶¹, soit le standard national. L'application est cependant bien cumulative, au sens où l'on dit, en droit international privé, que des rattachements sont cumulatifs, si bien que, des différentes lois appliquées à la même question de droit, le point de vue le plus rigoureux l'emporte.

La Cour met cependant une réserve au jeu du standard national plus protecteur, tenant à la « *primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* »²⁶². Par « *droit de l'Union* », toutefois, il ne faut pas entendre la Charte elle-même, ce qui reviendrait à assurer la prévalence systématique de cette dernière et, en pratique, à nier l'idée que

transformation comme un épouvantail : v. ainsi Koen LENAERTS, « The EU Charter of Fundamental Rights : Scope of Application and Methods of Interpretation », in *Mél. Paolo Mengozzi*, Pédone, 2013, p. 107-141, spéc. p. 108 ; Dominique RITLÉNG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD eur.* 2013, p. 267-293 spéc. p. 273.

²⁵⁸ V. *supra* n° 40, n. 221 et 222.

²⁵⁹ Dans l'arrêt *Åkerberg Fransson* (préc.) à titre d'*obiter dictum*, et dans l'arrêt *Melloni* (CJUE, gde ch., 26 février 2013, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107), à titre d'interprétation, sollicitée en l'espèce, de l'art. 53 de la Charte.

²⁶⁰ « *Il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'appliquer des standards nationaux de protection des droits fondamentaux...* », dit la Cour au point 29 de l'arrêt *Åkerberg Fransson* et au point 60 de l'arrêt *Melloni*.

²⁶¹ *Ibidem* : « *...pourvu que cette application ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour...* ».

²⁶² *Ibid.* : « *... ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union* ».

le standard national s'applique cumulativement à elle, mais le dispositif européen « mis en œuvre » par la mesure nationale contrôlée.

Dans l'affaire *Melloni*, qui concernait la mise en œuvre de la décision-cadre sur le mandat d'arrêt européen, cette réserve a abouti à juger conforme au droit au procès équitable la décision espagnole d'extrader en Italie un prévenu condamné *in absentia* alors que, en l'absence de possibilité, dans cet État, de rouvrir le procès, cette conformité n'était acquise que du point de vue du droit de l'Union, non du point de vue du droit constitutionnel espagnol, plus protecteur. En effet, en l'espèce la décision-cadre était applicable dans sa version de 2009, laquelle avait, dans un souci d'effectivité accrue, précisément ôté aux États membres la possibilité de refuser l'extradition pour un motif de ce type. Dans ce contexte, déclarer inconstitutionnelle la décision d'extradition revenait, en l'absence de marge de manœuvre des autorités espagnoles²⁶³, purement et simplement à faire primer la Constitution espagnole sur la décision-cadre elle-même, ce que la jurisprudence *Internationale Handelsgesellschaft* de la Cour de justice exclut depuis plus de quarante ans²⁶⁴.

Si l'on accepte l'idée de l'applicabilité de la Charte en cette hypothèse, le système ébauché dans les arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*, peut être vu comme une explication *a posteriori* de la jurisprudence développée par la Cour à propos de la mise en œuvre par les États membres de l'exception d'ordre public international contenue dans les actes de droit dérivé. En effet, de cette jurisprudence, qui a trait quasi-exclusivement à la détection d'une atteinte portée dans l'État d'origine au droit au procès équitable, on a pu dire qu'elle tendait à imposer la conception que la Cour se fait de ce dernier²⁶⁵, soit qu'elle statue elle-même sur l'existence d'une telle atteinte, soit qu'elle donne des directives très précises à la juridiction de renvoi sur la

²⁶³ À la lecture combinée des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*, la doctrine avait mis en lumière que l'existence ou non d'une marge d'appréciation de l'État membre dans la mise en œuvre du droit de l'Union était le critère qui permet de faire le départ entre les hypothèses où, en situation de compétence liée, seul le standard de l'Union s'applique, et celles où, en présence d'une marge d'appréciation, le standard national s'applique, cumulativement (v. Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *op. cit.*, p. 283-284), ce que la jurisprudence ultérieure a expressément confirmé : v. CJUE (5^e ch.), 14 sept. 2014, *A. c. B. e. a.*, C-112/13, pt. 40 : *Europe* 2014, comm. 432, obs. Denys Simon : « lorsque le droit de l'Union accorde aux États membres une marge d'appréciation dans le cadre de la mise en œuvre d'un acte du droit de l'Union, il reste loisible aux autorités et aux juridictions nationales d'assurer le respect des droits fondamentaux garantis par la Constitution nationale, pourvu que l'application des standards nationaux de protection des droits fondamentaux ne compromette pas le niveau de protection prévu par la Charte, telle qu'interprétée par la Cour, ni la primauté, l'unité et l'effectivité du droit de l'Union ».

²⁶⁴ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

²⁶⁵ En ce sens v. par exemple Christophe SERAGLINI, « L'ordre public et la faillite internationale : une première application dans le cadre de l'affaire *Eurofood* », in Georges Affaki (dir.), *Faillite internationale et conflits de juridictions. Regards croisés transatlantiques*, FEC/Bruylant, 2007, p. 171-196, spéc. n^{os} 18-20.

manière de faire ce diagnostic. Le binôme application cumulative des standards européen et national de protection des droits fondamentaux/réserve tenant à l'effectivité du dispositif européen mis en œuvre offre une clé de lecture de cette jurisprudence.

En effet, de deux choses l'une : soit les standards européen et national sont convergents, soit ils ne le sont pas. Dans le premier cas, nonobstant la circonstance que la Cour nous livre « *sa conception* » du droit au procès équitable, le caractère cumulatif de l'application explique que, si elle le souhaite, la juridiction de renvoi puisse étayer sa décision par référence à sa norme nationale²⁶⁶. Si en revanche les standards divergent, c'est le point de vue européen qui s'imposera, soit comme étant le plus protecteur, soit comme plancher minimal, en vue de préserver l'effectivité du dispositif européen mis en œuvre, ici, le principe de libre-circulation des décisions judiciaire dans l'Union, en vertu de la réserve posée par les arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni*.

Pour l'heure, la jurisprudence ne permet pas de vérifier complètement cette hypothèse. En effet, outre que les arrêts qui admettent implicitement l'applicabilité de la Charte (ou, antérieurement, des principes généraux du droit communautaire) à ce stade demeurent minoritaires²⁶⁷, la Cour n'a jamais eu à connaître de divergence véritablement caractérisée entre le standard national de protection du procès équitable et le standard de l'Union. En effet, le moyen étant en pratique soulevé par la partie intéressée et les juges nationaux plus prompts à considérer leur ordre public heurté que l'inverse, la question de primauté de la Charte sur un standard national moins protecteur ne s'est jamais posée. Quant à la question du sort d'un standard national plus protecteur, il faut observer, dans le même ordre d'idées, que la Cour est en pratique davantage saisie de questions préjudicielles sollicitant explicitement son avis sur l'existence d'une atteinte au droit procès équitable, voire d'allégations plus ou moins vagues quant à l'existence d'une telle atteinte, que de situations faisant apparaître de manière caractérisée que la conception nationale serait différente de la

²⁶⁶ Comme, ainsi que nous l'avons vu (*supra* n. 226) le *Bundesgerichtshof* dans l'affaire *Krombach*.

²⁶⁷ V. *supra* n° 40.

conception européenne, de telle sorte que les réponses qu'elle fournit aux juridictions nationales laissent place à l'interprétation²⁶⁸.

Quoi qu'il en soit, la transposition du système de résolution des conflits consacré par les arrêts *Åkerberg Fransson-Melloni* à cette hypothèse particulière serait, à la lumière de la jurisprudence institutionnelle, la conséquence logique de l'admission de la thèse selon laquelle la Charte serait opposable au juge requis lorsqu'il met en œuvre l'exception d'ordre public international contenue dans les règlements.

A cet égard, il faut néanmoins remarquer que la jurisprudence institutionnelle de la Cour est moins absolutiste que la thèse ici analysée d'une absorption de l'ordre public national, compris comme contenu, par l'ordre public européen. En effet, quoique reposant sur une conception relativement extensive du champ d'application du champ d'application de la Charte, la jurisprudence *Åkerberg Fransson-Melloni* adopte une conception pluraliste de l'articulation des standards européen et national de protection des droits fondamentaux²⁶⁹. Le choix d'une application cumulative des deux ordres d'exigences, postulant l'existence de deux ordres juridiques autonomes a en effet été préféré à celui d'une application exclusive de la Charte dans son champ d'application, laquelle repose par contraste sur l'idée (moniste) d'un transfert de compétence en matière de protection des droits fondamentaux du niveau national, au niveau européen²⁷⁰.

44. Conclusion du i). – La thèse de l'existence d'un ordre public européen, compris comme contenu qui, de façon typiquement moniste, postule l'absorption des

²⁶⁸ En particulier une autre lecture (plus franchement pluraliste) de la jurisprudence tendant (c'est indéniable) à imposer la conception que se fait la Cour des exigences du procès équitable, serait que ce diagnostic s'impose non pas en tant qu'il est une interprétation de la Charte revendiquant, le cas échéant, primauté sur le standard national, mais, très différemment, au titre d'une interprétation des conditions de recours à l'exception d'ordre public international. En effet, en droit de l'Union comme, du reste, en droit commun, ces conditions impliquent d'établir un contraste qualifié entre la situation qu'il s'agit pour le juge de consacrer et les valeurs du for, et non, simplement, et par exemple, une simple absence d'identité entre les règles du droit procédural de l'Etat d'origine et de l'Etat du for (sur cet aspect du contrôle à l'aune de l'ordre public international, v. *infra* n^{os} 154-156). C'est en ce sens que l'on peut, par exemple, interpréter l'affirmation de l'arrêt *Eurofood* (préc., pt. 68) selon laquelle le juge requis « ne saurait se limiter à transposer sa propre conception de l'oralité des débats et du caractère fondamental que celle-ci revêt dans son ordre juridique, mais doit apprécier, au vu de l'ensemble des circonstances, si [l'intéressé] a bénéficié ou non d'une possibilité suffisante d'être entendu ».

²⁶⁹ Ainsi que l'a souligné Koen LENAERTS (« The EU Charter of Fundamental Rights : Scope of Application and Methods of Interpretation », *op. cit.*, p. 141) : « it follows from *Melloni* that the ECJ has embraced a pluralist model of fundamental rights protection [...]. As interpreted by the ECJ, article 53 of the Charter serves to articulate the different systems of fundamental rights that form part of the EU 'commun constitutional space', thus preventing conflict between them whilst favouring value diversity ».

²⁷⁰ Telle était la conception maximaliste qu'embrassait, à ce stade, l'avocat général CRUZ VILLALÓN, dans ses conclusions dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (*op. cit.*, pts 35-38) corrélativement à une lecture restrictive du champ d'application de la Charte. Sur cette lecture, v. Dominique RITLENG, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union », *op. cit.*, p. 279-280.

valeurs nationales par leur pendant européen ne peut ainsi prétendre rendre compte du droit positif, qui est beaucoup plus nuancé.

D'une part, en effet, ni la jurisprudence rendue en application de la Convention de Bruxelles et du règlement Bruxelles I, ni la jurisprudence institutionnelle consacrée à l'articulation de ces valeurs communes que sont les droits fondamentaux, ne permettent d'établir avec certitude que le standard de protection européen ait en tant que tel vocation à être réalisé par le biais de l'exception d'ordre public international. D'autre part, et même à supposer cette vocation admise, la jurisprudence institutionnelle la plus récente s'oriente davantage vers un modèle, pluraliste, de coexistence des standards, que vers un modèle moniste de substitution des valeurs européennes aux valeurs nationales.

La positivité d'un ordre public européen autonome est également douteuse lorsqu'on conçoit ce dernier comme un contenant.

ii) *Le caractère moniste de la thèse de l'existence de l' « ordre public européen » compris comme contenant*

45. La thèse concevant l'ordre public européen comme un contenant autonome est tendanciellement moniste en ce qu'elle postule l'existence de règles de réalisation spécifiques aux valeurs européennes, absorbant non seulement la vocation des mécanismes nationaux à s'appliquer, mais aussi, plus largement, celle des mécanismes ordinaires de réalisation, nationaux et européens.

C'est dans cette veine que se situe, pour reprendre encore une fois cet exemple de droit international privé, l'opinion (minoritaire) selon laquelle les normes européennes seraient véhiculées par leur propre exception d'ordre public, une exception qui serait formellement distincte de celle mise au service des valeurs nationales²⁷¹. Au contraire, l'opinion traditionnelle ne distingue pas et estime que l'expression « *ordre public du for* » recouvre aussi bien des considérations d'origine strictement nationale que des agencements de valeurs enchâssés dans des normes de droit de l'Union²⁷².

²⁷¹ V. *supra* n° 24.

²⁷² On trouvera une expression typique de cette opinion dans le rapport GIULIANO-LAGARDE, concernant l'exception d'ordre public international contenue à l'article 16 de la Convention de Rome sur la loi applicable

Là encore, cependant, le droit positif est beaucoup plus nuancé.

À ce titre, on rappellera tout d'abord, que, en matière de conflit de lois, la proposition de la Commission d'introduire dans le règlement Rome II une « *exception d'ordre public communautaire* » n'a pas été jugée opportune par le législateur²⁷³.

Ensuite, la jurisprudence pertinente de la Cour de justice, qui concerne essentiellement ce que les Allemands appellent « *l'ordre public de reconnaissance* » (*Anerkennungsrechtliche ordre public*), ne réserve pas aux valeurs européennes un traitement par principe différent de celui des valeurs nationales. La jurisprudence relative à ces valeurs communes par excellence que sont les droits fondamentaux ayant déjà été exposée²⁷⁴, on se concentrera ici sur la jurisprudence relative à la réalisation de normes spécifiquement européennes.

Ainsi, en matière de droit de l'arbitrage, où les mécanismes de réalisation nationaux n'ont pas été harmonisés, la jurisprudence de la Cour de justice admet sans ambages

aux obligations contractuelles : « *L'article 16 précise que c'est l'ordre public du for qui doit être heurté par l'application de la loi désignée. Il va de soi que cette expression englobe l'ordre public communautaire qui est devenu partie intégrante de l'ordre public des États membres de la Communauté européenne* » (JOCE C 282 du 31 octobre 1982, p. 1-50, spéc. p. 37).

²⁷³ On citera à cet égard Mme Diana WALLIS, qui, dans le rapport adopté en première lecture par le Parlement, estimait que « *l'introduction d'une notion nouvelle, celle d' « ordre public communautaire » [...] débord[ait] le cadre du [...] règlement* » (Parlement européen, Commission des affaires juridiques, *Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II")*, 27 juin 2005, A6-0211/2005, spéc. p. 35). Sur le sort de cette proposition, v. Stéphanie FRANCO, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence », *op. cit.*, p. 60-64. Les propos de l'auteur manquent cependant de clarté et oscillent constamment entre deux idées parfaitement antinomiques. La première idée, qui se situe dans la lignée de celle (moniste) que le Professeur FRANCO a défendue par ailleurs (*L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005) selon laquelle, le droit de l'Union définissant de manière autonome son champ d'application, les règles européennes substantielles de droit privé ou pouvant être prises en considération à l'occasion d'un litige de droit privé ne pourraient jamais voir leur applicabilité à une situation internationale déterminée, en sus, par les mécanismes ordinaires du droit international privé (pour une appréciation critique, v. Delphine ROOZ, *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, *op. cit.*, n^{os} 583-584 et 615-637, qui démontre, en matière contractuelle, qu'il n'existe pas de rapport d'opposition entre le règlement Rome I et le droit substantiel dérivé ; v. aussi Jérémy HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préf. Horatia Muir Watt, Economica, 2010, spéc. n^o 196 et Benjamin MATHIEU, *Directives européennes et conflits de lois*, préf. Dominique Bureau, LGDJ, 2015, p. 69 et s.), consiste à dire que la réalisation de valeurs européennes s'opérerait, nonobstant le rejet de la proposition de la Commission, sur un fondement distinct de celui de la réalisation des valeurs nationales (p. 60-61) et possiblement extérieur au règlement (p. 64). La seconde idée, plus traditionnelle, consiste à dire qu'un traitement méthodologique distinct de l'ordre public national et de l'ordre public communautaire repose sur une confusion conceptuelle (p. 61) et n'est en rien justifiée (p. 63). Cette hésitation est au demeurant répandue chez les tenants de l'idée d'un « *ordre public européen* », compris comme contenant autonome : v. ainsi Petra HAMMJE, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », *op. cit.*, spéc. p. 79-80, qui, après s'être montrée favorable à l'opinion défendue par le Professeur BASEDOW, conclut finalement que « *s'il faut réserver un sort spécifique à l'ordre public communautaire [comprendre : l' « ordre public communautaire » comme contenu], mieux vaut rester dans le cadre des classiques clauses d'ordre public du for et affiner leur fonctionnement à cet effet* » (p. 79-80).

²⁷⁴ V. *supra* n^{os} 39-44. Qu'il arrive parfois à la Cour d'étayer le recours à l'exception d'ordre public contenue dans les règlements par référence aux principes généraux du droit communautaire ou, désormais, à la Charte, indique bien, au demeurant, que ces valeurs d'origine européenne n'ont pas, à ses yeux, vocation à être véhiculées par un mécanisme spécifique.

que les juridictions nationales refusent efficacité à une sentence arbitrale méconnaissant le droit européen de la concurrence, sur le fondement de leur mécanisme national d'ordre public, en application du principe d'équivalence²⁷⁵.

La jurisprudence en matière de droit international privé où, pour ce qui concerne les décisions rendues par un autre État membre en matière civile et commerciale, l'exception d'ordre public international a été européanisée²⁷⁶, n'est pas franchement moins univoque.

Indubitablement, dans l'arrêt *Renault c. Maxicar*²⁷⁷, la Cour de justice a en effet reconnu la vocation des normes européennes, en l'occurrence le principe de libre circulation des marchandises et la prohibition des abus de position dominante, à être véhiculées par la même exception d'ordre public que les agencements de valeurs d'origine nationale²⁷⁸. Simplement, elle a refusé que cela soit le cas en l'espèce, en se fondant pour cela sur deux arguments : l'un fondé sur le principe, traditionnel, dit de « *non-révision au fond* » de la décision à reconnaître²⁷⁹, et l'autre sur l'idée selon laquelle l'erreur de droit éventuellement commise par le juge de l'État d'origine n'avait vocation à être sanctionnée que par l'exercice des voies de recours disponibles dans cet État, éventuellement additionnées d'une question préjudicielle en interprétation²⁸⁰, ce qui n'est pas sans rappeler l'exclusion, dans le système juridique de l'Union, du principe de réciprocité connu du droit international classique²⁸¹.

Or, selon que l'on insiste sur l'un ou l'autre de ces arguments, deux lectures de l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union et, plus largement, de l'articulation entre ordre juridique européen et national sont possibles.

²⁷⁵ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97 : *Rev. arb.* 1999, p. 639-653, note Laurence Idot ; *JDI* 2000, p. 299-307, note Sylvaine Poillot-Peruzzetto. La circonstance que, au regard de l'ordre juridique néerlandais en cause dans cette affaire, la méconnaissance du *droit national* de la concurrence par l'arbitre n'était pas alors jugée constitutive d'une atteinte à l'ordre public néerlandais ne rend pas l'obligation imposée par la Cour moins respectueuse de l'autonomie procédurale nationale : elle traduit simplement une différence de perception de la fonction assignée au droit antitrust (sur ce point, v. *infra* n° 370). *Contra* : Laurence IDOT, note préc., spéc. n° 11.

²⁷⁶ On peut parler de « *mécanisme d'ordre public formellement européen* ». Sur cette modalité d'européanisation, v. *infra* n° 66.

²⁷⁷ CJCE, 5^e ch., 11 mai 2000, C-38/98, Rec. p. I-2973 : *JDI* 2000, p. 697-701, note André Huet ; *RCDIP* 2000, p. 504-513, note Hélène Gaudemet-Tallon.

²⁷⁸ Cela résulte explicitement du point 32 de l'arrêt : la circonstance que la violation alléguée de l'ordre public consiste en une erreur de droit de l'Union qu'aurait commise le juge de l'Etat d'origine « *ne modifie pas les conditions de recours à la clause de l'ordre public* ».

²⁷⁹ V. les pts 29-32 de l'arrêt.

²⁸⁰ Pt. 33.

²⁸¹ Sur cette exclusion, v. CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, aff. jtes 90 et 91/63, Rec. p. 1217 ; CJCE, 25 septembre 1975, *Commission c. France*, aff. 232/78, Rec. p. 2729 ; CJCE, 9 juillet 1991, *Commission c. Royaume-Uni*, C-146/89, Rec. p. 3533.

En effet, le principe de non-révision au fond, interdit que l'exception d'ordre public puisse servir à redresser les « *vices intellectuels*²⁸² » de la décision à réceptionner²⁸³. Le principe, de droit institutionnel de l'Union, de non-réciprocité interdit, lui, toute sanction décentralisée du manquement d'un État membre à ses obligations en vertu des Traités par un autre État membre.

Dans l'arrêt *Maxicar*, ces principes convergent pour exclure que l'« *erreur de droit communautaire* » éventuellement commise par le juge de l'État d'origine puisse être sanctionnée dans l'État requis par un recours à l'exception d'ordre public. L'erreur de droit communautaire n'est pas sanctionnable en tant que telle, elle ne l'est que lorsqu'elle constitue une atteinte à l'ordre public du for, et en tant qu'elle constitue une telle atteinte²⁸⁴. C'est ainsi que s'explique la solution retenue par la Cour : la méconnaissance alléguée en l'espèce des principes de libre circulation et de libre concurrence, à la supposer établie, n'était pas telle qu'elle puisse s'analyser en une atteinte à l'ordre public du for²⁸⁵.

La conception de l'articulation entre l'ordre juridique de l'Union et les ordres juridiques sous-jacente à l'arrêt *Maxicar* est ainsi pluraliste. D'une part, le traitement du droit de l'Union au regard de l'exception d'ordre public se trouve banalisé par opposition à un modèle moniste où un mécanisme spécifiquement européen absorberait la vocation des mécanismes ordinaires de réalisation à jouer. D'autre part, l'erreur de droit de l'Union éventuellement commise dans l'État d'origine n'est pas

²⁸² Selon l'expression de Pierre MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477, spéc. p. 475.

²⁸³ Sur ce principe, v. plus en détail *infra* n^{os} 157-162.

²⁸⁴ V. très explicitement en ce sens l'arrêt *Apostolidès* (*op. cit.*, pt. 60), qui, rendu postérieurement à l'arrêt *Maxicar*, clarifie l'apport de ce dernier : « Le juge de l'État requis ne saurait [...] refuser la reconnaissance d'une décision émanant d'un autre État membre au seul motif qu'il estime que, dans cette décision, le droit national ou le droit communautaire a été mal appliqué. [...] La clause de l'ordre public ne jouerait dans de tels cas que dans la mesure où ladite erreur de droit implique que la reconnaissance ou l'exécution de la décision dans l'État requis soit considérée comme une violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique dudit État membre ».

²⁸⁵ Sur l'idée que l'atteinte à l'ordre public international doit présenter une certaine gravité, v. *infra* n^{os} 154-156). Cette idée trouve cependant une atténuation lorsque l'exception d'ordre public est mise au service d'une loi de police comme, en l'espèce, le droit de la concurrence (v. *infra* n^{os} 461-463). Ce qui explique la solution retenue dans l'arrêt n'est alors pas tant l'absence de gravité de l'erreur de droit de l'Union prétendument commise par le juge d'origine, mais, plus simplement, et ainsi qu'il résultait des conclusions de l'avocat général ALBER en l'espèce, que cette erreur n'existait pas. En ce sens v. Hélène GAUDEMET-TALLON, note préc., spéc. p. 512 : « C'est finalement parce que les conclusions apportaient la preuve que le juge [d'origine] n'avait pas commis de violation manifeste d'une règle du droit communautaire que la Cour peut statuer comme elle fait ».

sanctionnée en tant que telle, mais en tant qu'elle porte atteinte à la cohérence de l'ordre juridique du for, lequel est donc présumé exister à part entière²⁸⁶.

Cependant, en insistant sur l'argument de non-réciprocité²⁸⁷, on glisse facilement de ce modèle pluraliste à un modèle résolument opposé.

En effet, en appuyant sur cette idée, on pourrait dire que toute méconnaissance du droit de l'Union dans l'État d'origine, sans plus aucune distinction, n'a vocation à être sanctionnée que par la voie hiérarchique, par l'exercice des voies de droit disponibles dans cet État et, en ultime ressort, devant la Cour de justice, à l'exclusion de tout recours dans l'État requis de l'exécution de la décision à ce mécanisme fondamentalement horizontal qu'est l'exception d'ordre public international. Ce pas, que n'a pas franchi la Cour de justice, a été allègrement sauté par le législateur dans les instruments de droit international privé européens dits de « *nouvelle génération* »²⁸⁸, lesquels suppriment la procédure d'*exequatur* dans l'État d'exécution, et avec elle l'exception d'ordre public, au bénéfice d'une concentration du contentieux généré par la décision au fond dans l'État d'origine²⁸⁹. Ce faisant, et à la différence de la jurisprudence rendue en interprétation des instruments qui maintiennent le contrôle de la décision étrangère à l'aune de l'ordre public dans l'État requis²⁹⁰, ces règlements reposent sur un modèle moniste, dans lequel l'ordre juridique de l'Union répartit la compétence pour la réalisation de valeurs pensées

²⁸⁶ Cette lecture de la jurisprudence *Maxicar* a été confirmée par l'arrêt rendu le 16 juillet 2015 dans l'affaire *Diageo Brands* (CJUE, 16 juillet 2015, C-681/13). La Cour y confirme l'identité de traitement du droit de l'Union et du droit national, au regard de la clause d'ordre public du règlement Bruxelles I : « *la circonstance que l'erreur manifeste qui aurait été commise par le juge de l'État d'origine concerne, comme dans l'espèce au principal, une règle du droit de l'Union, et non une règle de droit interne, ne modifie pas les conditions de recours à la clause de l'ordre public au sens de l'article 34, point 1, du règlement n° 44/2001* » (pt. 48). Elle y rappelle également la nécessaire articulation de l'ordre juridique de l'Union à l'ordre juridique national en jugeant que, n'étant pas manifeste, l'erreur de droit alléguée ne saurait justifier un refus de reconnaissance « *dès lors que cette erreur ne constitue pas une violation d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Union et donc dans celui de l'État requis* » (pt. 52, nous soulignons).

²⁸⁷ Comme le fait Mme FRANCQ (« Art. 34 » in « Art. 34 » in Ulrich Magnus et Peter Mankowski (dir.), *Brussels I Regulation*, 2^e éd., Sellier ELP, 2012, p. 644-697, spéc. n° 24). Mme FRANCQ voit en effet dans la confiance que s'accordent mutuellement les justices des États membres et la possibilité, en présence d'une décision émanant d'un de ces derniers, d'exercer les voies de droit organisées par le Traité, en particulier le renvoi préjudiciel, (« *the system of legal remedies organized by the Treaty, especially the preliminary ruling* ») la clé de la contradiction existant selon elle entre l'arrêt *Eco Swiss* (op. cit.), dans lequel la Cour a exigé que la méconnaissance (avérée) du droit communautaire de la concurrence par l'arbitre soit sanctionnée au titre de l'ordre public national, et l'arrêt *Maxicar*, dans lequel elle refuse de voir dans la méconnaissance (simplement alléguée) du même droit communautaire de la concurrence une atteinte à l'ordre public.

²⁸⁸ V. Bartosz SUJECKI, « Die Möglichkeiten und Grenzen der Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalt im Europäischen Zivilprozessrecht », *ZeUP* 2008, p. 458-479, spéc. p. 460 et la litt. cit. n. 11.

²⁸⁹ Sur ce sujet v. María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, préf. Bertrand Ancel, LGDJ, 2013. V. aussi *infra* n° 447.

²⁹⁰ A l'instar du règlement Bruxelles I *Bis* (n° 1215/2012, du 12 décembre 2012) qui nonobstant la suppression de l'*exequatur*, maintient ce contrôle (art. 45, paragraphe 1, lit. a).

comme européennes entre les États membres, lesquels ne sont plus alors que les sous-ordres d'une entité qui les englobe et leur est supérieure.

Ainsi, la thèse, tendanciellement moniste, selon laquelle les valeurs européennes auraient vocation à être réalisées par le biais d'une exception d'ordre public international autonome ne se trouve pas vérifiée en droit positif.

Cela dit, les évolutions récentes du droit dérivé, et dont on peut, non sans forcer le trait, trouver les germes dans l'arrêt *Maxicar*, accréditent, elles, l'idée d'une lecture moniste des rapports entre droit de l'Union et droit national. Une lecture d'ailleurs encore plus radicale que la thèse ici analysée d'un « *ordre public européen* » compris comme contenant, puisque, allant au-delà de la consécration d'une exception d'ordre public international spécifiquement européenne, ces instruments récents font le choix d'une disparition pure et simple de cette dernière, au bénéfice d'instruments *ad hoc* de protection des valeurs européennes²⁹¹.

46. Conclusion du 2). – Ainsi, au terme de cette subdivision, il apparaît que l'idée de l'existence d'un ordre public européen, si souvent affirmée avec la force de l'évidence ne peut être considérée comme étant pleinement explicative du droit positif. Au contraire, s'agissant d'étudier les phénomènes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* » en droit de l'Union il est, en l'état actuel de l'indétermination de la « *nature juridico-politique* » de l'Union, absolument impératif de garder à l'esprit que tel ou tel aspect du droit positif peut pratiquement toujours faire, avec un degré de justesse variable, l'objet d'une lecture soit moniste, accréditant l'idée d'un « *ordre public européen* », soit pluraliste, où les ordres juridiques nationaux conservent un rôle central dans le processus de réalisation des valeurs.

Au demeurant, en ce qu'elle distingue insuffisamment entre construction théorique et droit positif, la thèse de l'existence d'un ordre public européen rejoint cette autre manifestation de la tendance à envisager l'influence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire, qui consiste à souligner les « *bouleversements conceptuels* » qui s'induiraient de cette dernière. C'est ce que nous allons voir en évoquant la nécessité d'attribuer au droit de l'Union le même statut épistémologique qu'au droit national.

²⁹¹ Sur ces instruments *ad hoc* de protection v. *infra* n° 447.

3) *L'égal statut épistémologique du droit national et du droit de l'Union*

47. Position du problème.— L'idée selon laquelle l'appréhension de la notion d'« *ordre public* » par le droit de l'Union s'accompagnerait de bouleversements conceptuels²⁹² est critiquable en ce qu'elle procède d'une distinction insuffisante entre droit positif, d'une part, et science du droit, ou peut-être, plus modestement, théorie générale, d'autre part²⁹³.

En effet, elle tend à confondre les occurrences des phénomènes désignés sous l'expression « *ordre public* » dans cette réalité particulière qu'est le droit positif avec l'effort de construction intellectuelle dont ces phénomènes font l'objet²⁹⁴. Plus fondamentalement, cette doctrine tend à assimiler théorie générale et droit positif interne, sur la base duquel la première s'est historiquement sédimentée. Par corollaire, cette doctrine se trouve ainsi poussée à développer une « *théorie générale propre à ce droit spécial qu'est le droit de l'Union*²⁹⁵ », à concevoir, en parallèle à un

²⁹² V. *supra* n° 25.

²⁹³ Que le savoir juridique puisse s'ériger en science, cela a été contesté au nom de l'idée que le droit, à la différence de l'objet d'étude des sciences dites « *dures* », n'est pas un donné, mais un construit (v. Paul AMSELEK, « La part de science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chron. p. 337-342 et plus largement sur ce débat : Christian ATIAS, *Épistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 2002, spéc. n° 25 et s.). Importante, cette différence ne nous semble cependant pas condamner l'usage de l'expression « *science du droit* », seulement lui imposer des précautions. Une première précaution consiste, pour le chercheur en droit, à prendre conscience des jugements de valeur sous-jacents à la règle, et, dans la mesure du possible, les siens propres, et à les traiter comme tels ; c'est l'idée qui irrigue notre parti-pris d'« *approche des mécanismes d'ordre public d'abord par le contenant* » (v. *supra* n°s 12-20). Une seconde consiste à reconnaître les limites des concepts propres à la discipline juridique. Ceux-ci permettent certainement d'isoler les phénomènes juridiques les uns des autres, de mettre en exergue leurs caractéristiques et d'en livrer une présentation ordonnée ; c'est la « *théorie générale* » (Jean-Louis BERGEL, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, Méthodes du droit, 2012). Comprendre les déterminants de ces derniers, leur donner, dans les limites permises par le caractère « *construit* » du droit, une explication nécessite en revanche d'en recourir aux concepts d'autres sciences humaines, à ce titre parfois qualifiées de sciences « *auxiliaires* » du droit (Jean-Luc AUBERT et Eric SAVAUX, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014, p. 50) ; c'est à cette vue d'ensemble, cette mise en système à proprement parler, que nous aimerions tendre à propos de l'ordre public. Cette introduction a déjà fourni des exemples de cet élargissement du cadre conceptuel de la science du droit. C'est ainsi la science politique qui, en mettant au jour les contraintes pesant sur les acteurs, ou du moins ce qu'ils perçoivent comme telles, et les stratégies qu'ils déploient en conséquence, permet d'expliquer, ce que la théorie juridique a intégré sous le nom de « *pluralisme* », que l'ordre juridique de l'Union et ordre juridique national se conçoivent tous deux et au moins partiellement comme étant autonomes l'un par rapport à l'autre (v. *supra* n. 210). C'est encore l'épistémologie qui permet de rendre compte de la disposition d'esprit, la manière de représentation du monde, qui anime les acteurs du droit et explique ainsi la coexistence en droit positif comme en doctrine d'une conception moniste ou pluraliste des rapports entre ordre juridique de l'Union et ordre juridique national.

²⁹⁴ C'est-à-dire le ou les « *concept(s)* » d'ordre public à proprement parler. Sur la définition de ce terme, v. Xavier BIOY, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in Guillaume Tusseau (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21-53.

²⁹⁵ Ainsi que, sautant le pas, les Professeurs BUREAU et MUIR WATT le proposent à propos des « *questions générales* » du droit international privé : *Droit international privé, op. cit.*, n° 620, p. 5-63. L'idée qu'il existe un droit international privé « *spécifiquement européen* » est également à l'origine de la réflexion actuelle sur une éventuelle codification des dispositions adoptées par l'Union européenne en la matière (en France, v. Marc FALLON, Paul LAGARDE et Sylvaine POILLOT-PERUZETTO (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009 ; *ibid.*, *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2011). Sans nier l'importance déterminante que revêtent pour le droit international privé l'objectif européen de décloisonnement des espaces nationaux et la

« *concept national d'ordre public* », un « *concept spécifiquement européen d'ordre public* ». Une telle façon de présenter et de se représenter les choses ne nous paraît pas justifiée.

48. Science du droit et droit positif. – Tout d'abord, théorie générale et droit positif doivent être mieux distingués, comme doit l'être la science de son objet. Distinction de principe qui n'empêche pas de reconnaître que, par ses éclairages, le droit positif « *nourrit* » la théorie générale²⁹⁶ et, puisque l'objet « *droit positif* » n'est pas un phénomène naturel, mais un construit, que la théorie générale est susceptible d'influer sur le droit positif.

49. Science du droit et droits positifs. – Surtout, il nous paraît nécessaire de corriger cette manière « *d'ethnocentrisme*²⁹⁷ », au demeurant bien naturelle, qui consiste à donner des limites nationales à la théorie générale, singulièrement lorsque l'effort théorique que l'on se propose de fournir embrasse plus d'un ordre juridique. Dans cette perspective, François RIGAUX appelait, non sans poésie, l'internationaliste à s'élever au « *point de vue de Sirius*²⁹⁸ », c'est-à-dire adopter une perspective « *non centrée sur un ordre juridique en particulier*²⁹⁹ », tandis qu'Otto PFERSMANN rappelait énergiquement au comparatiste que : « *la science du droit est la science de tous les droits*³⁰⁰ ». Enoncée en n'ayant qu'accessoirement en vue le droit communautaire³⁰¹, la leçon demeure plus que jamais valable, aujourd'hui que se développe la comparaison des « *droits multiniveaux*³⁰² ».

structure spécifique, partiellement superposée à l'ordre juridique des Etats membres, de l'ordre juridique de l'Union, plutôt que d'un « *droit international privé communautaire ou d'un droit international privé européen* », il nous semble préférable de parler, à l'instar de Mme POILLOT-PERUZZETTO (« *Ordre public et lois de police dans les textes de référence Ordre public et lois de police dans les textes de référence* », in *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, *op. cit.*, p. 93-118, spéc. p. 93), d'un « *droit international privé dans l'ordre communautaire* ».

²⁹⁶ Sur cette idée, v. Eric SAVAUX, *op. cit.*, n° 103 et s., qui parle du droit positif comme d'un « *matériau* » parmi d'autres de la théorie générale.

²⁹⁷ Pour reprendre l'expression de Guillaume TUSSEAU (*Les normes d'habilitation*, préf. Michel Troper, Dalloz, 2006, spéc. n° 55), qui critique cette tendance de la doctrine.

²⁹⁸ François RIGAUX, « *Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale* », *RCADI* 1989, t. 213, spéc. p. 19

²⁹⁹ Selon la définition que Bernard HAFTEL donne de cette expression : « *Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque)* », in *Mél. Bernard Audit*, Lextenso, 2014, p. 409-424, spéc. p. 412.

³⁰⁰ Otto PFERSMANN, « *Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit* », *RIDC* 2001, p. 275-288, spéc. p. 283.

³⁰¹ Chez François RIGAUX (*op. cit.*) comme chez Bernard HAFTEL (*op. cit.*), qui cherchent à résoudre des questions de droit international privé, le choix du point de vue de Sirius signifie en particulier que la théorie générale ne doit pas être confondue avec les conceptions d'un ordre *en particulier* parmi les ordres juridiques étatiques en présence. Ainsi, « *[I]a science du droit ne permet pas de choisir entre diverses règles positives de rattachement [...]. Une théorie générale du droit international privé doit accepter les évaluations concurrentes auxquelles procèdent, chacun pour son compte, les systèmes nationaux de droit positif* » (François RIGAUX, *loc.*

50. Sans nier du tout les caractéristiques particulières de l'ordre juridique de l'Union, il convient néanmoins de reconnaître à ce dernier un « *statut épistémologique*³⁰³ » égal à celui du droit national, c'est-à-dire une vocation identique, en tant que phénomène juridique observable, à former l'objet et la matière d'une théorie générale. Corrélativement, il est permis de penser que la valeur explicative d'une théorie générale se mesure, précisément, à sa capacité à intégrer les différences de contexte, susceptibles de produire ou non des résultats différents. On citera ici encore une fois le Professeur PFERSMANN qui estime que les concepts des juristes doivent être « *suffisamment fins et suffisamment généraux pour appréhender une multitude de structures possibles*³⁰⁴ ». Suffisamment généraux, pour embrasser toutes les situations susceptibles de se présenter et suffisamment fins, aiguisés, pour faire apparaître, au sein de ces dernières, les circonstances véritablement opérantes, qu'elles soient factuelles ou liées à la configuration d'un système juridique déterminé.

51. De ce point de vue, il n'est d'ailleurs pas certain que, pour être indéniables, les caractéristiques de l'ordre juridique de l'Union³⁰⁵ soient toujours « *conceptuellement déterminantes* » dans le cadre de la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public. L'exemple des lois de police cité plus haut est à cet égard significatif.

On a vu, en effet, que la tendance ici étudiée imputait à l'obligation des États membres de respecter cette valeur spécifique à l'ordre juridique de l'Union qu'est la libre circulation la remise en cause de l'immédiateté d'application des lois de

cit.). Cependant l'élévation au point de vue de Sirius place, plus généralement, tous les ordres juridiques sur le même pied, y compris le droit supra-étatique. Ainsi, « *force est aussi de prendre en considération l'incidence d'autres ordres juridiques, le droit international assurément et les multiples ordres juridiques non étatiques* » (*Ibid.*). Otto PFERSMANN (*op. cit.*, p. 285) englobait, lui, expressément le droit communautaire dans sa comparaison : « *la science du droit avions nous dit est la science de tous les systèmes juridiques et ces systèmes sont composés d'un très grand nombre d'énoncés exprimant des propositions normatives. Si l'on veut s'orienter dans l'ensemble des systèmes juridiques, il faut par conséquent des concepts suffisamment fins et suffisamment généraux pour appréhender une multitude de structures possibles. Le droit comparé ne fait qu'imputer les concepts théorique de structure possible à des ordres juridiques actuels, en précisant « en droit français », « en droit communautaire » etc. On appellera le résultat de ce travail « une interprétation conceptuelle différenciée* » (nous soulignons).

³⁰² A ce sujet, v. les travaux pionniers de Jean-Sylvestre BERGÉ, « La comparaison du droit national, international, européen : de quelques présupposés et finalités », in *Mél. Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 87-101.

³⁰³ Pour reprendre l'expression d'Otto PFERSMANN, *op. cit.*, spéc. p. 282.

³⁰⁴ *Op. cit.* p. 285.

³⁰⁵ Caractéristiques qui, par exemple, ont justifié, aux yeux de la Cour, le diagnostic de non conformité du projet d'accord international portant adhésion de l'Union européenne à la Convention européenne des droits de l'homme aux Traités constitutifs : v. CJUE (ass. plén.), 18 déc. 2014, avis 2/13, ECLI:EU:C:2014:2454.

police³⁰⁶. Cette opinion doit être mise en parallèle avec une autre, selon laquelle l'immédiateté d'application des lois de police, quoique classiquement présentée comme une caractéristique méthodologique de ces dernières, ne se justifierait pas, en réalité, au regard de la *ratio* même du mécanisme³⁰⁷. En effet, destinée à assurer la réalisation d'un « *objectif sociétal* » déterminé³⁰⁸, la loi de police n'a nul besoin de s'appliquer « *immédiatement* », s'il s'avère que l'application de la loi désignée par la règle de conflit ne menace en rien la réalisation de cet objectif. Dans ce cadre, la remise en cause de l'immédiateté d'application est une exigence « *logique* » ou « *rationnelle* »³⁰⁹ et la comparaison entre le résultat prescrit par l'application de la *lex causae* et les prévisions de la loi de police, un raisonnement « *inhérent au mécanisme des lois de police* » lui-même³¹⁰, tandis que l'application par la Cour de justice du principe de proportionnalité n'a valeur que de « *modèle* » de l'opération qui devrait, toujours, être menée par le juge du for³¹¹. On le voit, un approfondissement de la connaissance des mécanismes d'ordre public peut conduire à inverser la perspective : loin d'être vecteur d'altération conceptuelle, le droit de l'Union apparaît au contraire comme ayant, *via* le principe de proportionnalité, un *effet de rationalisation*, sur le droit positif d'abord et sur les constructions doctrinales traditionnelles ensuite³¹².

³⁰⁶ V. *supra* n° 24.

³⁰⁷ Sur cette remise en cause doctrinale, v. *infra* n° 200.

³⁰⁸ Sur cette notion, empruntée à Benjamin REMY, v. *infra* n° 193.

³⁰⁹ Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2008, spéc. p. 199 : « *Il n'y a donc aucun lien logique entre la nécessité d'application d'une disposition et l'immédiateté d'application en droit international privé. Le phénomène de l'application immédiate en droit international privé n'a ainsi été que l'occasion accidentelle de la formulation de la théorie des lois de police mais ne correspond pas, en réalité, à un trait caractéristique de cette méthode qui se dégagerait d'une analyse raisonnée.* »

³¹⁰ *Ibidem*, p. 347.

³¹¹ Andrea BONOMI, « Mandatory Rules in Private International Law. The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment », *YPIL* 1999, p. 215-247, spéc. p. 234. *Adde* : le compte rendu de l'ouvrage publié par M. BONOMI sur ce sujet (*Le norme imperativa nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla lege applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e svizzera di diritto internazionale privato*, préf. Pierre Widmer, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1998) par Bertrand ANCEL à la *Rev. crit. DIP* 1998, p. 809-813, spéc. p. 812.

³¹² *Comp.* Loïc AZOULAI, « Autonomie et antinomie du droit communautaire », *op. cit.*, selon qui la norme européenne crée un « *espace de comparution*, au sein duquel [...] les normes des Etats membres sont mis en instance de se justifier ». L'idée que le droit des libertés de circulation exige des Etats membres qu'ils prennent les objectifs qu'ils se donnent véritablement au sérieux est apparue avec une particulière netteté dans le contentieux lié aux restrictions dont font l'objet les activités relatives aux jeux et paris. En effet, en ce domaine, les gouvernements nationaux ont l'habitude de se prévaloir de considérations tenant à la lutte contre la criminalité et la protection des joueurs tout en cherchant, par ailleurs, à augmenter les recettes fiscales qu'ils tirent de ces activités. Si la Cour n'exclut pas que ce dernier objectif, d'ordre économique et comme tel en principe irrecevable dans l'ordre européen, puisse être réalisé à titre accessoire, elle n'en exige pas moins que l'objectif d'intérêt général poursuivi à titre principal le soit de manière « *cohérente* » : pour une première formulation explicite, v. CJCE gde ch., 6 mars 2007, *Placanica* aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-1891, spéc. pts 52-55 ; sur ce sujet, v. Elsa BERNARD, « La Cour de justice précise les règles du jeu », *Europe* 2010, Etude 12.

L'absence de nécessité logique de l'immédiateté d'application, combinée à l'équivalence entre les lois de transposition qui résulte en principe de l'harmonisation, explique, dans le même ordre d'idée, la « *géométrie variable* » prêtée aux lois de police.

Quand bien même les « *caractéristiques* » de l'ordre juridique de l'Union auraient une incidence déterminante dans la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public³¹³, cela n'enlève rien à l'idée que, à un certain niveau d'abstraction, les concepts d'une théorie générale unique doivent être tout à la fois assez généraux et assez fins pour en rendre compte³¹⁴.

52. Conclusion du Paragraphe. – La tendance à envisager l'appréhension de la notion d'ordre public par le droit de l'Union est critiquable au regard de trois circonstances, qui sont autant de présupposés méthodologiques à substituer à ceux, erronés, sur lesquels cette tendance repose. Il s'agit tout d'abord de la spécificité axiologique relative du droit de l'Union, laquelle interdit de considérer que les évolutions affectant l'« *ordre public national* » considéré comme contenu n'existeraient pas sans lui. Il s'agit ensuite de l'indétermination actuelle de la nature politico-juridique de l'Union, laquelle condamne comme procédant d'une hypostase la thèse de l'existence d'un « *ordre public européen* » compris comme contenu et/ou contenant. Il s'agit enfin de l'égal statut épistémologique dont bénéficient, au regard de la science du droit, le droit national et le droit de l'Union, lequel exclut de voir dans les prises de position des institutions européennes sur les conditions de recours et les effets des mécanismes d'ordre public autre chose que la contribution indirecte de ces dernières au processus d'affinement des concepts.

De ces trois présupposés substitués, il découle qu'une étude consacrée à l'ordre public, fût-ce dans le cadre de l'intégration européenne, doit prendre, à rebours de la conception ici critiquée, pour centre de gravité les mécanismes d'ordre public eux-mêmes, et non l'éventuelle européanisation dont ils font l'objet.

³¹³ Si l'équivalence résultant en principe de l'harmonisation des législations nationales, combinée à l'idée d'appréciation *in concreto* de la nécessité d'appliquer une loi de police, justifie que la loi de transposition du for ne puisse, en principe, s'appliquer à l'encontre de la *lex causae* d'un autre Etat membre, qu'en est-il en présence, dans ce dernier Etat, d'une transposition défectueuse ? Il n'est pas exclu, en ce cas, que le principe de non-réciprocité ou de confiance mutuelle du droit de l'Union, s'oppose néanmoins à l'application de la loi de transposition du for à titre de loi de police. Pour une proposition en ce sens, v. Jérémy HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préf. Horatia MUIR WATT, Economica, 2010, n^{os} 194 et 218.

³¹⁴ V. *supra* n^o 50

Autrement dit, l'effort de systématisation doit porter en amont, sur la ou plutôt les notions d'ordre public elles-mêmes, indépendamment de ce que ses concrétisations seraient nationales ou européennes.

53. Conclusion de la Section. – Les partis pris de l'étude ont été exposés.

L'idée d'une approche de l'ordre public d'abord par le « *contenant* » permet de donner une direction à l'œuvre de systématisation qui peut être entreprise à propos de la notion, à vrai dire, plus fondamentalement de circonscrire ce qu'un tel travail peut être. Il ne s'agira pas de lister les agencements de valeurs susceptibles d'être réalisés par le biais d'un mécanisme d'ordre public, tâche infinie dans son étendue et toujours à recommencer. Il s'agira encore moins de dire quels devraient être ces agencements de valeurs, tâche relevant de la politique juridique. Au contraire, prenant le problème par l'autre bout, il s'agira d'exposer en quoi consistent les mécanismes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* » et de décrire le raisonnement qui préside à leur mise en œuvre, en allant aussi loin que possible dans la systématisation, jusqu'au point où l'objectivation n'est plus possible, ou mieux : d'assumer conceptuellement ce moment du raisonnement, afin que le système soit complet.

L'idée d'une normalisation du regard porté sur le droit de l'Union, énoncée en réaction à la tendance à dramatiser ou à sublimer l'incidence de ce dernier sur l'ordre public, justifie que soit reconnue une vocation égale et de même nature au droit national et au droit de l'Union à être pris en compte en vue de cette systématisation.

Ces partis pris ayant été exposés, il est désormais possible de préciser le cadre de l'étude.

Section III : Le cadre de l'étude

54. De l'idée de normalisation du regard porté sur le droit de l'Union découle, directement, la méthode de l'étude (Paragraphe I), tandis que la sélection des occurrences de la notion d'ordre public formant le domaine de l'étude résulte de la combinaison de cette idée avec celle d'approche par le contenant (Paragraphe II).

Paragraphe I : La méthode de l'étude

55. En fait de prescription méthodologique, il s'agit ici pour nous de dire que ce seront des exemples de droit positif tant national que de l'Union qui nourriront notre essai de présentation systématique des mécanismes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* », ce que l'affirmation de l'égal statut épistémologique de ces différents droits pourrait à elle seule justifier. Cependant, il est d'autres raisons au choix de cette méthode, qui, en retour, contribuent à en définir la portée exacte. La référence à l'expérience interne s'impose ainsi comme point de départ incontournable, tandis que l'europeanisation des mécanismes d'ordre public présente l'avantage d'apporter un éclairage nouveau, dans l'optique de perfectionnement des concepts. Nous aborderons ces questions successivement.

56. En premier lieu, la référence à l'expérience interne s'impose comme entrée, pour deux raisons. La première est négative et tient à l'idée que, ainsi que nous l'enseigne l'épistémologie contemporaine, se donnerait un objectif impossible celui qui chercherait à s'abstraire totalement de l'*ethos*³¹⁵ qu'implique son appartenance à une communauté scientifique déterminée³¹⁶. A ce titre, l'idée justifie également que nous nous soyons référés essentiellement au droit national *français*.

Conformément à l'idée que les concepts n'ont pas de « nationalité », nous nous sommes cependant à l'occasion référés à l'expérience allemande, à propos de questions de droit international privé, où les échanges entre les communautés nationales sont traditionnellement nombreux, et de questions de théorie générale du droit, qui, en raison du contexte constitutionnel propre à ce pays, y sont particulièrement développées.

57. La seconde est positive et tient à l'« *antériorité historique* » des ordres juridiques étatiques³¹⁷, par rapport à celui du droit de l'Union : les ordres juridiques nationaux préexistent à celui de l'Union. L'idée, au demeurant, est à double détente.

Ce sont, tout d'abord, les mécanismes d'ordre public, comme phénomènes observables, qui sont *historiquement étatiques*³¹⁸. Le droit de l'Union ne peut, au

³¹⁵ Pour la définition de ce terme, v. *infra* n. 1420.

³¹⁶ Sur cette idée, v. Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, LGDJ/Schulthess/Bruylant, 2003, spéc. p. 84-85.

³¹⁷ Sur cette idée, exploitée dans le contexte du droit international privé, v. Bertrand ANCEL, in Stéphane Rials et Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, v^o Droit international privé, p. 491-497, spéc. p. 492.

travers des différentes modalités d'européanisation³¹⁹, que se « saisir » de l'existant³²⁰. Il faut aller plus loin et dire que, à nos yeux, il est très douteux que le droit de l'Union puisse même à proprement parler créer à partir de l'existant³²¹. En effet, nous tenons pour vraie l'idée selon laquelle les différents ordres juridiques ne font jamais que répondre, le cas échéant sous différentes formes, aux *mêmes problèmes pratiques*³²². Cela nous semble vrai, non seulement à l'échelle du règlement des situations (ou aspects de situations) individuelles, mais aussi à l'échelle des rapports de systèmes.

Ensuite, la pensée, les concepts développés dans l'ordre de la science du droit pour rendre compte de phénomènes juridiques désignés sous l'expression « *ordre public* » l'ont été historiquement sur la base de l'observation faite du droit interne. A ce titre, ces enseignements constituent un héritage incontournable pour appréhender, comprendre, et évaluer le « *matériau* » que représente le droit positif de l'Union.

58. L'expérience interne n'est cependant qu'une entrée, dans la mesure où, précisément, le contexte « Union européenne » met en lumière ce que la sédimentation des catégories, doctrinales et du droit positif, peut avoir de contingent et d'inachevé.

Ainsi, la comparaison, tantôt avec le droit de l'Union, tantôt avec le droit interne des autres États membres fera apparaître que les outils français ne constituent qu'une réponse possible parmi d'autres³²³, une réponse à compléter³²⁴ ou encore une réponse à relativiser au problème pratique qu'ils se proposent de résoudre³²⁵.

³¹⁸ *Comp.* Teun STRUYCKEN, « L'ordre public de la Communauté européenne », *op. cit.*, p. 631 : « *L'ordre public des Etats membres est d'origine pré-communautaire* ».

³¹⁹ Sur lesquelles, v. *infra* n° 63-76.

³²⁰ C'est bien d'ailleurs sur cette idée que Mme PICHERAL débute sa thèse (*L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, op.cit.*), dont la première partie est consacrée à un ordre public « *saisi par les droits européen* ».

³²¹ Ainsi, les tentatives ayant pour but de mettre en lumière un concept « *véritablement européen* » d'ordre public (v. *supra* n°s 9 et 24), outre qu'elles procèdent d'une approche de l'ordre public par le contenu et sont critiquable d'un point de vue épistémologique, en tant qu'elles attribuent une « nationalité » à un concept (sur cette question, v. *supra* n°s 47-51), aboutissent à des propositions tellement vagues qu'elles confinent à l'ornement.

³²² George ROUHETTE, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009, p. 739, spéc. n° 11, qui distingue les « *problèmes pratiques* » auxquels les différents droit doivent répondre et les « *concepts* » ou « *catégories dogmatiques* » variables qu'ils mettent en place à cette fin.

³²³ V. par exemple, à propos de l'articulation des notions d' « *ordre public* » et de « *bonnes mœurs* » en droit privé *infra* n° 260-268.

³²⁴ V. ainsi, à propos du « *moyen d'ordre public* », *infra* Part. I, Titre II.

³²⁵ V. singulièrement, à propos du découpage entre droit constitutionnel, droit administratif et droit pénal de la problématique, fondamentalement unitaire, de la « *police des comportements* », *infra* Part. I, Titre III.

Mais, c'est déjà aborder là la question de l'intérêt de placer notre entreprise de systématisation des mécanismes d'ordre public sous le signe de leur européanisation.

59. En effet, si l'expérience interne est une entrée incontournable pour notre entreprise de systématisation de l'ordre public, l'européanisation de la notion apporte, en second lieu, un éclairage intéressant à cette fin, à un double titre.

60. D'une part, et ainsi qu'il vient d'être dit, l'intégration du point de vue du droit de l'Union implique une perspective comparative. A cet égard, il faut sans doute rendre justice à la thèse précédemment analysée selon laquelle l'européanisation des mécanismes d'ordre public serait porteuse de « *bouleversements conceptuels* ». L'intuition qui la sous-tend est fondamentalement juste : le droit de l'Union, parce qu'il présente des caractéristiques propres, constitue un appel à remettre l'ouvrage sur le métier et à approfondir les concepts utilisés pour rendre compte des phénomènes juridiques désignés sous l'expression « *ordre public* ». Cependant, plutôt que de parler de bouleversements conceptuels, qui ne sont ressentis comme tels que parce qu'on tend à assimiler concept et expérience interne, il vaut mieux parler, pour rester épistémologiquement correct de *contribution (indirecte) du droit de l'Union au processus de décantation des concepts*.

D'ailleurs, les améliorations que l'expérience européenne peut inciter à apporter à l'outillage conceptuel permettant d'appréhender les mécanismes d'ordre public ne tiennent pas seulement à ce que le droit de l'Union est *différent*. La nouveauté de l'éclairage tient aussi, et plus simplement, à ce qu'il est un droit *autre* (il n'est pas national) et à ce qu'il est (encore) un droit *jeune*.

61. Outre cette perspective comparative, l'intérêt de placer notre entreprise de systématisation des mécanismes d'ordre public sous le signe de leur européanisation, tient, d'autre part, non plus tellement au droit de l'Union lui-même, mais, d'un point de vue structurel, à la position que l'européanisation confère à l'observateur.

Le poste d'observation est en effet porteur, du fait de la possible dissociation qu'emporte l'européanisation des différents aspects des mécanismes entre les ordres juridiques européen et national. Il est à cet égard significatif que la distinction entre « *contenant* » et « *contenu* » que nous avons empruntée à Mme POILLOT-PERUZZETTO ait été mise en exergue par cette dernière à l'occasion d'études consacrées à l'européanisation des mécanismes d'ordre public du droit international privé et du

droit de l'arbitrage³²⁶. Contraint, du fait de ce « *dépeçage*³²⁷ » de se demander constamment « *qui fait quoi ?* », l'observateur est ainsi mis en situation, non pas, sans doute, de faire de radicales découvertes, mais de distinguer là où l'on ne le faisait pas suffisamment ou d'accorder importance à ce sur quoi l'on n'avait peut être pas assez insisté, un peu de la même façon que, confronté à la relativité des situations juridiques internationales, l'internationaliste est poussé à approfondir ou remettre en cause des explications éprouvées dans un cadre interne³²⁸.

Compte tenu de l'intérêt de cet éclairage, le phénomène d'eupéanisation a été déterminant dans le choix des occurrences de droit positif formant le domaine de l'étude, que nous allons maintenant détailler.

Paragraphe II : Le domaine de l'étude

62. Définition. – Conformément au cadre méthodologique qui vient d'être fixé, le champ de la recherche peut être décrit, dans une première approximation, comme étant formé des hypothèses dans lesquelles un mécanisme usuellement désigné sous l'expression « *ordre public* » se trouve pris dans ce qu'on peut appeler, pour reprendre l'expression imagée du Professeur CARLIER « *l'orbite*³²⁹ » du droit de l'Union européenne. En effet, les modalités d'eupéanisation des mécanismes d'ordre public recouvrent, outre le résultat de l'exercice par l'Union de ses compétences attribuées, celui de l'application à une situation du droit de l'Union, indépendamment du point de savoir si l'on se trouve dans le champ des compétences, disjonction dont le terme « *orbite* », avec le flou qu'il implique, rend parfaitement compte³³⁰.

Cette première définition doit être précisée, tout d'abord, en exposant à grand traits ces modalités d'eupéanisation et, ensuite, en faisant état des critères auxquels celui de l'eupéanisation du mécanisme a été combiné afin de parvenir à une délimitation définitive du champ de l'étude. On envisagera ainsi, successivement, le critère

³²⁶ V. *supra* n° 12.

³²⁷ Pour reprendre une expression familière aux internationalistes.

³²⁸ V. par exemple, au sujet du dogme de l'autonomie de la volonté Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, op. cit., p. 61 et s.

³²⁹ *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007, spéc. n° 127, p. 200.

³³⁰ Plus en détail sur cette disjonction, mise en exergue par le Professeur AZOULAI, v. *infra* n° 247.

principal (A) et les critères secondaires (B) de la détermination du domaine de l'étude.

A. Critère de délimitation principal

63. Le critère principal de délimitation du domaine de l'étude tient à la circonstance qu'un mécanisme ou, plus finement, un, plusieurs ou tous les aspects d'un mécanisme se trouve(nt), d'une manière ou d'une autre, européenisé(s).

Le droit positif de l'Union donne ainsi à voir une pluralité de combinaisons, dont l'habituelle opposition entre « *ordre public national* » et « *ordre public de l'Union* » peine à rendre compte.

On peut rendre compte de la manière dont s'opère cette européenisation en distinguant, classiquement, selon que cette dernière est « *directe* » ou « *indirecte* »³³¹. On exposera successivement ces deux modalités, qui d'ailleurs peuvent se combiner.

1) Modalités d'europeanisation directe

64. Définition. – On peut parler d'europeanisation directe d'un mécanisme d'ordre public lorsqu'une règle de droit de l'Union emporte elle-même (que ce soit son objet ou non) détermination d'au moins l'un des aspects du mécanisme d'ordre public. A cet égard, la distinction que l'on a utilisée jusqu'à présent entre « *contenu* » et « *contenant* » est déjà trop fruste, puisque, sans préjudice de distinctions internes à ces deux premières catégories, il faut en ajouter une troisième, tenant à l'autorité qui met en œuvre le mécanisme.

³³¹ Sur cette distinction, appliquée à la problématique à la fois plus large et plus étroite de *l'emprise du droit de l'Union sur le droit national*, v. Laurence IDOT, in *Lamy procédures communautaires*, novembre 2005 : « Réalité de l'emprise du droit communautaire sur le droit national », étude n° 105 et « Signification, conséquences et instruments de la 'communautarisation indirecte' », étude n° 138. Du même auteur, v. aussi : « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », in Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, colloque organisé à Toulouse le 22 mars 2001, *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 7, spéc. n° 2. *Plus étroite*, notre problématique l'est en ce que nous nous intéressons à l'europeanisation d'une portion du droit uniquement : les phénomènes juridique usuellement désignés sous le vocable « *ordre public* ». *Plus large*, notre problématique l'est en ce que, envisageant des mécanismes *historiquement* nationaux, elle s'étend, au-delà du premier mouvement d'europeanisation de ce dernier, à des formes d'articulation plus complexes de l'ordre juridique national et de l'ordre juridique de l'Union. La spécificité de cet objet fait que les résultats de l'application de cette distinction peuvent ne pas se recouper exactement. Ainsi une règle traditionnellement identifiée comme ayant un effet d'europeanisation indirecte sur les compétences nationales comme l'est la liberté de circulation peut être porteuse d'europeanisation directe d'un aspect d'un mécanisme d'ordre public. De même, par une sorte de mise en abîme, ces vecteurs traditionnels d'europeanisation indirecte peuvent, appliqués aux mécanismes d'ordre public, venir encadrer la mise en œuvre d'une règle elle-même européenne.

65. Européanisation directe du contenu. – Il y a européanisation directe du contenu lorsqu'une règle européenne consacre une valeur ou un objectif ayant vocation à être réalisé(e) par le biais d'un mécanisme d'ordre public. Ce peut être tant une règle de droit primaire³³², ainsi par exemple, la prise en considération du principe de libre circulation des marchandises dans le cadre de la mise en œuvre par les autorités nationales, de l'exception d'ordre public international, dont la Cour a admis l'éventualité dans l'arrêt *Maxicar* précité³³³, qu'une règle de droit dérivé, ainsi, par exemple, l'obligation des autorités nationales de sanctionner, en principe, le caractère abusif d'une clause compromissoire au regard de la directive 93/13, dans le cadre de leur mécanisme d'ordre public du droit de l'arbitrage³³⁴.

66. Européanisation directe du contenant. – Il y a européanisation directe du contenant lorsqu'une règle de droit de l'Union se fait, au moins partiellement, le support d'un mécanisme usuellement désigné sous l'expression « *ordre public* ». On peut parler de mécanisme « *formellement européen* ». Cette européanisation directe du contenant peut consister en la reprise, dans le droit primaire ou le droit dérivé, d'un mécanisme d'ordre public sous la forme qu'on lui connaît habituellement, sous réserve des inévitables différences d'« *interprétations conceptuelles* » entre les systèmes juridiques³³⁵. Elle peut aussi se faire au prix d'une modification importante de la technique juridique traditionnellement mise en œuvre pour permettre la réalisation des valeurs dans le type de situations envisagées. Laissant pour l'instant de côté cette dernière hypothèse³³⁶, on se limitera à donner quelques exemples de la première.

Ainsi, l'on peut dire qu'il y a européanisation au moins partielle du contenant lorsque, en matière de concurrence, le Traité dispose de la « *nullité* » des accords et décisions portant ententes prohibées au sens de l'art. 101-1^o TFUE, ce dont il résulte, par métonymie, que cette dernière disposition est impérative, et laisse pour l'essentiel

³³² Et l'on voit par là que l'européanisation directe des mécanismes d'ordre public est susceptible de s'opérer indépendamment de l'exercice à proprement parler des compétences attribuées.

³³³ V. *supra* n^o 45. On pourra également parler d'européanisation directe du contenu de l'exception d'ordre public international, dès lors qu'il sera avéré que les autorités nationales ont l'obligation de prendre en considération la Charte des droits fondamentaux dans ce cadre et, le cas échéant, faire primer les dispositions de cette dernière, telles qu'interprétées par la Cour, sur leur standard national, plus ou moins protecteur. Sur l'incertitude du droit positif sur ce point, v. *supra* n^{os} 39-44.

³³⁴ Ainsi qu'il résulte de l'arrêt *Mostaza Claro* (CJCE 1^{re} ch., 26 octobre 2006, C-168/05, Rec. p. I-10421). Sur cet aspect de l'arrêt, v. *infra* n. 880 ; v. aussi *infra* n^o 291, en lien avec la question de l'office du juge.

³³⁵ Sur lesquelles, v. Otto PFERSMANN, *op. cit.*, p. 285.

³³⁶ Laquelle sera étudiée comme participant au processus, qui n'est d'ailleurs en rien propre à l'ordre juridique de l'Union, de « *spécification des mécanismes d'ordre public abductifs* » *infra* n^{os} 441-454.

le droit national déterminer le régime de cette nullité³³⁷. De même, constituent des mécanismes d'ordre public formellement européens l'exception d'ordre public international ou le jeu des lois de police réservés par les règlements portant uniformisation des règles de droit international privé. La doctrine a pu souligner le classicisme de ces mécanismes formellement européens. Ainsi, s'agissant de l'exception d'ordre public international contenue dans la Convention de Bruxelles et le Règlement Bruxelles I, Mme GAUDEMET-TALLON écrit : « *De façon tout à fait classique, les articles 27-1°(C) et 34 § 1 (RI) et 45 § 1 a) (RI bis) autorisent à ne pas reconnaître ou exécuter une décision contraire à l'ordre public de l'État requis [...]. Les textes se réfèrent naturellement à l'ordre public international de l'État requis [...] et s'agissant de reconnaissance et d'exécution, l'ordre public n'aura, comme en droit commun, qu'un effet atténué. [...] La conformité de la décision étrangère à l'ordre public du for sera examinée, comme en droit commun, en se plaçant au moment où la reconnaissance ou l'exécution est demandée. Et, toujours comme en droit commun, l'appréciation se fera, concrètement, au regard des effets de la reconnaissance ou de l'exécution de la décision*³³⁸ ». Constituent également des mécanismes d'ordre public formellement européens les célèbres clauses d'ordre public adjointes par le TFUE au principe de libre circulation³³⁹.

On remarquera que, dans ces hypothèses, la reprise d'un mécanisme d'ordre public dans une règle de droit de l'Union s'accompagne de la détermination par ce dernier, et dans la mesure où il le reprend, des conditions de recours et des effets du mécanisme. Cette définition peut être expresse, fait de l'instrument en cause lui-même³⁴⁰ ou d'un autre³⁴¹, ou, subsidiairement, résulter de l'interprétation faite du

³³⁷ V. *supra* n° 7.

³³⁸ Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., LGDJ, 2015, n° 398. C'est nous qui soulignons.

³³⁹ Les « clauses d'ordre public » contenues dans les Traités constitutifs seront exposées plus détail, dans le troisième chapitre de la première partie, comme mécanismes assimilables à ceux ressortissant habituellement de la « police des comportements ».

³⁴⁰ Ainsi de la définition des lois de police contenue à l'art. 9-1° du règlement Rome I, qui, sous réserves des discussions qu'elle a pu susciter, est très largement inspirée de celle, classique, qu'avait donnée Phocion FRANCESKAKIS. Sur cette définition, v. *infra* n° 191, n. 673, n. 681 et n° 386.

³⁴¹ V. la directive 2004/38/CE 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, laquelle précise les conditions de recours à la clause d'ordre public en matière de libre circulation des personnes et codifie, dans une large mesure, la jurisprudence antérieure de la Cour de justice. Sur cette directive v. notamment Anastasia ILIOPOULOU, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *RDUE* 2004, p. 523-557.

droit écrit par la Cour de justice³⁴². À ce titre, on peut parler de « *définition autonome* » des conditions de recours aux mécanismes d'ordre public de source européenne³⁴³.

67. Européanisation directe au plan organique. – On peut parler d'européanisation au plan organique lorsqu'une règle européenne donne compétence à un organe de l'ordre juridique européen pour activer un mécanisme usuellement désigné sous l'expression « *ordre public* », lequel est alors, par hypothèse, formellement européen.

Cette activation peut consister en l'exercice d'un authentique pouvoir normatif, entendu comme un pouvoir d'élaboration. On peut citer la compétence du Parlement européen et Conseil en vertu de l'art. 77-2° lit. a TFUE, pour déterminer la liste des États tiers dont les ressortissants doivent produire un visa pour entrer dans l'Union européenne, compétence qu'ils exercent en tenant compte de critères tenant « *entre*

³⁴² Ainsi, de la définition jurisprudentielle des conditions de recours à l'exception d'ordre public international dans l'espace judiciaire européen, telle qu'elle résulte de l'arrêt *Krombach* (*op. cit.*, pt. 37), rendu en application de la Convention de Bruxelles : « *Un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique* ». Pour une réaffirmation récente, en application de l'article 34-1° du règlement *Bruxelles I*, v. CJUE 1^{re} ch., 16 juil. 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471, pt. 44.

³⁴³ Que le droit de l'Union entende définir de manière « *autonome* » les *conditions de recours* aux mécanismes d'ordre public qu'il aménage, cela a été explicitement affirmé par un arrêt *Commission c. Allemagne*, de 2003 (CJCE 5^e ch, 22 mai 2003, C-103/01, Rec. p. I-5369 : *Europe* 2003, comm. 236 par Denys SIMON) rendu en application de la directive *équipements de protection individuelle* ou « *EPI* » (directive 89/686/CEE du Conseil du 21 décembre 1989).

La directive *EPI* est une directive « *nouvelle approche* » : elle définit les « *exigences essentielles en matière de santé et de sécurité* » concernant la conception et la fabrication de équipements en question et garantit la libre circulation des produits conformes à ses dispositions, conformité dont atteste le marquage « *CE* ». Elle exclut cependant de son champ d'application les « *EPI conçus et fabriqués spécifiquement pour les forces armées ou du maintien de l'ordre (casques, boucliers, etc.)* ». Il y a là, pour reprendre la formule dont use la Cour dans l'arrêt (*op. cit.*, pt. 35), une « *exception définie par référence à la tâche précise qui consiste à maintenir l'ordre public* ».

Assignée en manquement pour avoir soumis, *via* la réglementation de certains *Länder*, les sangles de sécurité et des casques de pompiers à des exigences non prévues par la directive, l'Allemagne revendiquait le bénéfice cette « *exception d'ordre public* », en s'appuyant sur la circonstance que dans les *Länder* en question, les corps de pompiers sont rattachés aux organismes chargés d'assurer la sécurité et l'ordre publics.

C'était poser frontalement la question du choix entre une « *définition autonome* » ou « *par renvoi au droit national* », en l'occurrence au *Landesrecht*, de ce que recouvre le « *maintien de l'ordre public* ».

En l'absence de renvoi expressément prévu par directive, la Cour opte sans hésiter pour la première option, en rappelant sa jurisprudence constante selon laquelle « *l'ordre juridique communautaire n'entend pas en principe définir ses qualifications en s'inspirant d'un ordre juridique national ou de plusieurs d'entre eux sans précision expresse* » (pt. 34 ; sur cette jurisprudence, v. *infra* n° 223). Néanmoins, elle ne va pas (elle ne le pourrait pas) jusqu'à formuler une définition positive du standard « *ordre public* » (sur les implications méthodologiques du recours à la technique du standard, v. *infra* n° 399 et s.). Pour établir le manquement de la République fédérale d'Allemagne, il lui suffisait de dire que les fonctions « *habituelles* » des pompiers, c'est-à-dire « *les opérations de sauvetage de personnes et de biens en cas d'incendies, d'accidents de circulation, d'explosions, d'inondations ou d'autres catastrophes* » auxquels servaient les équipements litigieux, ne relevaient pas du maintien de l'ordre public (v. spéc. les pts 36, 37 et 40 de l'arrêt).

*autres, à l'immigration clandestine, à l'ordre public et à la sécurité, aux avantages économiques [...], ainsi qu'aux relations extérieures de l'Union avec les pays tiers concernés y compris [...]*³⁴⁴ ».

Cette activation peut également s'opérer au plan de la mise en œuvre de la règle de droit. Il est possible d'y voir une hypothèse d'« *administration directe* » d'un mécanisme d'ordre public formellement européen³⁴⁵. Les exemples, pour être rares en pratique, conformément au statut d'exception de l'administration directe, n'en sont pas moins significatifs. On peut citer à ce titre la compétence de l'Office d'harmonisation du marché intérieur (ci-après « OHMI »)³⁴⁶ pour apprécier la contrariété d'une marque à « *l'ordre public ou aux bonnes mœurs* », laquelle est un motif absolu de refus d'enregistrement comme marque communautaire³⁴⁷. Cet exemple est d'autant plus important que, contrairement ce que l'on pense souvent, dans un excès (moniste) de confiance dans l'existence d'un « *l'ordre public européen* » compris comme contenu apte à évincer son pendant national³⁴⁸, cette mise en œuvre peut s'opérer au bénéfice de valeurs strictement *nationales*³⁴⁹, comme l'impose au demeurant la lettre même du règlement *marque*³⁵⁰.

³⁴⁴ V. l'article 1-1 du règlement n° 539/2001, tel que modifié par règlement n° 509/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014 (JO L 149 du 20 mai 2014, p. 67). Sur l'exercice de cette compétence de l'Union en matière d'ordre public, v. Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire : Communautarisation des réserves d'ordre public », *op. cit.*, n° 109. L'exercice de cette compétence, comme du reste plus largement celle qu'exerce le législateur européen dans le cadre du versant publiciste de l'espace de liberté de sécurité et de justice est à ce titre comparable à celle que, en droit interne, le législateur exerce en vue de, selon la formule du Conseil constitutionnel, concilier les libertés avec l'objectif à valeur constitutionnel tenant à la sauvegarde de l'ordre public (sur cette dernière, v. *infra* n° 306).

³⁴⁵ En droit institutionnel de l'Union, l'« *administration directe* » désigne en effet les cas, où par dérogation au principe selon lequel l'exécution du droit de l'Union relève des Etats membres, ce qu'on appelle « *administration indirecte* », cette tâche est confiée aux organes et institutions européens. Sur cette problématique complexe qu'est la mise en œuvre du droit de l'Union, v. Jacqueline DUTHEIL DE LA ROCHÈRE (dir.), *L'exécution du droit de l'Union, entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009.

³⁴⁶ Qui est une agence de l'Union. Sur ce point, v. Claude Blumann et Louis Dubouis, *Droit institutionnel de l'Union européenne, op. cit.*, n° 417 ; Delphine DERO-BUGNY, « Agences européennes », *JCl. Europe*, fasc. 245, 2000.

³⁴⁷ V. l'article 7 al. 1, lit. f, du règlement n° 207/2009 sur la marque communautaire (version codifiée). Il faut cependant préciser, que, par un retour au principe d'administration indirecte, les juridictions nationales sont également compétentes pour appliquer cette disposition dans le cadre d'une demande reconventionnelle en nullité formée à l'occasion d'une action en contrefaçon. Sur cette organisation, v. Jacques AZÉMA et Jean-Christophe GALLOUX, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., Dalloz, Précis, 2012, n° 1649 et s.

³⁴⁸ V. par exemple Nicolas BINCTIN, « Les apports de la propriété intellectuelle à l'analyse d'un ordre public 'transnational' ou 'réellement international' », in *Mél. Bernard Audit*, LGDJ Lextenso, 2014, p. 89-117, qui, en dépit d'une présentation, dans le détail, très documentée et nuancée, n'en incline pas moins à penser que les décisions pertinentes des organes européens manifestent l'existence d'un « *ordre public de l'Union* », constituant lui-même une déclinaison d'un « *ordre public transnational* ».

³⁴⁹ En ce sens v. Trib. UE, 20 sept. 2011, *Couture Tech. Ltd c. OHMI*, T-232/10, Rec. p. II-6469, spéc. pts 26 et 34, qui décide que l'enregistrement du blason soviétique en tant que marque communautaire doit être refusé, même s'il n'est contraire à l'ordre public et aux bonnes mœurs que dans un seul Etat membre (plus en détail sur cet arrêt, v. n° 412). Ceci n'empêche pas que, comme mécanisme formellement européen, les conditions de recours à l'art. 7 al. 1 lit. f, sont définies de manière autonome : en ce sens, v. TPICE, 13 septembre 2005,

68. Combinaisons de modalités. – Cette européanisation directe peut *a priori* affecter alternativement ou cumulativement chacun des aspects identifiés des mécanismes d'ordre public. Les seules combinaisons qui nous paraissent en pratique exclues sont celles où un organe européen mettrait en œuvre un mécanisme formellement national³⁵¹.

2) Modalités d'européanisation indirecte

69. Définition. – L'européanisation indirecte des mécanismes d'ordre public peut être définie par contraste avec l'européanisation directe. Il y a ainsi européanisation indirecte lorsqu'une règle de droit de l'Union a pour effet d'encadrer³⁵² la mise en œuvre d'une autre règle qui, elle-même, est constitutive, d'une manière ou d'une autre d'un mécanisme d'ordre public.

L'hypothèse qui s'est jusqu'à maintenant présentée en jurisprudence ou, sinon, a été envisagée par la doctrine, concerne l'encadrement de la mise en œuvre par une autorité nationale d'un mécanisme d'ordre public formellement national ou européen au bénéfice d'une valeur ou d'un agencement national de valeurs³⁵³.

Présentant un caractère essentiellement diffus, les modalités de l'européanisation indirecte ne peuvent être identifiées qu'à raison des différents fondements sur

Sportwetten c. OHMI (Intertops), T-140/02, Rec. p. II-3247, lequel précise à ce titre que la contrariété à l'ordre public s'apprécie au regard de « *la marque elle-même, à savoir le signe, en relation avec les produits et services* » commercialisés (pt. 27), et non par rapport à ces services eux-mêmes, en l'occurrence des prestations de bookmaking pour lesquelles l'agrément nécessaire en Allemagne n'avait pas été obtenu.

³⁵⁰ V. l'alinéa 2 de l'article 7, qui impose, pour le cas où certains Etats membres, voire un seul d'entre eux, considéreraient comme contraire à leur ordre public ce que les autres tiennent pour parfaitement licite, de prendre en considération des « *motifs de refus qui n'existent que dans une partie de la Communauté* ».

³⁵¹ Sous réserve du cas où, en vertu d'une clause compromissoire conclue conformément à l'art. 272 TFUE, la Cour de justice serait compétente pour connaître d'un contrat passé par l'Union, et qu'elle s'interrogerait, par exemple, sur la contrariété de ce dernier aux dispositions impératives de la loi choisie par les parties (v. ainsi CJCE, 1^{er} juin 1995, *Heidemij Advies c. Parlement européen*, C-42/94, Rec. p. I-1417, spéc. pt. 14, relevant que, précisément, la disposition en cause du code civil belge n'est pas d'ordre public et que les parties peuvent y déroger). Dans ce cas, on ne saurait à proprement parler d'européanisation directe sur le plan organique dans la mesure où la Cour tire, comme n'importe quel arbitre, sa compétence du contrat.

³⁵² Sur l'idée d'encadrement, envisagée à propos des règles nationales relevant de l'exercice des compétences retenues ou réservées des Etats membres, v. Koen LENAERTS, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Mél. Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 421-442.

³⁵³ Cela dit, les organes européens étant liés, comme les autorités nationales, par les règles de droit primaire porteuses d'européanisation indirecte, rien n'exclut, en théorie, que ces dernières puissent jouer dans le cadre de l'« *administration directe* » des mécanismes d'ordre public. En revanche, il paraît difficile d'opposer une règle d'européanisation indirecte à la mise en œuvre d'un mécanisme effectuée au bénéfice d'une valeur ou d'un agencement de valeurs européen. De deux choses l'une, en effet : soit, en présence d'un mécanisme abductif, l'agencement de valeurs européen que l'on prétend ainsi protéger n'existe pas en réalité, soit, en présence d'un mécanisme déductif, il est certes formalisé dans la règle qu'il s'agit de mettre en œuvre, mais cette règle est, par hypothèse, contraire au droit primaire et donc invalide, sauf réduction par voie d'interprétation conforme. (Sur la distinction entre mécanismes d'ordre public axés sur un raisonnement abductif et ceux axés sur un raisonnement déductif, v. *infra* n^{os} 398 et s.).

lesquels elle s'exerce. Ces fondements seront précisés, avant d'apporter quelques clarifications sur les précautions méthodologiques qu'impose le caractère indirect de l'europanisation dans l'utilisation de cette jurisprudence.

a) *Fondements*

70. Principe de libre circulation dans ses composantes économiques et non-économique. – Le fondement principal d'europanisation indirecte est assurément le principe de libre circulation : les autorités nationales ne peuvent faire usage d'un mécanisme d'ordre public que pour autant qu'il n'en résulte pas d'entrave injustifiée à la libre circulation³⁵⁴.

Cette modalité d'europanisation indirecte a été surtout étudiée en droit international privé, ce que l'on peut sans doute s'expliquer par l'objet commun du droit des libertés de circulation et du droit international privé : les situations transfrontières. La doctrine internationaliste s'est ainsi abondamment fait l'écho de l'encadrement résultant de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public ou des lois de police³⁵⁵. Elle admet même qu'il en aille ainsi lorsque le mécanisme en cause est formellement européen³⁵⁶.

On fera ici simplement remarquer, qu'initié dans le cadre de la composante économique des libertés de circulation, avec l'arrêt *Koestler* pour l'exception d'ordre

³⁵⁴ Pour un exposé systématique du raisonnement qu'impose l'application du principe de libre circulation dans ses différentes composantes, v. Catherine BARNARD, *The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms*, 4^e éd., OUP, 2013. En langue française, v. Marc FALLON, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant/Sakkoulas, 2002 et les exposés de Mmes Anne RIGAUX et Laurence IDOT dans le *Lamy procédures communautaires*, t. 1, études 140 à 152. *Adde* : Loïc AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011 ; Edouard DUBOUT et Alexandre MAÏTROT DE LA MOTTE (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2013.

³⁵⁵ V. l'étude fondatrice de Marc FALLON (« Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 9-282. Plus récemment, v. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.* ; Etienne PATAUT, « Lois de police et ordre juridique communautaire », *op. cit.* ; Horatia MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 25-384 ; Delphine ARCHER, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats (étude de conflits de lois)*, Th. dactyl. Cergy-Pontoise, 2006 ; Catherine KESSEDIAN, « Public Order in European Law », *Erasmus Law Review* 2007, p. 27-36 ; Marc FALLON, « L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », in *Mél. Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 331-341 ; Elena-Alina OPREA, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, coll. logiques juridiques, 2015.

³⁵⁶ V. en ce sens, à propos de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police contenu dans le règlement Rome I : Andrea BONOMI, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats », in Eleanor Cashin Ritaine et Andrea Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2008, p. 217, spéc. p. 227-228, qui voit dans la vérification par la Cour des conditions de recours à ce mécanisme un contrôle « distinct et antérieur » à celui de la compatibilité de sa mise en œuvre avec la libre circulation, mais estime cependant probable que, en cas d'incompatibilité avérée au droit primaire, la Cour s'en tienne à un constat sur ce terrain, qui lui serait « plus familier ».

public international³⁵⁷ et le célèbre arrêt *Arblade* pour les lois de police³⁵⁸, cet encadrement s'opère aujourd'hui également sur le fondement de la libre circulation du citoyen (art. 21 TFUE)³⁵⁹. On citera à ce titre l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* de 2010³⁶⁰, dans lequel la Cour a examiné à cette aune le refus des autorités autrichiennes de reconnaître le nom patronymique formé d'un titre nobiliaire (Princesse de ou « *Fürstin von* » *Sayn-Wittgenstein*), tel qu'il avait été attribué à la requérante au principal en Allemagne³⁶¹.

Mais il est des fondements plus marginaux de l'eupéanisation indirecte des mécanismes d'ordre public.

71. Principe de non-discrimination considéré à titre autonome. – Il en est ainsi, tout d'abord, du principe de non-discrimination à raison de la nationalité, qui peut trouver à s'appliquer de manière autonome, lorsque, au-delà de la présence d'un élément transfrontière, le champ d'application spécifique d'aucune des libertés de circulation n'est rempli. Il s'agit d'une hypothèse résiduaire, qui devrait encore se raréfier, à mesure que se développe la dimension non-économique de la libre circulation³⁶². Mais précisément, la problématique de la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public dans le cadre de l'Union européenne a récemment fourni un exemple d'application autonome du principe de non-discrimination, avec l'affaire

³⁵⁷ CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c. Koestler*, aff. 15/78, Rec. p. 1971 : *RabelsZ* 1981, p. 218-252, note Jürgen Samtleben. *Adde*, sur cet arrêt : François RIGAUX, « New problems of private international law in the single market », *King's College LJ*, 1993-1994, p. 23-43, spéc. p. 39 ; Marc FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré », *op. cit.*, spéc. n^{os} 34, p. 75-76 ; 79, p. 140 et 146, p. 253-254.

³⁵⁸ CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453 : *RCDIP* 2000, p. 710-737, note Marc Fallon.

³⁵⁹ Sur cette liberté, qui s'est développée progressivement, de manière à présenter, sinon une rationalité, du moins une structure similaire aux libertés économiques, laquelle exclut tant les restrictions discriminatoires qu'indistinctement applicables v. notamment : Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut du citoyen de l'Union européenne*, préf. Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2008 ; *eadem*, « Entrave et citoyenneté de l'Union », in Loïc Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, p. 191-223.

³⁶⁰ CJUE 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, Rec. p. I-13693 : *Europe* 2011, comm. 40, obs. Denys Simon ; *JDI* 2011, p. 639-659, note Jérémy Heymann ; *RTD eur.* 2011, p. 571-575, note Etienne Pataut.

³⁶¹ L'arrêt est de ce point de vue d'autant plus remarquable que, nonobstant le caractère en principe subsidiaire de la citoyenneté par rapport aux libertés économiques (pour l'affirmation de ce caractère, v. CJCE, gde ch., 11 septembre 2007, *Schwarz*, aff. C-76/05, Rec. p. I-06849, spéc. pt. 34), la Cour choisit ce fondement alors que, l'intéressée exerçant sous ce nom prestigieux une activité transfrontière d'agent spécialisé dans l'immobilier de luxe, on aurait très bien pu imaginer que ce refus soit apprécié au regard de la gêne occasionnée dans l'exercice de la libre prestation de services (art. 56 TFUE), à l'instar du raisonnement tenu sur le fondement de la liberté d'établissement dans l'arrêt *Konstantinidis* (CJCE, 30 mars 1993, C-168/91, Rec. p. I-1191).

³⁶² Sur l'éventualité du jeu autonome de l'art. 12 CE, devenu art. 18 TFUE, v. Laurence Idot, « Régime du principe de libre circulation : principe d'interdiction », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 150, novembre 2007, spéc. n^o 150-25.

ČEZ, dans laquelle le juge autrichien refusait de prendre en considération une loi de police tchèque³⁶³. Les faits de l'espèce relevant, du point de vue du droit de l'Union, non du traité communautaire mais du traité Euratom, la Cour de justice a fondé son jugement d'incompatibilité sur l'interdiction des discriminations à raison de la nationalité, pris comme principe général du droit³⁶⁴.

72. Droits fondamentaux de l'Union. – Parmi les fondements de l'européanisation indirecte des mécanismes d'ordre public, il faut aussi compter les droits fondamentaux pris, d'abord, comme principes généraux du droit communautaire et, désormais, tels qu'ils sont consacrés dans la Charte. Ce fondement est secondaire en ce sens que, ainsi qu'il a été vu, ces normes ne disposent que d'un champ d'application dérivé, lié à la mise en œuvre par les autorités nationales d'une autre norme de droit de l'Union³⁶⁵. Mais précisément, les droits fondamentaux de l'Union doivent être respectés lorsque ces dernières mettent en œuvre un mécanisme d'ordre public formellement européen, singulièrement les clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation³⁶⁶. La Cour en a ainsi jugé dans les arrêts *Carpenter*, de 2002, et *Tsakouridis* de 2010, qui concernaient des mesures d'expulsion frappant, respectivement, un ressortissant d'État tiers bénéficiaire de la libre circulation à titre dérivé de celle de son conjoint³⁶⁷ et un ressortissant communautaire résident de longue durée dans un État membre autre que son État national³⁶⁸. On peut parler de « *combinaison d'européanisations* » : le respect des droits fondamentaux de l'Union, en l'occurrence le respect de la vie privée et familiale (européanisation indirecte) joue comme « *condition additionnelle*³⁶⁹ » au

³⁶³ CJCE (gde ch.), 27 octobre 2009, *ČEZ*, C-115/08.

³⁶⁴ *Comp.* le raisonnement différent proposé par l'avocat général POIARES MADURO dans ses conclusions présentées le 29 avril 2009 (Rec. p. I-265).

³⁶⁵ V. l'arrêt *Åkerberg Fransson*, préc. Remarquons, en revanche, que, dans le cas de l'administration directe d'un mécanisme d'ordre public, l'organe européen en cause, par exemple l'OHMI, est tenu de respecter les dispositions de la Charte dans ce cadre, à raison de sa qualité d'organe de l'ordre juridique de l'Union.

³⁶⁶ Il s'agit d'une application particulière de la jurisprudence *ERT* préc.

³⁶⁷ CJCE, 11 juillet 2002, *Mary Carpenter contre Secretary of State for the Home Department*, Aff. C-60/00, Rec. p. I-6279. Sur cet aspect de l'arrêt *Carpenter*, connu pour avoir entendu de manière singulièrement extensive le champ d'application de la libre prestation de services, v. Arnaud JAURÉGUIBERRY, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Étude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in Laurence POTVIN-SOLIS (dir.) *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2011, p. 351-427.

³⁶⁸ V. CJUE (gde ch.), 23 nov. 2010, *Tsakouridis*, C-145/09.

³⁶⁹ Pour reprendre la formule d'Edouard DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », *op. cit.*, p. 385.

respect des conditions de recours propres au mécanisme d'ordre public formellement européen (européanisation directe)³⁷⁰.

Les fondements de l'européanisation indirecte des mécanismes d'ordre public ayant été exposés, il convient de signaler quelques précautions qui s'imposent dans le repérage et l'interprétation de la jurisprudence pertinente.

73. Autres fondements ? – Pour être tout à fait complet sur le fondement de l'européanisation indirecte des mécanismes d'ordre public il convient encore de signaler que, compte tenu de la créativité dont la Cour fait preuve pour se saisir de situations particulières, il est douteux que les fondements listés présentent un caractère exhaustif. On pense particulièrement aux virtualités du contrôle de proportionnalité des atteintes au *statut même de citoyen de l'Union*, tel qu'il a été développé par la Cour dans les arrêts et *Rottmann*³⁷¹ et *Zambrano*³⁷². Dans l'un et l'autre cas, il s'agit bien d'européanisation directe, indifférente au caractère retenu³⁷³, voire réservé, de la compétence dont la mesure nationale contrôlée constitue l'exercice.

Quoi qu'il en soit du nombre exact de ces fondements, il importe, désormais, de souligner les précautions qu'implique le caractère indirect de l'européanisation, à la fois dans l'identification et dans l'interprétation de la jurisprudence pertinente.

b) Précautions d'utilisation de la jurisprudence pertinente

74. Caractère indirect du contrôle. – Contrairement au contrôle par la Cour de justice du respect par les autorités nationales des conditions de recours aux mécanismes d'ordre public formellement européen, le contrôle opéré au titre de l'européanisation indirecte ne se donne jamais pour objet d'influer sur la notion d'ordre public ; c'est seulement son effet³⁷⁴.

³⁷⁰ Très différemment en revanche, la thèse (analysée *supra*, n^{os} 39-44) selon laquelle les juges nationaux devraient mettre en œuvre l'exception d'ordre public international contenue dans les règlements au bénéfice des garanties de la Charte relève de l'européanisation *directe* du contenant *et du contenu*.

³⁷¹ CJUE (gde ch.), 2 mars 2010, *Rottmann*, C-135/08.

³⁷² CJUE, gde ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09.

³⁷³ V. à ce titre les pts. 41 et s. de l'arrêt *Rottmann* (préc.) qui concerne la compétence étatique en matière d'attribution de nationalité.

³⁷⁴ C'est à ce titre que, dans son étude consacrée à l'européanisation des mécanismes d'ordre public du droit international privé, Mme POILLOT-PERUZZETTO (« Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.*, p. 71), a opposé un « *contrôle indirect* » de ces derniers à l'aune du principe de libre circulation et un

A ce titre, la notion d' « *ordre public* » ou de « *lois de police* » n'est jamais relevante dans le cadre du raisonnement européen qui préside à l'eupéanisation indirecte. Dans l'arrêt *Arblade*, où elle était interrogée par le juge belge sur le point de savoir si la qualification, en droit national, de dispositions comme lois de police pouvait exonérer ces dernières du respect du principe de libre circulation, la Cour de justice a eu l'occasion d'affirmer ce qui résultait déjà du principe de clôture des ordres juridiques³⁷⁵ : les catégories nationales ne sont pas relevantes en tant que telles dans le cadre d'un raisonnement de droit européen³⁷⁶. Elles ne peuvent l'être que si elles correspondent et en tant qu'elles correspondent aux qualifications nationales de la branche du droit européen en cause³⁷⁷, notamment si cette dernière consacre des dérogations axées sur la notion d' « *ordre public* », telles que les dérogations écrites à la libre circulation ou les limitations admises aux droits fondamentaux consacrées par la Charte. Mais alors, ce n'est plus d'eupéanisation indirecte qu'il s'agit, mais de contrôle par la Cour des conditions de recours à un mécanisme d'ordre public formellement européen. Ainsi, il faut distinguer entre le principe de libre circulation, pour reprendre cet exemple, en ce qu'il est, en général, porteur d'une eupéanisation indirecte des mécanismes d'ordre public et en ce qu'il est assorti de dérogations d'ordre public, lesquelles relèvent de l'eupéanisation directe.

Cette distinction n'est pas seulement théorique, elle implique de respecter des précautions méthodologiques dans le traitement de la jurisprudence portant eupéanisation indirecte, qui ne s'appliquent pas s'agissant de l'eupéanisation directe.

75. Identification de la jurisprudence pertinente. – Tout d'abord, de ce que les modalités d'eupéanisation indirecte n'ont pas pour objet, mais seulement pour effet d'influer sur les mécanismes d'ordre public, il résulte que le contentieux pertinent est en partie caché. A ce titre, il a été remarqué, concernant le contrôle à l'aune du principe de libre circulation, que la nature exacte des raisonnements de droit national

« *contrôle direct* » par la Cour de justice de l'utilisation de l'exception d'ordre public international et du mécanisme des lois de police réservés par le droit dérivé.

³⁷⁵ Sur ce principe, v. *supra* n° 33 et *infra* n° 95.

³⁷⁶ Sur l'idée d'une indifférence principielle du droit de l'Union aux catégories nationales, v. Jean-Sylvestre BERGÉ et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, 2^e éd., Thémis, 2011, n° 15 et s.

³⁷⁷ S'agissant des lois de police belges en cause dans l'arrêt *Arblade* (préc.), la Cour a ainsi affirmé que « *les motifs à la base de telles législations nationales ne peuvent être pris en considération par le droit communautaire qu'au titre des exceptions aux libertés communautaires expressément prévues par le traité et, le cas échéant, au titre des raisons impérieuses d'intérêt général* » (pt. 31).

contrôlés par la Cour n'apparaissent que rarement dans ses arrêts³⁷⁸. Il ne faut pas s'en étonner : la Cour ne s'intéresse qu'à une « *mesure nationale* », non pas, en particulier, à un mécanisme d'ordre public.

Dans ce contexte, le constat que c'est bien un mécanisme d'ordre public qui est contrôlé ne peut relever que d'un hasard, surtout depuis que les rapports d'audience ont cessés d'être publiés au Recueil : la question posée à la Cour fait explicitement référence à un tel mécanisme³⁷⁹, ou alors les conclusions de l'avocat général³⁸⁰, ou encore les observations faites par les parties au principal ou intervenantes, dans la mesure où elles seraient rapportées dans l'arrêt ou les conclusions³⁸¹. Sinon, cette conclusion ne pourra être le fruit que d'une reconstruction de l'observateur, à partir des éléments qu'on veut bien lui donner à voir³⁸².

Bien plus, le caractère hasardeux du repérage des décisions porteuses d'eupéanisation indirecte des mécanismes d'ordre public pose la question de la pertinence de sa thématization, comme sujet d'étude en doctrine.

³⁷⁸ V. Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (« Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *op. cit.* p. 73), qui indique que « pendant longtemps, [la Cour] s'est contentée d'analyser le résultat sans tenir compte du moyen et sans prononcer le terme de loi de police ou d'ordre public ». V. aussi Marc FALLON, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », n° 146.

³⁷⁹ Ainsi, dans l'affaire *Arblade*, préc. Dans le cadre du contentieux objectif qu'est le recours en manquement on peut aussi citer l'arrêt *Commission c. Luxembourg* (CJCE, 19 juin 2008, C-319/06, Rec. I-4323), où la Cour était requise de constater qu'en ayant qualifié certaines de ses règles sociales de « dispositions de police relevant de l'ordre public national » le Grand-Duché du Luxembourg avait manqué à ses obligations en vertu du Traité.

³⁸⁰ Ainsi de l'affaire *Koestler* (CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c. Koestler*, aff. 15/78, Rec. p. 1971), qui concernait l'opposabilité de l'exception de jeu allemande dans le cadre d'une prestation de services bancaires international. Seuls le rapport (Rec. p. 1973) et les conclusions de l'avocat général REISCHL (Rec. p. 1982) nous apprennent que, l'obligation litigieuse étant régie par le droit français, c'est par le biais de l'exception d'ordre public (art. 30 EGBGB a. F.) que la norme allemande s'imposait, l'arrêt lui-même étant beaucoup plus vague, en faisant simplement référence à « l'ordre public allemand ».

³⁸¹ Ainsi, dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, préc., où la partie requérante au principal émet l'idée que les refus des autorités autrichiennes compétentes de reconnaître le nom patronymique qui lui avait été attribué en Allemagne procédait d'un usage immodéré de l'exception d'ordre public international. V. le pt. 30 de l'arrêt : « selon la requérante au principal, la non-reconnaissance des effets de l'adoption quant au droit régissant le nom est constitutive d'une entrave à la libre circulation des personnes car elle devrait porter des noms patronymiques différents dans différents États membres. Elle estime, concernant l'ordre public, que les États membres s'obligent mutuellement à en restreindre l'application aux cas les plus nécessaires et les plus flagrants et, pour le reste, à accorder la plus grande confiance possible aux décisions des autres États membres et à reconnaître ces décisions. L'application de l'ordre public supposerait aussi un lien de rattachement fort que la simple citoyenneté ne suffirait pas à établir ».

³⁸² Outre les arrêts déjà mentionnés, la doctrine internationaliste cite ainsi, comme exemple de contrôle de compatibilité de la mise en œuvre du mécanisme des lois de police à l'aune du principe de libre circulation : en matière contractuelle : CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. p. I-1141 ; en matière de droit des sociétés : CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. p. I-10155 ; *Rev. crit.* 2004, p. 151-184, note Horatia Muir Watt ; *JDI* 2004, p. 917-929, note Michel Menjuq. *Adde*, avouant son impuissance à déterminer le titre exact d'applicabilité de la mesure nationale litigieuse : Horatia MUIR WATT, « De la solidarité des sociétés mères au profit des créanciers de leurs filiales », *Rev. crit. DIP* 2013, p. 946 (note sous CJUE, 9^e ch., 20 juin 2013, *Impacto Azul*, C-186/12).

76. Interprétation de la jurisprudence pertinente. – De ce que l'europanisation indirecte n'a pas pour objet d'influer sur les mécanismes d'ordre public, il résulte en second lieu que les effets qu'on peut en induire quant à l'utilisation des mécanismes d'ordre public relèvent toujours, dans une certaine mesure, de l'extrapolation. Celle-ci n'est pas illégitime en soi, mais il convient de respecter une saine limite.

Ainsi, en reprenant la distinction entre contenu et contenant, il ne paraît pas déraisonnable de mettre certains effets en avant. À l'égard du contenu, on peut ainsi dire que l'interdiction, en principe, de justifier d'une entrave par des motifs économiques³⁸³ influe, négativement, sur la sélection des valeurs que peuvent protéger les États membres via le recours aux mécanismes d'ordre public. Sur le plan du contenant, on peut dire que la jurisprudence de la Cour sur la reconnaissance du nom patronymique (notamment) participe de l'émergence d'une nouvelle occurrence de l'exception d'ordre public international, corrélativement, à ce qui serait la consécration de cette nouvelle méthode de désignation de l'ordre juridique dont le point de vue doit être retenu pour le règlement d'une situation privée internationale que serait la méthode de la reconnaissance³⁸⁴. De même, et ainsi qu'on l'a déjà dit à propos des lois de police, on peut reconnaître à la jurisprudence de la Cour un effet de rationalisation sur les conditions de recours aux mécanismes d'ordre public³⁸⁵.

En revanche, certaines interprétations de la jurisprudence portant europanisation indirecte paraissent plus contestables. Par exemple, il est critiquable d'imputer, comme le fait en général la doctrine, à l'arrêt *Arblade* une « définition autonome » des lois de police. Le concept d'interprétation autonome n'a en effet de sens qu'à l'égard d'une notion visée dans le présumé d'une règle européenne. « Loi de police » ne comptant pas parmi les qualifications pertinentes dans le cadre du droit européen des libertés de circulation interprété par la Cour dans l'arrêt *Arblade*, cette

³⁸³ Cette interdiction tend cependant à être relativisée en jurisprudence, précisément par les arrêts procédant à un contrôle de l'application des lois de police sociales de l'Etat d'accueil à la relation internationale de travail, dans le cadre de l'important contentieux du détachement de travailleurs corrélativement à l'exécution d'une prestation de service : v. CJCE, 12 oct. 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, Rec. p. I-9553, pt. 41, qui admet que l'objectif de préserver la loyauté de la concurrence constitue une exigence impérieuse d'intérêt général, susceptible de justifier une entrave indistinctement applicable. Sur cette jurisprudence v. Jean MISCHO, « Libre circulation des services et dumping social », in *Mél. Léger*, Paris : Pédone, 2006, p. 435, spéc. p. 438-439.

³⁸⁴ Plus en détail sur cette méthode, v. *infra* n^{os} 104-110.

³⁸⁵ V. *supra* n^o 51.

dernière n'a pas pu poser une « *définition autonome* » de cette notion³⁸⁶. En réalité, si la Cour a bien donné une définition des lois de police comme étant « *des dispositions nationales dont l'observation a été jugée cruciale pour la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique de l'État membre concerné, au point d'en imposer le respect à toute personne se trouvant sur le territoire national de cet État membre ou à tout rapport juridique localisé dans celui-ci*³⁸⁷ », c'est, ainsi qu'il résulte d'ailleurs explicitement de l'arrêt³⁸⁸, d'une description du mécanisme tel qu'il existait en droit national qu'il s'agissait³⁸⁹, et ceci afin d'éclairer le sens de la question qui lui était posée par le juge *a quo*³⁹⁰.

On rejoint ici la nécessité, établie plus haut, de porter un regard normalisé sur le droit de l'Union : il est important de rendre à l'influence exercée par le droit de l'Union sur les mécanismes d'ordre public ses justes proportions, à l'exclusion de toute dramatisation ou sublimation.

Le premier critère, pour déterminer parmi les différents mécanismes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* » ceux qui seraient inclus dans notre étude a donc tenu à la circonstance que ceux-ci aient fait l'objet d'une forme (au moins) d'européanisation. A ce premier critère, deux autres ont cependant été ajoutés, pour affiner le domaine de recherche.

B. Critères de délimitation secondaire

77. De ces deux critères de délimitation secondaire, le premier peut être dit qualitatif, par opposition à un second qui est quantitatif.

³⁸⁶ Dans le même sens v. Andrea BONOMI, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux contrats », *op. cit.*, p. 224 : « *Il est utile de rappeler [...] que, dans cet arrêt, la Cour de justice n'a pas souhaité formuler une notion propre de loi de police* » (*cela ne constituait pas l'objet de la question préjudicielle par les juges belges*) ».

³⁸⁷ *Arblade*, préc., pt. 30.

³⁸⁸ V. à ce titre l'annonce de la définition : « *En ce qui concerne la seconde question posée dans chacune des deux affaires concernant la qualification, en droit belge, des dispositions litigieuses de lois de police et de sûreté, il convient d'entendre cette expression comme...* » (*loc. cit.*).

³⁸⁹ En ce sens, v. Michael WILDERSPIN, « The Rome I Regulation : Communitarisation and modernisation of the Rome Convention », *ERA Forum*, 2008, p. 259-274, spéc. p. 272 : « *[T]he ECJ was clearly not intended to circumscribe the category of rules which a country could make internationally mandatory and it is not clear why the Commission took was intended to be a mere description and transform it into a definition* ». V. aussi Andrea BONOMI, *op. cit.*, p. 224 : « *La définition des lois de police reprise dans l'arrêt est donc celle de l'ordre juridique belge qui se rattache - comme il est bien connu - à celle formulée en France par Phocion Francescakis* ».

³⁹⁰ *Comp.* Marc FALLON qui, dans sa note sous l'arrêt (*op. cit.*, p. 729), juge la question du juge belge, s'interrogeant sur une éventuelle immunité des lois de police nationales vis-à-vis du principe de libre circulation, « *assez surprenante* » au regard des conséquences classiquement attribuées au principe de primauté.

78. Critère qualitatif. – En effet, dans la volonté, née en réaction à la tendance existant dans la littérature juridique à, soit dramatiser l'incidence du droit de l'Union sur l' « *ordre public national* », soit, et par un effet de vases communicant à sublimer ce qui serait un « *ordre public européen* », de jeter un regard normalisé sur le droit de l'Union, nous n'avons sélectionné comme occurrences de la notion d'ordre public que celles qui étaient susceptibles d'opérer dans les rapports entre droit de l'Union et droit national.

Par là, il faut entendre, non seulement les mécanismes d'ordre public qui jouent dans le cadre des rapports de systèmes à proprement parler, entre droit de l'Union et droit étatique³⁹¹, mais aussi ceux qui trouvent à jouer dans le règlement d'une situation individuelle par articulation, d'une manière ou d'une autre, des ordres juridiques européen et national, voire nationaux.

Négativement, ce critère qualitatif exclut les occurrences de la notion d'ordre public dans les rapports entre droit de l'Union et droit international public³⁹².

Parce que l'objet de la thèse est, au-delà du souci de normaliser le droit de l'Union (mais précisément en raison de ce souci), la notion d'ordre public, ou les notions d'ordre public elle(s)-même(s), nous avons complété ce critère qualitatif par un critère quantitatif.

79. Critère quantitatif. – En effet, afin que l'eupéanisation constatée apporte, réellement, un éclairage sur l'ordre public, nous n'avons inclut dans le champ de l'étude que les occurrences de la notion qui avaient fait l'objet d'une eupéanisation significative.

Négativement, ce critère exclut, par exemple, l'ordre public au sens du droit des conflits dans le temps³⁹³ ou encore la question du retrait des actes administratifs illégaux qui, en Allemagne au moins, est traitée en termes de contrariété à l'ordre public³⁹⁴.

³⁹¹ C'est l'hypothèse de l'ordre public, pour le coup européen dans tous ses aspects, envisagé comme limite à l'effet donné au droit étatique dans l'ordre juridique de l'Union, étudiée *infra* n° 210 et s.).

³⁹² Sur cet aspect, v. notamment Tim CORTHAUT, *EU Ordre public*, *op. cit.*, n°s II-128 à II-132.

³⁹³ Dont il était question dans l'arrêt *Saldanha*, CJCE, 2 octobre 1997, C-122/96. Sur cet aspect de l'arrêt, v. Sacha PRECHAL, « Community Law in National Courts : The Lessons from van Schijndel », *CMLR* 1998, p. 681-706, spéc. p. 705, n. 96.

³⁹⁴ Tel que cela ressort de l'arrêt CJCE (gde ch.), 19 septembre 2006, *i-21*, aff. jtes C-392/04 et C-422/04. On notera, que, en droit français, la question de la contrariété d'une norme produite par un organe de l'ordre

Positivement, il inclut les occurrences de la notion que l'on pourrait appeler, conformément au programme méthodologique que nous nous sommes donné d'utiliser les catégories du droit français comme entrée, et dans une première approximation, l'ordre public au sens du droit international privé, duquel on peut rapprocher l'ordre public du droit de l'arbitrage, l'ordre public au sens du droit privé, l'ordre public au sens du droit processuel, et l'ordre public au sens des droits constitutionnel, administratif et pénal que l'on peut regrouper sous l'appellation « ordre public au sens du droit public ».

Cette énumération ne peut être qu'approximative puisque, précisément, au moment où se termine cette introduction, qui avait pour but de mettre en lumière les biais susceptibles d'affecter une étude sur l'ordre public dans le contexte de l'Union européenne l'entreprise de systématisation des mécanismes d'ordre public commence.

80. Annonce de plan.– Dans l'optique de systématisation qui est la nôtre, un premier temps sera consacré à l'analyse individuelle des différents mécanismes d'ordre public européens. Il nous faudra recenser, isoler, décrire et comprendre chacun de ces phénomènes juridiques.

81. D'explications approfondies en rapprochements inattendus, en passant par la mise en lumière de distinctions trop peu souvent faites, on en viendra ainsi à se demander quelles sont les lignes de force à l'œuvre derrière la notion d' « *ordre public* », d'occurrences trop nombreuses pour constituer, elle-même, un concept tout à la fois unitaire et opératoire. A l'étude individuelle succèdera, dans un second temps, la synthèse. Pour cela, il faudra passer les frontières de la science du droit et utiliser des concepts qui n'appartiennent pas en propre à cette dernière, tels que celui de « *valeurs* », d' « *objectif* » ou d' « *intérêt* ». De même, on s'interrogera sur la dimension cognitive de la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public, sur le raisonnement déployé, en-deçà de la technique juridique utilisée. De la sorte, on constatera que le point fondamental est de savoir si l'agencement de valeurs que le droit cherche à protéger est déterminé *a priori* par le législateur et coulé dans une règle qu'il s'agit d'appliquer ou si, au contraire, cet agencement doit être déterminé au cas d'espèce par l'agent, selon un raisonnement original : l'abduction.

juridique aux valeurs consacrées dans la société en cause est traitée en terme de *légalité*, quand la terminologie « *ordre public* » est plutôt réservée en réaction à une sollicitation externe à l'ordre juridique.

L'opposition entre la réalisation déductive et la réalisation abductive des valeurs constitue ainsi la clé de répartition entre les mécanismes d'ordre public et, plus largement, un principe d'articulation entre les techniques juridiques.

82. C'est donc une démarche résolument progressive que nous suivrons, l'analyse de chacun des mécanismes d'ordre public européens permettant d'entrevoir, au-delà des divisions habituelles, les caractères irréductibles de ces derniers. En retour, la mise au jour de lignes de force fournit une explication des phénomènes esquissés, achevant le trait entre les pointillés du tableau. Ainsi, à une approche analytique de l'ordre public, dans un premier temps, (Partie I), succédera, dans un second temps, une approche synthétique (Partie II).

Partie I : L'approche analytique de l'ordre public

83. L'analyse des différents phénomènes désignés sous l'expression « *ordre public* » en droit national et en droit de l'Union constitue la première étape de l'œuvre de systématisation entreprise. Identifier quels sont ces mécanismes, exposer de manière critique les caractéristiques qu'on leur prête habituellement, faire le départ entre les idées reçues et les circonstances qui ont réellement une incidence sur leur mise en œuvre, sont autant de passages obligés pour qui ambitionne d'ordonner les ordres publics. Ce qui pourrait de prime abord apparaître comme une énumération un peu fastidieuse s'impose ainsi comme le préalable nécessaire à une présentation synthétique de ces mécanismes. Seule, en effet, la description minutieuse des mécanismes d'ordre public dans les différents contextes où ils opèrent permet de discerner les logiques qui transcendent les matières ou, au contraire, marquent l'existence de frontières internes à ces dernières.

À cette fin, nous prendrons pour entrée les catégories du droit national. Dans ce cadre, on remarque que, au-delà de la diversité des mécanismes désignés sous l'expression « *ordre public* », une ligne d'opposition se dessine. Tantôt, en effet, ces mécanismes jouent à la charnière entre normes de différentes origines, par exemple entre le droit étranger et le droit de l'ordre juridique du for, pour l'exception d'ordre public international, ou encore entre le contrat, norme privée, et le droit étatique, pour l'ordre public visé par l'article 6 du code civil. Tantôt, au contraire, la technique juridique considérée vise à appréhender des comportements ou, plus largement, l'activité humaine, en tant qu'elle existe, qu'elle est constitutive de la réalité matérielle³⁹⁵. C'est, typiquement, l'ordre public de la police administrative ou encore l'ordre public auquel, selon les pénalistes, la commission de l'infraction porte atteinte.

A ces deux premières catégories d'occurrences de la notion d'ordre public, il convient cependant d'en ajouter une troisième. En effet, il ne faudrait pas oublier, en parallèle à ces ordres publics qui, peu ou prou, sont ceux du droit privé et du droit public *substantiels*, les occurrences de la notion en droit procédural. Dans le cadre de la construction européenne, c'est principalement l'ordre public au sens de la détermination de l'office du juge, l'insaisissable « *moyen d'ordre public* », qui est visé. En y regardant de plus près, la logique à

³⁹⁵ Sur ces occurrences, v. Jean COMBACAU « Conclusions générales », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 415-434, spéc. 419-420.

l'œuvre en droit processuel est proche de celle qui irrigue les techniques qui jouent dans les rapports internormatifs : il s'agit, là comme ici, d'éviter que l'organe d'un ordre juridique ne consacre un effet de droit qui heurte les valeurs ou les objectifs à l'honneur dans la société concernée³⁹⁶.

Néanmoins, c'est bel et bien une catégorisation ternaire qui constituera notre point de départ. On étudiera ainsi, dans cet ordre, l'ordre public dans les relations internormatives (Titre I), l'ordre public dans la détermination de l'office du juge (Titre II) et l'ordre public au sens de la police des comportements (Titre III).

³⁹⁶ V. d'ailleurs Jean COMBACAU, *op. cit.* p. 420, qui les réunit sous une même bannière.

TITRE I : L'ORDRE PUBLIC DANS LES RAPPORTS INTERNORMATIFS

84. Certaines occurrences de la notion d'ordre public s'inscrivent dans le cadre des rapports entre normes d'origine différente, dans le cadre de rapports « *internormatifs*³⁹⁷ ». Parfois, ce sont d'authentiques ordres juridiques qui se trouveront mis face à face. D'autres fois, l'ordre public n'aura pas vocation à coordonner des ordres juridiques, mais, plus modestement, à faire l'interface entre les velléités normatives de la volonté privée et l'ordre juridique étatique au sein duquel des effets de droit sont recherchés.

Aussi, l'analyse portera successivement sur l'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques (Chapitre I) et l'ordre public dans les rapports entre l'ordre juridique étatique et les normes d'origine privée (Chapitre II).

Chapitre I : L'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques

85. L'hypothèse du jeu de la notion d'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques, à nouveau, se dédouble. Le plus souvent, l'ordre public aura à arbitrer des *rapports entre ordres juridiques étatiques*. C'est typiquement le cas en droit international privé, dont la « *partie générale* » offre une systématisation aboutie de ces rapports internormatifs. De manière moins connue, l'ordre public a aussi son mot à dire lorsque l'ordre juridique de l'Union entend remédier à son incomplétude en donnant effet au droit étatique, selon des modalités qui appellent une comparaison avec le droit international privé.

Aussi, l'examen approfondi des occurrences de la notion d'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique du for au droit étranger (Section I), permettra de s'armer pour explorer cette quasi *terra incognita* que constitue la question de l'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique (Section II).

³⁹⁷ Pour reprendre l'expression du Doyen CARBONNIER : « Les phénomènes d'inter-normativité », in *Essai sur les lois*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014, p. 147-160 ; *idem*, V° « Internormativité », in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la Théorie et de la Sociologie du droit*, LGDJ/Story Scientia, 1988, p. 199. V. aussi Laurence IDOT et Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation entre les ordres juridiques*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 24 octobre 2003, *LPA*, 5 oct. 2004, p. 3.

Section I : L'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique étatique avec le droit étranger

86. Dans les rapports de l'ordre juridique étatique avec le droit étranger, la notion d'ordre public connaît deux occurrences distinctes, l'une correspondant à un usage linguistique bien admis, l'autre à un usage plus « *délitescant*³⁹⁸ ». De façon classique, il sera ainsi question *d'apprécier la conformité de la norme étrangère avec l'ordre public international du for*. On parle, en France, d'« *exception d'ordre public international* » et, en Allemagne, de « *Vorbehaltsklausel* » (littéralement : « *clause de réserve* »)³⁹⁹. Plus rarement, l'expression « *ordre public* » sera également employée à propos de l'application, par dérogation à la règle de conflit, d'une catégorie particulière de dispositions, traditionnellement appelées « *lois de police* » (« *Eingriffsnormen* », en allemand), mais dont il est parfois rendu compte en termes de « *lois d'ordre public international*⁴⁰⁰ » ou encore « *d'ordre public positif*⁴⁰¹ ».

Si l'inclusion du mécanisme des lois de police dans le champ de notre étude, consacrée à l'« *ordre public* », peut surprendre l'internationaliste habitué à distinguer strictement les deux notions, elle nous paraît néanmoins justifiée. En effet, outre que le mécanisme des lois de police a fait l'objet de développements importants en droit positif de l'Union, la relative confusion terminologique qui règne en la matière nous paraît significative de l'intérêt qu'il y a à identifier les caractéristiques propres des deux mécanismes⁴⁰², dans l'optique de mieux comprendre l'articulation entre des conceptions fondamentales nationales et européennes.

³⁹⁸ Conformément à la classification de M. BODEN, exposé *supra*, n° 3.

³⁹⁹ Sur l'exception d'ordre public international, v. singulièrement Paul LAGARDE, *Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé*, *op. cit.* ; *idem*, « Public Policy », in Kurt Lipstein (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III : *Private International Law*, 2011, chap. II ; Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.* ; Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.* ; Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 153-271, qui n'utilise cependant l'expression d'« exception d'ordre public » qu'à propos du conflit de lois.

⁴⁰⁰ En droit positif français, v. CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 28 avr. 1967, *V^{ne} Rodriguez* : *Rev. crit. DIP* 1968, p. 446-451, note Jacques Foyer. Sur cet aspect de l'arrêt, v. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006, n° 53-2.

⁴⁰¹ A propos de dispositions d'origine européenne, v. par exemple Jürgen BASEDOW, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », *op. cit.*, qui voit là une des manifestations de « l'ordre public européen ». Dans la doctrine institutionnelle, on trouvera trace de cette confusion, dans le Livre vert de la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire (14 janv. 2003, COM (2002) 654 final), qui comporte un glossaire où, à l'entrée « *Ordre public international* », la Commission constate qu'« avec la multiplication des dispositions impératives d'origine communautaire » (p. 48), notion d'impérativité définie plus haut comme renvoyant à la fois aux « *règles d'ordre public interne* » et aux « *lois de police* » (p. 47), « on assiste aujourd'hui à la naissance d'un 'ordre public européen' » (p. 48).

⁴⁰² Pour une présentation récente de l'articulation des deux mécanismes, v. Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.* ; Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *op. cit.*, p. 238 et s.

Cette précision étant faite, on étudiera successivement le jeu de l'exception d'ordre public international (Paragraphe I), et l'interférence des lois de police dans le règlement du conflit de lois (Paragraphe II).

Paragraphe I : Le jeu de l'exception d'ordre public international

87. L'exception d'ordre public trouve à jouer lorsqu'on se propose de donner un effet normatif au droit étranger dans l'ordre juridique du for, ce qui ne pose pas de difficulté en présence d'un litige de droit privé. Mais, avec l'intensification de la coopération interétatique en matière pénale, fiscale et administrative, la question peut aussi se poser en présence d'une situation de droit public.

Aussi, on détaillera le fonctionnement de l'exception d'ordre public dans son cadre d'élection, en droit international privé (A), avant d'évoquer plus brièvement son intervention dans ce qu'on peut appeler, par contraste, le « *droit public international* » (B).

A. En droit international privé

88. Définition. – En droit international privé, l'exception d'ordre public peut être définie comme le mécanisme qui permet de *refuser de donner effet* à une norme étrangère lorsque cet effet heurterait *trop grandement* les valeurs du for⁴⁰³.

89. Division. – Déterminer les différents effets qui peuvent être donnés à une norme étrangère dans un ordre juridique revient à s'interroger sur le domaine du contrôle de la norme étrangère à l'aune de l'ordre public (1). Nous exposerons ensuite les étapes du raisonnement (2) ainsi que les limites qui président à ce contrôle (3). Le mécanisme ainsi décrit, il sera alors possible de s'interroger sur sa fonction (4).

1) Domaine du contrôle

90. L'exception d'ordre public international peut être opposée à : 1°/ l'application d'une règle étrangère⁴⁰⁴; 2°/ la reconnaissance ou l'exécution d'une décision étrangère⁴⁰⁵ ;

⁴⁰³ *Comp.* Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n. 53-4°, p. 21 ; n° 429, diptyque, B-15, p. 536 ; n°s 508-509, p. 631-633, qui définit les conditions et les effets de l'exception d'ordre public international en termes de « *refus d'accorder à une norme un effet au sein de l'ordre juridique* » (c'est la conséquence), lorsque cet effet « *contrasterait dans une trop grande mesure avec les principes généraux de l'ordre juridique d'accueil* » (ce sont les conditions).

⁴⁰⁴ On trouvera ainsi des exemples d'exceptions d'ordre public formellement européennes (sur cette modalité d'europanisation, v. *supra* n° 66) dans tous les règlements portant uniformisation des règles de conflit de lois adoptés à ce jour : v. par exemple l'article 21 du règlement *Rome I* ou, plus récemment, l'article 35 du règlement *Successions* (n°

3°/l'exécution d'un acte authentique ou d'une transaction reçus par une autorité publique étrangère⁴⁰⁶ ; 4°/ la prise en considération d'une règle ou une décision étrangère à l'occasion de l'application d'une autre règle⁴⁰⁷ ; 5°/ la reconnaissance d'une situation juridique cristallisée dans un ordre juridique étranger⁴⁰⁸.

Logiquement impliquées par la structure de la norme en cause, application et reconnaissance (a) constituent les opérations fondamentales, par rapport auxquelles prise en considération (b) et reconnaissance des situations (c) se définissent. L'octroi de la force exécutoire consiste, plus activement, à prêter main-forte à la réalisation du droit étranger (d).

Dans tous les cas, l'ordre public s'oppose à l'attribution d'un effet normatif au droit externe, ce qu'il conviendra de montrer successivement, dans chacune de ces hypothèses. La notion de prise en considération appellera des précisions supplémentaires sur le principe même de l'intervention de l'exception d'ordre public.

a) Application et reconnaissance d'une norme étrangère

91. Qu'il s'agisse d'appliquer une règle étrangère ou de reconnaître une décision, l'effet auquel l'ordre public s'oppose consiste, fondamentalement, pour le juge du for ou, plus largement, l'agent de la réalisation du droit⁴⁰⁹, à utiliser la norme étrangère comme « *base de déduction*⁴¹⁰ » pour la résolution d'une question de droit. L'opération combine deux aspects, qui méritent d'être distingués : un travail intellectuel, tout d'abord (i) et, en présence d'une norme étrangère, l'attribution de la force obligatoire à cette dernière, ensuite (ii).

650/2012, du 4 juillet 2012). Pour un exemple d'eupéanisation indirecte, v. CJCE, 24 octobre 1978, *Koestler*, aff. 15/78, précité.

⁴⁰⁵ V., lorsqu'elle existe encore, l'exception d'ordre public ménagée par les règlements portant harmonisation des règles de conflit de juridictions : l'article 45-1° du règlement Bruxelles I bis et l'article 26 du règlement *insolvabilité*, auquel correspond l'article 33 du nouveau règlement *insolvabilité bis* (Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5 juin 2015, p. 19) ; concernant les décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale, les articles 22 et 23 du règlement Bruxelles II bis ; concernant les décisions rendues au Royaume-Uni et au Danemark, l'art. 24 du règlement *obligations alimentaires*).

⁴⁰⁶ V. les articles 58-1° et 59 du règlement *Bruxelles I bis* ; l'article 46 du règlement *Bruxelles II bis*, qui fait référence au terme d'« *accord entre les parties exécutoire* », plus large que celui de « *transaction judiciaire* » antérieurement employé par l'art. 13-3° du règlement Bruxelles II (sur ce changement, v. Ulrich MAGNUS, « Art. 46 », in Ulrich Magnus et Peter Mankowski (dir.), *Brussels II bis Regulation*, Sellier ELP, 2012, p. 378-386, spéc. n° 2).

⁴⁰⁷ Pour la soumission de la prise en considération du droit étatique à l'occasion de l'application d'une règle de droit de l'Union à un contrôle à l'aune de l'ordre public de l'Union, v. TFPUE, ass. plén., 1^{er} juillet 2010, *Mandt c. Parlement européen*, F-45/07, ECLI:EU:F:2010:72, analysé *infra* n°s 212 et 214-236.

⁴⁰⁸ Pour la reconnaissance de la compatibilité d'une telle exception avec le principe de libre circulation, v. l'arrêt *Grunkin et Paul*, qui admet cette possibilité à titre platonique (CJCE gde ch., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rec. p. I-7639 : *Europe* 2008, comm. 431, obs. Laurence Idot ; *JDI* 2009, p. 203-216, note Louis d'Avout ; *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80, note Paul Lagarde) et l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (précité) qui l'active.

⁴⁰⁹ Pour la définition du terme « *réalisation* », v. *supra* n. 160.

⁴¹⁰ Selon l'expression de Pierre MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1973, spéc. n° 37.

i) *Opération intellectuelle menée*

92. La nature du travail intellectuel qu'appelle la mise en œuvre d'une norme, quelle qu'en soit l'origine, est liée à la structure hypothétique ou catégorique de cette dernière⁴¹¹.

93. De structure hypothétique, la mise en œuvre d'une *règle* appelle une opération plus ou moins complexe consistant à vérifier que le cas concret réalise les conditions visées dans le présupposé de la règle, pour en déduire l'effet juridique voulu. C'est « *l'application* » proprement dite. Appliquant l'article 312 du c. civ, qui présume que « *l'enfant conçu ou né pendant le mariage a pour père le mari* », le juge constatera ainsi que l'enfant X est né pendant le mariage des époux Y (réalisation de l'hypothèse) et qu'en conséquence, M. Y est le père de l'enfant X (individualisation de l'effet de droit).

94. De structure catégorique, et elle-même résultat d'une opération d'application, une *décision* appelle une opération beaucoup plus simple consistant, selon l'expression de M. BOLLÉE, « *à décalquer* » la solution concrète que cette dernière contient. Ainsi, du jugement étranger disposant que « X est le fils de M. Y », le juge du for déduira que X est le fils de M. Y, à l'exclusion de toute référence aux faits⁴¹². En somme, il s'agit de se le tenir pour dit, selon le droit du for.

Outre ce travail intellectuel, dont la nature est déterminée par la structure de la norme, conférer un effet normatif susceptible d'appeler l'intervention de l'ordre public au droit étranger implique de regarder ce dernier comme ayant force obligatoire pour le juge, ce qui n'est pas évident s'agissant d'une norme étrangère.

ii) *Obligatorité attribuée*

95. Conférer une valeur normative à la norme étrangère, c'est admettre que celle-ci *doit* servir de référence pour la solution de la question de droit posée⁴¹³. Pour une décision, on parle de « *reconnaissance* »⁴¹⁴. A l'instar de M. BOLLÉE, on peut parler, plus généralement

⁴¹¹ La démonstration en a été faite par Pierre MAYER, dans sa thèse citée à la note précédente. V. aussi la présentation de Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004, spéc. n° 4.

⁴¹² Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, loc. cit.

⁴¹³ *Comp.* Antoine JEAMMAUD, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.

⁴¹⁴ En revanche, il n'existe pas véritablement de terminologie consacrée pour désigner l'efficacité donnée aux règles. On parle tout simplement d'application, expression qui nous semble plutôt désigner une opération intellectuelle, indépendamment du caractère normatif éventuellement reconnu à la proposition qui en est l'objet.

d' « *efficacité* » attribuée à la norme étrangère, qu'elle soit règle ou décision⁴¹⁵. Cependant, cette obligatorité ne bénéficie pas *per se* à la norme étrangère.

En effet, conformément au principe dit de « *clôture institutionnelle* », selon lequel les organes d'un ordre juridique n'ont pas à recevoir de commandement d'organes d'autres ordres juridiques⁴¹⁶, la norme étrangère ne peut être tenue pour efficace qu'en vertu d'une règle du for, fût-elle d'origine européenne, que l'on peut appeler règle « *de réalisation* »⁴¹⁷. Le plus souvent, cette règle de réalisation consistera en une règle de conflit de lois (ou la règle support du mécanisme des lois de police) ou, en présence d'une décision, d'une règle de conflit de juridictions⁴¹⁸. Ainsi, par exemple, lorsque le juge français applique la loi mexicaine choisie par les parties à un contrat passé après le 17 décembre 2009, c'est l'article 3 du règlement Rome I qui confère son efficacité à cette dernière.

Ce schéma de base, présidant à l'application d'une règle ou à la reconnaissance d'une décision étrangères, peut cependant se trouver modifié en présence d'une prise en considération.

b) Prise en considération d'une norme étrangère

96. Définition. – Il y a prise en considération d'une norme étrangère à l'occasion de l'application d'une autre règle, lorsque la vérification des conditions auxquelles la seconde attache son effet juridique implique la consultation de la première⁴¹⁹.

⁴¹⁵ *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, loc. cit. : « On utilisera, de manière générale, le vocable « efficacité » pour désigner la qualité d'une norme [...] dont il est admis qu'elle doit fournir la base du raisonnement permettant de résoudre une question de droit donné » ; *idem*, « Les effets des jugements étrangers », in Étienne Pataut, Sylvain Bollée, Loïc Cadet et Emmanuel Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS, p. 157-169, spéc. p. 161 : « Il serait d'ailleurs tout à fait juste de recourir au même concept 'd'efficacité', que la norme sur laquelle on raisonne soit une décision ou bien une règle de droit ».

⁴¹⁶ Sur ce principe, v. François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.*, n° 54 ; Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *GA*, *op. cit.*, n° 2-3 ; Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, n° 31.

⁴¹⁷ Ou encore « *règle instrumentale* », selon une terminologie empruntée à Pierre MAYER, qui oppose ces dernières aux règles « *substantielles* » : v. « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 29 et 45 ; *idem*, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, n°s 13 et 26.

⁴¹⁸ Ou, en droit commun, d'un jugement d'*exequatur*. Sur ce point, v. Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, n° 269 ; *idem*, « Les effets des jugements étrangers », *op. cit.*, p. 161.

⁴¹⁹ Sur la prise, en considération, v. particulièrement, Patrick KINSCH, *Le fait du prince étranger*, préf. Jean-Marc Bischoff, LGDJ, 1994, n° 242 et s. ; Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n°s 129-140, p. 175-193 ; n. 350 et 351, p. 181-185, n. 1346, p. 651-653 ; Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Bernard Audit, LGDJ, 2008 ; Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 436-1 ; Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 139 ; Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, Lextenso, 2013, n°s 243 et s. ; Dominique HOLLEAUX, Jacques FOYER et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, Masson, 1987, n° 315 et s.

Ainsi définie, la prise en considération se caractérise par le mode d'intervention de la norme étrangère dans le raisonnement juridique, à savoir ce « *phénomène d'imbrication*⁴²⁰ », d'« *emboitement*⁴²¹ » qui greffe au raisonnement principal tout ou partie d'un raisonnement autrement autonome.

Cette caractéristique affecte la matière d'une grande casuistique : tout dépend de la règle qui appelle la prise en considération, ou règle considérante, et de la fonction qu'elle imprime à la norme prise en considération, ou norme considérée. La teneur de la règle considérante a ainsi une incidence directe sur la valeur normative ou non reconnue à la norme considérée, mais également, et avec plus de subtilité, sur le jeu de l'exception d'ordre public.

Aussi est-il expédient de brosser d'abord un tableau des types de prises en considération d'une norme étrangère (i) pour s'interroger ensuite les cas dans lesquels l'exception d'ordre public est susceptible de s'opposer à l'opération (ii).

i) *Typologie*

97. Tel que nous l'avons défini, le phénomène de la prise en considération trouve son origine dans la circonstance que la règle appliquée à titre principal « *intègre* », selon l'expression de M. MAYER⁴²², dans son présupposé la norme prise en considération. On peut alors distinguer selon que cette référence à la norme étrangère est explicite ou implicite. Dans le premier cas, on parlera de prise en considération décidée, dans le second, de prise en considération impliquée par les termes de la règle appliquée à titre principal.

98. La prise en considération peut d'abord être *expressément décidée*. C'est le cas, par exemple, dans le cadre de certaines règles de conflit dites « *à coloration matérielle* », qui, afin d'atteindre un résultat substantiel déterminé par le législateur, imposent la consultation de plusieurs lois, désignées par des rattachements alternatifs ou cumulatifs. Le procédé ne relève alors pas tant de la détermination de la loi applicable⁴²³, qui serait seule appelée à donner sa solution au litige, que de la détermination de cette solution elle-même par la prise en considération orientée des lois désignées. On peut citer l'art. 1^{er} de la Convention de La Haye du 5 octobre 1961 qui impose de tenir la validité formelle du testament pour acquise, si

⁴²⁰ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 676.

⁴²¹ Louis D'AVOUT, note sous Cass. soc., 24 fév. 2004, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 62.

⁴²² V. la définition, très souvent citée, donnée dans la 4^e éd. de son manuel : *Droit international privé*, Montchrestien, 1991, n° 140.

⁴²³ Au point d'ailleurs que leur qualification de règle de conflit, par opposition à celle de règle substantielle, est discutée.

cette dernière peut être établie au regard de l'une ou plusieurs des lois désignées par pas moins de huit rattachements.

A côté de cet exemple de droit privé, la prise en considération du droit public étranger est parfois décidée pour rendre compte de l'emprise de ce dernier sur la situation⁴²⁴, quoiqu'on refuse de l'appliquer à titre principal⁴²⁵. En droit pénal international, c'est l'exemple classique de la double incrimination. Ainsi, si l'article 113-6 al. 2 du code pénal soumet les délits commis à l'étranger par des Français à la loi française, c'est à la condition, toutefois, que ces faits soient également punis « *par la législation du pays où ils ont été commis* »⁴²⁶. Comme en droit privé, la prise en considération ménage ici un compromis entre l'ignorance pure et simple de la règle considérée et la promotion des conceptions du for.

99. Sans être expressément décidée, la prise en considération peut encore être *impliquée par les termes* de la règle considérante. L'implicite étant cependant susceptible de gradation, cette hypothèse se dédouble.

La prise en considération est *directement impliquée* par les termes de la règle considérante, lorsque la condition à laquelle cette dernière attache son effet vise, non pas un concept susceptible d'être immédiatement concrétisé dans la réalité matérielle, mais un *être ou une qualité juridique*⁴²⁷, dont l'existence ne peut être établie qu'en vertu d'un système juridique à déterminer⁴²⁸. Le cas échéant, la référence au droit étranger s'impose ici comme une nécessité

⁴²⁴ Sur ce souci de réalisme, v. par exemple Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ, Lextenso, 2014, n^o 144.

⁴²⁵ Sur ce refus et le palliatif que constitue à ce titre la prise en considération, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n^{os} 111 et 112 ; Horatia MUIR WATT, compte rendu de la thèse précitée de Mme FOHRER-DEDEURWAERDER, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 197. La circonstance, cependant, que l'on attache à la norme étrangère prise en considération d'autres effets que ceux qui lui sont donnés dans son ordre d'origine n'oblige pas par principe à nier que c'est bien en tant que norme que cette dernière est prise en considération (*contra* : Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n^o 436-1 ; Horatia MUIR WATT, compte rendu préc., spéc. p. 201). Au contraire, nous inclinons à penser que « prise en considération » et « disposition à tenir la norme étrangère comme étant du droit » se situent à des niveaux d'analyse distincts, la prise en considération, avec l'emboîtement caractéristique de cette opération, ne venant que préciser les modalités de l'efficacité juridique accordée (*comp.* Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n^o 677, qui démontre, au sujet des règles, qu'application et prise en considération « *ne sont pas du même ressort* »).

⁴²⁶ En droit comparé, v. encore l'exemple, cité par Mme FOHRER-DEDEURWAERDER (*op. cit.*, n^o 613), de l'art. 41 du code pénal suisse, qui prévoit la prise en considération, sauf contrariété à l'ordre public, des décisions de condamnation étrangères aux fins de refuser au délinquant le bénéfice du sursis.

⁴²⁷ *Comp.* Pierre MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*, n^o 60, où l'auteur distingue entre les présumés « *exprimés en termes de fait* », en prenant exemple de la « *mort naturelle* » visée à l'ancien article 718 c. civ., et ceux qui font référence à un « *concept juridique* », comme les « *dons et legs* » de l'article 849 c. civ. Certes, à l'un comme à l'autre type de conditions ont vocation à correspondre des situations réelles. Néanmoins, l'expression « *mort* » appartient au langage courant et elle a « *une incidence non seulement dans le domaine du Sollen (par ses conséquences juridiques) mais aussi, et indépendamment, dans celui du Sein* ». Au contraire, « *les termes 'dons' et 'legs' sont les dénominations originales attribuées par la science du droit à la réunion de plusieurs faits-types, en vue de leur faire produire une série d'effets juridiques sans lesquels ils n'auraient aucune incidence sur la réalité* ». Autrement dit les concepts juridiques n'existent en tant que tels que dans cette réalité particulière, superposée à la réalité dite « *matérielle* » qu'est le droit.

⁴²⁸ Sur cette idée dans les rapports entre droit supra-étatique et droit étatique, v., à propos des règles internationales visant une « *qualités interne* », Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, préf. Jean Combacau,

logique⁴²⁹. Dans cette perspective, ce que la doctrine internationaliste analyse en termes de « *substitution* »⁴³⁰, constitue une variété de prise en considération⁴³¹. Un autre exemple de prise en considération de ce type nous est fourni dans l'hypothèse où la loi applicable au contrat prévoit la nullité de celui-ci en cas de « *contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs* »⁴³²⁴³³.

100. Enfin, dans une perspective légèrement différente, la prise en considération s'imposera logiquement toutes les fois que la condition à laquelle la règle attache son effet, quoique non formulée par référence à un « *être juridique* », se trouvera de fait réalisée par ce biais. L'exemple type est l'hypothèse dite du « *fait du Prince étranger* » où, la *lex contractus* prévoyant l'exonération du débiteur en cas de « *force majeure* », celui-ci cherche à établir qu'il a été empêché d'exécuter sous la contrainte d'une loi ou d'un jugement (étranger) dont il était destinataire. Dans ce cas, c'est moins la norme étrangère elle-même qui est considérée que la situation matérielle –l'impossibilité d'exécution- qui en résulte. Il est d'usage de dire

Pédone, 2001, spéc. p. 129 et s. : « *Les qualités ne sont pas des êtres réels. Elles relèvent de la catégorie des produits légaux, et ne peuvent être connues que par référence aux propositions prédicatives de l'ordre juridique dont elles relèvent. Le contentieux international montre, par exemple, que lorsqu'une règle internationale protège les 'biens d'un étranger', ces biens ne sont pas considérés comme des objets physiques et la qualité d'étranger ressortissant de tel Etat n'est pas traitée comme un rattachement sociologique factuel. Il s'agit de représentations produites et 'vraies' dans un ordre juridique déterminé [...] Cette caractéristique de la qualité dont il faut établir l'existence oblige le juge international à vérifier si le droit interne pertinent comporte l'entité fictive même lorsque les réalités susvisées sont clairement perceptibles.* ». V. aussi Karine PARROT, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, préf. Paul Lagarde, Dalloz, 2006, n° 131.

⁴²⁹ Comp. Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, op. cit., n°s 345 et 346, qui suggère que le choix de vérifier la réalisation d'une condition légale, soit directement dans les faits, soit par l'intermédiaire d'un système juridique donné, est une question, non pas de nécessité logique, mais d'opportunité. M. HEUZÉ fait ainsi remarquer qu'un ordre juridique rattachant le statut à la loi personnelle de l'intéressé ou, dans le cadre d'un conflit armé, édictant un régime spécial pour les ressortissants de l'Etat ennemi, pourrait très bien retenir, pour les besoins de l'application de ces règles, une définition matérielle et propre du « *lien d'allégeance* » exigé, éventuellement discordante par rapport à celle que l'Etat en question retient de ses nationaux. C'est parfaitement exact. Cependant, la substitution, des termes mêmes de l'auteur, de la notion (factuelle) de « *lien d'allégeance* » à celle (juridique) de « *nationalité* » est révélatrice des scrupules que l'on peut avoir à tordre le cou à la compréhension usuelle de cette dernière comme une référence à la manière dont l'Etat en question définit (juridiquement) ses nationaux.

⁴³⁰ Selon l'analyse classique, un problème de substitution se pose dès lors que les lois régissant respectivement la constitution et les effets d'une situation juridique ne sont pas les mêmes et connaissent des institutions hétérogènes, si bien qu'il y aura lieu de se prononcer sur l'équivalence des institutions de part et d'autre (v. Dominique et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, op. cit., n° 477). L'exemple classique est celui de la validité du mariage polygamique à établir aux fins d'appliquer la loi successorale française attribuant la qualité de successible au « conjoint survivant » (ex. tiré de Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, *Beneddouche* : *GA*, n° 61). Plus en détail sur la substitution, v. *infra* n° 230.

⁴³¹ En ce sens, v. Didier BODEN *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Th. Paris I, 2002, n. 351 et 364 ; Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Bernard Audit, Paris : LGDJ, 2008, n° 627.

⁴³² Tel est le cas du droit français, sous couvert d'illicéité de l'objet (art. 1128 c. civ.) ou de la cause (art. 1131 et 1133 c. civ.). Tel est le cas, encore, du droit allemand (v. § 138 al. 1 BGB : « *Ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstößt, ist nichtig* [l'acte juridique qui heurterait les bonnes mœurs est nul] »). Sur la distinction entre « *ordre public* » et « *bonnes mœurs* », v. *infra* n°s 260 et s.

⁴³³ On peut multiplier les exemples. Ainsi, si l'on accepte l'idée selon laquelle la notion de faute au sens de l'art. 1382 c. civ. implique la transgression d'une règle de droit, alors on doit considérer que cette qualification est susceptible d'appeler la prise en considération de règles étrangères, écrites (incriminations pénales, prescriptions administratives) ou non écrites (ce que le juge estime imposé par une prudence et une diligence normales). En droit pénal, le délit de bigamie (art. 433-20 c. pén.) implique de constater la validité des deux mariages, hors pour le second, l'éventuelle nullité dont il est affecté en raison de son caractère bigamique au regard de la loi applicable.

que la norme est prise en considération « *en tant que fait* », de la même manière que le serait une tempête aux mêmes fins⁴³⁴.

ii) Possibilité d'opposer l'exception d'ordre public

101. La possibilité d'opposer l'exception d'ordre public à la prise en considération d'une norme externe se ressent du phénomène d'emboîtement qui la caractérise. En effet, si l'on peut considérer cette possibilité comme étant le principe⁴³⁵, certaines prises en considération sont cependant *insusceptibles de donner lieu à un contrôle à l'aune de l'ordre public du for*, pour la simple et bonne raison que, la règle considérante opérant comme un filtre, l'éventualité que l'effet concrètement sollicité porte atteinte aux valeurs du for est rationnellement inconcevable⁴³⁶. L'hypothèse se dédouble : tantôt, le jeu de l'exception d'ordre public sera exclu comme *superflu*, tantôt comme *non pertinent*⁴³⁷.

102. La mise en œuvre de l'exception d'ordre public est superflue lorsque la prise en considération, ordonnée ou impliquée par une règle du for⁴³⁸, a précisément pour fonction de contribuer à la réalisation des valeurs du for. Dans cette configuration, toute contrariété est exclue. C'est le cas lorsque la prise en considération manifeste un rejet de la politique législative étrangère, comme dans l'exemple sus-cité de l'incrimination de la bigamie⁴³⁹, ou, au contraire, qu'elle n'atteint son perfectionnement qu'en cas de convergence entre la politique législative étrangère et celle du for, comme dans les exemples de la règle de conflit

⁴³⁴ On peut, là aussi, multiplier les exemples. Ainsi, compte tenu de la nature non-exclusivement juridique de la condition visée, c'est encore une prise en considération d'une norme étrangère « *en tant que fait* », qu'est susceptible d'appeler une règle qui, à l'instar de celle du droit français de la responsabilité délictuelle, admet l'indemnisation de la victime par ricochet sans exiger de lien de droit avec la victime directe, l'existence d'un tel lien pouvant néanmoins participer de la preuve de la réalité du préjudice. C'est encore le second mariage d'un homme de statut polygamique qui peut étayer le prononcé d'un divorce pour faute, tel que le prévoit l'art. 242 c. civ. ; sur cet exemple, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.* n. 1428, p. 704-709.

⁴³⁵ Pour la démonstration, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.* n° 135, p. 181-185 ; Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, *op. cit.*, p. 403 et s. ; Benjamin REMY, *op. cit.* p. 351-357.

⁴³⁶ *Comp.* Didier BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.* spéc. nos 388, 626-634), dont le critère d'intervention de l'exception ordre public procède d'une idée similaire, liée à la fonction qu'assigne la règle considérante à la règle considérée. M. Didier BODEN distingue en effet selon que la prise en considération est « *hostile* », « *amicale* », ou « *ni hostile et ni amicale* » (entendez : vis-à-vis de la politique législative étrangère), l'exception d'ordre public n'étant susceptible de jouer que dans le cas d'une prise en considération « *amicale* ».

⁴³⁷ Il existe, en doctrine, un troisième argument en faveur de l'exclusion du jeu de l'exception d'ordre public en présence d'une prise en considération, tenant à l'idée que, lorsque cette dernière est ordonnée par *lex fori*, c'est l'application du *droit interne* qui serait empêchée. Cet argument sera examiné *infra* n° 126.

⁴³⁸ C'est le cas en présence d'une *prise en considération expresse* (v. *supra* n° 98) et dans le cas d'une *prise en considération logiquement impliquée par l'application d'une règle de droit public* (v. *supra* n° 99).

⁴³⁹ V. *supra* n. 433.

favorisant la validité du testament et, en droit pénal international, le principe de double-incrimination⁴⁴⁰.

103. Plus qu'inutile, la mise en œuvre de l'exception d'ordre public est dénuée de pertinence dans l'hypothèse où, indépendamment du point de savoir si la loi appliquée est celle du for ou non, celle-ci considère la norme étrangère, non pas en tant qu'elle est norme, mais en tant qu'elle « *cause d'un certain état de fait* »⁴⁴¹. Dans ce cas, s'interroger sur sa compatibilité avec les valeurs du for n'a pas plus de sens que de se demander, pour reprendre cet exemple⁴⁴², si une tempête est contraire à l'ordre public du for. C'est ainsi que l'on peut s'expliquer le refus de la Cour de cassation de tenir pour constitutive d'une atteinte à l'ordre public la prise en considération par l'arbitre d'une décision administrative pourtant contraire principe de libre circulation, en vue d'exonérer, dans le cadre d'une vente internationale de céréales, le débiteur défaillant de toute responsabilité⁴⁴³. La contrariété de ce « *fait du prince* », en l'occurrence le retrait par l'ONIC de l'agrément de collecteur-exportateur de l'acheteur belge, sur lequel le vendeur français s'était fondé pour refuser de livrer la marchandise promise, était pourtant avérée. Suite à une plainte introduite auprès de la Commission par le vendeur lui-même, celle-ci avait pris un avis motivé enjoignant à la République française de modifier les dispositions du code rural en application desquelles la décision était intervenue, avis auquel le législateur s'était conformé avant qu'une action en manquement ne soit introduite devant la Cour de justice. Néanmoins, la question de la conformité de la décision litigieuse aux regards des principes du droit de l'Union, intégrés, pour les besoins du contrôle de la sentence, à l'ordre public du for, n'était pas, ainsi que le souligne Pierre MAYER « *pertinente* »⁴⁴⁴. Seul importait que, au regard du droit applicable, cette décision ait placé le débiteur dans l'impossibilité d'exécuter son obligation⁴⁴⁵.

⁴⁴⁰ V. *supra* n° 98.

⁴⁴¹ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, p. 315-322. En ce cas, il reste néanmoins concevable d'opposer l'exception d'ordre public à l'application de la *lex causae* étrangère ordonnant la prise en considération, en tant que cette application conduirait à un résultat contraire aux valeurs du for.

⁴⁴² V. *supra* n° 100.

⁴⁴³ Cass., 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Sté Smeg c. Sté La Poupardine* n° 10-16.680 : *Rev. arb.* 2012, p. 76-85, note Pierre Mayer.

⁴⁴⁴ Note préc., p. 83.

⁴⁴⁵ *Comp.*, CJCE 5^e ch., 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, Rec. p. I-3193, qui apprécie la compatibilité de la réglementation autrichienne relative à l'immatriculation des véhicules automobiles rendant l'exécution d'un contrat transfrontalier de leasing impossible avec la libre prestation de services.

Ces précisions étant faites sur la prise en considération, il reste à voir dans quelle mesure l'exception d'ordre public opposée à la reconnaissance d'une situation neutralise, elle aussi, un effet normatif.

c) Reconnaissance d'une situation cristallisée à l'étranger

104. Définition. – Adopter la méthode de la reconnaissance des situations⁴⁴⁶ pour la résolution d'une question de droit posée à l'occasion d'une relation privée internationale consisterait, notamment sous l'influence du droit de l'Union, à abandonner la méthode conflictuelle à laquelle le droit positif soumettait jusqu'alors le traitement de cette dernière pour lui appliquer la méthode traditionnellement réservée aux questions ayant fait l'objet d'une décision à l'étranger⁴⁴⁷.

À ce titre, le juge, ou plus largement l'agent de la réalisation du droit, n'aurait plus à appliquer la loi désignée par la règle de conflit du for, mais à s'aligner purement et

⁴⁴⁶ Pour des références en français, v. Roberto BARATTA, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2010, t. 348, p. 253-499 ; Sylvain BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307-355 ; Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, spéc. nos 569-582 ; Paul LAGARDE, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RebelsZ* 2004, p. 204-243 ; Paul LAGARDE, « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481-501 ; Paul LAGARDE (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013*, Pédone, 2013 ; Paul LAGARDE, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014 », *RCADI* 2014, t. 371, p. 9-42 ; Pierre MAYER, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547-573 ; Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé. Cours général de droit international privé », *RCADI* 2007, t. 327 ; Gerald GOLDSTEIN et Horatia MUIR WATT, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI* 2010, doct. 12, p. 1085-1125 ; Charalambos PAMBOUKIS, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513-560 ; Etienne PATAUT, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, p. 71-97 ; Gian Paolo ROMANO, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457-519.

⁴⁴⁷ La part prise par le principe de libre circulation des personnes dans l'émergence de la méthode de la reconnaissance est souvent relevée. Et, en effet, l'interdiction des entraves disproportionnées à la libre circulation des citoyens peut impliquer la reconnaissance du nom patronymique attribué dans un autre Etat membre : CJCE, 2 oct. 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613 ; CJCE gde ch., 14 oct. 2008, *Grunkin & Paul*, C-353/06 ; CJUE 2^e ch., 22 déc. 2009, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09. De même, le droit au libre établissement implique la reconnaissance de la société légalement créée dans un autre Etat membre : CJCE, 5 nov. 2003, *Überseering*, C-208/00, Rec. p. I-9919. Il nous paraît cependant important de préciser, que, à la différence des *actes de droit dérivé* adoptés sur le fondement de l'article 81 TFUE, l'élaboration d'une nouvelle méthode de droit international privé n'est pas l'*objet* des décisions de la Cour de la justice rendues sur le fondement du *droit primaire*, mais seulement un *effet* de celles-ci. On fera d'ailleurs observer, s'agissant de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein*, que les « *sérieux inconvénients* » relevés par la Cour pour caractériser l'entrave à la libre circulation tenaient moins à une divergence de noms dans l'espace qu'à la circonstance que la requérante avait porté le nom attribué en Allemagne et initialement reconnu en Autriche pendant quinze ans avant que l'autorité autrichienne de l'état civil ne se ravise. A ce titre, le problème relevait davantage de la protection (ou non) de la confiance légitime suite au retrait d'un acte administratif illégal que d'un problème de droit international privé. La précision, qui pourrait sembler oiseuse, nous paraît toutefois importante, dans la mesure où le fait d'imputer à la Cour des partis pris méthodologiques délibérés ou, à l'inverse, de dénoncer son ignorance des problématiques propres au droit international privé, renforce la croyance dans une irréductible spécificité du droit de l'Union, qui, outre qu'elle n'est pas épistémologiquement fondée (v. *supra* nos 47-51), ni même nécessairement avérée, est dangereuse, en tant qu'elle contribue à entretenir l'atmosphère de crispation qui entoure les débats sur l'incidence du droit de l'Union sur le droit des Etats membres et finit, se faisant, par revêtir un caractère auto-réalisateur. Les débats doctrinaux sur la « *méthode de la reconnaissance des situations* » ressemblent de ce point de vue à s'y méprendre au discours relatif à l'« *ordre public de l'Union* ».

simplement, sous réserve que certaines conditions soient remplies, sur le point de vue normatif d'un ordre juridique étranger dit « *de référence* » ou « *d'origine* ».

La condition tenant à la conformité de la reconnaissance avec l'ordre public du for étant, dans son principe, parmi les aspects les moins discutés de cette méthode⁴⁴⁸, qui l'est pourtant âprement, on se bornera ici à mettre en exergue le caractère normatif de l'objet « reconnu », ce qui conduira s'interroger sur le domaine de la méthode (i) et sur son articulation avec les notions traditionnelles d'application et de reconnaissance (ii).

i) *Domaine de la méthode*

105. Appliquer le programme de la reconnaissance des situations suppose d'identifier un ordre juridique auquel on puisse imputer un « *point de vue concret* » quant à l'efficacité de la situation juridique en cause⁴⁴⁹. Il faut que cette dernière présente une certaine « *consistance*⁴⁵⁰ ». A la suite du Professe MAYER, la doctrine parle de « *crystallisation*⁴⁵¹ », laquelle s'opèrerait essentiellement selon deux modalités.

106. Le premier mode de cristallisation, le mieux admis, résulte de l'intervention d'une autorité publique pour la constitution⁴⁵² ou pour le renforcement des effets de la situation juridique (opposabilité, force probante, force exécutoire).

107. Par analogie avec la théorie de la possession d'état, M. MAYER admet également qu'il puisse y avoir cristallisation, « *lorsque les parties vivent un certain temps dans un pays et y sont traitées d'une certaine manière*⁴⁵³ », par exemple, y portent un certain nom ou y

⁴⁴⁸ Le principe admis, on s'interroge néanmoins sur les modalités de l'intervention de l'ordre public dans le cadre de la méthode de la reconnaissance, en particulier sur le point de savoir si l'ordre public ne devrait pas jouer, dans ce cas, dans son « *effet atténué* » (sur lequel, v. *infra* n^{os} 151-153). Il y a là une manifestation de la faveur à l'efficacité qui irrigue la méthode de la reconnaissance en général : v. Sylvain BOLLEE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307, spéc. p. 342-343. Plus généralement sur ce sujet, v. Thierry VIGNAL, « Ordre public et reconnaissance », in *Mélange Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 527-548.

⁴⁴⁹ Sur la distinction entre point de vue normatif « *abstrait* » et point de vue « *concret* », v. Pierre MAYER, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques étatiques en droit privé », *op. cit.*, p. 26 : le point de vue « *abstrait* » est celui qui est contenu dans les règles ; le point de vue « *concret* » est formalisé, par excellence, dans les décisions, mais il peut également être « *simplement virtuel* », il renvoie alors à la position que l'ordre juridique adopterait à propos d'une situation déterminée, si celle-ci était soumise à son pouvoir de décision.

⁴⁵⁰ Pour reprendre l'expression des Professeurs BUREAU et MUIR WATT : *Droit international privé, op. cit.*, n^o 579, p. 684.

⁴⁵¹ Pour Pierre MAYER (*ibidem.*, p. 346), le point de vue concret « *crystallisé* » ressort de la méthode de la « *reconnaissance des situation* » constitue un « *état intermédiaire* » entre la cristallisation « *franche* » qui résulterait d'une décision et le point de vue concret simplement virtuel, c'est-à-dire celui que tout un chacun pourrait émettre quant à la décision des juridictions d'un ordre juridique si elles étaient saisies au fond du litige.

⁴⁵² Ainsi, en droit français et généralement en droit comparé, l'immatriculation de la société ou la célébration du mariage.

⁴⁵³ *Ibidem*, p. 348.

possèdent l'état d'époux⁴⁵⁴. L'idée invite à se référer, pour établir le point de vue concret à prendre en compte, aux relations avec l'administration *via* des « papiers » qui ne seraient pas qualifiables d'actes publics et, plus largement, aux relations avec les tiers⁴⁵⁵.

ii) *Articulation avec les notions d'application et de reconnaissance*

108. En l'absence de décision au sens strict⁴⁵⁶, ce n'est pas l'acte public, s'il en est un, qui est reconnu mais la situation juridique qu'il contribue à créer, par conjonction avec les règles de droit applicables aux yeux de l'ordre juridique d'origine.

Il ne faut pas s'y méprendre : l'objet de la reconnaissance n'est pas la situation factuelle elle-même, mais bien la situation *juridique*. Plus exactement, la reconnaissance consiste à relayer la force obligatoire des règles de droit applicables à cette situation aux yeux de l'ordre juridique d'origine. Il ne pourrait en aller autrement que si l'on concevait la méthode comme une projection dans l'ordre international de la théorie de la possession, en ce sens que la situation se verrait directement attacher un effet juridique par une règle matérielle de droit international privé du for⁴⁵⁷.

109. Dans ces conditions, la méthode de la reconnaissance des situations se présente moins comme une méthode radicalement nouvelle que comme une méthode de résolution du conflit de lois concurrente de la méthode conflictuelle et qui s'en distingue à deux points de vue :

⁴⁵⁴ V. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n° 581, 4°. M. MAYER (*loc. cit.*) prend quant à lui le célèbre exemple de l'arrêt *Schwebel v. Ungarn* (RCDIP 1965, p. 321) rendu, en matière de divorce, par la Cour d'appel de l'Ontario.

⁴⁵⁵ *Comp. Sayn-Wittgenstein*, préc., pt. 63 : où, pour caractériser l'entrave qui résulte de la non-reconnaissance du nom patronymique attribué dans un autre Etat membre, la Cour se réfère aux relations nouées avec les organismes de sécurité sociale et aux contrats conclus avec d'autres personnes privées.

⁴⁵⁶ On peut définir la décision comme l'affirmation consécutive à une opération d'application et pourvue d'autorité d'un nouvel état de droit, de telle sorte que la source de la situation juridique se trouve, non plus dans la règle abstraite, mais dans la norme concrète (v. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *op. cit.*, n° 489 ; v. aussi le critère de l'« effet décisionnel » proposé par M. Pierre CALLÉ : *L'acte public en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004, spéc. p. 223-230). En réalité, M. MAYER reconnaît aux actes publics un effet décisionnel « relatif », produit en conjonction avec la *lex auctoris* qui en précise les effets, et qui, à ce titre et dans cette mesure, est justiciable de la méthode de la reconnaissance des décisions (*La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, *op. cit.*, spéc. nos 26, 87, 188 s. ; *idem*, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », *op. cit.*, spéc. nos 14-16). Dans l'hypothèse de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations, cette efficacité de l'acte est absorbée dans la reconnaissance plus globale de la situation telle que consacrée par le droit de l'Etat d'origine (*ibid.*, n. 20, p. 556 et p. 562).

⁴⁵⁷ Tendanciellement, c'est ce que propose M. PAMBOUKIS (« La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *op. cit.*), sous couvert d'une conception du droit comme « phénomène social » (*ibid.*, n. 113) et dans le souci de respecter l'« effectivité » des situations (*ibid.*, n° 20).

quant au mode de désignation de l'ordre juridique « *compétent*⁴⁵⁸ », d'abord et quant à la portée de la référence à ce dernier, ensuite.

Concernant le premier de ces aspects, l'ordre juridique qui fournira la réponse à la question de droit posée n'est pas désigné, comme dans la méthode conflictuelle, par un critère de rattachement prédéterminé, mais par la possibilité d'identifier une situation juridique « *crystallisée* ».

Concernant le second aspect, la réponse à la question de droit ne sera pas déduite de la règle matérielle pertinente de l'ordre juridique désigné, mais du point de vue concret et global de l'ordre juridique d'origine, en tenant compte, singulièrement, du jeu de ses règles de conflit⁴⁵⁹ ou de procédure⁴⁶⁰.

110. L'ampleur de ces vérifications, la nature de l'opération intellectuelle qu'appellera la réponse à la question de droit privé proprement dite, est cependant fonction de la conception, plus ou moins libérale, que l'on se fait de la méthode de la reconnaissance.

Dans une conception stricte, la validité de la situation juridique sera vérifiée, en appliquant les règles pertinentes aux yeux de l'ordre juridique d'origine. Autrement dit, dans une telle conception, reconnaître une situation c'est, en réalité, bel et bien appliquer des règles⁴⁶¹ ; simplement, à la différence du raisonnement traditionnel, ces règles ne sont pas désignées par le droit international privé du for, mais par celui de l'État d'origine.

Dans une conception plus libérale, on s'en tiendra au point de vue concret identifié. On peut alors parler de reconnaissance en ce sens que l'opération intellectuelle menée par l'agent de la réalisation consiste en un décalque similaire à celui auquel il est procédé en présence d'une

⁴⁵⁸ Pour reprendre la terminologie de Paolo PICONE : « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 1987, vol. 197, p. 229-420.

⁴⁵⁹ Au demeurant, la méthode conflictuelle connaît de ce point de vue un infléchissement avec la figure du renvoi.

⁴⁶⁰ Sur ce point, v. Sylvain BOLLÉE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, n° 35 : « [L']attitude concrète de l'ordre juridique étranger doit [...] être minutieusement scrutée : ainsi, la violation des conditions de forme auxquelles était soumis l'enregistrement d'une société ou d'un partenariat à l'étranger ne devrait pas porter à conséquence en France, s'il apparaît que l'ordre juridique étranger ne réserve aucun 'droit de critique' contre l'acte et, partant, contre l'état du droit constitué grâce à l'intervention de ses organes (par exemple parce qu'il estime l'irrégularité mineure, ou parce qu'un droit de critique qui existait à l'origine a été éteint par l'écoulement du temps ». C'est ainsi que l'on peut s'expliquer la solution de l'arrêt *Sayn-Wittgenstein* (*op. cit.*) où la Cour a ignoré l'objection selon laquelle le nom patronymique attribué dans un autre Etat membre ne devrait être reconnu que s'il l'a été légalement. Or, en l'espèce il ne l'avait assurément pas été, le juge allemand d'origine ayant déterminé le nom de l'intéressée en application de la loi allemande, alors que sa règle de conflit lui imposait d'appliquer la loi autrichienne de la nationalité, qui conduisait à une solution différente. Pour une (autre) application de cette idée dans la jurisprudence européenne, v. l'arrêt *Mandt*, analysé *infra* n°s 212 et 214-236, où le Tribunal de la fonction public « reconnaît » un mariage, pourtant virtuellement nul comme bigamique au regard de l'ordre juridique allemand désigné comme « *compétent* », mais concrètement tenu pour efficace par les autorités allemandes.

⁴⁶¹ En ce sens, v. Sylvain BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *op. cit.*, n° 13 ; Gerald GOLDSTEIN et Horatia MUIR WATT, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *op. cit.*, spéc. n° 54.

décision. Il ne faut toutefois pas s'y tromper : en l'absence d'une telle décision, une telle opération revient en réalité à présumer l'efficacité de la situation⁴⁶².

d) Octroi de la force exécutoire

111. L'exception d'ordre public peut faire échec à l'octroi de la force exécutoire à un jugement ou à un acte public non-décisionnel, tel un acte authentique ou une transaction⁴⁶³. Après avoir défini ce en quoi consiste l'octroi de la force exécutoire à l'égard d'un jugement (i), on s'interrogera sur ce en quoi peut bien résider cette opération vis-à-vis d'un simple instrument public (ii).

i) A un jugement

112. La doctrine processualiste a mis en exergue que la force exécutoire s'appuie et prend le relais de la force obligatoire du jugement⁴⁶⁴ : si la partie condamnée à l'exécution d'une prestation ne se conforme pas spontanément à l'ordre contenu dans la décision, la force exécutoire qui est attribuée par la loi⁴⁶⁵ permettra au créancier d'obtenir le concours de la force publique.

113. Développée dans l'ordre interne, l'analyse vaut également dans l'ordre international, à cette différence que, s'agissant de l'accueil d'une norme étrangère, l'attribution tant de la force obligatoire –on parle alors de « *reconnaissance* »– que de la force exécutoire est l'effet d'une norme de réalisation du for⁴⁶⁶, règle de reconnaissance ou jugement *d'exequatur*⁴⁶⁷.

Assez intuitif lorsqu'il s'agit d'un jugement, ce caractère subordonné de la force exécutoire pose problème dès lors qu'est en cause un acte public dépourvu d'effet décisionnel.

⁴⁶² Au maximum du libéralisme, on peut même estimer que la validité de celle-ci ne pourrait être mise en cause que dans l'Etat d'origine.

⁴⁶³ Sur le critère de l'effet décisionnel v. *supra* n. 456.

⁴⁶⁴ En ce sens, v. Corinne BLÉRY, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, dir. Jacques HÉRON, préf. Pierre MAYER, LGDJ, 2000, qui affirme que « le refus d'exécuter, de se plier à la norme concrète qui régit spécialement [la] situation ne trouve pas sa sanction dans le caractère obligatoire du jugement. Au contraire, face au refus d'exécuter spontanément le jugement, face à l'inertie volontaire ou causée par l'impécuniosité du destinataire, c'est la force exécutoire qui va prendre le relais [...] elle vient renforcer l'efficacité substantielle, considérée dans son aspect normatif » (n° 261). Plus loin, l'auteur évoque encore « les liens directs entre l'aspect normatif de l'effet du jugement et la force exécutoire » (n° 268).

⁴⁶⁵ Sur le caractère d'attribut de la force exécutoire, v. Corinne BLÉRY, *op. cit.*, p. 167 et s. *Adde* : Sylvain BOLLÉE, « Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales », *op. cit.*, n° 262 ; Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, *op. cit.*, n° 241.

⁴⁶⁶ En ce sens, v. Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, n° 268 qui qualifie également d'attribut l'« efficacité » donnée au jugement étranger.

⁴⁶⁷ Sur le débat que suscite la disparition progressive de l'*exequatur* dans l'espace judiciaire européen quant à la nature européenne ou nationale de la force exécutoire attachée aux décisions des autres Etats membres, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 321.

ii) *A un instrument public*

114. Dépourvu en lui-même d'effet décisionnel⁴⁶⁸, et même, selon la doctrine processualiste la plus récente, de caractère juridique⁴⁶⁹, comment un pur *instrumentum* peut-il se voir octroyer la force exécutoire si, comme on vient de le voir, celle-ci s'appuie sur la normativité de l'acte ? *A fortiori*, se demande-t-on comment un acte public non-décisionnel pourrait-il être « reconnu »⁴⁷⁰ ?

115. A la rigueur, seul pourrait l'être le *negotium*, c'est-à-dire l'acte juridique privé dont il est le support.

Sa structure catégorique semble *a priori* l'autoriser⁴⁷¹. Toutefois, la doctrine voit dans l'origine privée de l'acte un obstacle rédhibitoire : insusceptible d'être imputé à un ordre juridique en particulier et, de ce fait privé de caractère normatif⁴⁷², l'acte privé n'est qu'un fait auquel la loi attache ses effets, loi qu'il faut, en présence d'une situation internationale, déterminer par recours à la méthode conflictuelle⁴⁷³. Aussi bien, en droit positif, « *il n'existe pas d'action en reconnaissance d'un contrat passé dans un autre État*⁴⁷⁴ ».

⁴⁶⁸ Sur l'effet décisionnel « relatif » des actes publics, produit en conjonction avec la *lex auctoris*, v. Pierre MAYER, cité *supra* n. 456. Dans une terminologie plus radicale, Pierre CALLÉ parle lui d'« actes publics non décisionnels » v. la thèse préc., p. 232 et s.

⁴⁶⁹ Cf. Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, *op. cit.*, n^{os} 390-391, qui a montré que « *negotium* » et « *instrumentum* », traditionnellement présentés comme deux « aspects » de l'acte juridique, voire, dans le cas d'actes formalistes, de deux aspects « indissociables » de celui-ci, sont deux notions qui, en réalité, ne se situent pas sur le même plan. Seul appartient au monde juridique le *negotium* qui constitue, à lui seul, l'acte juridique, tandis que l'*instrumentum* est une « chose », un « document », de l'ordre de la réalité matérielle.

⁴⁷⁰ Ainsi pourtant qu'en dispose expressément l'article 46 du règlement Bruxelles II *bis* et l'article 48 du règlement *obligations alimentaires*. Sur ce sujet : Bertrand ANCEL et Horatia MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403, spéc. n^o 29. V. aussi Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit.*, n^o 595 ; *idem*, « L'acte authentique établi en France. Validité et exécution en France », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 377-412, spéc. n^o 22), qui voit dans l'emploi de ce terme une erreur de plume. Comp. Etienne PATAUT, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », in Paul Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Pédone, 2013, p. 147-166, qui admet sans ambage l'utilisation du terme dès lors qu'on vise par-là l'extension des effets dits « procéduraux » (authenticité, force probante et, éventuellement, autorité de chose jugée) de l'acte ; quant à la « reconnaissance au fond », c'est rejoindre le débat sur l'adoption de la méthode de la « reconnaissance des situations ».

⁴⁷¹ Sur la structure catégorique du contrat, v. Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 36 et s.

⁴⁷² Si nous convenons très volontiers qu'il n'est pas une norme auto-suffisante et que sa réalisation nécessitera éventuellement le recours à l'ordre juridique étatique, qui trouve-là l'occasion de se le subordonner, il nous semble inutile de dénier à l'acte privé son caractère normatif : il contient un devoir-être, un *Sollen*. En réalité, si l'on veut bien convenir, quoique cela puisse être discuté, que « juridique=étatique » (voire *supra-* ou *infra-étatique*), il nous semble en revanche excessif de réduire, comme on le fait trop souvent « normatif » à « juridique ».

⁴⁷³ Pour la démonstration, v. Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit.*, p. 211-221 ; *adde*, à propos des sentences arbitrales : Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, p. 17 et s.

⁴⁷⁴ Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n^o 470.

116. Si ce n'est ni sur la normativité de *l'instrumentum*, qui n'est pas, ni sur celle du *negotium*, qui n'est pas admise, que s'appuie la force exécutoire octroyée à l'acte authentique ou à la transaction judiciaire, alors il faut considérer que celle-ci relaie l'obligatorité contenue des *règles applicables au negotium*.

117. Techniquement, une telle analyse s'autorise de la présomption de validité dont bénéficie, indépendamment de toute intervention d'une autorité publique, tout acte juridique⁴⁷⁵, qui concrétise virtuellement, si on nous passe ce quasi-oxymore, l'état de droit contenu en puissance dans la règle applicable.

118. Les garanties qu'offre en principe l'intervention de l'autorité publique⁴⁷⁶ rendent concevables, en matière internationale comme en matière interne, le recours à la force publique sans l'autorisation préalable d'un juge⁴⁷⁷. En présence d'un acte étranger, l'intervention du juge de l'*exequatur* aura pour seule fonction de remédier à la « *clôture des ordres juridiques* »⁴⁷⁸.

119. Conclusion intermédiaire. – De la présentation qui vient d'être faite des notions d'application, de reconnaissance, de prise en considération, de reconnaissance des situations et d'octroi de la force exécutoire, il ressort que ces notions ne se situent pas sur le même plan.

- Une première distinction, la distinction souche, oppose les *deux types d'effets* qui sont susceptibles d'être donnés à une norme étrangère, ou, selon une terminologie de portée plus générale, les deux modalités selon lesquelles un ordre juridique peut accorder relevance à une norme externe. La première consiste à *tenir pour avéré l'état de droit* qu'elle contient, au moins en puissance, aux fins de résoudre une question de droit. En présence d'un point de vue normatif concret, typiquement d'une décision, on parle plus spécifiquement de

⁴⁷⁵ Sur cette présomption, v. Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit.*, préc., n° 526 ; *idem*, « L'acte authentique établi en France. Validité et exécution en France » ; *op. cit.*, n° 5 ; Marie GORÉ, « L'acte authentique en droit international privé » , *Trav. Com. fr. DIP* 1998-1999, p. 23-48, spéc. p. 31.

⁴⁷⁶ Sur la qualification de l'acte public admis à *exequatur*, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n°s 605-606 et 612.

⁴⁷⁷ V. Roger PERROT et Philippe THÉRY, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd. Dalloz, 2013, spéc. n° 148 : « Cette force exécutoire [...] est la survivance du temps où, dans l'ancienne France, les notaires étaient appelés à remplir certaines fonctions judiciaires : l'acte notarié apparaissait alors comme une sorte de substitut à la décision de justice. A notre époque, cette explication est évidemment dépassée. Mais elle est relayée par une autre justification, tirée de ce que le notaire est un officier public et ministériel qui offre toute garantie et dont les dires et constatations s'imposent avec la force probante d'un acte authentique ». En matière internationale, v. Marie GORÉ, *op. cit.*, spéc. p. 34 : « La solution rejoint celle du droit interne, où le caractère exécutoire de l'acte authentique est admis sans contrôle judiciaire préalable de la validité au fond. Sans doute, l'intervention de l'autorité procure-t-elle à l'acte plus de chances de régularité, laquelle relève en tout état de cause du juge compétent au fond ».

⁴⁷⁸ Evidemment, on prend toujours le risque, en matière internationale comme en matière interne, d'exécuter un acte nul. Aussi faut-il, dans ce dernier cas, considérer que l'*exequatur* donné à un acte ultérieurement annulé est caduc : en ce sens v. Pierre CALLÉ, *L'acte public en droit international privé*, *op. cit.*, n° 667.

« reconnaissance ». La seconde se situe dans l'ordre opérationnel et consiste, pour les organes de l'ordre juridique en cause, à *prêter main-forte à la réalisation de cet état du droit*.

- Selon la structure abstraite ou concrète du point de vue normatif externe, ***l'opération intellectuelle*** qu'appelle la réponse à la question de droit prendra un tour plus ou moins complexe, allant du simple *décalque* à une opération *d'application*. En tant que telles, ces opérations intellectuelles peuvent avoir pour objet toute proposition rationnelle indépendamment de son caractère normatif.

- La mise en œuvre de la norme externe peut se greffer à un raisonnement principal et autrement autonome : c'est la prise en considération. Désignant ***la structure particulière, « en gigogne »***, ***d'un raisonnement juridique***, la notion de prise en considération a une portée tout à fait générale, au-delà de la question des rapports entre ordres juridiques. On peut parler de prise en considération, au sein d'un ordre juridique, entre branches du droit⁴⁷⁹ : on aura l'occasion de le constater, que les mécanismes d'ordre public axés sur un raisonnement abductif⁴⁸⁰, tels l'exception d'ordre public en droit international privé⁴⁸¹ ou la réserve d'illicéité en droit des actes juridiques⁴⁸² appellent la prise en considération des règles cristallisant les valeurs à l'honneur dans l'ordre juridique en cause.

- La méthode de la reconnaissance consiste essentiellement en **un mode particulier de désignation** de l'ordre juridique apte à fournir la réponse à la question de droit posée qui consiste à donner priorité, parmi les ordres juridiques impliqués, à celui qui a formé à propos de la situation un point de vue normatif concret (décision, acte public, traitement susceptibles d'étayer l'existence d'une possession d'état).

Ne se situant pas sur un même plan, ces différentes notions peuvent être articulées. Par exemple, en étudiant l'ordre public comme limite à l'effet donné au droit étatique dans l'ordre juridique de l'Union, on verra qu'une situation peut être reconnue à l'occasion d'une prise en considération⁴⁸³.

L'étude de ces différentes notions a permis de définir le domaine du contrôle à l'aune de l'ordre public, il convient désormais d'étudier comment s'opère ce contrôle.

⁴⁷⁹ Sur ce point v. Didier BODEN, *op. cit.*, n° 141.

⁴⁸⁰ Sur cette notion, v. *infra* n° 398 et s.

⁴⁸¹ V. *infra* n°s 134 et s.

⁴⁸² V. *infra* n° 259 et s. Plus largement sur la prise en considération de normes à l'occasion de la concrétisation du standard « ordre public », v. *infra* n°s 414 et s.

⁴⁸³ V. *infra* n° 229.

2) Séquence du contrôle

120. La séquence du raisonnement qui préside à la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public international suppose d'identifier précisément les éléments confrontés à l'occasion de ce contrôle (a) et le résultat de cette confrontation (b).

a) Les éléments confrontés

121. Dans une première approximation, les éléments confrontés à l'occasion de la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public pourraient s'énoncer ainsi : il s'agit de la situation litigieuse, ou, plus largement, de la situation concrète à laquelle l'agent du for se trouve confronté⁴⁸⁴, d'une part, et de ce qu'on a coutume d'appeler les « *exigences de l'ordre public* », d'autre part. Néanmoins, la détermination de ce en quoi consiste exactement l'objet confronté aux « *exigences de l'ordre public* », et, plus encore, de ce que recouvrent ces « *exigences* » appellent de plus amples précisions. Aussi, suivant l'exemple du Professeur REMY à qui nous empruntons ces expressions, nous nous attacherons à identifier l'objet (i) et le référent (ii) du contrôle à l'aune de l'ordre public⁴⁸⁵.

i) L'objet du contrôle

122. Division. – L'objet du contrôle est ce que l'organe du for confronte aux « *exigences de l'ordre public du for* ». Il ne s'agit pas, à proprement parler de la norme étrangère⁴⁸⁶, mais, selon le cas, de l'effet de droit substantiel sollicité par les parties (α), ou, lorsque la norme étrangère à laquelle il est accordé relevance est une décision, de la procédure suivie dans l'instance directe (β). Dans tous les cas, l'identification de cet objet⁴⁸⁷ appelle une appréciation *in concreto*, en ce sens que l'effet de droit à attribuer ou la procédure suivie à l'étranger devront être ramenés aux circonstances de l'espèce.

⁴⁸⁴ Car l'agent du contrôle à l'aune de l'ordre public n'est pas nécessairement un juge. Il peut être, plus largement, une autorité publique, par exemple l'autorité administrative qui se prononce sur l'allocation d'une pension de réversion (v. l'hypothèse *Mandt* analysée *infra* n^{os} 212 et 214-236) ou l'officier d'état civil, qui a l'obligation de vérifier la régularité apparente des conditions de fond du mariage en plus du respect des formes internes (sur cette dernière hypothèse, v. Christine BIDAUD-GARON, *L'état civil en droit international privé français*, Th. Lyon III, 2005, n^o 320).

⁴⁸⁵ M. REMY parle plus exactement d' « *objet contrôlé* » et d' « *élément de référence du contrôle* » et applique cette grille de lecture aussi bien à l'exception d'ordre public qu'au mécanisme des lois de police : v. *L'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police*, *op. cit.*, spéc. p. 142 et s. pour l'exposé de ces outils d'analyse et le premier titre de la seconde partie pour leur mise en oeuvre.

⁴⁸⁶ Il est cependant d'usage, et nous y sacrifions à l'occasion par souci de simplicité, de parler de « *contrôle de la norme étrangère à l'aune de l'ordre public du for* ».

⁴⁸⁷ *Comp.* Benjamin REMY qui parle de « *préparation* » de la norme étrangère afin de la soumettre au contrôle (*op. cit.* n^o 618).

a) L'effet de droit substantiel sollicité

123. Définition. – Dans cette première hypothèse, l'objet du contrôle à l'aune de l'ordre public est l'effet de droit que l'agent se propose de consacrer au profit ou au détriment de l'une ou l'autre des parties⁴⁸⁸, considéré à la lumière des circonstances de l'espèce. Pour prendre un exemple tiré des faits de l'arrêt *Baaziz*, lorsque la femme valablement mariée au regard de la loi applicable à un homme de statut polygamique dispute la moitié de la pension de réversion de ce dernier à sa première femme française, l'objet du contrôle à l'aune de l'ordre public s'énonce ainsi : *partage de la pension* (effet de droit substantiel à attribuer éventuellement) *alors que la première épouse est française* (ramené aux circonstances pertinentes de l'espèce)⁴⁸⁹.

124. Division. – La détermination de l'objet contrôlé se ressent toutefois de la structure du raisonnement mis en œuvre par l'agent et de la structure du point de vue normatif étranger. L'emboîtement caractéristique de la prise en considération implique en effet une précision supplémentaire quant à l'identification de l'effet de droit substantiel confronté à l'ordre public du for (I). La mise en œuvre du principe d'appréciation *in concreto* nécessitera ensuite de distinguer selon que le point de vue normatif étranger se présente sous l'état abstrait ou concret (II).

125. I. Incidence de la structure du raisonnement de l'agent.– Lorsque la loi étrangère est, non pas mise en œuvre à titre principal, mais, comme dans l'exemple précédemment tiré de l'arrêt *Baaziz*, prise en considération, la détermination de l'objet du contrôle appelle un traitement particulier, dans la mesure où ce n'est pas son effet juridique propre qu'on attache à la réalisation des conditions prévues par cette dernière, mais celui de la *lex causae*, qui peut être la loi du for ou une loi tierce.

126. Dans l'hypothèse où la loi appliquée à titre principal est celle du for, cette circonstance est de nature à troubler, dans la mesure où elle peut laisser penser que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public s'effectuera au détriment de la loi française, ce qui est théoriquement impossible. C'est la critique qui a été adressée à l'arrêt *Baaziz*, duquel il résulte que le partage de la pension de réversion s'opérant en réduction des droits d'une

⁴⁸⁸ Nous reprenons l'analyse de Didier BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance, op. cit.*, n° 633, p. 710), qui parle d'« *effet concrètement sollicité* », n° 633, p. 710.

⁴⁸⁹ L'exemple est inspiré du second arrêt *Baaziz* : Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 1988 : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71-81, note Yves Lequette.

première épouse française devait être refusé comme contraire à la « *la conception française de l'ordre public international* »⁴⁹⁰. On a reproché à la Cour de cassation d'avoir ainsi refusé effet, non pas à une loi étrangère, mais à une disposition qui pour être d'origine internationale n'en faisait pas moins partie du for, en l'occurrence l'article 29 de la convention franco-algérienne de sécurité sociale du 19 janv. 1965 selon lequel « *en cas d'accident de travail suivi de mort et si, conformément à son statut civil, la victime avait plusieurs épouses, la rente due au conjoint survivant est répartie également et définitivement entre les épouses* »⁴⁹¹.

Cette prétendue éviction du droit français procède cependant d'une illusion d'optique. A cet égard, il convient de mieux distinguer entre l'effet de droit objet du contrôle⁴⁹² et, subséquemment, l'effet ou la relevance refusée au droit étranger⁴⁹³.

L'effet de droit objet du contrôle dans ce type d'hypothèse n'est pas un pur effet de droit français, mais un objet composite : le droit français par articulation à la loi étrangère considérée⁴⁹⁴.

Et ce n'est pas tant l'application de la loi française que l'on refuse, que la relevance que l'on se disposait à accorder au droit étranger. Ce n'est qu'à titre de conséquence logique que ce refus a une incidence sur l'application de la règle du for⁴⁹⁵ : les conditions visées par son présupposé n'étant pas remplies, celle-ci ne peut produire son effet juridique⁴⁹⁶.

⁴⁹⁰ Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 1988, *Baaziz* : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71-81, note Yves Lequette dans lequel la Cour de cassation a décidé que « [la conception française de l'ordre public international] s'oppose à ce que le mariage polygamique contracté à l'étranger par celui qui est encore l'époux d'une Française produise ses effets à l'encontre de celle-ci ». Confirmée encore récemment (v. Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2011 : *Rev. crit. DIP* 2012, p. 339-343, note Paul Lagarde), cette solution pourrait être aujourd'hui abandonnée : Cass. 2^e civ., 12 février 2015, n^o 13-19.751 : « *Mais attendu qu'en l'absence d'annulation du mariage, la cour d'appel a, sans méconnaître la conception française de l'ordre public international, exactement déduit que Mme X... a la qualité de conjoint survivant au sens de l'article L. 353-1 du code de la sécurité sociale.* »

⁴⁹¹ Pour la critique v. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *GA, op. cit.*, n^o 61-7 : « *Même apprécié in concreto, l'ordre public ne pourra jamais entraîner que l'éviction d'une loi étrangère* ». Sur cette question, v. aussi Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance, op. cit.*, n. 351.

⁴⁹² « *Effet* » est pris ici par opposition à « présupposé », au sens de *Rechtsfolge* en allemand.

⁴⁹³ « *Effet* » est pris ici au sens plus large d'« efficacité », *Wirkung* en allemand.

⁴⁹⁴ Evidemment, ce caractère composite est mieux visible lorsque, contrairement à l'affaire *Baaziz*, où c'était une règle matérielle formulée spécialement pour les relations internationales qui commandait la prise en considération, cette dernière est appelée par la mise en œuvre d'une règle interne, dont l'articulation avec l'institution étrangère impliquera d'*adapter* les effets, et donc de créer une règle *ad hoc*, non prévue par le législateur, par exemple le partage de la part allouée au conjoint survivant par la loi successorale française (v. Cass. 1^{re} civ., 3 janv. 1980, *Beneddouché* : *GA*, n^o 61 ; sur cet aspect de l'arrêt : Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n^o 483). En réalité, ce qui est gênant et qui a gêné dans l'affaire *Baaziz*, c'est, outre son caractère discriminatoire, que le juge ait refusé une solution que le législateur avait précisément envisagée et acceptée. Sur ce point, v. *infra* n. 1648.

⁴⁹⁵ V. Benjamin REMY, *op. cit.*, n^o 653.

⁴⁹⁶ V. Estelle FOHRER-DEDEURWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Bernad Audit, LGDJ, 2008, n^o 670.

Cette précision faite quant à l'objet du contrôle en présence d'une prise en considération, il convient maintenant d'envisager les modalités d'application du principe d'appréciation *in concreto*.

127. II. Incidence de la structure du point de vue normatif étranger. – Le principe selon lequel la contrariété à l'ordre public du for s'apprécie *in concreto* signifie que l'effet de droit substantiel à attribuer doit être ramené aux circonstances de l'espèce, selon un mouvement symétriquement (et logiquement) opposé selon que le point de vue normatif étranger se présente sous l'état abstrait ou concret : dans le premier cas, il s'agira pour l'agent de descendre vers les faits, dans le second, il lui faudra y remonter.

128. En présence d'un point de vue normatif abstrait. – En présence d'un point de vue point abstrait, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit d'appliquer une règle, le principe d'appréciation *in concreto* signifie, selon la présentation quasi-redondante mais pédagogique qui en est traditionnellement faite, que ce que l'agent confronte à l'ordre public est, non pas la loi étrangère abstraitement considérée, mais le résultat auquel conduit son application au cas d'espèce⁴⁹⁷. Prenons l'exemple, classique, de la loi nigériane fixant à douze ans l'âge de la nubilité pour les filles⁴⁹⁸ : ce n'est pas parce que cette loi est en elle-même choquante, au regard des conceptions françaises, que l'officier d'état civil refusera de tenir pour valable en application de cette loi le mariage d'une ressortissante nigériane âgée de vingt-cinq ans ; en revanche, il refuserait certainement de célébrer le mariage si l'épousée était effectivement âgée seulement de douze ans.

129. En présence d'un point de vue normatif concret. – En présence d'un point de vue normatif étranger concret, typiquement lorsqu'il s'agit de reconnaître ou d'exécuter une décision, la détection d'une atteinte à l'ordre public exigera de l'agent une opération intellectuelle plus ou moins complexe.

Dans les cas les plus simples et les plus rares, l'atteinte à l'ordre public du for s'évincera du seul énoncé du point de vue concret étranger. Il en irait ainsi, au regard, par exemple, de

⁴⁹⁷ En faveur d'une appréciation *in abstracto*, pour des raisons d'économie procédurale, v. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 205-1.

⁴⁹⁸ Pour l'exemple v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., C. H. Beck, 2004, p. 526.

l'ordre public international français, de la décision qui disposerait *que la personne X est propriétaire de la personne Y*⁴⁹⁹.

Mais, le plus souvent, l'agent de la réalisation devra, pour apprécier sa conformité à l'ordre public du for, mettre le point de vue concret étranger en perspective avec les circonstances de l'espèce⁵⁰⁰. Par exemple, on ne saurait dire, à la seule lecture de son dispositif, que la décision *qui condamne le débiteur à indemniser le préjudice qu'a causé au créancier l'inexécution de leur contrat* est contraire à l'ordre public français. Pour en arriver à une telle conclusion il faut encore se dire que, par exemple, *ce contrat a été passé en violation du droit européen de la concurrence qui se voulait applicable à la situation*⁵⁰¹.

Aussi bien, qu'il s'agisse pour lui d'appliquer une règle abstraite ou de s'aligner sur un point de vue concret, l'organe du for ne peut, le plus souvent, faire l'économie d'une mise en rapport du point normatif étranger avec les circonstances de l'espèce.

Le principe d'appréciation *in concreto* est encore valable lorsque l'objet du contrôle est la procédure selon laquelle la décision étrangère à reconnaître ou à exécuter a été rendue, mais il y revêt une signification différente.

β) La procédure suivie

130. Plan d'analyse. – Sous l'opposition traditionnelle entre « *ordre public procédural*⁵⁰² » et « *ordre public substantiel* »⁵⁰³ est visée, en réalité, non pas une distinction à raison du référent du contrôle – il s'agit toujours des valeurs fondamentales du for, qu'une distinction à raison de l'objet du contrôle : ce que l'on confronte à l'ordre public n'est pas une solution au

⁴⁹⁹ Pour cette hypothèse (d'école ou presque), v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 621.

⁵⁰⁰ Cf. Benjamin REMY, *op. cit.*, qui, à propos de l'effet des jugements, parle de la nécessité, pour le juge du for « *de reconstituer une proposition qui établit un lien entre, d'une part, les éléments de la situation litigieuse et, d'autre part, la décision qui a été rendue* » (n° 621, p. 331) ou encore de « *reconstruire une proposition hypothétique* » (n. 930, p. 319). On verra ultérieurement (*infra* n°s 157 et s.) les conséquences de cette nécessité en termes de limites au contrôle.

⁵⁰¹ C'est ce que Pierre MAYER appelle une atteinte « *intellectuelle* » au droit de la concurrence, susceptible d'être censurée dès lors qu'elle porte atteinte à l'« *effectivité* » de la règle : Pierre MAYER, « Arbitrage et le droit matériel de l'Union », in Pierre Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Lexisnexis, CREDIMI, 2012, p. 87-92, spéc. n° 6 ; *idem*, « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité de la sentence aux lois de police », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477, spéc. n° 22.

⁵⁰² La notion est rattachée, en droit français au grand arrêt *Bachir* (Cass., 1^{re} civ., 4 oct. 1967 : *GA*, n° 46) et, en droit de l'Union, à l'arrêt *Krombach* (*op. cit.*). Faisant le parallèle entre ces deux arrêts, v. Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n° 402.

⁵⁰³ Sur le caractère usuel de cette distinction, y compris en dehors de la littérature française, v. Burkhard HESS, in Burkhard Hess, Thomas Pfeiffer et Peter Schlosser, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States* (dit « *Rapport Heidelberg* »), sept. 2007, JLS/C4/2005/03, spéc. n° 559.

fond, mais la procédure au terme de laquelle une décision a été prise⁵⁰⁴. La relation logique est inverse de ce que suggère l'expression « *ordre public procédural* » : l'élément premier est l'objet du contrôle (la procédure étrangère), lequel implique une spécification du référent du contrôle (les valeurs consacrées en matière procédurale)⁵⁰⁵.

131. Portée du principe d'appréciation *in concreto*. – Dans ce cadre, l'existence d'une atteinte concrète à l'ordre public, résultera, conformément à la thèse selon laquelle la procédure est facteur de légitimité⁵⁰⁶, de ce qu'une décision a été rendue, que tel état de droit a été consacré au terme d'une procédure inéquitable⁵⁰⁷.

Avec la fondamentalisation de la matière⁵⁰⁸, la détection d'une atteinte concrète à l'ordre public se confondra pratiquement avec la vérification d'une restriction interdite au « *droit à un procès équitable*, » tel qu'entendu, au minimum, par l'art. 6-1 CEDH, à laquelle les États membres de l'Union sont tous, par ailleurs, parties⁵⁰⁹.

S'agissant d'apprécier l'existence d'une restriction interdite à un droit fondamental, la méthodologie en termes de « *limites aux limites* » (*Schrankenschraken*) inspirée de la dogmatique allemande fournit des directives très pratiques⁵¹⁰. Schématiquement, il s'agira de s'assurer que la restriction procédurale en cause est justifiée par un objectif d'intérêt général et n'est pas, compte tenu de la procédure considérée dans sa globalité et au vu des circonstances de l'espèce, manifestement disproportionnée⁵¹¹.

⁵⁰⁴ Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n^{os} 266, 270, 273 et 279 ; *adde* : Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, spéc. n^{os} 395 et s., qui optent pour une présentation en termes de conformité du « *contenu* », d'une part, et de l'« *élaboration* », d'autre part, de la décision à l'ordre public.

⁵⁰⁵ Sur le processus de dérivation des valeurs à raison du domaine dans lequel elles interviennent, v. *infra* n^o 392.

⁵⁰⁶ V. l'ouvrage du sociologue allemand Niklas LUHMANN, *Légitimation par la procédure*, trad. fr. par Lukas K. Sosoe et Stéphane Bouchard, Cerf, 2001. Sur cette thèse v. Jonas KNETSCH, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, préfaces d'Yves Lequette et de Christian Katzenmeier, LGDJ, 2013, n^o427, qui l'utilise à propos des procédures d'indemnisation des victimes de faits dommageables.

⁵⁰⁷ *Comp.* Benjamin REMY, *op. cit.*, n^o 621.

⁵⁰⁸ V. en particulier Horatia MUIR WATT, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481-497, qui souligne l'impact de « *l'essor massif* » (n^o 9) des droits fondamentaux de la procédure, tant dans l'interprétation du droit international privé de l'Union que dans l'évolution du droit commun.

⁵⁰⁹ Cette obligation résulte de l'arrêt de la *Pellegrini* : CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n^o 30882/96 : *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, no 204, p. 2, note Laurence Sinopoli.

⁵¹⁰ Pour une présentation de cette grille d'analyse dans une perspective comparative incluant les deux droit européens : le droit de la Convention européenne des droits de l'homme et le droit de l'Union : v. Juliane KOKOTT, « Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken », in Detlef Merten et Hans-Jüger Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I : *Entwicklung und Grundlagen*, C. F. Müller, 2004, p. 853-906. Pour des présentations en français, v. Christian AUTEXIER, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Droit fondamental, 1997, spéc. p. 124 et s. ; David CAPITANT, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préf. Michel Fromont, LGDJ, 2001, p. 157 et s. ; Thomas MEINDL, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, préf. Dominique Rousseau, LGDJ, 2003, spéc. p. 91-94.

⁵¹¹ Adoptant franchement cette méthodologie, v., à propos du droit du défendeur d'être entendu, CJCE (1^{re} ch.), 2 avr. 2009, *Gambazzi*, C-394/07, Rec. p. I-2563 et, à propos de l'exigence de motivation des décisions judiciaires, CJUE 1^{re} ch., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

ii) *Réfèrent du contrôle*

132. Définition. – Le réfèrent du contrôle est ce à quoi l'effet à donner à la norme étrangère est confronté. Il en est traditionnellement rendu compte en termes de « *valeurs* » consacrées dans l'ordre juridique du for⁵¹² ou de « *principes fondamentaux*⁵¹³ » ou encore « *essentiels*⁵¹⁴ » du droit du for.

Nous analyserons ultérieurement, la notion de valeur⁵¹⁵. En attendant, on peut tenir ces expressions comme synonymes.

133. Division. – Nous envisagerons la détermination du réfèrent du contrôle au plan formel, c'est-à-dire telle qu'elle s'extériorise dans la motivation du juge requis de donner effet à une norme étrangère (α), avant de nous interroger sur les conditions que doit remplir, au fond, la valeur en cause pour être éligible au titre du réfèrent du contrôle (β).

a) Normes juridiques formellement visées

134. Division. – Formellement, le juge identifiera le réfèrent du contrôle en visant des normes déterminée du for (I) ; il ne faut toutefois pas se méprendre sur la fonction de ces normes dans son raisonnement : elles ne sont avancées que comme preuve de la consécration de la valeur en cause dans le droit du for, et ne sont certainement pas mises en œuvre en tant que telles (II).

135. I. Concrétisation du réfèrent du contrôle par le juge. – Détermination explicite du réfèrent du contrôle par le juge. – Il arrive que le juge qui est en principe astreint à une

⁵¹² V. à cet égard le constat fait par Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n° 319, p. 176-177, à partir d'une étude de littérature juridique française. La position de l'auteur lui-même est plus nuancée. Pour lui, le réfèrent du contrôle est constitué des *valeurs des parties*, sous condition qu'elles coïncident avec celles du juge, lesquelles correspondront, en pratique et pour simplifier, au système de valeurs collectives (pour l'exposé de l'articulation des valeurs individuelles et des valeurs collectives dans le processus de décision juridique, v. *infra* n°s 346-349).

⁵¹³ Selon la définition des conditions de recours à l'exception d'ordre public international dans l'espace judiciaire européen retenue au point 37, 1^{re} phrase de l'arrêt *Krombach*, préc.

⁵¹⁴ Selon la formule initiée, en droit commun, par l'arrêt *Enfant Anna* de la Cour de cassation (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, n° 08-21.740 : *RCDIP* 2011, p. 747, note Petra Hammje ; *JDI* 2011, comm. 4, note Sylvain Bollée). Sur cette formule v. Françoise MONÉGER et Gérard PLUYETTE, « *Exequatur* et principes essentiels du droit français », in *Mél. Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 447-457.

⁵¹⁵ *Infra* n° 329 et s.

obligation de motivation, à la différence d'autres agents de la réalisation du droit, étaye expressément le recours à l'exception d'ordre public par référence aux normes du for⁵¹⁶.

136. Terminologie. – Pour reprendre l'expression de la Cour de justice de l'Union, on peut désigner cette opération formelle⁵¹⁷ comme la « *concrétisation* » du référent du contrôle⁵¹⁸.

137. Typologie des normes visées. – Les normes visées par le juge peuvent être distinguées à raison de leur complexion (précise ou axiomatique) et, en sous-ordre, du type de source (écrite ou non-écrite) dans laquelle elles se coulent.

Ainsi, peut-il s'agir de *règles écrites précises*, qui constituent l'une des concrétisations possibles de la valeur en cause après pondération avec d'autres ou du principe pertinent. Les exemples chiffrés illustrent à merveille cette idée. Ainsi, la fixation de la période suspecte à dix-huit mois (en principe) en droit français des entreprises en difficulté, constitue une concrétisation possible mais non unique du souci de préserver la sécurité du commerce et le crédit du débiteur, de telle sorte qu'un jugement espagnol fixant à vingt-trois mois le délai de la période suspecte n'est pas contraire à l'ordre public international du for⁵¹⁹.

Il peut encore s'agir de ces règles que CARBONNIER qualifiait d'*axiomatiques*⁵²⁰, dans la mesure où elles constituent, par contraste avec les règles précises précédemment envisagées qui résultent de la pondération de différentes valeurs, l'expression à l'état pur d'une valeur⁵²¹. Ces règles axiomatiques peuvent être *non-écrites* : ce sont les principes généraux du droit que le juge induit des règles écrites précises⁵²². Elles peuvent être aussi *écrites*. Avec l'essor des

⁵¹⁶ Tel n'est pas toujours le cas cependant : il arrive fréquemment que le juge français se borne à énoncer que la norme étrangère est ou n'est pas contraire à l'ordre public international du for. Pour une appréciation critique, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 464.

⁵¹⁷ *Comp.* Benjamin REMY (*op. cit.*, n°s 423-472), pour qui cette opération a une fonction d'extériorisation et de justification. Sur ce point, v. *infra* n°s 347-348.

⁵¹⁸ Gambazzi, *op. cit.*, pt. 37.

⁵¹⁹ Cass. com. 5 fév. 2002, n° 98-22.683, Bull. civ. IV, n° 24, p. 25. Dans la même veine, et pour reprendre l'exemple de la détermination de l'âge de la nubilité utilisé plus haut, l'art. 144 c. civ. qui fixe cet âge à 18 ans pour les garçons et pour les filles est une concrétisation possible mais non unique du souci de garantir la liberté du mariage et la maturité des futurs époux. Les exemples chiffrés ne sont cependant pas les seuls concevables. Ainsi, l'on pourrait dire que les dispositions formant le régime légal français constituent une concrétisation possible, mais certainement pas unique du principe d'égalité entre époux (pour l'exemple, dans le cadre de l'ordre juridique allemand, v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 523)

⁵²⁰ A propos du phénomène de constitutionnalisation du droit, ce dernier écrivait en effet : « *Il faut bien voir, cependant, que cet essor de l'idéologie, car c'en est une, cette prise d'un pouvoir supra-légal par des axiomes abstraits, des idéaux, sinon des rêves, tout cela s'accomplit au détriment des institutions positives* » (Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, *op. cit.*, n° 67, p. 126-127, c'est l'auteur qui souligne).

⁵²¹ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n. 693, qui parle d'« *expressions normatives incomplètes* ». V. aussi *infra* n° 390.

⁵²² *Comp.* Didier BODEN, (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n. 53, 4°, p. 21 ; n° 127, p. 74 ; n° 429, B. 14 et B. 15, p. 536 ; n° 509, 1°, p. 632 ; p. 713 et s.), pour qui le référent du contrôle est constitué des principes généraux du droit du for. Que l'on définisse le référent du contrôle comme étant les principes généraux du droit du for ou les valeurs consacrées dans le droit positif du for revient en substance au même : il s'agit dans les deux cas des conceptions

droits fondamentaux, le référent du contrôle se trouve en pratique de plus en plus souvent concrétisé par référence à des règles axiomatiques de source écrite, constitutionnelles ou européennes⁵²³. Cependant, le droit civil classique fournit également des exemples de telles règles, généralement pour exprimer le rejet d'une valeur⁵²⁴.

138. Fonction des normes éventuellement visées. – Ce que cette fonction n'est pas. – Négativement, il faut insister sur le fait que les normes visées par le juge ne sont pas prises en compte en tant que telles, en particulier qu'elles ne sont pas appliquées.

En effet, on a tendance, dans la littérature juridique, à donner une place trop importante au référent du contrôle, à l'élément « *ordre public* », par rapport aux autres aspects du mécanisme⁵²⁵. Cette tendance se manifeste dans deux directions.

139. Effet positif de l'ordre public ? – Dans le domaine du conflit de lois, cette hypertrophie de l'élément « référent » du contrôle se manifeste par l'idée, connue sous le nom d'effet « *positif* » ou « *substitutif* » de l'ordre public, selon laquelle l'exception aurait pour effet de provoquer l'application de la *lex fori*, en lieu et place de la loi étrangère normalement compétente. L'idée d'effet positif est cependant d'une simplicité trompeuse.

D'une part, parce que la mise en œuvre de l'exception d'ordre public ne se solde pas toujours par l'apparition d'une lacune, du moins d'une lacune susceptible d'être comblée, de sorte que la question d'une substitution de la *lex fori* ne se pose pas⁵²⁶.

D'autre part, même lorsque cette question se pose, parler d'effet positif suggère erronément que ce sont les normes du for concrétisant le référent du contrôle qui viendront se substituer à la loi étrangère normalement compétente. Or, bien souvent⁵²⁷, ces normes ne seront pas

sous-jacentes au système juridique en cause. Les principes généraux du droit étant cependant généralement envisagés exclusivement dans leur fonction des sources non écrites, ayant vocation à corriger ou combler les lacunes du droit écrit, il nous a semblé qu'utiliser cette notion pour définir le référent du contrôle lui-même plutôt qu'un mode possible de son extériorisation pourrait être générateur de confusions (v. aussi *infra* n. 1503).

⁵²³ Pour un exemple récent, v. Cass. 1^{re} civ., 15 avr. 2015, n° 14-13.420, visant, pour refuser autorité de chose jugée à une répudiation algérienne, le principe d'égalité entre époux lors de la dissolution du mariage tel que consacré à l'article 5 du Protocole n° 7 à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales.

⁵²⁴ Par exemple, la prohibition de la bigamie (art. 147 c. civ.). Ou, antérieurement, de la reconnaissance volontaire d'enfants adultérins ou incestueux (ex-art. 335 c. civ.) ; à ce sujet v. l'analyse de l'arrêt *Domino* (Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1966 : *JDI* 1967, p. 614-619, note Philippe Malaurie ; *RCDIP* 1968, p. 64-73, note Jean Derruppé) proposée par Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 441.

⁵²⁵ Sur cette tendance à réduire l'exception d'ordre public à l'application (exceptionnelle) de certaines lois (importantes) du for, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n. 53, n°s 505-509 et n° 684.

⁵²⁶ Sur ce point, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n°s 687 et 689 s.

⁵²⁷ Il faut cependant réserver le cas où la valeur heurtée n'est susceptible que d'une seule concrétisation, exprimée dans une règle précise. A cet égard v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 538, qui citent l'exemple de la prohibition de la polygamie, consacrée en droit allemand par le § 1306 BGB ; Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, 11^e éd., *op. cit.*, spéc. n° 218, qui citent l'exemple de l'arrêt *Domino* (préc.), dans lequel la Cour de cassation a pu sembler faire une application « *immédiate* » de l'ex-article 335 du code civil.

pertinentes⁵²⁸ ou techniquement inaptes⁵²⁹ à fournir la réponse à la question de droit privé posée à l'organe du for. Plus largement, l'idée que ce serait aux dispositions de la *lex fori* de combler la lacune ne s'impose pas avec évidence. En droit comparé ou dans la doctrine, des solutions alternatives sont proposées, il est vrai inégalement convaincantes : application du droit étranger désigné dans une autre de ses dispositions⁵³⁰, application d'un autre droit étranger désigné, le cas échéant, par un rattachement subsidiaire⁵³¹, construction d'une règle matérielle *ad hoc*, conçue comme une solution intermédiaire entre la *lex causae* et le droit du for⁵³².

Aussi bien, paraît-il opportun de s'avouer franchement que la substitution n'est pas un effet propre de l'exception d'ordre public, mais d'un autre mécanisme de droit international, qui la relaye : l'*adaptation*⁵³³ et de renoncer à parler d'effet positif de l'ordre public.

140. « Normes d'ordre public » ? – En dehors du conflit de lois (et même du droit international privé⁵³⁴), cette part excessive donnée à la dimension substantielle du mécanisme se manifeste par une représentation de l'ordre public international comme *une liste de normes (importantes) du for*, représentation dont atteste en particulier l'usage, courant, de l'expression « *normes d'ordre public international* ». Une telle conception est, là encore, erronée.

Quitte à user d'une image pour évoquer l'exception d'ordre public, il conviendrait d'abandonner celle de la liste au profit de celle de la réaction chimique, qui traduit plus justement le fait qu'on ne peut pas dissocier autrement qu'à titre didactique le référent de

⁵²⁸ « *Hors-sujet* », pour reprendre l'éloquente formule de Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n. 1307 bis.

⁵²⁹ *Comp.* la réfutation de l'idée d'une « *application immédiate* », au sens que ce terme prend en droit international privé, des « *normes suprêmes* » développée par M. BODEN (*ibid.*, n° 642, B. 32) sous forme d'un dialogue entre un supporter de cette idée et son contradicteur qui lui objecterait : « *Cela n'a guère de sens. Je vous rappelle que nous parlons d'affaires de droit international privé (...), c'est-à-dire d'affaires de successions, de mariages, de contrats, de résiliation, de dommages et intérêts, etc. Imaginez-vous des parties à un procès dire à notre juge : « Dans cette affaire de succession où s'opposent les trois petits-fils du défunt, le parent intermédiaire étant prédécédé, d'une part, et, d'autre part, leur tante, fille du défunt, et leur grand-oncle, frère du défunt, appliquez immédiatement la CEDH », alors que celle-ci, de même que notre Constitution, est bien entendu muette sur les règles de dévolution successorale ? »*.

⁵³⁰ Par exemple, appliquer à une créance imprescriptible selon le droit étranger désigné un délai de prescription qu'il prévoit dans un autre cas ; pour l'exemple, tiré de la jurisprudence de l'ancien *Reichsgericht*, v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 539.

⁵³¹ V. l'article 16 de la loi italienne de droit international privé, cité par Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n° 691.

⁵³² Pour reprendre l'exemple si visuel de la prescription : appliquer, en lieu et place de la solution d'imprescriptibilité de la *lex causae*, un délai de prescription suffisamment long pour respecter l'orientation de cette dernière, mais demeurant néanmoins dans le champ gravitationnel, le « *halo* » (*Hof*) de la valeur du for (v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 539), soit, pour l'ordre juridique allemand, « *50 ans peut-être* » (*loc. cit.*).

⁵³³ En ce sens, v. Gerhard KEGEL, *Internationales Privatrecht*, 7^e éd., C. H. Beck., 1995, p. 384. Sur l'adaptation, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 474 et s.

⁵³⁴ Il n'y a là, en effet, qu'une modalité particulière de la tendance plus générale signalée en Introduction (*supra*, n° 12 et s.) à ne voir dans l'ordre public qu'un contenu.

l'objet du contrôle, les « *exigences de l'ordre public* », de l'atteinte qui leur est portée. Autrement dit, selon les circonstances et la norme étrangère en cause, telle norme du for qui a pu, dans une espèce antérieure, étayer le recours à l'exception, ou plutôt la valeur sous-jacente à cette norme, sera ou ne sera pas heurtée, de sorte que parler de « *norme d'ordre public* », avec la permanence que cette qualification suppose, paraît inadapté⁵³⁵.

141. Ce qu'est cette fonction. – Positivement, les normes éventuellement visées par le juge au titre de la concrétisation du référent du contrôle ont une fonction que l'on peut qualifier de probatoire : établir la consécration de la valeur dans le droit positif du for⁵³⁶.

Techniquement, le raisonnement particulier qu'appelle cette fonction probatoire porte un nom : il s'agit d'une *prise en considération* de la *lex fori*, au sens où nous avons précédemment défini cette notion⁵³⁷. Les normes visées au titre du référent du contrôle sont prises en considération en ce sens qu'elles sont consultées à l'occasion de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, laquelle seule produit son effet propre, à savoir le refus de donner effet à la norme étrangère⁵³⁸.

Les normes du for éventuellement visées par le juge lorsqu'il met en œuvre l'exception d'ordre public ont donc pour fonction d'établir la positivité de la valeur qui leur est sous-jacente et à laquelle la norme étrangère porte atteinte. C'est donc cette valeur et non, directement, les normes visées, qui forme le référent du contrôle. Mais toute valeur consacrée en droit positif du for peut-elle justifier le recours à l'exception d'ordre public ?

β) Valeurs substantiellement sollicitées

Division. – La question se pose de savoir s'il est nécessaire, pour qu'une valeur déterminée puisse constituer le référent du contrôle, qu'elle soit consacrée en dans le droit du for (I) et qu'elle y soit considérée comme importante (II). Ces deux questions appellent chacune une réponse nuancée.

142. I. Consécration de la valeur en droit positif du for ? – Position du problème. – L'exigence que la valeur à l'aune de laquelle la norme étrangère est évaluée soit consacrée

⁵³⁵ En ce sens, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, spéc. n° 508-D.

⁵³⁶ Pour l'analyse des normes comme lieux de cristallisation des valeurs, v. Benjamin REMY, n° 430.

⁵³⁷ V. *supra* n° 96.

⁵³⁸ Sur la prise en considération de normes juridiques et extrajuridiques dans le cadre du recours à la technique du standard, v. *infra* n° 414 et s.

dans l'ordre juridique du for⁵³⁹ paraît aller de soi et découle de la fonction de l'exception d'ordre public qui est de protéger la cohérence de ce dernier⁵⁴⁰, non les préférences subjectives du juge. A ce titre, la Cour de cassation exerce son contrôle sur l'appréciation par le juge de la conformité ou non de la norme étrangère à l'ordre public international français⁵⁴¹. Pour autant, cela signifie-t-il inéluctablement que cette valeur doit être expressément consacrée dans une règle de droit ? Une telle exigence paraît découler de l'arrêt *Negrepontis*⁵⁴², rendu en 2011 par la Cour européenne des droits de l'homme, dont la portée doit cependant être nuancée⁵⁴³.

143. *Negrepontis*. – Dans cette affaire, le juge grec avait refusé de reconnaître une décision américaine prononçant l'adoption du requérant par son oncle, moine orthodoxe. L'Assemblée plénière de la Cour de cassation grecque avait étayé le recours à l'exception d'ordre public par référence à des canons apostoliques et les « *traditions sacrées* » qui, en interdisant aux moines de s'occuper de tâches temporelles, excluraient qu'ils puissent recourir à l'adoption.

Cette argumentation n'a pas trouvé grâce aux yeux de la Cour EDH, qui a vu dans ce refus de reconnaissance une limitation disproportionnée des droits garantis par la Convention⁵⁴⁴. Naturellement, la Cour EDH ne se prononce pas directement sur les conditions de recours à l'exception d'ordre public international ; néanmoins les éléments sur lesquels elle s'est fondée pour établir le caractère disproportionné de la mesure litigieuse font ressortir que c'est bien la reconnaissance des préceptes invoqués par l'Assemblée plénière dans l'ordre juridique grec qui posait problème.

⁵³⁹ Y compris par des normes de droit de l'Union ou d'origine internationale, qui font incontestablement partie du droit positif du for, en vertu du principe d'applicabilité directe pour les premières et en vertu du seul droit constitutionnel national pour les secondes.

⁵⁴⁰ V. *infra* n^{os} 173 et s.

⁵⁴¹ En ce sens, v. Marie-Noël JOBARD-BACHELLIER, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for », *JCl. dr. int.*, fasc. 534-3, 1992, n^o 14-18 ; Benjamin REMY, *op. cit.*, n. 735.

⁵⁴² CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannis c. Grèce*, n^o 56759/08 : *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817, note Patrick Kinsch ; *JDI* 2012, comm. 7, note Amélie Dionisi-Peyrusse.

⁵⁴³ En droit de l'Union, cette exigence de positivité semble avoir été incidemment formulée au point 56 de l'arrêt *Lithuanian Airlines* (CJUE, 3^e ch., 23 octobre 2014, *flylal-Lithuanian Airlines*, C-302/13 : *Europe* 2014, comm. 560, obs. Laurence Idot), qui affirme que « *la notion d' 'ordre public', au sens de l'article 34, point 1, du règlement n^o 44/2001, vise à protéger des intérêts juridiques qui s'expriment à travers une règle de droit et non pas des intérêts purement économiques* ».

⁵⁴⁴ Ainsi que le note M. KINSCH, la particularité de l'arrêt *Negrepontis* est de cumuler l'approche « *substantiviste* » de l'arrêt *Wagner* (CEDH, 28 juin 2007, n^o 76240/01) et l'approche « *procéduraliste* » de l'arrêt *McDonald* (CEDH, 29 avril 2008, n^o 18648/04) la non-reconnaissance étant condamnée comme portant atteinte aussi bien aux droits substantiels garantis par la Convention (droit à la vie familiale, à la non-discrimination et au respect des biens) qu'au droit à l'exécution effective, déduit de l'article 6-1.

La Cour EDH a accordé une importance particulière à la « *nature* » des règles visées par la Cour de cassation grecque⁵⁴⁵, en notant qu'elles étaient « *toutes de nature ecclésiastique et dat[aient] des septième et neuvième siècles* ». En contrepoint, elle s'est faite l'écho de l'opinion des juges dissidents de la Cour de cassation, lesquels estimaient que, depuis la loi de 1982 ayant abrogé l'article 1394 de l'ancien Code civil qui interdisait aux moines de se marier, plus aucune disposition de droit étatique grec n'interdisait à ses derniers de procéder à une adoption et pointaient en outre le caractère clivant de ces questions au sein de l'opinion publique grecque⁵⁴⁶. En un mot les préceptes visés par l'Assemblée plénière étaient « *trop anciens [et] trop religieux* » et trop peu en phase avec l'évolution de la société grecque⁵⁴⁷ pour pouvoir justifier le recours à l'exception d'ordre public. La Cour EDH va même jusqu'à dire qu'« *ils ne reflétaient pas le droit positif [grec] existant au moment des faits*⁵⁴⁸ ». Cette dernière affirmation est maladroite : il n'appartient certainement pas à la Cour EDH, qui n'est pas un organe de l'ordre juridique grec, de dire ce qu'est le droit positif de ce dernier⁵⁴⁹. Déplacée, l'affirmation est cependant significative, de ce que la consécration expresse d'une valeur dans une règle de droit positif constitue un indice sérieux de sa reconnaissance dans la société de l'ordre juridique du for. Ici, la référence faite par le Gouvernement défendeur, pour justifier le refus de reconnaissance, à l'article 3 de la Constitution, aux termes duquel la religion dominante en Grèce est celle de l'Église orthodoxe orientale, apparaît bien vague et indirecte pour justifier la relevance accordée en l'espèce par la Cour de cassation au droit *canon*, en comparaison à la référence à la loi de 1982, qui, en abrogeant l'empêchement à mariages frappant antérieurement les moines, pouvait être comprise comme leur ayant implicitement ouvert l'adoption. Autrement dit, l'argumentation de Haute juridiction grecque n'a pas convaincu la Cour EDH de ce que la reconnaissance de l'adoption litigieuse était bel et bien contraire à l'ordre public grec, au regard du droit grec lui-même.

Dans cette perspective, l'exigence, *a priori* évidente, qu'une valeur soit reconnue en droit positif pour étayer le recours à l'exception d'ordre public paraît relever davantage de la nécessité rhétorique que de la condition *sine qua non*⁵⁵⁰. Si l'existence d'une condition tenant

⁵⁴⁵ *Negrepontis, op. cit.*, § 71.

⁵⁴⁶ *Ibid.*, § 73.

⁵⁴⁷ Patrick KINSCH, note préc., p. 821.

⁵⁴⁸ *Negrepontis*, §102.

⁵⁴⁹ *Comp.* Patrick KINSCH, *op. cit.*, n. 11 : « Cette appréciation est étonnante et, pour le dire clairement, excessive, puisqu'on peut raisonnablement estimer que la formation plénière de la Cour de cassation grecque sait, (encore) mieux que la Cour européenne des droits de l'homme, quel est le contenu du droit civil grec ».

⁵⁵⁰ Plus en détail sur cette dimension rhétorique, v. *infra* n^{os} 420-421.

à la positivité de la valeur peut être relativisée, celle tenant à la supériorité hiérarchique de la valeur doit, elle, être purement et simplement niée.

144. II. Importance de la valeur. – Position du problème. – En doctrine et dans la jurisprudence, l'idée existe que l'exception d'ordre public ne jouerait qu'au profit des *valeurs comparativement les plus importantes*. L'idée, en réalité, se dédouble.

145. Selon une certaine opinion, seules les valeurs consacrées dans des normes de rang supérieur pourraient justifier le recours à l'exception d'ordre public. L'idée a en particulier été soutenue à propos des droits fondamentaux, consacrés dans la constitution ou d'origine internationale, mais toujours de source supra-législative⁵⁵¹. On peut parler d'une condition tirée d'une hiérarchisation formelle des valeurs.

Dans l'orbite du droit de l'Union, l'argument est sans doute appelé à prospérer à la faveur de la consécration, figurant aujourd'hui à l'art. 4-2 TUE, d'une clause de protection de l'« *identité nationale constitutionnelle* », que les États membres invoquent de plus en plus souvent pour justifier, notamment, des entraves à la libre circulation⁵⁵². Tel était le cas dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*, où les autorités autrichiennes avaient refusé de reconnaître les éléments nobiliaires du nom patronymique attribué à un de leurs ressortissants dans l'État membre de résidence au nom du principe d'égalité entre les citoyens, concrétisé dans les dispositions de loi de rang constitutionnel abolissant la noblesse.

146. Plus généralement, l'idée est répandue qu'il existerait, indépendamment de toute considération tirée de la hiérarchie des normes, des valeurs plus « *sacrées* » que d'autres⁵⁵³, qui seules pourraient constituer le référent du contrôle ; on peut parler, par contraste, de condition tirée d'une hiérarchisation matérielle des valeurs.

147. Pourtant, force est de constater que, traditionnellement en droit positif, l'exception d'ordre public ne joue pas uniquement au profit de valeurs aussi impressionnantes et de rang supra-législatif que l'est, par exemple, le principe d'égalité mais également au profit de valeurs qui, comparativement, paraissent plus triviales et ne sont consacrées que dans une loi

⁵⁵¹ Sur cette tendance, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n^{os} 641 et s.

⁵⁵² Cette disposition sera analysée plus en détail *infra* n^o 315.

⁵⁵³ V. par exemple la motivation de l'arrêt du 6 juillet 1989 de la Cour d'appel de Paris (*Rev. crit. DIP* 1989, p. 706-720, note Pierre-Yves Gautier ; *JDI* 1989, p. 979-1005, note Bernard Edelman), selon lequel le recours à l'exception d'ordre public international exigerait une atteinte d'une gravité telle que des « *dommages que des ressortissants étrangers, en particulier des mineurs, seraient, en dehors de tout contrat, menacés de subir en application de coutume que notre civilisation réprouve comme attentatoires aux attributs les plus sacrés de la personne humaine, par exemple l'intégrité physique ou la liberté matrimoniale* ». Nous soulignons.

ordinaire, tel que, par exemple, en droit français des entreprises en difficulté, *principe de suspension des poursuites individuelles* en matière d'entreprises en difficulté⁵⁵⁴.

En réalité, l'idée d'une hiérarchisation des valeurs, dans ses deux occurrences, procède assez largement d'une illusion d'optique.

148. Les valeurs consacrées dans un ordre juridique sont, en réalité, moins liées par un rapport de hiérarchie que par un double rapport de dérivation, de la plus générique⁵⁵⁵ à la plus spécifique à un domaine donné⁵⁵⁶, et de conciliation entre elles, à l'épreuve de la réalité sociale⁵⁵⁷.

Dans ce cadre, l'illusion d'optique naît de ce que l'éventualité d'un conflit et la nécessité corrélative d'un arbitrage entre les valeurs est inversement proportionnelle au degré de généralité de celles-ci. Plus le degré de généralité est haut, moins le besoin de conciliation se fait sentir, jusqu'à créer le sentiment de valeurs absolue⁵⁵⁸. Cela est particulièrement vrai des droits fondamentaux de source supra-législative, qui constituent l'expression à l'état pur (ou presque⁵⁵⁹) de valeurs génériques. A l'inverse, plus la valeur est spécifique, à la périphérie du « *rhizome*⁵⁶⁰ », plus elle devra être conciliée avec d'autres⁵⁶¹, donnant le sentiment d'une importance moindre.

149. Aussi, s'il n'est pas tout à fait inexact de dire que l'exception d'ordre public ne joue qu'au profit de valeurs fondamentales ou importantes, il faut toutefois préciser que « *fondamentales* » doit s'entendre, non dans le sens d'une hiérarchisation, mais au sens

⁵⁵⁴ Pour un refus de reconnaître une sentence arbitrale étayé par référence à ce principe, v. Cass. 1^{re} civ., 5 fév. 1991, n° 89-14.382, Bull. civ. I, n° 44, p. 28 ; Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, Bull. civ., I, n° 86.

⁵⁵⁵ Probablement, la valeur « *dignité humaine* »... si toutefois l'on fait abstraction des évolutions affectant le statut de l'animal en droit. Sur le caractère d'axiome généralement reconnu à la dignité humaine par la doctrine, v. *infra* n. 1377.

⁵⁵⁶ De la dignité dérive, entre autres, le principe d'égalité, qui lui-même se ramifie en fonction des domaines : égalité entre hommes et femmes, entre époux, égalité entre créanciers du débiteur failli au fondement du principe de suspension des poursuites...

⁵⁵⁷ Plus en détail sur cette double articulation des valeurs entre elles, v. *infra* n°s 389 et s.

⁵⁵⁸ Par excellence, les droits fondamentaux dits « *intangibles* » ; sur cette notion, v. Frédéric SUDRE, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2015, n°s 129 et 170.

⁵⁵⁹ Il faut réserver les dérogations permises aux droits en cause, qui précisément anticipent la nécessité d'une conciliation avec d'autres valeurs.

⁵⁶⁰ Sur le caractère rhizomique du développement des valeurs, v. *infra* n. 1377, *in fine*.

⁵⁶¹ C'est l'essence même des règles de droit précises, par opposition aux règles axiomatiques, que d'opérer une conciliation entre des valeurs en conflit, ou selon une terminologie plus usuelle en droit privé, des « *intérêts en présence* » (sur ce point, v. Vincent HEUZÉ, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 394-415, spéc. p. 413). Ainsi par exemple, l'article 9 de la directive *produits défectueux* (Directive 85/374/CEE du 25 juillet 1985) ne permettant la réparation sur son fondement du dommage causé aux biens que sous déduction d'une franchise de 500 euros peut-il être vu comme procédant de la conciliation, entre autres, au principe de réparation intégrale et du souci de bonne administration de la justice (v. CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. France*, C-52/00, Rec. p. I-3827, pts. 29 et 30). Sur le lien entre valeurs et intérêts, v. *infra* n°s 253 et s.

structurel⁵⁶² de « *au fondement de*⁵⁶³ », ce qui renvoie au caractère plus ou moins générique de la valeur, de même qu' « *importantes* » doit s'entendre en termes, non qualitatifs, mais quantitatifs, c'est-à-dire de pondération respective des valeurs en cause⁵⁶⁴, ce qui renvoie à leur rapport de conciliation mutuelle.

De la même façon, le rang hiérarchique de la règle étayant le recours à l'exception d'ordre public ne peut être vu, au mieux, que comme un indice de l'importance du coefficient qui lui sera attribué dans une situation concrète. Dans cette veine d'ailleurs, la Cour de justice n'accepte jamais comme tel l'argument tiré de l'art. 4-2 TUE. Dans l'affaire *Sayn-Wittgenstein*⁵⁶⁵, elle a certes accordé une attention particulière au rang constitutionnel de la loi d'abolition de la noblesse sur laquelle se fondaient les autorités autrichiennes pour étayer leur refus⁵⁶⁶. Mais, d'une part, elle n'a pas attribué de portée dérogatoire propre à l'art. 4-2 TUE, l'argument ne venant qu'appuyer le constat que, en l'espèce, l'État membre pouvait bien se prévaloir d'une des dérogations traditionnelles à libre circulation des personnes, en l'occurrence, l'ordre public⁵⁶⁷. D'autre part, elle a pris soin d'apprécier l'importance de la règle invoquée au regard non pas de son seul rang hiérarchique, mais aussi du « *contexte de l'histoire constitutionnelle autrichienne* »⁵⁶⁸.

En réalité, lorsque le juge refuse de faire jouer l'exception d'ordre public international au bénéfice de l'efficacité de la norme étrangère, c'est soit que la valeur prétendument heurtée n'est pas consacrée dans le for ou que la norme étrangère se meut dans l'orbite de notre valeur générique. C'est alors une question d'identification de l'atteinte à l'ordre public qui se pose.

⁵⁶² *Comp.* Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », *op. cit.*, spéc. n° 38 : qui, à propos de la question de savoir si les principes européens de libre-concurrence et de libre circulation des marchandises peuvent étayer le recours à l'exception d'ordre public, écrit : « [e]n soi, une telle incorporation n'est pas inconcevable, compte tenu (...) de la valeur structurelle, fondamentale, des principes invoqués ». Nous soulignons.

⁵⁶³ Ce que l'adjectif « *grundlegend* », employé dans la version allemande de l'arrêt *Krombach*, (*op. cit.*, pt. 37, préc., 2^e phr.) qui parle d'une atteinte à un « *droit considéré comme fondamental* » dans l'ordre juridique de l'Etat requis [« *eines dort als grundlegend anerkannten Rechts* »]) fait bien ressortir.

⁵⁶⁴ *Comp.* Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 469 : « *Se pose alors la question de l'importance respectives d[es] différentes valeurs [en présence], c'est-à-dire de la pondération qu'on leur affecte* ».

⁵⁶⁵ CJUE 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *op. cit.*

⁵⁶⁶ V. en particulier les points 92 à 95 de l'arrêt, où l'indication de la place de la règle dans la hiérarchie des normes autrichiennes est par trois fois répétée.

⁵⁶⁷ *Ibid.*, pt. 83.

⁵⁶⁸ *Ibid.*, pt. 82.

b) Résultat du contrôle

150. Définition. Division – Par résultat du contrôle, on entend ce que l’agent de la réalisation cherche à détecter.

Il s’agit, pour reprendre la terminologie usuelle de « l’atteinte à l’ordre public du for » ou, de manière plus précise du « *contraste excessif*⁵⁶⁹ » entre l’effet de droit substantiel sollicité, ou la procédure suivie dans l’État d’origine, et les valeurs du for.

C’est dire que, du point de vue des éléments à prendre en compte, l’identification de l’atteinte procède, exclusivement, de la confrontation de l’objet et du référent du contrôle (i) et que, d’atteinte à l’ordre public il n’existe que si le *hiatus* entre ces éléments atteint un seuil critique (ii).

i) *Éléments confrontés*

151. Objet de la subdivision. – Les autres éléments que sont l’objet (l’effet de droit substantiel à accorder ou la procédure étrangère, appréciés *in concreto*) et le référent du contrôle (les valeurs ou principes sous-jacents à l’ordre juridique du for) ayant déjà été étudiés, il s’agira ici essentiellement de réfuter l’idée selon laquelle la détection de l’atteinte à l’ordre public nécessiterait d’intégrer un troisième élément, résidant dans *le lien de la situation litigieuse avec le for*.

152. Exposé de la théorie de l’*Inlandsbeziehung* et de son avatar français⁵⁷⁰. – On aura reconnu la théorie de l’*Inlandsbeziehung*, assurément de droit positif en Allemagne, et qui connaît une transposition partielle dans la jurisprudence française en matière de statut personnel, sous le nom d’ordre public « *de proximité*⁵⁷¹ », ou par contraste, « *d’éloignement* ».

Dans les deux cas, le postulat est qu’il ne saurait exister d’atteinte à l’ordre public, assimilée au trouble de l’opinion⁵⁷², en l’absence de lien qualifié de la situation litigieuse avec le for.

⁵⁶⁹ Nous reprenons la terminologie de M. BODEN : v. la définition citée *supra* n. 403.

⁵⁷⁰ Pour un exposé détaillé des solutions allemandes et françaises, v. Nathalie JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. Paul Lagarde, Litec, 2008.

⁵⁷¹ La paternité de l’expression revient à Jacques FOYER, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 fév. 1993, *Enfant Sarah*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620-632.

⁵⁷² En ce sens, v. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.* : « Dans les cas où la loi étrangère est contraire au droit naturel et ressentie comme absolument injuste » (n° 212) ; « l’ordre public n’est menacé que pour autant que la société française est en jeu » (*loc. cit.*), « [les effets d’une situation créée à l’étranger] portent parfois la trace visible de ce qui rend la situation contraire à l’ordre public ; se déroulant en France, ils risquent donc de choquer l’opinion » (n° 207) ; Nathalie JOUBERT, *La notion de liens suffisants avec l’ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé, op. cit.* : « Or, cet impact, cette atteinte, ne pourra réellement se réaliser que dans la mesure où l’ordre juridique du for est concerné par la situation de telle sorte que la société du for serait véritablement heurtée, touchée par l’admission d’une solution contraire à ses principes » (n° 162) ; « [i]l s’agit par conséquent dans l’examen de

Par exemple, la Cour de cassation décide que l'ordre public international français n'est pas heurté par l'application d'une loi étrangère prohibant l'établissement de la filiation hors-mariage à un enfant étranger résidant à l'étranger⁵⁷³, mais qu'il l'est en revanche s'agissant d'un enfant ayant des parents français ou résidant habituellement en France⁵⁷⁴. L'élément géographique participe de l'identification de l'atteinte.

153. Appréciation critique. – Ce postulat nous semble erroné. Etant constant que le référent du contrôle sont les valeurs du for, il n'y a que deux solutions possibles : celles-ci sont ou ne sont pas heurtées par la norme étrangère.

La prise en compte d'un élément géographique est, à ce stade, non pertinente et, comme telle, elle conduit à des solutions discriminatoires⁵⁷⁵, et potentiellement contraires, lorsque les droits et libertés garanties par la CEDH sont matériellement impliquées, au droit européen des droits de l'homme qui oblige les États parties à garantir les droits et libertés qu'elle définit à toute personne placée sous leur « *jurisdiction* » (art. 1^{er})⁵⁷⁶.

la contrariété à l'ordre public de vérifier à quel point la sphère juridique du for est touchée par le résultat de l'application de la loi étrangère. L'existence de liens de rattachement entre le litige et le for et la quantité de ces liens révèlent alors l'importance du trouble que l'application de la loi étrangère pourrait créer dans le for et permet de protéger l'ordre juridique du for [...] dans une juste mesure » (n° 177).

⁵⁷³ Civ. 1^{re} civ., 10 mai 2006, *Enfant Léana-Myriam*, n° 05-10.299, Bull. civ. I, n° 226, s'agissant de l'action d'une enfant algérienne, résidant en Algérie à l'encontre d'un prétendu père français et résidant en France.

⁵⁷⁴ Cass. 1^{re} civ. 10 fév. 1993, *Enfant Sarah*, Bull. civ. I, n° 64, p. 42 : *RCDIP* 1993, p. 620-632, note Jacques Foyer : « *Si les lois étrangères qui prohibent l'établissement de la filiation naturelle ne sont, en principe, pas contraires à la conception française de l'ordre public international, il en est autrement lorsque ces lois ont pour effet de priver un enfant français, ou résidant habituellement en France du droit d'établir sa filiation* » ; *Comp. Cass. 1^{re} civ.*, 26 octobre 2011, *Enfant Jérémy*, n° 09-71.369, Bull. civ. I, n°182 : *JDI* 2012, p. 176-186, note Johanna Guillaumé, qui dans un attendu de facture plus générale décide que les dispositions de la loi ivoirienne déclarant irrecevable l'action en recherche de paternité adultérine sont « *contraires à l'ordre public international français dès lors qu'elles priv[ent] l'enfant de son droit d'établir sa filiation paternelle* ». Significativement, l'attendu conclusif ne reprend pas la référence faite par le juge d'appel aux liens de rattachement de la situation avec l'ordre juridique du for (« *enfant né et élevé en France* »). Il faut néanmoins noter que le lieu de naissance apparaît dans l'attendu descriptif, alors même que cet élément n'était pas nécessaire au raisonnement autrement que pour la mise en œuvre de l'exception d'ordre public. En particulier il ne l'était pas pour l'application de la règle de conflit en matière de filiation (art. 311-14 c. civ.). La portée de cet arrêt de rejet demeure donc incertaine. S'il n'est pas exclu qu'il condamne la théorie de l'ordre public de proximité *tout court*, on peut aussi penser qu'il ne fait que désavouer la théorie de l'ordre public de proximité *telle que mise en forme par l'arrêt Enfant Sarah*, c'est-à-dire d'une proximité réduite à la nationalité ou la résidence habituelle de l'intéressé, au bénéfice d'une détermination plus souple et effectuée *in concreto* du lien requis, selon une méthode plus proche de la conception allemande de l'*Inlandsbeziehung* (sur laquelle v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 521).

⁵⁷⁵ Pour une critique de cette jurisprudence, v. en particulier Léna GANNAGÉ, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. Com. fr. DIP 2006-2008*, p. 205-241 ; *eadem*, « A propos de l' 'absolutisme' des droits fondamentaux », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265-284 ; Khalid ZAHER, *Conflits de civilisation et droit international privé*, préf. Vincent Heuzé, L'Harmattan, 2009. *Comp.* pour une analyse alternative, en termes d'intérêt des parties à ne pas voir leur environnement axiologique heurté, amenant à rechercher, non pas tant une absence d'*Inlandsbeziehung* qu'une forte *Auslandsbeziehung*, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, p. 226 et s.

⁵⁷⁶ De nature à remédier au problème, l'opinion est généralement soutenue que la gravité de l'atteinte à l'ordre public et le lien requis se trouvent dans un rapport de proportionnalité inversée : plus l'atteinte est grave –ou, selon une formule : plus la valeur heurtée est importante–, plus ce lien pourra être tenu, la réalisation d'un chef de compétence internationale pouvant suffire, singulièrement en présence d'un droit fondamental (v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 527).

Il faut reconnaître néanmoins que l'idée d'une mise en œuvre raisonnée de l'exception d'ordre public sous jacente à la théorie de *l'Inlandsbeziehung* et à ses avatars n'est pas dénuée de pertinence. Nous verrons cependant que les facteurs d'éloignement de la situation ne peuvent être pris en compte qu'à un stade postérieur à l'identification de l'atteinte à l'ordre public, dans le cadre d'une opération de mise en balance, et ne sauraient se réduire à un rattachement géographique avec le for⁵⁷⁷.

ii) *Importance du contraste observé*

154. Division. – Il est traditionnel de dire que, pour être constituée, l'atteinte à l'ordre public doit présenter un certain degré de gravité. Cette idée est notamment exprimée par la précision, dans les règlements européens ou dans les conventions internationales, selon laquelle l'atteinte à l'ordre public du for doit être « *manifeste* », condition dont on ne souligne pas assez souvent le classicisme⁵⁷⁸. Il est cependant plus exact, dans la mesure où l'idée de gravité est contenue dans celle d'atteinte, de dire, avec M. BODEN, que c'est le « *contraste excessif*⁵⁷⁹ » entre la situation à consacrer et les valeurs ou principes du for, qui caractérisent l'atteinte à l'ordre public.

On peut considérer que cette condition sera remplie dans deux séries d'hypothèses : lorsque la valeur sous-jacente à la norme étrangère est purement et simplement rejetée dans le for, d'une part, et lorsque, procédant d'une valeur également consacrée dans le for, le droit étranger lui a affecté un coefficient pondérateur trop différent de celui qui lui est attribué dans le for⁵⁸⁰.

⁵⁷⁷ V. *infra* nos 164-166.

⁵⁷⁸ V. cependant Pierre-Yves GAUTIER, « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou à son *exequatur* » in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 437-445.

⁵⁷⁹ *Op. cit.*

⁵⁸⁰ En ce sens, quoique dans une perspective légèrement différente, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 469. Dans la pensée de M. REMY, en effet, le véritable référent du contrôle à l'aune de l'ordre public sont les valeurs individuelles, notamment celles du juge, à l'aune desquelles s'opère l'appréciation portée sur la norme étrangère à proprement parler. Les valeurs collectives, telles qu'elles sont cristallisées dans les normes juridiques du for, ne sont utilisées qu'à titre argumentatif, afin pour le juge de convaincre ses auditoires du bien-fondé du recours ou du non-recours à l'exception d'ordre public (sur l'articulation des valeurs individuelles et collectives dans le processus de décision juridique, v. *infra* nos 346-349). En conséquence, pour M. REMY, la distinction entre une norme étrangère qui exprime une valeur rejetée dans l'ordre juridique du for et une norme étrangère accordant une pondération trop différente à une valeur également reconnue dans le for à une portée essentiellement argumentative : dans le premier cas, il suffira au juge de se référer aux « *énonciation[s] normative[s]* » (*loc. cit.*) qui établissent ce rejet, dans le second, il lui faudra déployer un effort d'argumentation qualifié, puisque la seule évocation d'une norme établissant la reconnaissance de la valeur en cause dans le for ne suffira pas à mesurer « *la plus ou moins grande importance* » (*loc. cit.*) qui lui est reconnue. La distinction entre le rejet pur et simple dans le for de la valeur sous-jacente à la norme étrangère ou la pondération trop différente des valeurs en présence de part et d'autre est également implicitement faite par MM. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE (*GA, op. cit.*, n° 57, §§ 3 et 4) lorsqu'ils traitent des évolutions qu'a connu l'usage de l'exception d'ordre public à l'encontre de l'établissement d'une filiation adultérine en vertu d'une loi ou d'une décision étrangère, en parallèle avec l'assouplissement du droit interne. Ainsi, initialement, la prohibition de l'établissement volontaire (anc. art. 335 c. civ.) ou judiciaire (anc. art. 342 c. civ.) « *revêtait, selon l'opinion dominante, un caractère d'ordre public* ». Ce « *caractère d'ordre public* » dont parlent MM. ANCEL et LEQUETTE exprime le rejet pur et simple du lien de filiation adultérine comme valeur en France, à l'époque. En

155. Rejet de la valeur étrangère dans le for. – Il y a atteinte à l'ordre public lorsque la valeur sous-jacente à la norme étrangère n'est pas consacrée comme telle, ou pour le dire de manière affirmative, est rejetée dans le for. C'est le rejet (notamment) de l'indissolubilité du mariage comme valeur dans les États membres ayant participé à la coopération renforcée qu'exprime la « *clause spéciale d'ordre public* » du règlement Rome III, qui prévoit que, lorsque la *lex causae* ne prévoit pas le divorce, la *lex fori* s'applique en lieu et place de celle-ci. que lorsque la loi désignée comme applicable « *ne prévoit pas le divorce [...]* »⁵⁸¹. Antérieurement, en droit français, cette solution s'énonçait dans le cadre de l'exception de l'ordre public international, dans sa manifestation de principe⁵⁸².

156. Pondération trop différente d'une même valeur dans le droit étranger et dans le droit du for. – Il n'y a pas d'atteinte à l'ordre public tant que la norme étrangère se meut dans le « *halo* » (« *Hof* »⁵⁸³) de notre valeur/principe ou, dit autrement, en présence d'une simple différence dans les modalités de concrétisation de la valeur⁵⁸⁴. Là encore, un exemple chiffré, en matière de prescription, aidera à visualiser cette idée. On peut citer l'exemple du délai d'action en recherche de paternité, au regard des valeurs françaises telles qu'exprimées dans l'ancien article 340 du code civil. En prévoyant un délai de deux ans à compter de la naissance, prorogé en cas de concubinage notoire ou lorsque le père avait participé à l'entretien de l'enfant et la possibilité pour ce dernier d'agir, lorsque l'action n'avait pas été avant exercée, dans l'année suivant sa majorité, le droit français réalisait une synthèse particulière entre, d'une part, des valeurs d'ordre substantiel : l'« *honneur et le repos des familles* » et le droit de l'enfant à voir sa filiation établie, et, d'autre part, une valeur procédurale, tenant au souci d'éviter le dépérissement de la preuve. Aussi bien, si l'ordre public international ne s'opposait pas inéluctablement à l'application d'une loi étrangère

revanche, notent MM. ANCEL et LEQUETTE, avec la loi du 3 juin 1972, le « *problème s'est déplacé* ». A compter de cette date, « [c]omme pour la filiation naturelle, il ne s'agi[ssait] plus que de vérifier la compatibilité des modes d'établissement retenus par le droit étranger avec nos propres conceptions », vérification qui correspond à la recherche d'un trop grand écart dans la conciliation des valeurs sollicitées par ce type de situations.

⁵⁸¹ Sur cette technique législative, procédant d'une spécification du standard « *ordre public* », v. *infra* n° 449.

⁵⁸² Plus exactement, et selon la terminologie consacrée, sous couvert d'« *ordre public de proximité* » : v. Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avr. 1981, *de Ituralde de Pedro* : *JDI* 1981, p. 813-827, note Danièle Alexandre.

⁵⁸³ Nous reprenons ici l'expression des Professeurs KEGEL et SCHURIG (*Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 523, 535 et 539).

⁵⁸⁴ Traduisant cette idée, selon laquelle on ne saurait exiger de compatibilité que dans les principes, non dans les modalités, v. CJCE, 2 mai 2006, *Eurofood*, C-341/04, spéc. pt. 68 : laissant à la juridiction nationale le soin d'établir l'existence d'une atteinte à l'ordre public procédural du for, la Cour de justice indique néanmoins que celle-ci « *ne saurait se limiter à transposer sa propre conception de l'oralité des débats et du caractère fondamental que celle-ci revêt dans son ordre juridique, mais doit apprécier, au vu de l'ensemble des circonstances, si le «provisional liquidator» nommé par la High Court a bénéficié ou non d'une possibilité suffisante d'être entendu* ».

autorisant l'exercice de l'action pendant un délai plus long⁵⁸⁵, il s'opposait en revanche à l'application de lois prévoyant des délais sensiblement plus longs⁵⁸⁶.

Le diagnostic d'une atteinte à l'ordre public du for procède ainsi du constat d'un contraste excessif entre l'effet à faire produire à la norme étrangère, ou la procédure suivie dans l'instance directe, concrètement appréciés, et les valeurs, toutes les valeurs, consacrées dans l'ordre juridique du for.

Pourtant, il arrive que ce qui pourrait être perçu comme constitutif d'une atteinte à aux valeurs for ne soit pas sanctionné. Il faut alors s'interroger sur les limites au jeu de l'exception d'ordre public.

3) *Limites du contrôle*

Division. – Le droit positif atteste de l'existence de ce qui s'analyse traditionnellement comme des limites au jeu de l'exception d'ordre public international. Il en est de deux ordres. La première, fondée sur le principe de non-révision au fond, vient en effet inhiber la faculté de l'agent auquel est soumis une décision externe de découvrir une atteinte éventuelle à l'ordre public (a). Les secondes, toutes deux fondées sur l'idée d'une prise en compte, tantôt positive, tantôt négative, de l'intérêt des parties, paralysent moins le contrôle qu'elles n'établissent, en réalité, l'absence d'atteinte à l'ordre public du for (b).

a) Limites déduites du principe de non-révision au fond

157. L'idée selon laquelle, pour déceler une atteinte à l'ordre public, le point de vue normatif étranger doit être ramené aux circonstances de l'espèce⁵⁸⁷, trouve un obstacle dans la jurisprudence qui tend à interdire, en présence de décisions juridictionnelles, à l'agent du contrôle de refaire le raisonnement en fait et en droit ayant présidé à la solution du litige⁵⁸⁸.

⁵⁸⁵ CA Paris, 14 mars 1952 : *JCP* 1952, II, 7075, note Jean Mazeaud. En l'espèce, l'action avait été introduite dans les deux ans et demi suivant la naissance de l'enfant.

⁵⁸⁶ V. Cass. civ., 30 nov. 1938 : *Rev. crit.* 1939, p. 283, note H. B, tel qu'analysé par Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, n^{os} 400-402. En l'espèce, l'action avait été introduite alors que l'enfant avait onze ans.

⁵⁸⁷ V. *supra* n^{os} 122-131.

⁵⁸⁸ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n^o 623.

Arc-boutée sur le principe dit de l' « *interdiction de la révision au fond* », ou, selon une expression plus synthétique, de « *non-révision* », cette limitation du contrôle est bien établie en matière de contrôle des sentences arbitrales, plus sporadique en matière d'effet des jugements étrangers⁵⁸⁹, où ce principe s'enracine historiquement⁵⁹⁰, ce qui justifie qu'on en traite ici.

158. Limitation de l'étendue du contrôle des sentences arbitrales à l'aune de l'ordre public. – En matière d'arbitrage, où elle est le plus systématisée, cette solution se traduit par l'utilisation de trois méthodes⁵⁹¹. Utilisées de manière cumulative⁵⁹² ou alternative par la jurisprudence, elles apparaissent tout à la fois, fongibles, complémentaires et virtuellement contradictoires.

159. Une première méthode consiste à restreindre *les éléments susceptibles d'être pris en compte par l'agent*, selon deux modalités. Soit on limite l'objet du contrôle à la solution donnée au litige par l'arbitre, qui seule devrait être confrontée à l'ordre public du for. A prendre cette directive au pied de la lettre⁵⁹³, les atteintes à l'ordre public devraient être rarissimes, puisque, on l'a vu, singulièrement en matière patrimoniale, le dispositif de la décision n'aura généralement rien de choquant⁵⁹⁴. Soit, de manière moins restrictive on n'autorise qu'un contrôle que l'on peut appeler « *intrinsèque*⁵⁹⁵ », limité au contenu de la sentence, à l'exclusion de toute investigation personnelle de l'agent.

160. Une deuxième méthode consiste à limiter *l'intensité de l'opération intellectuelle menée par l'agent*, en ne sanctionnant que les atteintes « *effectives* », « *concrètes* » et, surtout,

⁵⁸⁹ V. Louis D'AVOUT, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2009, *Agrogabon* : RCDIP 2009, p. 331-341. Pour une application, à propos de l'allégation de fraude déjà examinée par le juge étranger, v. par exemple : Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} juill. 2009, 08-12.397, inédit.

⁵⁹⁰ En droit français, v. le « *grand arrêt* » *Munzer* (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1964 : GAJFDIP, n° 41) ; en droit de l'Union, v. l'article 52 du Règlement Bruxelles I bis, qui énonce qu' « *en aucun cas une décision rendue dans un État membre ne peut faire l'objet d'une révision au fond dans l'État membre requis* ». Sur les solutions contrastées consacrées par le droit des États membres avant l'entrée en vigueur de la Convention de Bruxelles, v. Paul JÉNARD, *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière commerciale* (dit « *Rapport Jénard* »), JO C 59 du 5 mars 1979, p. 1, spéc. p. 3-6.

⁵⁹¹ Cette classification s'inspire en partie de celle proposée par Alexis MOURRE dans sa note sous l'arrêt *Thalès* (CA Paris, 1^{re} ch. C, 18 nov. 2004, *Thalès c. Euromissile*), JDI 2005, p. 357-378.

⁵⁹² V., dans des affaires où était alléguée une violation du droit de l'Union par l'arbitre, la motivation synchrétique de : Cass. 1^{er} civ., 4 juin 2008, *SNF c. Cyttec*, n° 06-15.320 ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, *A. de Prémont c. Sté Trioplast*, n° 08-12.149 ; Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Sté Smeg NV c. Sté La Poupardine*, n° 10-16.680.

⁵⁹³ Ce que la jurisprudence ne fait pas, puisque la mise en œuvre du troisième précepte au moins implique une référence à la motivation de la sentence. Sur ce point, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 624.

⁵⁹⁴ V. *supra* n° 129.

⁵⁹⁵ Pierre MAYER, « Arbitrage et le droit matériel de l'Union », *op. cit.*, spéc. n° 2 ; *idem*, « Faut-il modifier les règles du contrôle ? », in Eric Loquin et Sébastien Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161-176, p. 223-224.

« *flagrantes* » de l'ordre public. Expression du principe d'appréciation *in concreto*⁵⁹⁶, l'exigence d'une atteinte effective et concrète est exempte de critique. Comprise comme une atteinte qui s'évince de la seule lecture de la sentence⁵⁹⁷, à l'exclusion de tout raisonnement plus approfondi⁵⁹⁸, l'exigence d'une atteinte « *flagrante* », l'est déjà moins, puisqu'elle rend le contrôle pratiquement ineffectif⁵⁹⁹, singulièrement lorsqu'est alléguée une violation du droit de la concurrence, dont la détection suppose de délicates analyses économiques et juridiques⁶⁰⁰.

161. Une troisième méthode consiste à faire varier l'étendue du contrôle selon que l'arbitre a ou non envisagé l'application de la règle prétendument violée⁶⁰¹. Dans le premier cas, il faudrait faire confiance à l'arbitre, sous réserve du constat d'une violation « *flagrante* » de l'ordre public, dans le second, un contrôle « *plein* », dans son objet et dans son intensité, serait possible et du reste, par hypothèse, seul envisageable⁶⁰².

162. Portée effective du principe de non-révision. – Ainsi que l'a démontré la doctrine internationaliste, cette jurisprudence procède d'une conception erronée du principe de non-révision⁶⁰³.

⁵⁹⁶ Sur lequel, v. n° 122 et s.

⁵⁹⁷ De ce point de vue, l'exigence présuppose et absorbe celle d'un contrôle « *intrinsèque* ».

⁵⁹⁸ Ou qui « *crève les yeux* », selon l'expression de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Thalès* (préc.), qui l'avait elle-même reprise des conclusions de la société recourante.

⁵⁹⁹ Son maintien est d'ailleurs sujet à caution : v. notamment Charles JARROSSON, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in Eric Loquin et Sébastien Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161-176 et, en dernier lieu, l'interprétation du droit européen de la concurrence sollicitée par la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Genentech*, afin d'apprécier l'existence d'une atteinte, par hypothèse bien peu flagrante, à l'ordre public international en l'espèce (CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 sept. 2014, n° 12/21810, n° 13/09296, n° 13/17187 : *D.* 2014, pan. p. 2541, obs. Thomas Clay ; *JCP G* 2015, doctr. 877, n° 8 obs. Christophe Seraglini).

⁶⁰⁰ S'agissant de la méconnaissance d'une règle de droit de l'Union, il est probable que cette limitation du contrôle du juge national aux violations flagrantes soit contraire au principe d'effectivité, dans la mesure où, l'arbitre n'étant pas une juridiction au sens de l'art. 267 TFUE, elle rend en pratique sinon « *impossible* », du moins « *excessivement difficile* » l'application du droit de l'Union. Sur le principe d'effectivité, v. *infra* n°s 252, 280 et s., 298 et s.

⁶⁰¹ V. les arrêts *SNF* et *Trioplast* précités dans lesquelles la Cour de cassation s'attache à relever que l'arbitre a fait application du droit de l'Union.

⁶⁰² Particulièrement favorable à cette distinction, v. Laurence IDOT, « L'étendue du contrôle de la sentence », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Actes du colloque CEPANI du 9 décembre 2010, Bruylant, 2010, p. 143-171. V. aussi son intervention lors de la discussion sur l'« arbitrage et le droit matériel de l'Union », in Pierre Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, *op. cit.*, spéc. p. 105, 107 et 108 et, antérieurement : « Ordre public, concurrence et arbitrage : État de la rencontre », *Concurrences*, n° 3-2006, p. 12-15 ; *eadem*, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, p. 2681-2689. Reste à savoir s'il s'agirait, dans le second cas, de sanctionner le manquement à une obligation imposée à l'arbitre de relever d'office l'applicabilité de la loi de police ou d'apprécier l'existence d'une atteinte concrète à l'ordre public.

⁶⁰³ V. particulièrement : Louis D'AVOUT, note sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2009, *Agrogabon*, *op. cit.*, spéc. p. 337-338 ; Sylvain BOLLÉE, *Rev. arb.* 2007, chron. p. 97-108, spéc. p. 103 ; Vincent HEUZÉ, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880-2885 ; Dominique HOLLEAUX, « Les conséquences de la prohibition de la révision », *Trav. Com. fr. DIP* 1980-1981, p. 53-77 ; Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 364 ; Pierre MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité de la sentence aux lois de police », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477, spéc. p. 469.

En effet, historiquement, l'interdiction de la révision au fond ne signifie rien d'autre que le passage d'un système où l'efficacité de la décision étrangère était subordonnée à son identité à la décision qu'aurait rendu le juge requis s'il avait été saisi du litige à un système où cette efficacité est subordonnée au respect d'un nombre limitatif de conditions, dont la conformité à l'ordre public⁶⁰⁴.

A la lumière de cette genèse, la portée du principe de non-révision, en matière d'effets des jugements comme en matière d'arbitrage, peut être ainsi résumée : le principe exclut certes le contrôle de la rectitude du raisonnement menée dans l'instance directe⁶⁰⁵, mais il n'interdit pas, en revanche, que le juge du for procède à toutes les vérifications de fait et de droit qu'il estime nécessaires afin de s'assurer du respect des conditions d'efficacité des jugements ou des sentences posées par le législateur. C'est ce qu'on appelle la révision « à fin de contrôle⁶⁰⁶ ».

Aussi bien, la limite au contrôle déduite du principe de non-révision ne paraît pas justifiée⁶⁰⁷. *A priori* plus convaincantes sont les limites liées à la prise en compte de l'intérêt des parties.

b) Limites tenant à la prise en compte de l'intérêt des parties

163. On peut regrouper sous l'idée de prise en compte de l'intérêt des parties, deux courants *a priori* bien distincts. Relève en premier lieu de cette idée la théorie dite de l'« effet atténué de l'ordre public⁶⁰⁸ », dans la mesure où elle aboutit à mettre en balance l'effectivité de la

⁶⁰⁴ On renverra ici au commentaire de MM. ANCEL et LEQUETTE sous l'arrêt *Munzer*, préc. : *GA*, *op. cit.*, n° 41. V. aussi Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 648.

⁶⁰⁵ V., en matière d'arbitrage, Sylvain BOLLÉE, *chron. préc.*, spéc. p. 103 : « *Le législateur n'a pas fait du mal jugé un motif autonome d'invalidation des sentences* ».

⁶⁰⁶ V. Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n° 378. *Comp.*, dans le cadre de l'interprétation du règlement Bruxelles I : CJCE, 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07 : *Europe* 2009, comm. 262, obs. Laurence Idot ; *Rev. crit. DIP* 2010, p. 377, note Etienne Pataut, dont le point 60 suggère implicitement que la sanction d'une erreur dans l'appréciation des faits ou dans l'application de la règle de droit est possible, dès lors que et pour autant qu'une telle erreur s'analyserait en une atteinte à l'ordre public du for. V. aussi CJUE, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, spéc. pt. 38 et 45 : *Europe* 2012, comm. 469, obs. Laurence Idot ; *D.* 2013, pan. p. 1503, obs. Fabienne Jault-Seseke, qui, à propos de la mise en œuvre de la clause spéciale d'ordre public (procédural) de l'article 34-2° du règlement, juge que la mention par les autorités de l'Etat d'origine de la date de notification de l'acte introductif d'instance dans le certificat attestant de la force exécutoire de la décision ne prive pas le juge requis de contrôler lui-même si, conformément aux conditions posées par cette disposition, le défendeur défaillant a effectivement été informé en temps utile de la procédure introduite à son encontre.

⁶⁰⁷ Plus nuancé, v. cependant Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, note sous Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 2014, *M. Schneider*, n° 10-17.076, *JDI* 2015, comm. 5, p. 145-156. On verra (*infra* n° 461-463) que la difficulté à se prononcer sur les limites du contrôle à l'aune de l'ordre public peut s'expliquer par le phénomène d'articulation d'un mécanisme appelant en principe un raisonnement de type déductif, les lois de police, à un mécanisme appelant en principe un raisonnement abductif, l'exception d'ordre public.

⁶⁰⁸ Pour la première formulation générale, v. Cass. 1^{re} civ., 17 avr. 1953, *Rivière* : *GA*, n° 26 : « *La réaction à l'encontre d'une disposition contraire à l'ordre public n'est pas la même suivant qu'elle met obstacle à l'acquisition d'un droit en France ou suivant qu'il s'agit de laisser se produire en France les effets d'un droit acquis, sans fraude, en conformité avec*

situation et le respect des prévisions que les parties ont pu former sur cette base avec les autres valeurs du for. Peut en second lieu y être rattachée l'idée, surtout présente dans la littérature juridique allemande, selon laquelle une partie peut être déchu (« *präkludiert* ») du droit d'invoquer l'exception d'ordre public lorsqu'elle s'est abstenue de soulever le moyen corrélatif dans l'État d'origine. Dans le premier cas, l'intérêt des parties est pris en compte de manière positive (i), alors qu'il l'est de manière négative dans le second, pour sanctionner la passivité de la partie victime (ii).

i) *Positivement*

164. Exposé de la théorie de l'effet atténué de l'ordre public. – La théorie de l'effet atténué de l'ordre public repose sur une distinction entre création et efficacité d'une situation juridique : lorsqu'il s'agit de laisser une situation valablement créée à l'étranger produire ses effets dans le for, l'agent sera moins prompt à déclencher l'exception d'ordre public (*effet « atténué »*), que s'il s'agissait pour lui de la créer (*effet « plein »*). L'effet atténué, en réalité l'absence de déclenchement de l'exception d'ordre public, trouve ainsi son terrain d'élection dans les cas où la situation a fait l'objet d'une intervention, décisionnelle ou non, d'une autorité étrangère⁶⁰⁹.

165. Ressort de la théorie de l'effet atténué. – Alors qu'il est habituel d'étudier la théorie de l'effet atténué et celle de l'ordre public de proximité⁶¹⁰ conjointement, au titre d'une relativisation spatiale de l'ordre public, certains auteurs ont mis en lumière que l'infléchissement du jeu de l'exception d'ordre public s'expliquait ici moins par un facteur d'ordre géographique que par l'effectivité de la norme étrangère, et les scrupules que l'on peut avoir à décevoir les prévisions qu'auront en conséquence formées les parties⁶¹¹.

166. Analyse technique de la théorie de l'effet atténué. – Dans cette perspective, c'est la notion de mise en balance qui paraît le mieux à même de rendre compte techniquement de la mise en œuvre de la théorie de l'effet atténué : l'effectivité de la situation et le souci de

la loi ayant compétence en vertu du droit international privé français ». L'expression « *effet atténué* » proprement dite a été consacrée par l'arrêt *Munzer* (Cass. 1^{re} civ., 7 janv. 1964 : *GA*, n° 41).

⁶⁰⁹ V. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 459. Sur l'application de la théorie de l'effet atténué plus largement dans le cadre de la « *reconnaissance des situations* », v. Sylvain BOLLÉE, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307-355, spéc. n° 29.

⁶¹⁰ Sur laquelle, v. *supra* n° 151-153.

⁶¹¹ En ce sens v. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTE, *GA*, *op. cit.*, n° 26-12 ; Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n°s 681-683 ; Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, *op. cit.*, spéc. n. 140, p. 290 ; Benjamin REMY, *op. cit.*, n°s 708-712.

ménager la continuité de celle-ci⁶¹² jouent, respectivement, comme circonstance factuelle et valeur nouvelles, susceptibles de faire « *glisser* » l'agencement de valeurs habituellement jugé comme optimal dans ce type de situations⁶¹³. Ainsi, dans l'arrêt de principe *Rivière*, l'existence d'une décision obtenue sans fraude à l'étranger et l'intérêt corrélatif à ne pas remettre en cause une situation à ce point effective que les anciens époux s'étaient chacun remariés ont pu faire accepter la conformité à l'ordre public international français de la reconnaissance d'un divorce par consentement mutuel équatorien, alors que, cette cause de divorce n'étant pas, à l'époque, disponible dans le for, les juridictions françaises auraient refusé de faire application d'une loi étrangère l'admettant. Les impératifs de sécurité et d'harmonie sous-jacents à la théorie de l'effet atténué comptant tout autant parmi les valeurs du for que celles sous-jacentes aux règles de droit substantiel (la dissolubilité relative du mariage dans l'affaire *Rivière*), lorsque l'exception d'ordre public joue dans son « effet atténué », c'est qu'il n'y a pas, en réalité, d'atteinte à l'ordre public du for⁶¹⁴.

Reposant sur une opération de mise en balance, l'« effet atténué » de l'exception d'ordre public ne présente aucun automatisme⁶¹⁵ : l'atteinte aux autres valeurs consacrées dans le for ou le degré d'effectivité de la situation peuvent être tels que le souci de protéger les prévisions des parties sera insuffisant à établir la conformité à l'ordre public international du for⁶¹⁶.

L'effet atténué procède ainsi d'une prise en compte positive de l'intérêt des parties, en ce sens que le jeu de l'exception d'ordre public sera inhibé, en faveur de ces dernières. Au contraire, l'idée, en matière d'effet des décisions, d'une déchéance du droit d'invoquer la contrariété à l'ordre public du for, vient faire échec au jeu de l'exception, alors que celui-ci aurait pu être

⁶¹² Selon Benjamin REMY (*op. cit.*, n^{os} 407 et s.), certaines hypothèses de non déclenchement de l'exception d'ordre public s'expliqueraient par la prise en compte d'un intérêt des parties d'un autre type: l'intérêt à voir leur environnement axiologique respecté.

⁶¹³ *Comp.* Benjamin REMY, n^o 707 et s. Sur la notion d'« agencement typique de valeurs » et la mutabilité de ces derniers, v. *infra* n^{os} 395 et 412.

⁶¹⁴ De ce point de vue, l'inspiration de la théorie est proche de la justification traditionnellement avancée pour l'institution de la prescription en droit interne : outre le souci de sanctionner le créancier non diligent, « [i]l s'agit [...] de consolider des situations de fait non contestées après une longue léthargie : *quieta non movere*. Au-delà de certaines limites, les impératifs de sécurité, d'ordre et de paix sociale peuvent l'emporter sur la finalité première de la règle de droit, qui est d'assurer le respect de la justice et des droits individuels » (François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Les obligations*, *op. cit.* n^o 1472, p. 1509).

⁶¹⁵ *Comp.* Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé, Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013, n^o 375, p. 339 : « Mais la question de savoir dans quels cas l'ordre public n'a qu'un effet 'atténué' n'est pas plus susceptible de réponse générale que celle de l'intervention de l'ordre public lui-même ».

⁶¹⁶ Pour des exemples de déclenchement de l'exception d'ordre public, en dépit de ce que la situation est née à l'étranger, v. Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, n^o 375 ; Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, n^o 461.

favorable à l'une des parties à l'instance indirecte. En ce sens, et par contraste, on peut parler de prise en compte négative.

ii) *Négativement*

167. L'idée existe, en matière d'effet des décisions⁶¹⁷, qu'il faudrait refuser à la partie victime le droit de se prévaloir d'une atteinte à l'ordre public du for, lorsque le moyen correspondant n'a pas été débattu dans l'État d'origine. Il y a là une limite au jeu de l'exception d'ordre public, analysée essentiellement dans la littérature juridique allemande⁶¹⁸.

168. Domaine de la limite. – Par hypothèse, cette limite au jeu de l'exception d'ordre public a un domaine restreint⁶¹⁹. Elle suppose, tout d'abord, que le défaut réalisant l'atteinte à l'ordre public du for était également sanctionnable du point de vue de l'ordre juridique d'origine et, ensuite, que la partie qui a intérêt à invoquer la contrariété à l'ordre public du for ait été pratiquement en situation de faire valoir le moyen correspondant dans l'instance directe. Nous examinerons ces deux points successivement.

169. Sanctionnabilité théorique du défaut dans l'État d'origine. – La nécessité d'une certaine correspondance entre le grief tiré de la contrariété à l'ordre public du for dans le cadre de l'instance indirecte et les moyens susceptibles d'être articulés au regard de l'ordre juridique d'origine, dans le cadre de l'instance directe fait de l'invocation d'une inéquité procédurale le terrain d'application privilégié d'une possible déchéance de la partie victime.

Dans ce contexte, elle invite à distinguer entre deux types d'atteintes à l'ordre public procédural du for⁶²⁰ : celles qui résulteraient du contenu même du droit appliqué par le juge

⁶¹⁷ Si nous nous concentrons ici sur l'effet des jugements étrangers, l'idée est également présente en matière d'efficacité des sentences arbitrales. V. à ce titre les développements consacrés à l'arrêt *Mostaza Claro* (préc.) *infra* n° 291, où était en cause une restriction procédurale nationale procédant de cette idée, laquelle a été jugée contraire à l'exigence d'une protection effective du consommateur débiteur.

⁶¹⁸ V. Reinhold GEIMER et Rolf A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3^e éd., C. H. Beck, 2010, spéc. p. 648, où cette question est étudiée comme une condition (générale) de mise en œuvre de l'exception d'ordre public du règlement Bruxelles I ; Ekkehard REGEN, *Prozessbetrug als Annerkennungshindernis. Ein Beitrag zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts*, JWV, 2008, qui traite de cette problématique, en droit comparé de l'effet des jugements, y compris le droit de l'Union, et en droit comparé l'arbitrage, à propos, spécifiquement, du moyen tiré de l'existence d'une fraude procédurale de l'autre partie (sur cette thèse, on peut lire le compte rendu du Professeur GEIMER à la *RabelsZ* 2010, p. 898-901). En France et plus largement en dehors de la littérature allemande, v. les décisions du juge du fond citées dans l'étude réalisée sous la direction de Mme Marie-Laure NIBOYET et Laurence SINOPOLI sur « L'*exequatur* en France des jugements étrangers », *Gaz. Pal.*, 17 juin 2004, n° 169, p. 4. V. aussi Stéphanie FRANCO, « Art. 34 », in Ulrich Magnus et Peter Mankowski (dir.), *Brussels I Regulation*, *op. cit.*, n°s 19 et 27 ; Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 787.

⁶¹⁹ V. sur ce point l'examen minutieux des différentes conceptions existantes de ce domaine (ou « *Präklusionsmodelle* ») en droit positif et en doctrine opéré par M. REGEN, dans sa thèse (*op. cit.*).

⁶²⁰ Pour une distinction similaire, faite dans une autre perspective, v. : Reinhold GEIMER et Rolf A. SCHÜTZE, *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, *op. cit.*, p. 641 ; Horatia MUIR WATT, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481-497, spéc. n°s 12 et 13.

d'origine⁶²¹ et ceux qui, par contraste, procéderaient d'une application défectueuse de celui-ci⁶²². En effet, le droit procédural appliqué par le juge de l'État d'origine étant en général la loi de cet État, seuls les défauts tenant à la mauvaise application de cette dernière, à l'exclusion de ceux tenant à son contenu sont, au moins à titre théorique, également sanctionnables du point de vue de l'ordre juridique d'origine.

Le problème se pose cependant dans des termes comparables, compte tenu de cette nécessaire correspondance des moyens, à propos d'un défaut qui s'analyserait en une atteinte à l'ordre public du for requis, résultant d'une mauvaise application du droit de l'Union par le juge d'un autre État membre. En effet, ainsi qu'on l'a vu, si l'erreur de droit de l'Union n'est pas, en application des principes de non-révision et de non-réciprocité, sanctionnable en tant que telle dans l'État membre requis, elle l'est lorsque cette méconnaissance atteindrait un seuil de gravité tel qu'elle constituerait une atteinte à l'ordre public du for⁶²³. En ce sens, la Cour a très récemment décidé que, le règlement Bruxelles I bis reposant sur « *l'idée fondamentale que les justiciables sont tenus, en principe, d'utiliser toutes les voies de recours ouvertes par le droit de l'État membre d'origine* », il appartenait à la partie intéressée, « *d'empêcher en amont* », c'est-à-dire par l'exercice de ces voies de recours, « *une violation de l'ordre public* », en ajoutant que « *cette règle se justifie d'autant plus lorsque la violation alléguée de l'ordre public découle, comme dans le litige au principal, d'une prétendue violation du droit de l'Union*⁶²⁴ ».

Mais que le défaut soit en théorie sanctionnable ne suffit pas : il faut encore qu'il ait pu être sanctionné en pratique.

170. Sanctionnabilité effective du défaut dans l'État d'origine. – Pour que l'on puisse légitimement reprocher à la partie intéressée de n'avoir pas soulevé le moyen correspondant à l'atteinte à l'ordre public du for dans l'instance directe, il ne paraît pas déraisonnable de vérifier qu'elle ait été effectivement à même de le faire⁶²⁵, par exemple qu'elle ait eu

⁶²¹ Ainsi, de l'ancienne procédure de contumace française en cause dans l'affaire *Krombach*, préc.

⁶²² On peut rattacher à cette dernière catégorie les hypothèses de partialité du juge étranger, de défaut dans la transmission des documents afférents au procès et de fraude procédurale de l'autre partie.

⁶²³ Sur ce point, v. *supra* n° 45.

⁶²⁴ CJUE, 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, *op. cit.*, pt. 64. Dans une tonalité plus moniste encore, l'avocat général SZPUNAR préconisait la même solution, au nom de l'idée que « *le règlement 44/2001 s'appuie sur l'idée fondamentale que les actes pris dans le cadre d'une procédure au fond, y compris la rectification d'erreur, doivent être concentrés dans l'Etat membre d'origine* » (pts 63 et 64).

⁶²⁵ *Comp.* l'arrêt *Diageo Brands* (préc.) où la Cour réserve l'hypothèse de « *circonstances particulières rendant trop difficile ou impossible l'exercice des voies de recours dans l'État membre d'origine* », justifiant, faut-il comprendre, que l'on ne fasse pas reproche à la partie intéressée de n'avoir pas fait sanctionner le défaut dont elle se prévaut devant le juge de l'Etat requis « *en amont* » dans l'Etat d'origine (*loc. cit.*).

connaissance du défaut à un moment où elle pouvait le faire valoir devant le juge d'origine ou dans le cadre d'un recours contre la décision de celui-ci^{626 627} .

171. Ratio de la limite. – Lorsque ces conditions sont réunies, le refus de faire jouer l'exception d'ordre public apparaît comme le résultat d'une conciliation opérée, en présence d'un plaideur resté passif, entre le souci de ne pas donner une seconde chance à ce dernier de voir rendue une décision conforme à ses intérêts, sans autre raison que l'internationalité de la situation^{628 629}, d'une part, et les autres valeurs sollicitées par la situation que l'exception d'ordre public aurait eu vocation à protéger, en l'absence de cette circonstance.

A ce titre, comme l'« effet atténué », la déchéance du droit d'invoquer l'exception d'ordre public apparaît davantage comme le corollaire de l'absence d'atteinte aux valeurs du for, celles-ci étant simplement différemment agencées en présence d'une circonstance nouvelle, que comme une limite à proprement parler au contrôle de l'agent.

⁶²⁶ *Comp. Cass. 1^{re} civ.*, 3 déc. 1996 : *Rev. crit. DIP* 1997, p. 328, note Horatia Muir Watt, qui sanctionne la partialité du juge d'origine révélée postérieurement à la décision à *exequatur* au titre de l'ordre public procédural. Au contraire, le plaideur qui, « régulièrement assigné, [a] fait défaut devant la juridiction [de l'Etat d'origine] ne p[eut], de ce fait, présenter devant le juge français de l'exequatur le moyen de fraude qu'il aurait du faire valoir devant le juge étranger » (Cass. 1^{re} civ., 29 janv. 2002 : *Rev. crit. DIP* 2002, p. 573, note Bertrand Ancel).

⁶²⁷ Cette idée, ou du moins son approfondissement, donne à réfléchir sur le sort de l'exception d'ordre public dans le cadre de l'espace judiciaire européen. En effet, l'idée (déjà évoquée *supra* n° 45 *in fine*) d'une suppression de la possibilité pour le juge de l'Etat d'exécution de contrôler la décision d'un autre Etat membre repose, tendanciellement, sur l'idée (moniste) d'une répartition horizontale des compétences entre les Etats membres pour la réalisation de valeurs conçues comme européennes. Dans ce contexte, les autorités de l'Etat d'origine, appliquant les règles européennes substantielles et procédurales (v. les règles procédurales minimales des règlements dits de « nouvelle génération », dont il sera question *infra* n° 447) sont vues comme seules compétentes pour réaliser ces valeurs, à l'exclusion du juge de l'Etat d'exécution qui ne pourrait jamais lui-même remédier à défaut dans cette réalisation, quelle qu'en soit la gravité. Cependant, pour être admise, cette idée de répartition des compétences suppose de vérifier que celle du juge de l'Etat d'origine est bien pertinente au regard de la situation envisagée. On peut parler de subsidiarité *lato sensu* : la compétence doit être allouée à celui qui est en position de répondre effectivement au problème (la subsidiarité *stricto sensu* visant, en droit de l'Union, le principe régulateur de l'exercice des compétences autres qu'exclusives de l'Union, selon lequel cette dernière ne peut agir que sous réserve de satisfaire au double critère de défaillance étatique et d'efficacité optimale posé par l'article 5-3 TUE). A ce titre, il faudrait probablement distinguer les griefs qui seraient effectivement sanctionnables dans l'Etat d'origine de ceux qui, quoi qu'on fasse, ne pourraient être pertinemment sanctionnés que dans l'Etat requis, notamment parce que, étant d'origine factuelle, ils ne sont pas solubles dans l'harmonisation (*Comp. Marie-Laure NIBOYET, Audition devant la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la Révision du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, 5 octobre 2009, texte définitif publié sur le site de la Commission des affaires juridiques du Parlement européen (<http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200910/20091009ATT62237/20091009ATT62237FR.pdf>), spéc. p. 3 : « Le principe de reconnaissance mutuelle, sans cesse brandi au soutien de l'abolition de l'exequatur, est en réalité sans rapport avec cette question. Il ne s'agit pas de remettre en cause les appréciations du juge d'origine. Il s'agit ici de prendre en compte de manière très pragmatique la spécificité de tout contentieux transfrontière » (c'est l'auteur qui souligne). *Adde* : Marie-Laure NIBOYET et Géraud DE GEOUFFRE DE LA PRADELLE, *Droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 2011, n° 756, p. 662 : « *Le contentieux transfrontière offre, de plus, de multiples occasions aux plaideurs de tenter de profiter de l'éloignement de l'autre partie pour chercher à abuser le juge en lui livrant une présentation fallacieuse des faits. Ce type de fraudes, qui se révèlent généralement au moment de l'exécution, peut donc totalement échapper au juge d'origine* »).*

⁶²⁸ Comme en matière d'effet atténué (v. *supra* n. 614), cette considération rejoint les justifications traditionnellement avancées au bénéfice de l'institution de la prescription, dans leur versant négatif, sanctionnateur de la partie non-diligente, cette fois.

⁶²⁹ *Comp. Paul OBERHAMMER, « The Abolition of Exequatur », IPrax 2010, p. 197-203, spéc. p. 202 : « Most breaches of public policy result from a situation where foreign judgment is simply wrong from the state of origin's perspective as well. Here the public policy test is simply an additional means of extraordinary recourse against the judgment emerging from the mere coincidence that the state of enforcement is different from the judgment state (...). It is hard to understand why we need a special procedural safeguard for people or business 'with money abroad' ».*

172. Conclusion. – Transition. – Le droit positif donne ainsi à voir différents types de limites au jeu de l'exception d'ordre public, limites qui, *in fine*, procèdent toutes de l'idée que l'opportunité de la sanction d'une atteinte, éventuelle ou prétendue, des valeurs du for, peut être remise en cause par d'autres considérations. Encore faut-il que ces motifs soient assez puissants pour que la limite soit légitime. On en vient ainsi à s'interroger sur cette considération première à laquelle il est parfois fait exception. C'est aborder la fonction du contrôle.

4) *Fonction du contrôle*

173. Définition. – La fonction de l'exception d'ordre public international peut être définie comme la préservation de la *cohérence de l'ordre juridique du for*⁶³⁰. Cette cohérence que l'on cherche à préserver affecte moins la dimension normative qu'organique de l'ordre juridique. Elle constitue cependant la condition du maintien de ce dernier.

174. Objet de la cohérence. – L'extranéité de la norme étrangère auquel il est donné effet, sur ordre d'une norme de réalisation du for, est indissoluble : la norme étrangère ne cesse pas d'appartenir à son ordre d'origine et elle ne devient pas une composante de l'ordre juridique du for. Aussi bien, l'harmonie que l'exception d'ordre public cherche à préserver n'est pas une harmonie entre les normes⁶³¹ ; ce dont elle a pour fonction de s'assurer est qu'un organe du for ne fasse rien, en principe, qui heurte les valeurs consacrées dans l'ordre juridique⁶³². En ce sens peut-on dire que la menace que représente l'efficacité de la norme étrangère et, corrélativement, la cohérence que l'on vise a pour objet la dimension organique de l'ordre juridique.

175. Nécessité de la cohérence. – La cohérence que l'exception d'ordre public vise à préserver est la condition nécessaire au maintien de l'ordre juridique en tant que tel. Il ne s'ensuit cependant pas obligatoirement que l'exception d'ordre public elle-même soit nécessaire.

⁶³⁰ *Comp.* Didier BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance, op. cit.*), qui parle d' « harmonie interne » de l'ordre juridique (n° 429, B. 13, p. 536 et B. 22, p. 538).

⁶³¹ En ce sens, v. Didier BODEN (*idem.*, n. 1301, I-B, p. 628) qui évoque plus précisément une « harmonie générale » devant « caractériser l'ensemble des effets accordés au sein de l'ordre juridique du for aux normes juridiques, internes ou étrangères » (nous soulignons).

⁶³² *Comp.* CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, Aff. C-233/08, Rec. p. I-177, analysé *infra* nos 500 et s. : « il est difficilement concevable qu'un titre permettant l'exécution du recouvrement de la créance soit exécuté par cet État membre si cette exécution est de nature à porter atteinte à l'ordre public de celui-ci » (pt. 43).

Nécessaire, la cohérence l'est dans la mesure où le bon ordonnancement interne, passe pour la qualité essentielle de l'ordre juridique⁶³³ et où, en conséquence, le sacrifice de cette cohérence équivaudrait à une destruction ce dernier⁶³⁴. Dans cette perspective, un ordre juridique ne saurait, sans reniement, donner effet à une norme étrangère sans examen préalable de la compatibilité de cet effet avec son ordre public. « *La question de l'exception d'ordre public se pose chaque fois que sont en cause des relations entre ordres juridiques en général, et, en particulier, chaque fois qu'il s'agit pour un État de s'imposer d'accepter ou de refuser de donner effet aux normes d'un autre État* » écrit ainsi Didier BODEN⁶³⁵.

Nécessaire, la réalisation des valeurs du for que l'exception d'ordre public vise à préserver *a minima* est néanmoins susceptible d'être atteinte par d'autres mécanismes, techniquement plus élaborés que cette dernière ainsi qu'on aura l'occasion de le voir ultérieurement⁶³⁶. L'important est qu'elle le soit.

Eu égard à sa fonction, on perçoit ainsi que l'exception d'ordre public a une vocation générale. Aussi est-il temps d'évoquer son rôle dans les matières voisines du droit international privé, que l'on peut regrouper sous le nom de droit public international.

B. En droit public international

176. Division. – Défini par symétrie avec le droit international privé (1), le droit public international appelle, lui aussi, le jeu de l'exception d'ordre public, comme limite à l'effet donné au droit étranger (2).

1) Objet respectif du droit international privé et du droit public international

177. Prendre pour base une distinction entre droit international privé et droit public international peut paraître hasardeux, tant le caractère insaisissable, voire artificiel, de la

⁶³³ On peut renvoyer ici aux contributions publiés dans le numéro des *Archives de philosophie du droit* consacré au système juridique (t. 31, 1986).

⁶³⁴ *Comp.*, à propos du *jus cogens*, l'affirmation de Joe VERHOEVEN, *Droit international public*, Larcier, Précis de la Faculté de l'UCL, 2000, spéc. p. 339, qui assimile le *jus cogens* du droit international public à l'ordre public au sens du droit civil, au nom de l'idée selon laquelle « *il est nécessairement un noyau dur auquel il ne peut être dérogé ; soutenir le contraire reviendrait à affirmer qu'un ordre juridique, c'est-à-dire une société, est tenue de laisser ceux auxquels il a laissé la capacité de contracter parfaitement libres d'en méconnaître les dispositions essentielles, c'est-à-dire, à la limite, de le détruire. Ce qui n'a pas de sens.* ».

⁶³⁵ Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, n° 619.

⁶³⁶ *Infra* n°s 441 et s.

distinction qu'elle présuppose, entre droit privé et droit public, est souligné⁶³⁷. Pourtant, il nous semble que cette double opposition rend compte de l'incidence indéniable qu'exerce l'« *implication d'un État dans la relation juridique*⁶³⁸ » sur le traitement que cette dernière reçoit en droit positif, ne serait-ce qu'en raison des incidences qui demeurent celles de l'idée (politique) de souveraineté⁶³⁹. Pour poser correctement les choses, il faut néanmoins distinguer selon que la relation dans laquelle l'État est dit impliqué est *la relation objet de la règle*, telle qu'elle est abstraitement visée dans le présupposé de cette dernière, ou *la relation en cause*, telle qu'elle se présente concrètement à l'organe du for (la relation litigieuse, pourrait-on dire par un raccourci un peu trop simplificateur). La première distinction permet de circonscrire l'objet respectif du droit privé et du droit public, la seconde celui du droit international privé et du droit public international.

178. Droit privé et droit public. – Ainsi, on peut appeler *droit privé* l'ensemble de normes ayant pour objet de déterminer les droits et obligations des parties à une relation horizontale, c'est-à-dire, pour s'en tenir au schéma le plus simple, entre deux personnes privées ou une personne privée et une personne publique agissant comme opérateur privé. À l'inverse, on peut appeler *droit public*, l'ensemble des normes ayant pour objet de régir le fonctionnement des organes de l'État et leurs relations avec les particuliers⁶⁴⁰, c'est-à-dire les relations de nature verticale.

179. Droit international privé et droit public international. – Corrélativement, on peut définir le droit international privé comme *la branche du droit qui détermine dans quelle mesure il peut être donné effet à une norme étrangère lorsque la relation internationale en cause est de nature horizontale*. Par contraste, le droit public international⁶⁴¹ peut être défini

⁶³⁷ V. cependant, pour l'affirmation du caractère structurant de la l'opposition entre « *situations de droit privé* » et « *situations de droit public* » en droit de l'Union, Loïc AZOULAI, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD eur.* 2010, p. 842.

⁶³⁸ Sur cette dernière v. Pierre MAYER, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1-29 et p. 349-582, spéc. p. 350 et s.; Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n^{os} 104-108 ; Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 162-171 ; Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n^o 360.

⁶³⁹ C'est-à-dire de l'idée selon laquelle chaque « *entité politique légifère pour elle-même et ne s'incline pas devant une autorité extérieure* » (Raymon ARON, *Paix et Guerre entre les nations*, 8^e éd., Calman-Lévy, 1985, spéc. p. 725. En revanche, dès lors qu'il s'agit d'accorder une portée directement juridique au terme « *souveraineté* », il nous semble que l'on gagne toujours à préciser ce qu'on entend par là (le caractère originaire de la compétence étatique, le principe de clôture institutionnelle entre les ordres juridiques, l'exclusivité du pouvoir de contrainte de l'Etat sur son territoire ...) de telle sorte que le concept apparaît comme étant (juridiquement) inutile : *comp.* François LUCHAIRE, « Un concept inutile : 'la souveraineté' in *Mél. Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 789-793.

⁶⁴⁰ Sur ce critère, v. François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 3^{ème} éd., Dalloz, 1996, spéc. n^{os} 83-84. Pour une présentation renouvelée de la distinction entre droit public et droit privé, v. l'édition actuelle de l'ouvrage de M. TERRÉ (10^e éd., 2015), aux n^{os} 99 et s.

⁶⁴¹ Pour l'utilisation de l'expression, v. Marc-André RENOLD, *Les conflits de lois en droit anti-trust*, préf. Pierre Lalive, Shultess, *Etudes suisses de droit international*, vol. 69, 1991, spéc. n^o 9.

comme *la branche du droit qui détermine dans quelle mesure il peut être, par exception et le plus souvent en vertu d'obligations internationales ou européennes, donné effet à une norme étrangère lorsque la relation internationale en cause est de nature verticale*⁶⁴², c'est-à-dire lorsqu'elle se noue entre une personne privée et une personne publique agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique⁶⁴³.

La scission entre ces deux types de contentieux résulte de la pratique, en droit positif, selon laquelle, sauf ordre exprès de leur législateur, les juridictions d'un État se refuseront à connaître des demandes formées par une personne publique étrangère agissant dans l'exercice de ses prérogatives de puissance publique⁶⁴⁴ ou contre une telle personne⁶⁴⁵.

L'efficacité du droit (pour l'essentiel, public) étranger dans une relation verticale affectée d'éléments d'extranéité étant admise au moins dans certains cas, se pose nécessairement la question de la limite à cette admissibilité.

2) *Jeu de la clause d'ordre public en droit public international*

180. Dans la mesure où il ne saurait être question de donner effet au droit étranger au détriment de la cohérence de l'ordre juridique⁶⁴⁶, on doit réserver le jeu, en matière de droit public international comme en matière de droit international privé, de l'exception d'ordre public⁶⁴⁷. La doctrine a ainsi pu souligner la filiation existant entre la notion d'ordre public

⁶⁴² Le droit de l'Union, précisément, offre de nombreux exemples de ces coopérations entre États membres, en matière pénale, fiscale et, plus largement, administrative. En matière pénale, v. Guillemine TAUPIAC-NOUVEL, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, préf. Bertrand de Lamy, Fondation de Varenne, 2011. Sur l'exécution transfrontière des créances publiques dans l'Union européenne, v. Anatol DUTTA, « Grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzung in Europa : Konvergenz der Beitreibungssysteme in Zivil- und Verwaltungssachen ? » (à propos de CJUE, *Milan Kyrian*, 14 janvier 2010, C-233/08), *IPRax* 2010, p. 504-510 ; *idem*, « Die Pflicht der Mitgliedstaaten zur gegenseitigen Durchsetzung ihrer öffentlichrechtlichen Forderungen », *EuR* 2007, p. 742-767.

⁶⁴³ *Comp.* la définition autonome de la notion de « *matière civile et commerciale* » en droit international privé de l'Union ; v. par exemple CJUE, gde ch., 11 avr. 2013, *Sapir e. a.*, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228 : « [le] champ d'application [du règlement Bruxelles I] est délimité essentiellement en raison des éléments qui caractérisent la nature des rapports juridiques entre les parties au litige ou l'objet de celui-ci » (pt. 32) ; « si certains litiges opposant une autorité publique à une personne de droit privé peuvent relever [de ce] champ d'application [...], il en est autrement lorsque l'autorité publique agit dans l'exercice de la puissance publique » (pt. 33) .

⁶⁴⁴ On peut rattacher ce refus-ci à la réticence (politique) à voir les organes du for prêter main-forte à la réalisation des intérêts étrangers. Sur la dimension subjective des principes d'irrecevabilité des demandes d'un État étranger et de l'inapplicabilité du droit public étranger, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n^{os} 107-108 et 111-114.

⁶⁴⁵ Sur ce point, v. Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes, op. cit.*, spéc. n^o 329. Il nous semble que l'on peut rattacher ce refus-là au principe (logique) de clôture institutionnelle (pour la définition, v. *supra*, n^{os} 33 et 95), qui exclut toute interférence des organes d'un ordre juridique dans le fonctionnement d'un autre et qui se traduit (en droit positif) par l'existence d'une immunité de juridiction. Sur la nature de « *postulat de la théorie du droit* » du principe de clôture institutionnelle, v. François RIGAUX, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *op. cit.*, n^o 54.

⁶⁴⁶ V. *supra* n^{os} 173-175.

⁶⁴⁷ Ou, éventuellement, de mécanismes plus spécifiques prenant en charge les mêmes intérêts, selon un « *processus de spécification* » de l'ordre public (v. *infra* n^{os} 441 et s.).

dans l'une et l'autre des matières⁶⁴⁸. Signe de la vocation générale du mécanisme, la Cour de justice elle-même a découvert dans la directive *créances publiques*⁶⁴⁹ une clause non-écrite d'ordre public permettant de refuser une demande de recouvrement⁶⁵⁰.

181. Conclusion du paragraphe I. – Transition. – Qu'elle trouve à intervenir dans une situation de droit privé ou une situation de droit public, l'exception d'ordre public international se présente, fondamentalement, un mécanisme s'opposant à ce qu'un effet normatif soit attaché à une norme étrangère, quelle qu'en soit la nature, lorsque, au regard des circonstances, cet effet heurterait trop grandement les valeurs du for. Traditionnellement conçu comme excluant d'emblée toute place au droit étranger, le mécanisme des lois police, pourtant souvent désigné sous la même expression d'« *ordre public* », apparaît *a priori* comme radicalement distinct.

Examinons plus précisément les modalités d'interférence effectives de ces dispositions dans le règlement des situations privées internationales.

Paragraphe II : L'interférence des lois de police

182. Classiquement, la définition des lois de police intègre une référence au mode d'intervention particulier de ces dispositions dans la relation privée internationale : la loi de police est celle dont le champ d'application est unilatéralement et « *logiquement déduit*⁶⁵¹ » du but qu'elle poursuit, par dérogation à la méthode savignienne. Si cette présentation rend compte de l'essentiel du phénomène des lois de police, nous pensons toutefois que ces dernières doivent être définies uniquement à raison d'un critère substantiel,

⁶⁴⁸ V. singulièrement Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.* spéc., n^{os} 143-153, p. 194-213 : l'auteur parle d'« *ordre public du droit pénal international* », « *d'ordre public du droit fiscal international* » et « *d'ordre public du droit administratif international* », qu'il analyse comme une « *transposition* » (*ibid.*, n^o 149, p. 208) de la technique éponyme du droit international privé. V. aussi Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n^o 110 : qui, évoquant la possibilité d'appliquer le droit public étranger, réservent tout naturellement « *comme pour toute loi étrangère la possibilité d'une contrariété avec l'ordre public français, si cette loi est injuste, ou contraire aux intérêts de la France ou d'un pays ami* » (ce sont les auteurs qui soulignent), *Adde*, sur l'unité des problèmes pratiques que pose la coopération interétatique en matière privée et en matière publique : Louis D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in Etienne Pataut, Sylvain Bollée, Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 117-140.

⁶⁴⁹ Directive 76/308/CEE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, droits, taxes et autres mesures (*JOCE* L 73 du 19 mars 1976, p. 18-23).

⁶⁵⁰ CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, Aff. C-233/08, Rec. p. I-177 : la Cour estime qu'« *il ne saurait être exclu que, à titre exceptionnel, les instances de l'Etat membre où l'autorité requise à son siège soient habilitées à vérifier si l'exécution dudit titre serait de nature à porter atteinte notamment à l'ordre public de ce dernier Etat membre et, le cas échéant, à refuser d'accorder l'assistance en tout ou partie ou de la subordonner au respect de certaines conditions* » (pt. 42). Et ajoute, en guise de justification qu'« *il est difficilement concevable qu'un titre permettant l'exécution du recouvrement de la créance soit exécuté par cet Etat membre si cette exécution est de nature à porter atteinte à l'ordre public de celui-ci* » (pt. 43). Sur cet arrêt, v. plus en détail *infra* n^{os} 500 et s.

⁶⁵¹ Selon l'expression de MM. MAYER et HEUZÉ : *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n^o 123, p. 99.

tenant à la nature singulière de l'objectif qu'elle poursuivent, indépendamment des modalités, en réalité multiples, de leur intervention dans la relation litigieuse. Les problèmes de méthode ne se posent, en effet, qu'à un plan conceptuellement et chronologiquement second du raisonnement, comme conséquences de la détermination de la finalité de la règle en cause⁶⁵².

Afin de respecter cette chronologie nous envisagerons successivement la qualification (A) et l'intervention (B) des lois de police.

A. La qualification des lois de police

183. Une loi de police peut être identifiée à raison de la nature particulière de l'objectif qu'elle vise à réaliser, que, à la suite de Benjamin REMY, on qualifiera de « *sociétal* »⁶⁵³. Pour qualifier une disposition de loi de police, il faut et il suffit qu'elle puisse être vue comme poursuivant un objectif sociétal, à l'exclusion de tout autre critère, tenant à sa nature de droit public ou encore son caractère impératif. Suivant l'ordre qu'impose la logique, on exposera d'abord les critères qui, quoique souvent liés à la notion, sont inopérants à qualifier une loi de police (1), avant d'exposer le seul critère véritablement déterminant, tenant à la nature de l'objectif poursuivi (2).

1) Critères inopérants

184. Trop souvent, la réflexion sur l'identification des lois de police se charge de considérations tirées de la nature de droit public⁶⁵⁴ de la règle, ou de son caractère impératif, c'est-à-dire indérogeable pour les parties⁶⁵⁵. Pourtant, ces notions ne se situent pas sur le même plan, de sorte que la nature publique de la règle ou son impérativité n'est pas une condition nécessaire à la qualification d'une loi de police. *A fortiori*, ces caractères n'emportent-ils pas automatiquement la qualification ou la disqualification de la règle qui en est revêtue comme loi de police.

⁶⁵² En ce sens v. Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, op. cit., n° 364 : « La question à laquelle il convient de répondre, et qui est préalable, puisqu'elle se situe au stade de l'identification des lois de police, est celle de savoir si telle règle est objectivement, et d'une façon générale une règle nécessaire » (c'est l'auteur qui souligne) ; Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. Hervé Synvet, Economica, 2006, n° 555 : « Cette corrélation spéciale entre finalité et champ d'application international de la norme n'est, en droit international privé, qu'une conséquence logique de son essence interventionniste et n'est nullement constitutive de sa nature propre. »

⁶⁵³ *Op. cit.*, spéc. n° 359, p. 200.

⁶⁵⁴ Sur la définition du droit public, v. *supra* n°s 177 et 178.

⁶⁵⁵ Pour la définition de l'impérativité, v. *infra*, n° 257.

La notion de loi de police se situe en effet *au plan téléologique*, de l'objectif à atteindre, tandis que les notions de publicisation et d'impérativité se situent *au plan technique*, des moyens utilisés par le législateur pour parvenir à son objectif, qui peut être sociétal ou non. Le choix de conférer un caractère impératif à une règle de droit privé, ou de superposer, voire de substituer, à la relation privée primaire une relation publique verticale s'analyse ainsi en une pure question d'adéquation des moyens aux fins⁶⁵⁶.

Aussi bien, ces critères que l'on prétend parfois tirer du caractère public ou impératif de la règle sont-ils inopérants. Tout au plus peuvent-ils servir d'indices utilisés par l'interprète pour établir, de manière inductive, la nature particulière de l'objectif poursuivi⁶⁵⁷. Il convient néanmoins de détailler plus amplement les liens entre loi de police et droit public, d'une part (a) et loi de police et impérativité, d'autre part (b).

a) *Loi de police et droit public*

185. Il est parfois soutenu en doctrine que seules des règles de droit public pourraient être qualifiées de loi de police⁶⁵⁸. C'est cependant introduire une corrélation par trop automatique entre la nature de l'intérêt protégé et la nature du moyen employé⁶⁵⁹.

186. L'intervention du législateur pour réaliser un objectif sociétal, peut, en fonction de ce qu'il estime le plus approprié eu égard au contexte, prendre la forme d'une publicisation, c'est-à-dire qu'une relation verticale viendra se greffer à la relation horizontale originaire,

⁶⁵⁶ En ce sens, à propos de l'impérativité, v. Cécile PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. Geneviève Viney, LGDJ, 2004, spéc. n° 335. Pour cet auteur, la détermination de valeur supplétive ou impérative d'une règle de droit répond « à une œuvre pratique d'opportunité consistant à se demander s'il est souhaitable de reconnaître aux sujets de droit telle(s) ou telle(s) forme(s) de liberté individuelle plutôt qu'une autre » (mis en évidence par l'auteur).

⁶⁵⁷ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, p. 276 et s.

⁶⁵⁸ V. ainsi Marie-Elodie ANCEL, « La protection internationale du sous-traitant », *Trav. Com. fr. DIP 2008-2010*, p. 225-262, spéc. p. 231-232 et, à l'occasion des débats, p. 255-256. A l'inverse, et paradoxalement, il est aussi soutenu que les lois de police devraient être distinguées des règles de droit public, qui relèvent d'un mode d'intervention, certes unilatéral, mais distinct et propre car axé sur l'exclusivité de la compétence de l'Etat (v. Pierre MAYER, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277-345, spéc. p. 301 et s. ; de façon plus nuancé : *idem*, V° « Lois de police », *Rép. dr. int.*, 1998, spéc. nos 22-23). La distinction est indéniable, réserve faite de la référence à l'exclusivité de la compétence étatique, l'unilatéralisme du droit public apparaissant, à bien y réfléchir, moins dicté par le droit international public que par des considérations logiques et d'opportunité (sur ce point, v. Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, p. 66, n. 52). Néanmoins, comme il faut distinguer, au sein du droit privé, un droit privé « pur » et des lois de police de droit privé (voir *infra* n° 190), il nous semble qu'il est possible de distinguer, au sein du droit public, un droit public pur et des lois de police de droit public, dont le champ d'application est déterminé par la teneur de l'objectif sociétal qu'elles poursuivent. Concernant le droit pénal, la démonstration en a été faite par David CHILSTEIN (*Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2003), qui oppose infractions « naturelles », et droit pénal accessoire pour lequel les critères du droit pénal international classiques se révèlent inadaptés et qui supposeraient l'adoption d'un raisonnement calqué sur la méthode des lois de police connue du droit international privé.

⁶⁵⁹ Pour Mme ANCEL (*op. cit.*) « [S]i l'on ne veut pas que tout soit loi de police, [...], il devrait y avoir dans les lois de police autre chose que la mise en cause d'un intérêt public. Il devrait y avoir aussi un accompagnement public avec des structures, un organisme public, une implication financière publique, un fonds de garantie par exemple, pour qu'on puisse vraiment dire qu'on est face à des lois de police » (p. 235).

comme il pourra s'en tenir à un encadrement de cette relation privée, sans implication juridique de l'État. De fait, le droit positif atteste l'existence de loi de police de droit public⁶⁶⁰, comme de droit privé⁶⁶¹.

187. La seule spécificité des premières par rapport aux secondes tient à ce que, étant le plus souvent techniquement inaptes à répondre aux questions de droit privé posées par le litige horizontal international, elles ne pourront pas être à proprement parler appliquées mais prises en considération, qu'elles émanent, d'ailleurs, d'un ordre juridique distinct⁶⁶², ou non de la *lex causae*⁶⁶³.

De même qu'une loi de police est, au plan technique, indifféremment publique ou privée, elle n'est pas inéluctablement impérative, au plan de la relation interindividuelle.

b) *Loi de police et impérativité*

188. L'idée est en effet répandue qu'une loi de police est nécessairement une règle impérative. Cette conviction se traduit dans l'usage, tout aussi courant, de l'expression « *loi internationalement impérative*⁶⁶⁴ », pour désigner les lois de police.

189. Pourtant loi de police et encadrement de l'autonomie de la volonté se situent à des niveaux conceptuels distincts⁶⁶⁵, de sorte que cette corrélation ne s'impose pas en logique.

⁶⁶⁰ Ainsi par exemple, l'institution d'un fonds d'indemnisation : v. Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n^o 02-12.989 : *Rev. crit. DIP* 2004, p. 750, note Dominique Bureau, attribuant le caractère de loi de police à la législation française concernant l'indemnisation des victimes d'infractions. Pour la condamnation du critère d'applicabilité de loi à raison, exclusivement, de la nationalité française du bénéficiaire au titre du principe de non-discrimination, v. CJCE, 2^e ch., 5 juin 2008, *Wood*, C-164/07, Rec. p. I-4143.

⁶⁶¹ V. par exemple, en droit du travail, l'obligation de rédiger en français le contrat s'exécutant sur le territoire national : v. Cass. soc., 19 mars 1986, *Sté. Géoservices* : *RCDIP* 1987, p. 554-557, note Yves Lequette. Pour le contrôle d'une disposition belge-flamande similaire à l'aune de libre circulation des travailleurs, v. CJUE, gde ch., 16 avril 2013, *Anton Las*, C-202/11 (préc. n. 124.). Sur les hésitations que suscitent la qualification de dispositions de protection catégorielle, v. *infra* n. 681, n^o 194, n^o 371 et n. 1364.

⁶⁶² Sur les lois de police de droit public étrangères, v. *infra* n^o 205-207.

⁶⁶³ Sur l'attribution du caractère d'impérativité aux règles de droit public, v. *infra* n^o 257.

⁶⁶⁴ Ou « *super-impérative* » : v. Louis D'AVOUT, « Le sort des règles impérative dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165, spéc. n^o 9 : par rapport aux lois simplement impérative, les lois de police jouissent, selon l'auteur, « d'un degré plus élevé d'impérativité : ce sont des règles interne dont l'impérativité résiste à l'internationalité authentique [i. e. : qui ne résulte pas du seul choix d'une loi étrangère par les parties] du contrat ». V. aussi l'article 9, paragraphe 1, du règlement *Rome I* qui fait de l'impérativité un élément de la définition des lois de police dont ce texte admet l'application.

⁶⁶⁵ En ce sens v. Dennis SOLOMON, « The Private International Law of Contracts in Europe : Advances and Retreats », *Tul. L. Rev.* 2008, p. 1709-1740, spéc. p. 1736-1737, qui souligne que, même en matière contractuelle, les lois de police ont vocation à s'appliquer aussi bien à l'égard de la loi choisie par les parties qu'à l'égard de la loi objectivement applicable. A cet égard, affirme-t-il, il est clair que ce qui est l'œuvre dans le cadre du mécanisme des lois de police n'est pas spécifiquement d'apporter une limite à l'autonomie de la volonté mais de rendre justice à des considérations de politique législative qui n'ont pas été adéquatement prises en compte dans le cadre de la règle de conflit [« *In that respect it becomes clear that what is at issue here is not a limitation specifically to the party autonomy, but rather the provision for special public policy concerns that have not been adequately accounted for the basic choice-of-law rule for contracts* » (*loc. cit.*)].

Ainsi, il est concevable qu'une loi de police soit supplétive, dès lors que c'est la technique que le législateur a estimé comme étant, dans le contexte particulier où il intervenait, la plus appropriée pour réaliser l'objectif sociétal fixé⁶⁶⁶. La jurisprudence récente de la cour de cassation en fournit un exemple⁶⁶⁷.

La qualification d'une loi de police s'opère ou devrait s'opérer donc exclusivement à raison de l'objectif qu'elle poursuit. Au mieux peut-on dire, si toutefois on ne s'attache pas à donner un sens technique précis à cette expression, que c'est, non pas la règle elle-même, mais l'objectif particulier que cette dernière poursuit qui s'impose comme étant « *impératif* », au sens où la réalisation de ce dernier est perçue comme nécessaire⁶⁶⁸. Il devient alors urgent de préciser sur la nature de cet objectif.

2) Critère déterminant

190. L'existence, ou plutôt l'essor du phénomène des lois de police, est lié à l'interventionnisme croissant de l'État, à partir de la seconde moitié du XX^e siècle⁶⁶⁹. Ainsi comprises dans la « *zone grise*⁶⁷⁰ » située à la jonction du droit privé et du droit public, les lois de police se distinguent des règles de « *pur droit privé*⁶⁷¹ » et, symétriquement, de pur droit public, par l'objectif spécifique qu'elles poursuivent. Quel est cet objectif ?

191. Critère classique. – Une première définition résulte des travaux de FRANCESKAKIS, au milieu du vingtième siècle, pour qui les lois de police sont celles qui « *participent à la sauvegarde de l'organisation politique, sociale ou économique du pays*⁶⁷² ». Devenue classique⁶⁷³, cette définition mérite néanmoins d'être précisée.

⁶⁶⁶ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n^{os} 509-511.

⁶⁶⁷ Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n^o 11-18.345 : *Rev. dr. rur.* 2013, comm. 77, note Jacques Foyer ; *JCP G* 2012, p. 1368, note Louis Perreau-Saussine ; *JDI* 2013, comm. 1, p. 119 avis Pierre Chevalier et note Éric Fongaro, sur règles successorales françaises relatives aux attributions préférentielles. *Adde*, sur le jeu du mécanisme des lois de police dans le cadre du récent règlement *Successions* (préc.) : Nicolas NORD, « Les lois de police, une conception classique ou restrictive ? », *Dr. et patr.* 2014, p. 56-60 ; Dominique BUREAU, « Juger le présent, prévoir l'avenir », *ibid.*, p. 78-84.

⁶⁶⁸ Ce que la doctrine désigne plus exactement comme sous l'expression d' « *application nécessaire* » des lois de police. Sur cette idée, v. n^o 199.

⁶⁶⁹ Sur ce point, v. Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, n^o 179.

⁶⁷⁰ Phocion FRANCESKAKIS, « Observations en réponse au rapport et au questionnaire de M. Pierre Lalive sur l'application du droit public étranger », *Annuaire de l'institut de droit international* 1975, t. 56, p. 192-201, spéc. p. 195.

⁶⁷¹ Pour l'emploi de l'expression, v. Pierre GOTHOT, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971, p. 9-36, 209-243 et 415-450, spéc. p. 230.

⁶⁷² Phocion FRANCESKAKIS, « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. dr. int.*, 1968, p. 470-497, spéc. n^o 137. Voyez aussi : *idem*, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *RCDIP* 1966, p. 1-18.

⁶⁷³ A tel point que cette définition a été reprise par la Cour de justice pour expliquer la portée de la qualification de « *lois de police et de sûreté* » donnée dans l'ordre juridique belge aux mesures nationales dont elle avait à connaître dans l'affaire *Arblade*, préc., (v. *supra* n^o 76), puis, moyennant quelques nuances (v. *infra* n. 681) à l'article 9, alinéa 1, du

192. Appréciation critique. – En effet, le critère, dit « *finaliste*⁶⁷⁴ », de FRANCESCAKIS est généralement jugé trop vague. La critique du Professeur LOUSSOUARN, à cet égard, est célèbre : « *Les contours des lois de police sont impossible à définir de façon nette parce qu'il n'y a pas de différence de nature entre les lois de police et les autres lois. Dans les Etats moderne, on peut dire que toute loi tend pratiquement à garantir les intérêts économiques ou sociaux. Ce n'est pas un privilège réservé aux seules lois de police. En réalité il existe entre les lois de police et les autres lois une simple différence de degré, ce qui rend le clivage beaucoup plus difficile* ⁶⁷⁵ ». De façon plus radicale encore, le Professeur HEUZÉ s'interrogeait : « *L'organisation de la société ne constitue-t-elle pas précisément l'objet de toute règle de droit ?* ⁶⁷⁶ ». « *De toute évidence, concluait-il, dire que la loi de police est celle qui a pour fonction d'organiser la société, c'est se condamner à décider que toute règle de droit est une loi de police*⁶⁷⁷ ». Autrement dit, entre les lois de police et les autres, il n'existerait pas même une différence de degré.

L'objection revient à poser la question de l'articulation entre intérêts privés et intérêt général⁶⁷⁸ posée en équation par loi de police, étant constant que, quelque soit la conception, atomiste, selon laquelle l'intérêt général n'est que la somme arithmétique des intérêts privés, ou holiste, selon laquelle il transcende et se distingue de ces derniers⁶⁷⁹, que l'on retient de l'intérêt général, ceux-là se « *subsument*⁶⁸⁰ » nécessairement sous celui-ci⁶⁸¹.

règlement Rome I. Cohérence oblige, cette définition devrait également valoir dans le cadre de l'article 16 du règlement Rome II (en ce sens, v. Fransisco J. GARCIMARTIN ALFEREZ, « The Rome I Regulation : Much ado about nothing ? », *The European Legal Forum* 2008, p. 61-79, spéc. p. 77).

⁶⁷⁴ Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n° 212.

⁶⁷⁵ Yvon LOUSSOUARN, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269-385, spéc. p. 328. C'est nous qui soulignons.

⁶⁷⁶ Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.*, spéc. n° 361, p. 173.

⁶⁷⁷ *Ibid*, p. 174

⁶⁷⁸ Sur l'articulation de ces notions *infra* n°s 380-387.

⁶⁷⁹ Sur les différentes conceptions de l'intérêt général, v. Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. Jacques Ghestin, LGDJ, 2004, n°s 46-65.

⁶⁸⁰ Nous empruntons l'expression de CURRIE : « [There is] *no place in conflict-of-laws analysis for a calculus of private interests [because] [b]y the time the interstate plane is reached the resolution of conflicting private interests has been achieved; it is subsumed in the statement of the laws of the respective states* » - « *Il n'y a aucune place dans l'analyse des conflits de lois pour un calcul des intérêts privés [car au] moment où le niveau interétatique est atteint, la résolution des intérêts privés divergents a été accomplie ; elle est subsumée dans l'exposé des lois des États concernés* » (*Selected Essays on the Conflict of Laws*, Duke University Press, 1963, p. 610, cité et traduit par Jérémie HEYMANN, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préf. Horatia Muir Watt, Economica, 2010, p. 113, n. 2).

⁶⁸¹ C'est, autrement formulée, la question, récurrente, de savoir si une disposition de protection catégorielle peut être qualifiée de loi de police. Sur ce débat, relancé par l'emphase mise par le règlement Rome I sur le caractère « *public* » de l'intérêt (cons. n° 37) que se devrait de protéger les lois police, v. en particulier Andrea BONOMI, « Le régime des règles impératives et des une loi de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats », in Eleanor Cashin Ritaine et Andrea Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schultess, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2008, p. 217-237, spéc. p. 228-232. V. aussi *infra* n° 386.

193. Approfondissement du critère dans la thèse de Benjamin REMY. – De ce point de vue, la thèse de M. REMY apporte un éclairage précieux. Se proposant d’actualiser⁶⁸² le critère finaliste de FRANCESCAKIS, l’auteur définit les lois de police comme les dispositions qui poursuivent un « *objectif sociétal* », objectif qui se caractérise par la conception holiste de la société qu’adopterait le législateur au moment de leur formulation, considérant la société comme un tout, par opposition à une conception atomiste, où la société serait prise comme une somme d’individualités⁶⁸³.

Dans cette perspective, les lois de police sont celles qui ont pour « *fonction*⁶⁸⁴ » d’imprimer à la société prise dans son ensemble un type prédéterminé d’organisation. M. REMY cite à ce stade les exemples du droit de la concurrence et du droit de la consommation se donnant pour objectif d’instituer un marché de type libéral ou d’accroître les richesses dans la société⁶⁸⁵. Elles s’opposent aux dispositions, demeurant justiciables de la méthode conflictuelle classique, qui poursuivent un objectif dit simplement « *normatif*⁶⁸⁶ » de rééquilibrage des valeurs en présence, et qui n’ont que pour « *effet*⁶⁸⁷ » de contribuer au bien commun. M. REMY prend ici pour exemple l’article 1382 du Code civil, « *de même que l’ensemble des règles du droit des contrats élaborées en 1804* », qui, dit-il « *ont eu indéniablement pour effet d’organiser la société sans pour autant qu’il soit possible a priori de préciser ce que sera cette organisation*⁶⁸⁸ ».

194. Mise en œuvre du critère renouvelé. – Supposant d’isoler une volonté qualifiée de l’auteur de la règle d’agir à l’échelle de la collectivité, le critère de M. REMY n’est pas sans rappeler la jurisprudence du *Bundesgerichtshof* qui refuse de qualifier de lois de police les dispositions qui n’auraient qu’un « *effet reflexe* » sur le « *bien commun* »⁶⁸⁹.

⁶⁸² De le « *réhabiliter* », dit M. REMY (*op. cit.*, n° 360, p. 202).

⁶⁸³ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 359.

⁶⁸⁴ *Ibid.*, n° 361.

⁶⁸⁵ Traditionnellement conçu comme poursuivant un simple objectif de rééquilibrage des rapports entre professionnels et consommateurs, la règle de droit de la consommation peut en effet se donner « *délibérément* » (*ibid.*, n° 366, p. 206) un objectif qui dépasse la relation interindividuelle pour prendre une envergure « *macro-économique* » (n° 359, p. 200) : protéger le consommateur pour qu’il consomme plus (*ibid.*, n° 366, p. 206). En droit de l’Union, on retrouve ce raisonnement dans la motivation de l’arrêt *Mostaza Claro* (préc.), exposée *infra* n° 291.

⁶⁸⁶ *Ibid.*, n° 355.

⁶⁸⁷ *Ibid.*, n° 660, p. 202.

⁶⁸⁸ *Loc. cit.*

⁶⁸⁹ V. BGH, 13 décembre 2005, XI ZR 82/05 : *IPRax* 2006, p. 272, spéc. pt. 28, qui, adoptant la conception traditionnelle d’un droit de la consommation ne visant qu’au rééquilibrage de la relation contractuelle, utilise ce critère pour refuser cette qualification aux dispositions allemandes relatives au crédit à la consommation (« *der Umstand, dass der auf den individuellen Schutz des einzelnen Verbrauchers gerichtete Zweck des deutschen Verbrauchercreditgesetzes reflexartig auch Gemeinwohlinteressen erfasst, stellt deshalb keine ausreichende Grundlage für eine Anwendung des Art. 34 EGBGB dar* [La circonstance que le but de protection individuelle de loi allemande relative au crédit à la consommation affecte de manière réflexe les intérêts du bien commun ne constitue pas une raison suffisante d’appliquer l’article 34 EGBGB]»).

Axé sur une volonté dont on a coutume de souligner le caractère « *divinatoire* », ce critère est cependant par définition peu aisé à mettre en œuvre⁶⁹⁰. Mais c'est peut-être là sa vérité profonde : en insistant sur le caractère délibéré et la dimension collective de la mesure en cause le critère de M. REMY, révèle, nous semble-t-il, que la qualification de loi de police est par essence affaire de représentations. Ainsi la contradiction entre l'approche finaliste « *réhabilitée* » et les tenants de l'inexistence des lois de police comme catégorie⁶⁹¹ nous semble résolue : en effet, rien ne distingue la loi de police des autres, si ce n'est, précisément, la conception que s'en fait son auteur ou, plus souvent, son interprète. Et il ne faudrait pas croire que parce qu'elle n'est que affaire de représentation, cette manière de concevoir l'objectif que la règle s'assigne n'a pas de réalité. Précisément, cette conception est tout. Parce que le dispositif en cause est pensé comme devant réaliser un dessein à l'échelle collective, il sera attaché des conséquences méthodologiques bien tangibles à cet objectif sociétal, auxquelles il convient de s'intéresser à présent.

En effet, ce n'est pas tout d'identifier une loi de police, encore faut-il vérifier qu'elle a bien vocation à intervenir dans la situation soumise à l'organe du for⁶⁹².

B. Le régime des lois de police

195. La question de l'application des lois de police étrangère à une relation privée internationale faisant l'objet de discussions, il est convient d'exposer d'abord les modalités d'intervention des lois de police *en général* (1), avant de traiter des obstacles qui s'attacheraient à l'intervention des lois de police étrangère *en particulier* (2).

1) Considérations communes aux lois de police du for et aux lois de police étrangères

196. La problématique des modalités d'intervention d'une loi de police dans la relation privée ne se réduit pas à la question de son applicabilité. Dans le cadre du conflit de

⁶⁹⁰ V. encore récemment les discussions auxquelles a donné lieu l'interprétation de dispositions protectrices du sous-traitant de la loi du 31 décembre 1975 (qualifiées de loi de police : v. Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, *Agintis*, n° 06-14.006, à propos de l'art. 12, conférant au sous-traitant une action directe en paiement à l'encontre du maître de l'ouvrage ; Cass. com., 27 avril 2011, n° 09-13.524, au sujet de l'art. 13-1, interdisant à l'entrepreneur principal de céder sa créance sur le maître de l'ouvrage pour le montant correspondant aux travaux sous-traités) et l'articles 132-8 c. com., ouvrant une action « *directe* » au transporteur à l'encontre de l'expéditeur et du destinataire (qui ne peut s'appliquer que si la loi française est désignée par la règle de conflit : Cass. com., 13 juillet 2010, n° 10-12.154, Bull. civ. IV, n° 131 ; Cass. com., 13 juillet 2010, n° 09-13.354, avec le rapport de M. le Conseiller POTOCKI, publié à la *Rev. crit. DIP* 2010, p. 720-739, spéc. p. 727).

⁶⁹¹ V. *supra* n° 192.

⁶⁹² Rappelant le juge du fond à ce qui est nécessité logique avant d'être obligation légale, v. Cass. com., 27 avril 2011, n° 09-13.524. Sur cet arrêt, v. *infra* n. 696.

juridictions *lato sensu*, se pose la question de l'incidence de l'applicabilité au fond d'une loi de police du for sur l'efficacité de la clause attribuant juridiction à un juge étranger ou à un arbitre et, au stade de l'instance indirecte, celle de la sanction de sa méconnaissance. Ces questions seront cependant abordées ultérieurement, au titre de l'étude de l'articulation entre les différents mécanismes d'ordre public⁶⁹³.

197. Restons-en donc pour le moment à la solution du conflit de lois. Une chose est certaine : l'applicabilité de la loi de police est placée dans la dépendance de « *l'impératif*⁶⁹⁴ » de réalisation de l'objectif sociétal dont elle est porteuse. Traditionnellement, et c'est la modalité d'intervention la plus connue de la loi de police, ce lien logique entre objectif poursuivi et champ d'application s'exprime selon un raisonnement unilatéraliste (a). Néanmoins, cet impératif de réalisation peut se trouver adéquatement pris en charge par une règle de conflit bilatérale (b).

a) Intervention selon un raisonnement unilatéraliste

198. Il est traditionnellement enseigné que le champ d'application d'une loi de police se déduit rationnellement de sa teneur ou de son but⁶⁹⁵. Le raisonnement est unilatéraliste : on part de la règle elle-même pour déterminer son champ d'application.

Outre cette relation entre l'objectif poursuivi et la portée spatiale de la règle, qu'exprime l'idée de « *nécessité d'application* », la doctrine majoritaire voit dans les lois de police des règles d'application « *immédiate* », c'est-à-dire sans consultation préalable de la règle de conflit.

Néanmoins, autant l'idée de nécessité d'application ne souffre aucune discussion (i), autant celle d'immédiateté est aujourd'hui remise en cause (ii).

i) Nécessité d'application

199. La loi de police doit se voir assigner un champ d'application de nature à satisfaire l'exigence de réalisation de l'objectif qu'elle poursuit. Mais l'idée de nécessité d'application semble devoir s'entendre dans un sens techniquement plus précis. Dans cette perspective,

⁶⁹³ *Infra* n^{os} 459-466.

⁶⁹⁴ V. *supra* n^o 189 *in fine*.

⁶⁹⁵ Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n^o 123. V. aussi les études fondatrices de MM. FADLALLAH (*La famille légitime en droit international privé*), préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1977, spéc. n^o 127) et MAYER (« Les lois de polices étrangères », *JDI* 1980, p. 277-345, spéc. n^o 18).

l'impératif de réalisation ne fixerait pas seulement le minimum de la portée spatiale de la règle, en ce sens que celle-ci doit s'appliquer à toutes les situations qui mettent en cause la réalisation de cet objectif, il en déterminerait également le maximum, en ce sens qu'il exclurait d'y englober des situations qui ne menacent en rien cette réalisation. Ainsi le droit communautaire de la concurrence doit certainement s'appliquer aux comportements dont les effets anticoncurrentiels sont ressentis dans le Marché intérieur, mais non au contrat conclu entre société australienne et une société coréenne concernant la distribution d'un produit non commercialisé dans l'Union, pour la seule raison que ce contrat aurait été signé en France⁶⁹⁶.

Si la réalisation de l'objectif sociétal est l'étalon à l'aune duquel doit être apprécié le caractère nécessaire du champ d'application assigné, au moins virtuellement, à la loi de police, cette réalisation n'impose pas toujours que cette loi soit effectivement appliquée, au détriment de la loi désignée par la règle de conflit.

ii) *Remise en cause de l'immédiateté d'application*

200. On enseigne traditionnellement qu'une loi de police est d'« *application immédiate*⁶⁹⁷ » en ce sens que la question de son application est résolue sans consultation de la règle de conflit.

Cette idée d'application immédiate est cependant remise en cause par certains auteurs, qui lui dénie toute nécessité logique⁶⁹⁸. En effet, il se peut très bien que, eu égard aux circonstances de l'espèce, l'application de la loi désignée par la règle de conflit ne compromette en rien la réalisation de l'objectif sociétal poursuivi par la loi de police, même si elle ne se donne pas, de son côté, le même objectif⁶⁹⁹.

En ce cas, l'application de la loi de police n'apparaît pas nécessaire et on peut s'en tenir au rattachement de principe.

⁶⁹⁶ L'exemple est donné par Benjamin REMY, n° 556. *Adde* : Cass. com., 27 avril 2011, n° 09-13.524 (préc.) qui reproche à la Cour d'appel pour d'avoir appliqué « *sans caractériser l'existence d'un lien de rattachement [...] avec la France* » le dispositif protecteur de l'art. 13-1 de la loi de 1975 au bénéfice du sous-traitant italien intervenu dans l'exécution en Italie d'une commande de terminaux téléphoniques.

⁶⁹⁷ V. la doctrine citée *supra* n. 133.

⁶⁹⁸ V. *supra* n° 51.

⁶⁹⁹ En ce sens, v. Benjamin REMY (*op. cit.*, n° 639), qui transpose à cet égard l'idée d'appréciation *in concreto* que l'on associe habituellement exclusivement à l'exception d'ordre public international au mécanisme des lois de police. Et déjà : Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, *op. cit.* n° 386. Sur ces deux thèses, v. François-Xavier TRAIN et Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « *Ordre public international. Notion d'ordre public en droit international privé* », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-1, 2008, spéc. n°s 25- 26.

L'applicabilité, déterminée selon un raisonnement unilatéral, d'une loi de police n'exclut donc pas le jeu de la règle de conflit bilatérale. Mieux, l'unilatéralisme ne constitue pas la seule modalité d'application d'une loi de police. Au contraire, la méthode conflictuelle peut parfois apparaître comme une technique de réalisation adéquate d'un objectif sociétal.

b) Intervention selon un raisonnement bilatéraliste

201. Il faut distinguer deux modalités bien différentes de ce bilatéralisme vecteur d'objectif sociétaux. Dans certaines hypothèses, la convergence des objectifs sociétaux poursuivis de par le monde permettra d'abstraire de la situation visée par ces lois de police un élément de rattachement assignant à chacune un champ d'application adéquat. A l'instar d'un auteur, on peut parler de « *fédération en bloc de lois de police* »⁷⁰⁰. Dans d'autres cas, c'est à la règle de conflit elle-même qu'est confiée la réalisation de l'objectif sociétal que poursuit le législateur, indépendamment de la teneur de loi applicable au fond. Préférant réserver l'expression de loi de police aux règles substantielles, plutôt qu'aux règles que Pierre MAYER⁷⁰¹ appelle « *instrumentales* »⁷⁰², on parlera de « *version régulatoire du bilatéralisme* ».

202. Lois de police « fédérées en bloc ». – Dans certaines matières, la similitude des objectifs poursuivis par les différents législateurs nationaux pourrait permettre de concevoir un critère de rattachement prédéterminé, susceptible de désigner l'une ou l'autre de ces lois de police⁷⁰³. Il s'agirait ainsi d'externaliser et de généraliser le domaine d'application de ces lois

⁷⁰⁰ Louis D'AVOUT, « Que-reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II) », *D.*, 2009, p. 1629-1638, spéc. p. 1637.

⁷⁰¹ V. *supra* n. 417.

⁷⁰² V. cependant l'arrêt *Commerzbank* de la Cour de cassation, lequel a qualifié de « loi de police » la règle de compétence (interne) de l'art. 311-37 c. cons. qui attribue au tribunal d'instance les litiges en matière de crédit à la consommation : Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, n° 03-15.637, Bull. civ. I, n° 258, p. 226 et la note critique de Mathias AUDIT, *D.* 2006, p. 2768.

⁷⁰³ V. Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. Hervé Synvet, Economica, 2006, spéc. n° 557. Cette présentation est inspirée du *Bündelungsmodell* développé en Allemagne par Klaus SCHURIG. *Bündelung* pouvant être traduit par « mise en faisceau », cette théorie repose sur l'idée que l'élément irréductible de la règle de conflit (*Elementskollisionsnorm*) est constitué de l'assignation de son champ d'application à une règle matérielle. La formulation d'une règle de conflit procède alors d'un double assemblage de ces *Elementskollisionsnormen*, à la fois au plan vertical (*vertikale Bündelung*), c'est-à-dire *ratione materiae*, et au plan horizontal (*horizontale Bündelung*), c'est-à-dire au niveau des États, effectué à raison d'une mise en balance des intérêts conflictuels (*kollisionsrechtliche Interessen*) en présence. Dans ce cadre, les différents types de règles de conflit, procédant d'un regroupement d'ampleur plus ou moins grande selon qu'elles sont, au plan « vertical », plus ou moins spécialisées ou, au plan « horizontal », de formulation unilatérale ou bilatérale, ne constituent pas des phénomènes de nature différente, mais, simplement, différents stades d'évolution d'un phénomène unique. V. Klaus SCHURIG, in Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 313-316 et p. 347 et s. Pour une synthèse récente et un aperçu du rayonnement de la théorie, v. Peter MANKOWSKI, « Das Bündelungsmodell im Internationalen Privatrecht », in *Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, Sellier European Law Publishers, 2012, p. 159-179. Pour une présentation en français, v. le compte rendu de la thèse professorale de M. SCHURIG (*Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Dunker & Humblot, 1981) par Ferenc MAJOROS à la RIDC 1982, p. 479-483.

de police « *typiques*⁷⁰⁴ », et non pas de bilatéraliser, purement et simplement, le critère d'applicabilité de la loi de police du for⁷⁰⁵. Le droit de la concurrence en fournit un exemple, avec l'article 6, paragraphe 3, littera a) du règlement Rome II, qui soumet les conséquences civiles d'un « *acte restrictif de concurrence* » à la loi du pays dans lequel « *le marché est affecté ou susceptible de l'être* »⁷⁰⁶.

Impliquant une relative convergence des modèles sociétaux promus de part le monde, cette possibilité d'assembler des lois de police est probablement limitée. Découplée de la teneur effective de loi applicable au fond, la promotion d'objectif sociétaux au plan conflictuel ne souffre pas, elle, d'une telle limite.

203. Version « *régulatoire* » du bilatéralisme. – De manière différente, le législateur peut inscrire directement l'objectif sociétal au sein de la règle de conflit. Sans doute se sera-t-il alors inspiré de son œuvre au plan substantiel, mais c'est au plan conflictuel qu'est poursuivie la réalisation de l'objectif, indépendamment de la teneur, nécessairement variable, de la loi susceptible d'être désignée par ce rattachement universel.

Les exemples sont variés. En matière de contrats de consommation, la prééminence accordée à la loi, supposée connue, du lieu de résidence habituelle du consommateur⁷⁰⁷, est-elle supposée favoriser l'instauration du climat de confiance nécessaire au développement des transactions et promouvoir, *in fine*, l'objectif à visée macro-économique qu'est la réalisation du Marché intérieur⁷⁰⁸.

De même, l'art. 7 du règlement Rome II⁷⁰⁹, qui offre à la victime d'un dommage environnemental le choix entre l'application de la loi du dommage ou de la loi du fait

⁷⁰⁴ V. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, spéc. n° 115, qui évoquent la « *typicité* » croissante des objectifs portés dans le domaine du droit économique, telles la protection des investisseurs en matière de régulation boursière ou l'élimination des cartels restrictifs de concurrence.

⁷⁰⁵ *Comp.* Annie TOUBIANA, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1972, n° 286 et s. ; France DEBY-GÉRARD, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. Berthold Goldman, Dalloz, 1973, n° 72 et s.

⁷⁰⁶ En ce sens v. Louis D'AVOUT, « Que-reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II) », *op. cit.*, p. 1636.

⁷⁰⁷ V. l'art. 6 du règlement Rome I.

⁷⁰⁸ V. ainsi le Livre vert présenté le 14 janvier 2003 par la Commission sur la transformation de la Convention de Rome en instrument communautaire (*op. cit.*) : « [L]es règles protectrices en vigueur dans le pays de la résidence habituelle du consommateur, c'est-à-dire celles sur la protection desquelles ce dernier compte en principe, seraient privées de portée pratique dans le commerce international ou intra-communautaire s'il pouvait y être fait échec par le simple choix d'une loi étrangère. Pour rassurer les consommateurs, qui ont un rôle clé à jouer dans le Marché intérieur dont le succès dépend de leur participation active, la Convention de Rome prévoit des règles de conflit spéciales » (p. 30 ; c'est nous qui soulignons).

⁷⁰⁹ Sur la mission de régulation économique et sociale assignée à cette règle de conflit, v. Horatia MUIR WATT, « Rome II et les 'intérêts gouvernementaux' : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in Sabine Corneloup et Nathalie Joubert (dir.), *Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, p. 129-142.

générateur, est-il assigné, en permettant l'application de la loi la plus stricte, à la réalisation des objectifs du droit communautaire matériel d'élévation du niveau de protection de l'environnement et d'internalisation des coûts liés à l'élimination des nuisances environnementales par l'opérateur (c'est le principe dit du « *pollueur-payeur* »)⁷¹⁰.

Les modalités d'intervention possibles des lois de police mieux identifiées, il est désormais possible d'exposer les questions qui se posent spécifiquement à l'égard des lois de police étrangères.

2) *Considérations propres aux lois de police étrangères*

204. La question de la possibilité pour le juge du for de donner effet, cumulativement aux dispositions de la *lex causae*, à des lois de police tierces demeure sensible.

Relativement ouverte, en matière contractuelle, par l'art. 7-1° de la Convention de Rome, cette possibilité a été, comparativement, réduite dans le cadre du règlement Rome I⁷¹¹. En matière délictuelle, le règlement Rome II ignore apparemment purement et simplement les lois de police étrangères sauf à voir dans son article 17⁷¹² la porte à une prise en considération des lois de police du lieu du fait générateur dans les notions-cadre de la *lex causae*⁷¹³.

A bien y regarder, les critiques formulées⁷¹⁴ à l'encontre d'une telle efficacité sont de deux types, lesquels correspondent à deux niveaux différents de raisonnement : les objections de type politique, tenant à la réticence à prêter main-forte à la réalisation d'intérêts étrangers⁷¹⁵, questionnent l'admissibilité même de l'efficacité des lois de police étrangères (a), tandis que

⁷¹⁰ On pourrait encore ajouter la règle de conflit en matière de responsabilité du fait des produits, prévue par l'article 5 du règlement Rome II. Sur ce point v. Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt, Étienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 185-203.

⁷¹¹ L'article 9-3° n'autorise en effet cette efficacité qu'à l'égard des lois de police du lieu d'exécution, et « *dans la mesure où [ces dernières] rendent l'exécution du contrat illégale*. L'influence du Royaume-Uni dans la négociation du texte a été soulignée, ce dernier ayant exprimé ses réticences à voir réitérée dans un règlement « *directement applicable dans tous ces éléments* », une disposition du type de celle de l'art. 7-1° de la Convention, en raison de la trop grande marge de manœuvre qu'elle offre au juge, avec la crainte, sous-jacente, d'une fuite du contentieux vers d'autres fors, plus respectueux de la prévisibilité des parties. De fait, la rédaction finalement adoptée est proche de la jurisprudence anglaise, développée sous l'empire du droit commun. Sur ces éléments, v. Stéphanie FRANCO, « Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009, p. 41-69, spéc. n° 33.

⁷¹² Selon cette disposition : « *Pour évaluer le comportement de la personne dont la responsabilité est invoquée, il est tenu compte, en tant qu'élément de fait et pour autant que de besoin des règles de sécurité et de comportement en vigueur au lieu et au jour de la survenance du fait qui a entraîné la responsabilité.* »

⁷¹³ Sur cette occurrence de la prise en considération, v. *supra* n° 99.

⁷¹⁴ Pour un exposé v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n°s 914 et 915.

⁷¹⁵ Cette idée a déjà été évoquée à propos de l'irrecevabilité de la demande d'un Etat étranger fondée sur son droit public *supra* n° 179.

des objections de type juridique renvoient à la question de l'expression technique de cette efficacité (b).

a) Principe d'efficacité des lois de police étrangères

205. La réticence à voir le juge prendre part à la réalisation d'objectifs sociétaux étrangers n'étant, en réalité, justifiée que lorsque ceux-ci sont antagoniques aux intérêts protégés dans l'État du for⁷¹⁶, l'efficacité des lois de police étrangères n'est admise que sous réserve de deux conditions, de nature à apaiser cette crainte légitime⁷¹⁷. Tout d'abord, un éventuel conflit entre la loi de police étrangère et une police du for doit être résolu au bénéfice de cette dernière⁷¹⁸. Ensuite, il ne sera donné effet à la loi de police étrangère que sous réserve que l'objectif qu'elle poursuit soit acceptable au regard des valeurs du for⁷¹⁹, étant entendu que, quand bien même cet objectif paraîtrait en lui-même acceptable, le résultat auquel conduit la mise en œuvre de la règle en cause pourrait encore être déclaré contraire à l'ordre public du for.

L'efficacité des lois de police étrangère étant, sous ces conditions, admise dans son principe, c'est la question de savoir si une telle loi doit être pleinement appliquée ou seulement prise en considération qui cristallise aujourd'hui le débat.

b) Expression technique de cette efficacité

206. La réponse à la question du type d'effets susceptibles d'être donnés à une loi de police étrangère dépend de la nature de la règle en cause et de son aptitude corrélative à déterminer les droits et obligations des parties à une relation de droit privé.

207. Les lois de police de droit public, c'est-à-dire celles qui ont en vue une relation verticale, y sont inaptes⁷²⁰ et, en conséquence, ne sont susceptibles que d'une prise en considération dans le cadre d'une règle de droit privé⁷²¹.

⁷¹⁶ V. la démonstration de Pierre MAYER, selon laquelle un refus d'efficacité aboutit, bien plus qu'un refus de coopération à une entrave positive de la politique étrangère, alors que la mise en œuvre de la loi de police étrangère ne requiert aucune activité particulière du juge : « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277-345, spéc. p. 311 et 320. V. aussi Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 131.

⁷¹⁷ Non expressément prévues par les textes, ces conditions s'autorisent de la marge de manœuvre qu'octroient les art. 7-1° de la Convention et 9-3° du règlement Rome I, au juge du for.

⁷¹⁸ Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 134, qui envisagent aussi l'hypothèse, exceptionnelle, d'un conflit de lois de police étrangères.

⁷¹⁹ Sur ce test d'acceptabilité, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, p. 295-201.

⁷²⁰ En ce sens, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé, op. cit.*, n°s 562 et 922-1, p. 452.

208. Or, compte tenu, d'une part, du nombre nécessairement limité de rattachements qu'une situation peut pertinemment présenter avec différents ordres juridiques et, d'autre part, de la spécialisation croissante des règles de conflit, qui permettent d'ores et déjà d'assurer un champ adéquat aux lois de police existantes dans ces matières quelle que soit leur origine⁷²², on peut penser que la prise en considération qu'autorisent les art. 9-3° du règlement Rome I et 17 du règlement Rome II couvrent l'essentiel des cas de figure dans lesquels la question de l'intervention d'une loi de police tierce dans une relation privée est susceptible de se poser⁷²³.

209. Conclusion de la Section.– Dans le cadre des rapports entre l'ordre juridique étatique avec le droit étranger, nous nous sommes intéressés aux deux techniques que constituent l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police. Outre certains points de rapprochement, au premier titre, l'idée de « *conception fondamentale* » qui leur est commune, exception d'ordre public international et lois de police demeurent animées par une logique et une démarche distinctes. L'exception d'ordre public opère en principe dans l'ordre des valeurs, dans un contexte où les différents droits étatiques sont présumés fongibles, ce qui est désormais bien admis pour le droit privé et qui pourrait l'être davantage, confiance mutuelle aidant, pour le droit public. Dans ce contexte, l'exception d'ordre public apparaît comme une « *soupage de sécurité* », permettant d'éviter de consacrer, dans l'ordre juridique du for une iniquité grave ou crasse⁷²⁴, soit que la valeur enchâssée dans la norme étrangère soit purement et simplement rejetée dans l'ordre du for, soit qu'elle y soit concrétisée selon des modalités trop différentes. Au contraire, l'objectif sociétal enchâssé dans la loi de police est celui qui réclame coûte que coûte sa réalisation au cas d'espèce. Cette « *nécessité d'application* » ou mieux de réalisation n'exclut ni un certain contrôle d'équivalence de l'application de la *lex causae*, ni une certaine convergence au niveau international. Et cette convergence permet

⁷²¹ V. cependant l'opinion selon laquelle on pourrait bel et bien appliquer la loi de police étrangère, en mettant en œuvre les sanctions civiles qui « *gravitent dans l'orbite* » de la prescription de droit public, v. Didier BODEN, *op. cit.*, n. 350 ; Dominique BUREAU et Louis D'AVOUT, note sous Cass. com. 16 mars 2010, *Sté Viol frères*, *JCP G*, 530, spéc. p. 998.

⁷²² V. *supra* n^{os} 201-203, sur l'idée d'applicabilité des lois de police selon un raisonnement bilatéral.

⁷²³ Pour un exemple de circonstances dans lesquelles l'article 9-3° du règlement Rome I pourrait trouver à s'appliquer, v. Cass. com. 16 mars 2010, *Sté Viol frères*, n^o 08-21.511 : *JCP G* 2010, comm. 530, p. 996-999, note Dominique Bureau et Louis d'Avout : qui impose la prise en considération de la loi ghanéenne d'embargo caractérisant l'illicéité de la cause, au sens du droit français applicable au contrat. Pour une illustration en matière délictuelle, v. CJCE, 27 octobre 2009, *ČEZ*, C-115/08, dans lequel la Cour de justice a jugé, sur le fondement du Traité Euratom, contraire au principe de non-discrimination à raison de la nationalité, le refus du juge autrichien de prendre en considération une autorisation tchèque d'exploitation d'une centrale nucléaire, laquelle permettait, selon la loi autrichienne applicable, au défendeur au principal de n'être redevable que d'une indemnisation pécuniaire, à l'exclusion de toute réparation en nature.

⁷²⁴ *Comp.* Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 517 : « *Die fremde ordnungspublikwidrige Norm wird deshalb nicht angewandt, weil sie [...] den Erfordernissen der materiellen Gerechtigkeit krass widerspricht [...]* » (La norme étrangère contraire à l'ordre public ne sera pas appliquée pour la raison qu'elle contredit gravement les exigences de la justice matérielle).

d'assurer l'application des lois de police, non plus au cas par cas, selon un raisonnement unilatéraliste, mais au moyen d'un rattachement syncrétique. C'est dire si, en effet, la question de l'identification d'une loi de police est première et à ce titre distincte de la question de ses modalités de réalisation, qui peuvent être multiples. Ces deux questions demeurent cependant liées. Quoi qu'il arrive l'objectif sociétal doit être réalisé *tel qu'il est*. Le raisonnement paraît alors très différent de celui qui prévaut habituellement dans le cadre de la mise en oeuvre de l'exception d'ordre public, qui s'accommode de différences de détail, de l'existence d'un « *halo* ». Il est d'ailleurs permis de penser que les discussions relatives à la portée du principe de non-révision dans le jeu de l'exception d'ordre public, qui se développent essentiellement en matière d'arbitrage et essentiellement à propos de la méconnaissance par l'arbitre de lois de police économiques, trouvent leur origine dans cette distinction⁷²⁵. Pour l'heure, cependant, il convient d'accorder encore un peu d'attention à l'exception d'ordre public international, dont on trouve un équivalent fonctionnel inattendu dans les rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique.

Section II : L'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique

210. Les occurrences de l'expression « *ordre public communautaire* » ou « *de l'Union* » en droit positif. – En introduction, nous avons annoncé que l'usage de l'expression « *ordre public communautaire* » ou, désormais, « *de l'Union* » en droit positif, avec une portée normative, était, à rebours de l'usage de l'expression en doctrine, rarissime. Nous en avons relevé deux occurrences, qui ont pour contexte les rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique. Dans ce cadre, la notion d'ordre public assume, de manière tout à fait comparable à l'exception d'ordre public international dans les rapports de l'ordre juridique du for au droit étranger, *la fonction de limite à l'effet donné au droit étatique dans l'ordre juridique de l'Union*.

Cette fonction de l'« *ordre public de l'Union* », dans son occurrence de droit positif, mérite d'être soulignée car, non seulement elle ne correspond pas aux multiples usages doctrinaux de la notion, mais, en outre, elle n'est quasiment jamais étudiée en tant que telle. À des titres différents, cette méconnaissance affecte aussi bien la première affirmation de la Cour de

⁷²⁵ V. *infra* nos 461-463.

justice en ce sens, dans l'ordonnance *San Michele* de 1969⁷²⁶, que la seconde du Tribunal de la fonction publique, dans l'affaire *Mandt*, en 2010⁷²⁷.

211. L'ordonnance *San Michele* de 1969. – Déjà ancienne, l'ordonnance *San Michele* est certes connue et toujours citée pour constituer une consécration jurisprudentielle explicite, en général l'unique relevée par les observateurs, d'une notion d'« *ordre public* » propre à l'Union. Cependant, le contexte juridique dans lequel cette notion est intervenue n'est jamais complètement restitué. En effet, l'ordonnance *San Michele* est généralement analysée comme ayant conféré au principe de primauté valeur de « *norme d'ordre public*⁷²⁸ » ou comme ayant érigé ce dernier en « *élément*⁷²⁹ » de l'ordre public européen. De primauté, il était certes question en l'espèce. Dans cette affaire, l'entreprise italienne requérante, les aciéries *San Michele*, avait introduit un recours en annulation contre une décision de la Commission fixant le montant des cotisations par elle dues au titre du mécanisme de péréquation des ferrailles mis en place par le Traité CECA. Incidemment, elle demandait à la Cour de sursoir à statuer, en application de l'article 91 du règlement de procédure, jusqu'à ce que la Cour constitutionnelle italienne, saisie dans le cadre d'un litige entre les parties porté devant les juridictions italiennes, se soit prononcée sur la validité de plusieurs dispositions du Traité. La Cour l'a refusé, au motif que devait « *être rejetée comme contraire à l'ordre public communautaire toute demande tenant à faire consacrer de telles discriminations* [résultant de l'éventualité que le Traité produise des effets différents selon les États membres] *qu'aucune loi de ratification ne pouvait introduire dans un traité qui les prohibe*⁷³⁰ ». Effectivement, l'appréciation, sollicitée dans l'ordre juridique interne, de la validité du Traité au regard de la Constitution italienne tendait à remettre en cause le principe de primauté affirmé quelques temps plus tôt par l'arrêt *Costa c. E.N.E.L*⁷³¹, voire, plus fondamentalement l'idée de clôture entre ordres juridiques. A ce titre, l'ordonnance *San Michele* peut être vue comme un précurseur de l'arrêt *Internationale Handelsgesellschaft*⁷³², lequel a plus explicitement affirmé la primauté du droit de l'Union à l'encontre des normes nationales de rang constitutionnel⁷³³.

⁷²⁶ CJCE, ord., 2 juin 1965, *Faillite des Accierie San Michele SpA. c. Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/65, Rec. 1967 p. 35 ; au fond, v. l'arrêt du 2 mars 1967, aff. jtes 9/65 et 58/69, Rec. p. 2.

⁷²⁷ TFPUE, 1^{er} juillet 2010, *Mandt c. Parlement européen*, F-45/07.

⁷²⁸ V. Tim CORTHAUT, *op. cit.*, n° II-158.

⁷²⁹ Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », *op. cit.*, spéc. n° 4.

⁷³⁰ *San Michele*, préc., p. 37.

⁷³¹ CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. p. 1141

⁷³² CJCE, 17 déc. déc. 1970, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

⁷³³ V. Denys SIMON, « Primauté du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, étude n° 215, janvier 2005, n° 215-25.

Mais, si l'on s'attache à la question de droit qui était concrètement posée à la Cour de justice, on s'aperçoit que ce qui était en cause n'était pas, directement, la question de l'effet devant être donné, avec rang de primauté, au droit communautaire dans l'ordre juridique italien, mais bien celle de l'effet à donner au droit italien, plus exactement à l'autorité absolue attachée en droit italien aux décisions de la Cour constitutionnelle italienne, dont se prévalait la requérante, dans l'ordre juridique de la Communauté, aux fins d'appliquer le règlement de procédure de la Cour. Dans cette configuration, la référence à « *ordre public communautaire* » ne constitue pas, comme on le pense généralement, une affirmation particulièrement solennelle du principe de primauté, pris dans sa fonction de règle de résolution de conflits au sein de l'ordre juridique national. A l'instar de ce qui se passe en droit international privé, l'« *ordre public* », joue ici comme limite à l'efficacité du droit étatique au sein de l'ordre juridique communautaire. Corrélativement, la primauté, ou plus exactement ce qui la justifie, c'est-à-dire la réalisation des objectifs communautaires⁷³⁴, apparaît, non comme une règle ayant « *rang d'ordre public* » mais, de façon très différente, comme le référent du contrôle de l'acceptabilité du droit national.

212. L'arrêt *Mandt* de 2010. – Plus récemment, l'arrêt *Mandt*⁷³⁵ a jugé que n'était pas contraire à l'« *ordre public de l'Union* » le partage de la pension réversion entre les deux veufs d'une ancienne fonctionnaire des Communautés, mariée deux fois, alors que le jugement prononçant la dissolution de son premier mariage n'avait pas été reconnu dans son Etat national. Dans ce cas de figure, où la reconnaissance de la qualité « *conjoint survivant* » au sens du statut de la fonction publique européenne appelait à donner effet au droit civil étatique, la comparaison avec le droit international privé s'impose plus encore⁷³⁶. Si ce type d'occurrence de la notion d'« *ordre public de l'Union* » avait été anticipé, dès 2002, par M. BODEN, dans sa thèse⁷³⁷, l'arrêt *Mandt* lui-même est passé sous le radar des observateurs⁷³⁸.

213. Position du problème. Division. – Ce dernier arrêt mérite qu'on s'y attarde un peu, dans un premier temps. Cette analyse détaillée permettra, dans un second temps, de se

⁷³⁴ Sur les justifications de la primauté, Denys SIMON, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », *op. cit.*, p. 219-222 ; *idem*, « Primauté du droit communautaire », *op. cit.*, spéc. n° 215-15. V. aussi Pierre PESCATORE, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, réimpression de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, Bruylant, 2006, p. 257.

⁷³⁵ Préc.

⁷³⁶ V. à ce titre Georgio BADIALI, qui envisage ce type de questions sous l'appellation « *droit international privé des Communautés européennes* » dans le cours éponyme qu'il a donné à La Haye, *RCADI* 1985-II, t. 191, spéc. p. 34.

⁷³⁷ Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, *op. cit.*, spéc. n. 682, p. 326, n° 286, p. 359.

⁷³⁸ L'arrêt a, à notre connaissance été commenté seulement par les spécialistes du droit de la fonction publique, et, surtout, en relation avec un autre de ses aspects, concernant la portée du principe de confiance légitime : v. Antoine MASSON, *Europe* 2011, chron. 2. V. aussi le commentaire de Sybille SEYR, du service juridique du Parlement, disponible à l'adresse URL suivante : http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2010-10/5anstfp_seyr.pdf.

demander si, en dehors du contexte particulier des décisions *San Michele* et *Mandt*, l'utilisation des outils conceptuels du droit international privé n'est pas plus largement pertinente pour rendre compte de l'articulation entre ordre juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux. En effet, l'analyse de ces deux précédents en termes de coordination horizontale des ordres juridiques se conçoit relativement bien : intervenus dans le cadre, respectivement, du contentieux communautaire *stricto sensu* et le droit de la fonction publique européenne nationaux, ils concernent ce qu'on pourrait appeler le « *fonctionnement interne* » de l'ordre juridique de l'Union, qui place ce dernier en vis-à-vis des ordres juridiques étatiques, sans considération hiérarchique⁷³⁹. En vis-à-vis, d'ailleurs, non pas seulement des ordres juridiques *nationaux*, d'ailleurs, mais également, et virtuellement, de *tous les ordres juridiques étatiques*, y compris ceux des États tiers. Pourtant, nous verrons qu'il est des hypothèses où, indépendamment de la supériorité qu'il revendique par ailleurs sur les ordres juridiques nationaux, l'ordre juridique de l'Union, pour remédier à son *incomplétude ontologique*, accepte, de manière typiquement pluraliste, de donner effet en son sein au droit national, sous réserve de compatibilité avec la réalisation de ses objectifs sur les ordres juridiques nationaux.

Aussi bien, à la *présentation* de l'occurrence de la notion d'ordre public dans les rapports du droit de l'Union au droit étatique (Par. I), succéderont les interrogations sur le *prolongement* de cette occurrence (Par. II).

Paragraphe I : La présentation de l'occurrence

214. En dépit de l'aspect technique du droit de la fonction publique européenne, l'affaire *Mandt* posait d'importants problèmes théoriques, à la fois au regard de l'articulation des ordres juridiques européen et nationaux et au regard du renouvellement des méthodes du droit international privé.

Compte tenu du caractère très intuitif de la motivation du Tribunal de la fonction publique, il est nécessaire de la présenter d'abord telle qu'elle est, avant de procéder à son analyse.

⁷³⁹ Soulignant le particularisme du droit européen de la fonction publique, v. Hugues FULCHIRON, (« Un modèle familial européen ? », in Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 171-185) qui, s'interrogeant sur l'existence en droit de l'Union d'une définition de la famille ou d'une organisation familiale donnée en modèle, estime que s'il existe bien « *dans le statut des fonctionnaires européens et dans la jurisprudence qui l'éclaire un certain nombre de définitions et de principes* », l'objet de ce dernier « *est trop particulier pour qu'on puisse imaginer en étendre les termes* » (p. 174).

215. Cadre factuel et juridique. – L'affaire *Mandt* posait le problème de l'allocation de pension de survie allouée au « *conjoint survivant* » d'un fonctionnaire ou ancien fonctionnaire européen⁷⁴⁰ en présence de mariages simultanés.

En l'occurrence, cette situation de bigamie s'expliquait par l'internationalité de la situation, plus exactement par l'existence d'un divorce « *boiteux*⁷⁴¹ ». Mariée en Allemagne en 1993, avec l'un de ses compatriotes, Mme Neumann, une fonctionnaire du Parlement de nationalité allemande, obtient en 1995 la dissolution de cette première union, en Belgique, où elle résidait alors. Mais le divorce n'est pas reconnu en Allemagne, pour des raisons tenant au non-respect des droits de la défense, M. Braun-Neumann, qui purgeait une peine de prison en Allemagne au moment de la procédure, n'ayant été que tardivement cité à comparaître. En 2000, Mme Neumann se remarie néanmoins, avec M. Mandt, également de nationalité allemande, à New York.

Quoique que l'existence d'une première union non dissoute soit, en droit matériel allemand, applicable aux yeux de cet ordre juridique, tenue pour un empêchement, la validité de ce second mariage n'a jamais été contestée.

Mieux, postérieurement au décès de Mme Neumann en 2004, les autorités allemandes de l'état civil ont procédé à une modification des livrets de famille des deux couples, ainsi que l'acte de décès de Mme Neumann, afin d'y faire apparaître l'existence simultanée des deux mariages.

Les deux veufs ont alors réclamé chacun pour son compte l'entièreté de la pension de survie, estimant remplir les conditions prévues à cette fin par le statut, à savoir, en présence d'un ancien fonctionnaire titulaire d'une pension d'ancienneté, que le mariage ait été contracté avant la cessation du service et ait duré au moins un an⁷⁴².

Plus exactement, c'est M. Mandt qui, le premier, demande et obtient du Parlement, le bénéfice de la pension, avant que M. Braun-Neumann ne s'avise de faire valoir ses droits en 2006. Au vu de l'acte de décès modifié, le Parlement décide alors de procéder à un partage à parts égales de la pension entre les intéressés.

C'est donc à l'occasion du recours en annulation formé par M. Mandt à l'encontre de la décision réduisant ses droits que le Tribunal de la fonction publique a été amené à s'interroger

⁷⁴⁰ Art. 79 du statut.

⁷⁴¹ Pour reprendre l'expression consacrée en droit international privé.

⁷⁴² Ainsi que le prévoit l'article 18 de l'annexe VIII du statut.

sur la qualification de M. Braun-Neumann comme « *conjoint survivant* » au sens du statut et, subséquemment, sur les modalités d'allocation de la pension dans ce cas de bigamie, naturellement non expressément envisagé par le texte.

Le recours introduit par ailleurs par M. Braun-Neumann pour obtenir la totalité de la pension a, lui, été déclaré irrecevable, pour tardiveté de la réclamation portée devant le Parlement⁷⁴³.

216. Solution adoptée par le Tribunal. – S'agissant de qualifier M. Braun-Neumann de « conjoint survivant » au sens du statut, le Tribunal estime que cette question ne peut être résolue, en l'absence de droit communautaire matériel de l'état des personnes et de la famille, que par « *renvoi* » aux droits nationaux⁷⁴⁴.

Il lui faut alors déterminer l'« *ordre juridique [étatique] pertinent*⁷⁴⁵ » auquel se référer, la question se posant avec une acuité particulière, puisque les ordres juridiques intéressés adoptaient des points de vue divergents⁷⁴⁶ : divorcé au regard de l'ordre juridique belge, M. Braun-Neumann était demeuré marié avec elle jusqu'au décès de Mme Neumann, au regard de l'ordre juridique allemand.

Pour résoudre ce problème, le Tribunal récuse l'idée de recourir à un « *raisonnement de droit international privé*⁷⁴⁷ », par quoi il faut comprendre l'idée d'appliquer par analogie les règles d'effet des jugements prévues en matière matrimoniale par le règlement *Bruxelles II bis* et d'élaborer, en l'absence d'eupéanisation en la matière, une règle de conflit propre à déterminer la loi applicable au statut personnel⁷⁴⁸.

A la place, il approuve le Parlement de s'être référé au point de vue de l'ordre juridique allemand, au motif que ce dernier présente des « *liens [très] étroits* » avec la situation, si ce n'est, comparativement, les plus étroits⁷⁴⁹. A ce titre, le Tribunal relève que tous les intéressés étaient de nationalité allemande et résidaient en Allemagne, y compris la défunte, depuis son départ à la retraite, et que c'est dans ce pays que le mariage litigieux avait été célébré⁷⁵⁰.

⁷⁴³ TPFUE (ord.), 23 mai 2008, *Kurt-Wolfgang Braun-Neumann c. Parlement européen*, F-79/07 ; confirmant cette décision, TPICE, ord., 15 janv. 2009, *Kurt-Wolfgang Braun-Neumann c. Parlement européen*, T-306/08 P, Rec. FP, p. I-B-1-1 ; p. II-B-1-1.

⁷⁴⁴ *Mandt*, préc. pt. 63.

⁷⁴⁵ *Ibid.*, pt. 66.

⁷⁴⁶ *Ibid.*, pt. 64.

⁷⁴⁷ *Ibid.*, pt. 65.

⁷⁴⁸ *Ibid.*, pts 66-68.

⁷⁴⁹ *Ibid.*, pt. 71.

⁷⁵⁰ *Ibid.*, pt. 70.

Il ajoute que « *dans la grande majorité des ordres juridiques nationaux, le statut matrimonial de feu M. Braun-Neumann serait déterminé en application du droit matériel allemand et serait celui qui lui serait reconnu au sein de l'ordre juridique de cet État membre*⁷⁵¹ ».

Or, pour le Tribunal il est indubitable que, au regard « *du droit matériel et de l'ordre juridique allemands* », le mariage litigieux a existé jusqu'au décès de Mme Neumann⁷⁵². Pour établir ce point de vue, il se réfère à des décisions et actes publics divers : la célébration du mariage, « *à compter [de laquelle] M. Braun-Neumann a acquis la qualité de conjoint de cette dernière* », la décision refusant la reconnaissance du divorce belge, une autre ayant constaté la caducité de la procédure de divorce introduite peu avant le décès par M. Braun-Neumann, et, enfin, les modifications apportées aux registres d'état civil par les autorités compétentes allemandes⁷⁵³.

Glissant de la reconnaissance du premier mariage à la reconnaissance simultanée des deux mariages, puisque, selon lui, il se déduirait de modifications susmentionnées et du caractère strictement judiciaire de la nullité du mariage en droit allemand, que l'ordre juridique allemand reconnaissait aussi cette qualité à M. Mandt, le Tribunal estime ensuite que cette reconnaissance n'est pas incompatible avec « *l'ordre public de l'Union* »⁷⁵⁴.

Cette affirmation est négativement étayée par l'idée qu'il ne s'agit pas pour lui de reconnaître dans l'absolu le mariage multiple, ce dont il admet que cela pourrait « *soulever une question de compatibilité avec des principes et règles supérieurs de droit* »⁷⁵⁵, mais simplement de reconnaître « *à deux personnes la qualité de conjoint survivant d'une seule et même fonctionnaire décédée aux fins de l'octroi d'un avantage pécuniaire* », plus exactement aux fins du partage de la pension, en conformité avec la règle selon laquelle la totalité des sommes allouées aux personnes qui peuvent bénéficier de la qualité du conjoint ne peuvent dépasser 100% du montant prévu⁷⁵⁶ qui s'induit des dispositions du statut⁷⁵⁷.

⁷⁵¹ *Ibid.*, pt. 72.

⁷⁵² *Ibid.*, pt. 79.

⁷⁵³ Pts 74-78.

⁷⁵⁴ Pt. 85.

⁷⁵⁵ Pt. 87.

⁷⁵⁶ V. pt. 87 ; la motivation du Tribunal est à vrai dire assez confuse et ne laisse découvrir cette distinction entre reconnaissance dans l'absolu et reconnaissance aux fins du partage de la pension, que par renvoi, auquel il invite du reste lui-même, aux considérants de l'arrêt consacrés plus loin à l'adaptation des dispositions du statut à cette hypothèse.

⁷⁵⁷ Plus exactement, des art. 22 et 28 de l'annexe VIII, relatifs, respectivement, au partage de la pension entre le conjoint survivant et un ou plusieurs autres ayant-droits, notamment d'orphelins issus d'un précédent mariage, et au partage entre conjoints successifs en cas de divorce.

Le Tribunal ajoute que, une décision allemande de 1999 ayant condamné Mme Braun-Neumann à verser à son premier époux une pension alimentaire mensuelle, la reconnaissance de la qualité de conjoint survivant à M. Braun-Neumann est conforme à la finalité des règles statutaires relatives à la pension de survie, qui est de compenser la perte de revenus éprouvée du fait du décès et d'offrir un « *revenu de remplacement* »⁷⁵⁸.

Quant au partage de la pension, le Tribunal en approuve le principe, au nom de la règle précédemment évoquée d'unicité de la pension de survie⁷⁵⁹, et des « *obligations de bonne gestion financière et de contrôle des dépenses budgétaires des institutions qui doivent prévaloir au sein de l'Union* »⁷⁶⁰.

S'agissant des modalités de ce partage, le Tribunal envisage un moment la transposition par analogie de la méthode prévue par le statut en cas de divorce, à raison de la durée respectives du mariage, mais repousse cette possibilité comme contraire, dans les circonstances de l'espèce, à la finalité de l'institution⁷⁶¹ et valide finalement la distribution à parts égales opérée par le Parlement.

217. Cette affaire relève par différents aspects de l'étude du droit international, pris comme la branche de la science du droit qui a le mieux systématisé les rapports entre ordres juridiques égaux.

En effet, le statut matrimonial de M. Braun-Neumann n'ayant d'existence qu'en droit étatique, la réponse à la question de savoir s'il pouvait être qualifié de « *conjoint survivant* » au sens du statut nécessitait de *donner effet au droit étatique dans l'ordre juridique de l'Union*.

Or, ainsi que nous l'exposerons de manière plus détaillée dans le second paragraphe, les ordres juridiques européen et étatique se trouvent, dans ce type d'hypothèse, dans un rapport de type horizontal, rendant pertinent le recours aux concepts du droit international privé pour analyser aussi bien le type d'efficacité conférée, la condition mise à cette efficacité et ses conséquences pour l'application du droit substantiel de l'Union.

En sous-ordre, se posait également la question de la détermination du droit étatique auquel donner effet. Quoiqu'en dise le Tribunal, il s'agit là de choisir parmi les ordres juridiques étatiques impliqués, celui apte à fournir la réponse à une question de droit privé, c'est-à-dire,

⁷⁵⁸ Pt. 88.

⁷⁵⁹ Pt. 101.

⁷⁶⁰ V. pt. 102.

⁷⁶¹ Pt. 106.

indubitablement, d'un problème de droit international privé. Pour classique qu'il soit, ce problème prend cependant ici une dimension particulière, tenant à la nécessité pour le juge européen de s'en référer au point de vue concret, fût-il virtuel, de l'ordre juridique désigné.

Suivant l'ordre du raisonnement, nous envisagerons successivement l'identification du droit étatique auquel il est donné effet (A), le type d'effet donné (B) et la condition mise à cette efficacité (C).

A. La détermination du droit étatique auquel il est donné effet

218. Ainsi donc, la détermination, parmi les ordres juridiques belge et allemand, de celui qui fournirait la réponse à la question du statut matrimonial de M. Braun-Neumann est un problème classique de droit international privé⁷⁶².

219. Néanmoins, et c'est en ce sens qu'il faut prendre l'affirmation du Tribunal selon laquelle le recours à un raisonnement de droit international privé serait en l'espèce inapproprié, la position des autorités européennes ayant à résoudre cette question diffère de celle d'un juge national qui en serait saisi, à titre incident ou principal, dans la mesure où ce dernier ferait *prévaloir son point de vue conflictuel*.

Tel est du moins le cas si l'on raisonne sur la base du droit français positif⁷⁶³. Imaginons que le juge du for soit saisi d'un litige concernant la succession de Mme Neumann, s'agissant d'une maison de vacances qu'elle aurait acquis sur la côte landaise. Probablement, le juge se poserait la question, qui ne manquerait pas d'être soulevée, de la validité du second mariage. A ce titre, il s'interrogerait, en premier lieu, sur la reconnaissance du jugement belge de divorce au regard des critères du droit commun, le jugement allemand de non-reconnaissance n'étant pas, lui, importable, en vertu du principe *exequatur sur exequatur ne vaut*. Dans l'hypothèse d'une réponse négative, par exemple parce que, comme l'ordre public allemand, l'ordre public français ne se satisferait pas des modalités d'assignation du défendeur dans l'instance en divorce, il apprécierait la question de la validité de ce mariage au regard de la loi allemande, applicable selon notre règle de conflit, pour conclure à sa nullité, le droit matériel allemand tenant l'existence d'un premier mariage non dissout comme un empêchement.

⁷⁶² Sur le traitement de ces questions dans la doctrine de droit international public, v. Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, Pédone, 2001, p. 149 et s.

⁷⁶³ Le raisonnement serait naturellement différent si la méthode de la reconnaissance des situations était consacrée en droit positif.

220. Au contraire, pour les autorités européennes, il ne s'agit pas de reconnaître un jugement national ou de rechercher la loi applicable à la situation, pour trancher avec force de vérité la question du statut matrimonial des intéressés, mais d'attacher un avantage pécuniaire à une situation de droit de la famille *effective*⁷⁶⁴.

Ainsi, tant l'incomplétude de l'ordre juridique de l'Union, puisque le statut matrimonial de M. Braun-Neumann n'existe qu'au travers des ordres juridiques étatiques⁷⁶⁵, que la *ratio* de la règle appliquée, le législateur statuaire ayant expressément attaché l'effet sollicité à l'existence d'un lien juridiquement consacré, impliquent de s'en référer à un critère d'effectivité, à un double niveau⁷⁶⁶.

221. Ce critère joue, tout d'abord, pour la détermination proprement dite de l'ordre juridique étatique « *pertinent* », pour reprendre la terminologie du Tribunal. En effet, quoi qu'en dise le Tribunal, il importe peu que les ordres juridiques étatiques en présence aient des points de vue divergents, la seule chose qui compte est que l'un d'entre eux au moins reconnaisse l'existence de ce mariage, avec toutes conséquences patrimoniales qui en découlent, et soit en mesure d'imposer ce point de vue.

Si telle n'est pas expressément l'analyse développée par le Tribunal, qui a choisi de s'en remettre au critère des « liens très étroits », de telles considérations d'effectivité ne sont pas absentes de l'arrêt. En effet, au stade de l'appréciation de la compatibilité de l'effet donné au droit allemand avec les principes fondamentaux de l'ordre juridique de l'Union, le Tribunal fait référence à une décision condamnant Mme Neumann à payer à son époux une pension alimentaire mensuelle rendue en Allemagne, où elle était vraisemblablement, à tout le moins depuis que Mme Neumann y avait retransféré sa résidence, susceptible de s'exécuter.

De telles considérations d'effectivité sont également décisives s'agissant de déterminer la complexion du point de vue normatif à prendre en compte. Puisqu'il s'agit d'attacher un avantage patrimonial à une situation juridique effective, c'est le point de vue *concret* de l'ordre juridique en cause qu'il convient de prendre en compte, tel qu'il peut se trouver

⁷⁶⁴ *Comp.* les conclusions présentées par l'avocat général WARNER dans l'affaire *P. c. Commission* (CJCE, 5 février 1981, aff. 40/79), Rec. p. 376, spéc. p. 383 ; Christian KOHLER, « La Cour de justice et le droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1993-1995, p. 71-95, spéc. p. 81.

⁷⁶⁵ Et même, virtuellement, au travers d'eux tous, chacun appréciant en raison du caractère national des systèmes de conflits, pour lui-même cette situation.

⁷⁶⁶ La discussion actuelle sur l'opportunité de l'adoption de la méthode de la reconnaissance des situations, arc-boutée sur l'idée d'effectivité, conduit cependant à s'interroger sur le point de savoir si la différence soulignée au texte des positions des juges national et européen est bien structurellement fondée. Mais c'est là s'interroger sur la pertinence du paradigme conflictuel...

crystallisé dans des décisions ou, en deçà, des actes publics non décisionnels⁷⁶⁷. Cette fois, c'est bien l'approche retenue par le Tribunal ; qui se réfère au point de vue concret de l'ordre juridique allemand, pour établir la qualité de conjoint survivant tant du premier que du second époux⁷⁶⁸, alors que, se référant au point de vue *abstrait* de l'ordre juridique allemand, un juge français aurait, en l'état du droit positif, conclu à l'invalidité de ce second mariage.

B. Le type d'effet donné

222. Ayant choisi de donner effet au droit allemand, le Tribunal exprime cette efficacité en usant des catégories propres au droit institutionnel de l'Union. Plus exactement, il analyse cette opération comme étant un « *renvoi* » au droit national, ce qui, même au regard l'ordre européen, peut être discuté (1). Quoi qu'il en soit, ce raisonnement peut être transposé, et même sans doute mieux rendu, dans la terminologie plus fine de la théorie générale du droit international privé (2).

1) *L'effet énoncé dans la terminologie du droit institutionnel de l'Union*

223. S'agissant de qualifier M. Braun-Neumann de « *conjoint* » au sens du statut, le Tribunal estime devoir choisir entre deux méthodes d'interprétation, à savoir entre l'interprétation autonome et le renvoi au droit national.

Comme cela est bien connu, la jurisprudence estime que l'exigence d'application uniforme du droit de l'Union impose de tenir l'interprétation autonome pour le principe et le renvoi au droit national pour l'exception⁷⁶⁹.

En pratique, elle ne recourt au renvoi que dans deux hypothèses, et encore très rarement. La première hypothèse vise le cas où un tel renvoi est prévu par le texte à interpréter. On peut parler de « *renvoi exprès* »⁷⁷⁰. La seconde hypothèse résulte d'une jurisprudence constante selon laquelle il est renvoyé au droit national lorsque le juge européen ne peut déceler « dans

⁷⁶⁷ Sur les notions de points de vue concret et abstrait, et de cristallisation, v. *supra* n° 105 et la n. 449.

⁷⁶⁸ Le Tribunal se réfère constamment au point de vue du « *droit matériel allemand et de l'ordre juridique allemand* », comme si le premier n'était pas une composante du second. Il faut y voir l'expression, imparfaite, de l'intuition de la distinction entre « *point de vue abstrait* » (c'est le « *droit matériel* », et « *point de vue concret* », c'est-à-dire celui qu'ont adopté ou adopteraient les organes de l'ordre juridique en cause, le Tribunal assimilant, par métonymie, ceux-là à celui-ci.

⁷⁶⁹ Sur ces méthodes, v. l'article de Mathias AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789-816.

⁷⁷⁰ Pour un exemple, v. l'art. 1^{er}, par. 1, litt. b) de la directive 98/59/CE du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, qui précise expressément par « *représentants des travailleurs* » ; on entend les représentants des travailleurs prévus par la législation ou la pratique des États membres. Sur ce renvoi, v. CJCE, 12 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, C-55/02, Rec. p. I-9387, pts 45 et s.

le droit de l'Union ou dans les principes généraux du droit de l'Union⁷⁷¹ » les éléments lui permettant de nourrir une interprétation autonome. On peut parler, pour reprendre une ancienne formule jurisprudentielle, de « *renvoi implicite* »⁷⁷².

L'ordre juridique de l'Union n'ayant pas, à ce jour, secrété de régime matériel un tant soit peu systématique de l'état des personnes et de la famille, le Tribunal s'est estimé être dans ce dernier cas de figure, imposant un renvoi au droit national.

En réalité, il douteux que l'on puisse analyser le raisonnement suivi par le Tribunal, en l'espèce comme un authentique renvoi au droit national.

224. Pour le comprendre, il faut préciser quelle est la portée du choix en faveur d'une interprétation autonome ou d'un renvoi.

En droit de l'Union, ces méthodes se présentent comme des alternatives permettant de résoudre toutes deux deux problèmes distincts⁷⁷³.

D'une part, et c'est sans doute l'aspect le plus connu, ces méthodes permettent de *fournir la définition d'une notion visée dans le présupposé d'une règle de droit de l'Union en vue de procéder à une opération de qualification*. En ce cas, l'alternative oppose l'élaboration d'une « *définition autonome* »⁷⁷⁴ et le renvoi au droit national compris comme l'acceptation pure et simple du sens attribué par chacun des droits nationaux aux termes visés dans le texte communautaire⁷⁷⁵.

D'autre part, et c'est un aspect moins souvent étudié, ces méthodes permettent également *de combler, le cas échéant, les lacunes du texte à interpréter*, lorsque le juge est confronté à un problème auquel il n'a pas été pourvu par le législateur⁷⁷⁶. Dans ce cas, l'alternative oppose

⁷⁷¹ Pour l'énoncé du principe, v. TPICE, 18 décembre 1998, *Diaz Garcia*, T-43/90, Rec. p. II-2619, pt. 36 ; du même jour, *Khouri*, T-85/91, Rec. p. II-2637, pt. 32.

⁷⁷² Pour un exemple, v. CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107, qui s'agissant de la délimitation anatomique exacte du morceau de viande bovine désigné comme « flanchet » qu'un règlement de la Commission excluait du bénéfice des restitutions à l'exportation, renvoie aux méthodes de découpage et de désossage utilisées dans les États membres et leurs régions.

⁷⁷³ *Comp.* François VIANGALLI, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, préf. G. Lègier, Aix-en-Provence : PUAM, 2004, n^{os} 744 et s., qui oppose comblement de « *lacunes de sens* » et comblement de « *lacunes de construction* » du droit de l'Union.

⁷⁷⁴ On peut prendre l'exemple, toujours cité, de la définition des notions de « *travailleur* », « *marchandises* », « *établissement* », « *services* » et « *mouvement de capitaux* » permettant de circonscrire le champ d'application matériel des libertés économiques de circulation. Depuis toujours, la Cour de justice interprète ces notions de manière autonome. V. CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, Rec. p. 347, spéc. p. 362, au sujet de la notion de « *travailleur* », ultérieurement définie par CJCE, 8 juillet 1986, *Lawrie Blum*, aff. 66/85, Rec. p. 2121, sp. pt. 17.

⁷⁷⁵ En ce sens, v. TPICE, 5 octobre 2009, *Commission c. Roodhuijzen*, T-58/08 P, Rec. p. II-3797.

⁷⁷⁶ Pour un exemple v. CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, C-443/03, Rec. p. I-9611, s'agissant de la régularisation du défaut de traduction de l'acte à signifier, sur le fondement du règlement n° 1348/2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale.

plus particulièrement l'élaboration de ce qu'on peut appeler un « régime autonome » et le « renvoi à l'autonomie procédurale nationale ».

225. Dans l'affaire *Mandt*, c'est un problème du premier type qui se posait. Mais, dans ce cadre, il faut encore opérer deux sous-distinctions successives.

226. Il faut d'abord distinguer selon que la notion ou l'institution en question revêt une plus ou moins grande universalité. La question du choix entre renvoi au droit national ou élaboration d'une définition autonome ne se pose en effet qu'en présence de divergences importantes entre les conceptions nationales, auquel cas il peut paraître délicat d'imposer une solution plutôt qu'une autre à titre d'interprétation autonome⁷⁷⁷. En présence, au contraire, d'une notion/institution universelle, il est cependant facile de parvenir à une définition inspirée des droits nationaux, en ce qu'ils ont de convergent⁷⁷⁸. Si facile d'ailleurs que tant l'effort définitionnel opéré par le juge de l'Union que, corrélativement, le caractère autonome de la définition peuvent s'en trouver occultés.

227. Le principe du recours à l'interprétation autonome acquis, il faut ensuite distinguer selon que la réalisation de la condition en cause est susceptible de s'opérer directement dans les faits⁷⁷⁹, ou, au contraire, ne peut s'abstraire d'un environnement juridique⁷⁸⁰, auquel cas la référence au droit étatique s'impose afin d'établir l'existence en droit de la qualité visée⁷⁸¹, c'est-à-dire soit la validité d'un acte juridique, soit d'efficacité d'un fait juridique.

228. Or, la notion de « conjoint » dont il était question dans l'affaire *Mandt* revêt précisément la caractéristique d'être une qualité juridique dont la définition fait l'objet d'un

⁷⁷⁷ Dire que ce n'est qu'en présence de divergences nationales que la question du choix entre interprétation autonome et renvoi se pose en pratique ne signifie pas pour autant que ces divergences condamnent *ipso facto* le recours à l'interprétation autonome. Au contraire, elles le justifient, au nom de l'exigence d'une application uniforme du droit de l'Union. L'identification du ou des facteurs déterminant le recours au renvoi imposerait une étude systématique du droit positif de l'Union qui dépasse le cadre de cette subdivision. A la lumière des quelques hypothèses qui nous sont connues, il semble cependant que l'on peut disqualifier le caractère sensible du domaine en cause comme trop subjectif : en quoi, par exemple, le commerce des objets culturels (v. la définition autonome pratiquée dans CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68, Rec. p. 617, spéc. p. 625) est-il moins sensible que le droit des contrats (v. le renvoi opéré dans l'arrêt CJCE, 6 octobre 1976, *Tessili*, aff. 12-76, Rec. p. I-1473) ? C'est bien plus l'absence de compétence attribuée à l'Union ou, si une telle compétence existe, les modalités du processus de décision en la matière qui semble décisif : ainsi, le commerce transfrontière des marchandises fait l'objet d'une telle attribution, alors que le droit matériel des contrats en tant que tel, non.

⁷⁷⁸ V. par ex. la notion de « possession » au sens du régime communautaire des franchises douanières et, à cet égard, les conclusions de l'avocat général POIARES MADURO dans l'affaire *Feron* (CJCE, 17 mars 2005, C-170/03), Rec. p. I-2299, spéc. pts. 81 et 82.

⁷⁷⁹ Ainsi de la notion de « handicap » visée la directive 2000/78/CE portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, que la Cour définit comme « une limitation, résultant notamment d'atteintes physiques, mentales ou psychiques et entravant la participation de la personne concernée à la vie professionnelle » : v. CJCE (gde ch.), 13 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, Rec. p. I-6467, pts 44 et 45.

⁷⁸⁰ *Comp.* Pierre MAYER, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, op. cit., p. 60.

⁷⁸¹ Ainsi de la notion « pension alimentaire [...] fixée [...] par convention intervenue entre les anciens époux », au sens du statut ; v. TPICE, 21 avril 2004, *M.*, T-172/01, Rec. p. II-1075, pt. 72 s.

consensus entre les États membres, dès lors du moins que ne sont pas en cause des personnes de même sexe⁷⁸².

Aussi bien, la référence au droit étatique en l'espèce s'analyse non pas comme un renvoi, comme l'affirme le Tribunal de la fonction publique car, s'il n'existe pas de régime européen du mariage, il existe bel et bien une notion européenne, aussi peu spécifique soit-elle⁷⁸³, mais comme une *prise en considération du droit national afin de qualifier la situation litigieuse au regard d'une définition autonome*, en l'occurrence, pour s'assurer de la validité du mariage allégué.

La notion de prise en considération, qui au demeurant n'est pas inconnue du juge de l'Union⁷⁸⁴, nous ramène ainsi au droit international privé.

2) *L'effet énoncé dans la terminologie du droit international privé*

229. Division. – Dit avec les mots du droit international privé, le raisonnement mené par le Tribunal de la fonction publique pour qualifier M. Braun-Neuman de « conjoint survivant » au sens du statut s'analyse tout à la fois en une *prise en considération* du droit national à l'occasion de l'application du droit de l'Union, plus spécialement en une *substitution*⁷⁸⁵, et en la *reconnaissance d'un point de vue normatif de droit étatique concret* dans l'ordre juridique

⁷⁸² Le mariage homosexuel demeurant un sujet clivant, les dispositions de droit de l'Union attachant un effet à la notion de mariage renvoient en revanche, sur ce point, explicitement ou implicitement aux législations nationales. L'article 13 du règlement Rome III, qui permet au juge saisi de ne pas prononcer la dissolution d'un mariage dont la *lex fori* ne reconnaît pas la validité constitue un exemple de cette attitude prudente. Plus largement, sur la position du droit de l'Union européenne vis-à-vis des couples homosexuels, v. Hélène SURREL, « Union européenne et famille. Les couples homosexuels », *RAE* 2014, n° 2, p. 327-336.

⁷⁸³ Hétérosexuel du moins ; v. *Roodhuijzen*, préc., pt. 75 selon lequel le mariage est une notion « dont le contour est clairement déterminé dans l'ensemble des États membres, ce qui a permis au juge communautaire de définir la notion de mariage visée dans le statut comme désignant un rapport exclusivement fondé sur le mariage civil au sens traditionnel du terme ».

⁷⁸⁴ V. *Roodhuijzen*, préc., spéc. pt. 46 qui oppose l'« application » du droit étatique, qu'impliquerait un renvoi au droit national et la « prise en considération » de ce dernier « à titre d'élément factuel » qu'impliquerait au contraire le recours à l'interprétation autonome. La terminologie utilisée par le Tribunal nous semble cependant erronée, à deux points de vue. D'une part, sauf lorsqu'elle est saisie en vertu d'une clause compromissoire d'un litige mettant en cause la responsabilité contractuelle de l'Union, la Cour de justice n'est compétente que pour mettre en œuvre le droit de l'Union, et, en conséquence, ne peut jamais procéder qu'à une prise en considération du droit national à l'occasion de cette application (sur ce point, v. Hélène CHANTELOUP, « La prise en considération du droit national par le juge communautaire », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 539-572). D'autre part, s'il est possible qu'une norme soit prise en considération « en tant que fait » (à cet égard, v. *supra* n° 100), tel n'était pas le cas dans l'affaire *Roodhuijzen*, dans la mesure où c'est bien une notion juridique, celle de « *partenariat non matrimonial* », qui appelait la prise en considération du droit national à l'occasion de l'application du statut. La réduction au statut de fait de toute norme prise en considération est cependant répandue et est encouragée, nous semble-t-il, par la présentation selon laquelle la norme considérée est consultée dans le cadre de la mineure du syllogisme judiciaire, assimilée aux faits de l'espèce.

⁷⁸⁵ Sur ce que la substitution constitue une variété de prise en considération, v. *supra* n° 99.

de l'Union⁷⁸⁶. Les deux autres points n'ayant pas besoin d'être développés plus qu'ils ne l'ont déjà été, seule l'assimilation de cette opération à une substitution fera l'objet de cette subdivision.

230. Substitution. – La qualification de la situation de M. Braun-Neumann, telle qu'elle est configurée par le droit étatique au regard de la notion autonome de mariage suppose un jugement d'équivalence, du type de celui qui est à l'œuvre dans l'opération dite, le plus souvent, de « *substitution* ».

En droit international privé, il y a substitution toute les fois que le « *concept préjudiciel* » visé dans le présumé de la loi appliquée se trouve réalisé par référence à une loi tierce. Plus exactement, l'on parle de substitution, lorsque les institutions de part et d'autre présentent une certaine hétérogénéité de telle sorte que l'agent est conduit à s'interroger sur leur comparabilité. *Tel est le cas, pour reprendre l'exemple classique, lorsqu'on s'interroge sur la faculté pour la seconde épouse d'un homme de statut polygamique de venir à sa succession, comme « conjoint survivant » au sens de l'art. 757 c. civ.*

Le terme « *substitution* » désigne, littéralement, le conclusif du raisonnement analogique : la comparabilité du mariage polygamique, tel qu'aménagé par la loi nationale des époux et du mariage monogamique consacré par le droit français applicable à la succession étant admise, on substitue l'un à l'autre, en ce sens qu'on accepte d'attacher les effets successoraux du mariage français au mariage polygamique litigieux.

Se focalisant sur le contrôle préalable de comparabilité plutôt que sur sa conséquence, certains auteurs parlent de « *l'équivalence* » comme d'un mécanisme autonome du droit international privé⁷⁸⁷, dont les applications dépassent au demeurant ce cas de figure.

Le parallèle que nous établissons entre l'affaire *Mandt* et le mécanisme de la substitution, tel qu'il est décrit par la doctrine internationaliste peut cependant sembler de prime abord inapproprié, pour deux raisons.

231. Existence d'une conception européenne minimale du mariage. – En premier lieu, on pourrait nous objecter qu'on ne saurait parler en l'espèce de substitution puisque, faute de mariage de droit de l'Union, *il n'y a rien à remplacer*. Une telle conclusion serait trop hâtive.

⁷⁸⁶ On a en effet vu que, situées sur un plan d'analyse distinct, ces notions pouvaient être articulées (v. *supra* n° 119 *in fine*).

⁷⁸⁷ V. Sara GODECHOT-PATRIS, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des ordres juridiques », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271-310.

En effet, s'il n'existe pas à proprement parler de droit substantiel du mariage dans l'ordre juridique de l'Union, certains aspects du droit positif attestent néanmoins de l'existence d'une conception européenne minimale du mariage. D'une part, ainsi qu'il a été dit précédemment, il existe une définition autonome du mariage (hétérosexuel) en vue d'appliquer les textes qui se réfèrent à cette notion⁷⁸⁸. D'autre part, et pour se limiter aux règles statutaires appliquées en l'espèce, il est manifeste que les modalités d'attribution de la pension de réversion ont été aménagées en considération du seul mariage monogamique. Sur la base de ces éléments, on est en droit de considérer que l'ordre juridique de l'Union se fait bien une idée de ce qu'est un mariage et que ce mariage est un mariage monogamique. L'existence d'une telle conception transparaît d'ailleurs implicitement dans la motivation du Tribunal, qui, s'agissant d'étayer l'affirmation selon laquelle la reconnaissance de la qualité de conjoint survivant à M. Braun-Neumann est compatible avec l'ordre public de l'Union, explique que « *la circonstance qu' une institution reconnaît à deux personnes la qualité de conjoint survivant d'une seule et même fonctionnaire décédée aux fins de l'octroi d'un avantage pécuniaire, ne constitue nullement une acceptation, ne fût-ce qu' implicite, au niveau de l'Union, du mariage multiple, acceptation qui serait de nature de [sic] soulever une question de compatibilité avec des principes et règles supérieurs de droit, notamment si chacune des personnes concernées bénéficiait de l'entièreté de l'avantage pécuniaire prévu pour « le » conjoint survivant.* » Autrement dit, le Tribunal distingue la reconnaissance du mariage de M. Braun-Neumann aux fins du partage de la pension de réversion, qui est admissible, de la consécration de la valeur « mariages multiples » ou, si l'on préfère, de la disqualification de la valeur « monogamie » dans l'ordre juridique de l'Union, qui ne le serait pas. Or, en pure logique, si une telle disqualification est interdite, c'est bien qu'une telle valeur existe, est consacrée dans l'ordre juridique de l'Union.

232. Objet du test d'équivalence. – En second lieu, on pourrait nous objecter qu'*il n'y a rien*, en l'espèce, à *substituer*. En effet, le droit allemand au travers duquel se réalise la condition de mariage prévue par le statut pour l'attribution de la pension, ne connaît pas d'institution du mariage plural distincte de sa conception européenne. Au contraire, le droit allemand consacre lui aussi le principe monogamique. La bigamie en cause a une origine strictement factuelle, liée à l'internationalité de la situation. A première vue impressionnante, cette l'objection ne porte cependant pas plus que la première.

⁷⁸⁸ V. *supra* n° 228.

D'une part, le même problème de la reconnaissance de la qualité de conjoint survivant à deux ou plusieurs personnes en même temps pourrait se poser en présence d'intéressés de statut personnel polygamique⁷⁸⁹, si bien qu'il y aurait évidemment une institution de droit étatique à substituer à la conception européenne du mariage monogamique. D'autre part, et surtout, l'objet du test d'équivalence et, partant, de la substitution n'est pas l'institution étrangère abstraitement considérée, mais l'institution étrangère envisagée à la lumière de l'effet de droit substantiel attribué et des circonstances⁷⁹⁰. Ce n'est donc pas le mariage monogamique allemand que l'on substitue à une conception européenne identique, mais un mariage concret, saisi dans la possibilité qu'il produise des effets patrimoniaux, quand bien même il coexisterait avec un autre mariage.

Ainsi, ce test d'équivalence se rapproche du contrôle à l'aune de l'ordre public de l'Union auquel l'effet donné au droit allemand est cumulativement soumis. Il faut néanmoins l'en distinguer. C'est envisager la condition mise à cette efficacité.

C. La conformité à l' « ordre public de l'Union » comme condition mise à l'effet

233. Division. – Le Tribunal affirme que la reconnaissance de la qualité de conjoint survivant à M. Braun-Neumann n'est pas « incompatible avec l'ordre public de l'Union ». C'est subordonner l'efficacité donnée au droit étatique à la mise en œuvre d'une exception d'ordre public de l'Union.

Cette référence expresse à l' « ordre public de l'Union » doit être remarquée car, ainsi que nous l'avons dit, elle est rarissime en droit positif.

Elle est en outre justifiée, car ce mécanisme, s'il n'est pas activé en l'espèce, correspond, tant dans sa structure (1), que dans sa fonction (2) à l'exception d'ordre public international.

1) Structure du mécanisme

234. Séquence du contrôle à l'aune de l'ordre public de l'Union. – Conformément à la séquence ci-dessus étudiée de l'exception d'ordre public⁷⁹¹, une lecture constructive de l'arrêt indique que ce que le Tribunal confronte à l'ordre public de l'Union est l'allocation à M.

⁷⁸⁹ C'est précisément dans une telle hypothèse que Didier BODEN (*op. cit.*, spéc. n. 682 et n° 286) avait anticipé le jeu d'une exception d'ordre public international propre à l'ordre juridique de l'Union, telle que la met en œuvre l'arrêt *Mandt*.

⁷⁹⁰ En ce sens v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n° 489 ; Dider BODEN, *op. cit.*, n. 351.

⁷⁹¹ V. *supra* n°s 120-156.

Braun-Neumann d'une fraction de la pension de survie⁷⁹² (c'est l'effet de droit substantiel attribué par combinaison du droit de l'Union et du droit allemand pris en considération), en présence d'une autre personne pouvant également revendiquer cette qualité (c'est la circonstance à prendre en compte au titre de l'appréciation *in concreto*), pour en déduire l'absence d'incompatibilité.

L'identification du référent du contrôle mérite cependant de plus amples développements, pour distinguer le test d'équivalence que suppose la prise en considération du droit allemand pour qualifier M. Mandt de « conjoint survivant », au sens où l'entend le droit de l'Union, du contrôle à l'aune de l'ordre public.

235. Distinction des contrôles d'équivalence et de conformité à l'ordre public.— En effet, si, ainsi qu'on l'a vu, ces deux contrôles ont un même objet, ils n'ont pas le même référent.

Alors que le contrôle d'équivalence a un référent très étroit, à savoir la conception que se fait l'ordre juridique dont émane la règle appliquée de l'institution visée par cette dernière, le contrôle à l'aune de l'ordre public implique, virtuellement, toutes les valeurs de l'ordre juridique en cause⁷⁹³.

Il est vrai que la conception que se fait l'ordre juridique de l'institution visée procède elle-même des valeurs qui y sont à l'honneur, de telle sorte que ces référents en théorie distincts coïncideront souvent en pratique⁷⁹⁴, et qu'il est facile de les confondre.

Mais l'affaire *Mandt* fournit précisément un exemple de dissociation : la valeur pertinente, celle qui est affectée par l'effet concrètement attribué, n'est pas le principe monogamique qui forme par ailleurs le référent du contrôle d'équivalence. Au contraire, ce principe s'accommode d'un partage de la pension, en cas de mariages successifs⁷⁹⁵. Le référent du contrôle à l'aune de l'ordre public est, beaucoup plus prosaïquement, constitué des principes

⁷⁹² Cela résulte du renvoi opéré au pt. 87 de l'arrêt *Mandt* préc., à la partie de la motivation consacrée à l'adaptation des dispositions du statut.

⁷⁹³ En droit international privé strict, une autre différence tient à l'origine formelle du référent du contrôle : alors que ce sont toujours les valeurs *du for* qui forment le référent du contrôle à l'aune de l'ordre public, lorsque la *lex causae* est étrangère, ce sont les conceptions *étrangères* qui forment le référent du contrôle d'équivalence.

⁷⁹⁴ Prenons un exemple tiré du droit international privé français : lorsqu'il s'agit d'attacher au mariage polygamique un effet, personnel, par exemple en imposant, au titre du devoir de cohabitation, à la première épouse la présence de la seconde au domicile conjugal, c'est l'atteinte à l'unicité du lien personnel qui permettra aussi bien d'établir un défaut d'équivalence avec la conception française du mariage (en ces termes, v. Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.* n° 380) ou une contrariété à l'ordre public français (en ces termes, v. TGI Versailles, 3^e ch., 31 mars 1965 : *JDI* 1966, p. 97-101, note A. P).

⁷⁹⁵ Art. 28 de l'annexe VIII du statut de la fonction publique européenne.

du droit des finances publiques de l'Union de *bonne gestion financière et de contrôle des dépenses*⁷⁹⁶.

Le souci du Tribunal de préserver les valeurs de l'Union n'en demeure pas moins remarquable, ce qui nous amène à envisager la fonction du mécanisme mis en œuvre.

2) *Fonction du mécanisme*

236. La référence, quasi-intuitive du Tribunal à l'« *ordre public de l'Union* » est remarquable, car elle confirme la vocation générale de l'exception d'ordre public, comme limite à l'effet donné à une norme externe, en vue de préserver la cohérence de l'ordre juridique.

Cette référence postule néanmoins que l'on puisse considérer le droit national comme externe par rapport au droit de l'Union, en dépit du lien organique existant entre ces ordres juridiques, du fait de l'adhésion. Or, tel est bien le cas puisque, ainsi qu'on va le voir maintenant, les ordres juridiques de l'Union et des États sont en certaines hypothèses, dont celle en cause en l'espèce, liés par des rapports de type horizontal, où ils existent l'un à côté de l'autre, sans que les pyramides soient confondues. Ainsi, les circonstances dans lesquelles il est donné effet au droit national dans l'ordre juridique de l'Union, et où, corrélativement, un mécanisme similaire à l'exception d'ordre public international a vocation à jouer, dépassent l'hypothèse de la prise en considération du droit étatique pour la résolution d'une question préalable de droit privé, dont il était question jusqu'à maintenant.

Paragraphe II : Le prolongement de l'occurrence

237. Le recours à la notion de *Vorbehaltklausel* et, plus largement, aux raisonnements et concepts du droit international privé dans l'analyse des rapports entre ordres juridiques de l'Union et national s'autorise de la conjonction de deux éléments.

D'une part, en tant qu'il est incomplet, l'ordre juridique de l'Union n'atteint, le plus souvent, ses destinataires finaux que par articulation à l'ordre juridique national ; en d'autres termes, il est *donné effet au droit national dans l'ordre juridique de l'Union* (A). D'autre part, l'influence du droit de l'Union s'étendant au-delà du domaine des compétences attribuées –on

⁷⁹⁶ V. le pt. 102 de l'arrêt, par renvoi du pt. 87.

peut parler d' « orbite du droit de l'Union »⁷⁹⁷, les rapports qui se nouent dans cette zone comprise entre le cercle, plus restreint, des compétences attribuées et celui, plus large, du champ d'application, entre ordres juridiques de l'Union et national sont *de type horizontal*, à l'instar des rapports entre ordres juridiques étatiques, postulés égaux (B).

La circonstance que, comme ce qui s'observe en droit international privé, le droit de l'Union *subordonne l'efficacité donnée au droit étatique au respect de conditions* n'enlève rien à ce dernier constat (C).

A. L'intermédiation nécessaire du droit national

238. Renversant la perspective traditionnelle⁷⁹⁸ qui a essentiellement égard aux effets du droit de l'Union dans l'ordre juridique national, *l'importance des effets donnés au droit national dans l'ordre juridique de l'Union* a déjà été remarquée⁷⁹⁹.

239. Le phénomène s'explique par *l'architecture constitutionnelle décentralisée mise en place par les Traités*, qui veut que, par principe, le droit de l'Union n'atteint ses destinataires finaux que par articulation avec l'ordre juridique national. Selon le Professeur AZOULAI l'incomplétude marque le « *mode d'existence* » de la norme européenne : incomplète, cette dernière « *n'atteint le plus souvent son objet qu'à travers une série d'actes et d'opérations qui lui sont étrangers* »⁸⁰⁰. Cette intermédiation nécessaire de l'ordre juridique national revêt deux aspects, correspondant à la double incomplétude matérielle (1) et structurelle (2) de l'ordre juridique de l'Union.

⁷⁹⁷ Pour reprendre encore l'expression de Jean-Yves CARLIER, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, *op. cit.*, n° 127, p. 200.

⁷⁹⁸ Pour un programme similaire, dans l'ordre du droit international public, v. Carlo SANTULLI, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, *op. cit.*

⁷⁹⁹ V. singulièrement Loïc AZOULAI, « Autonomie et antinomies du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *op. cit.* ; Hélène CHANTELOUP, « La prise en considération du droit national par le juge communautaire », *op. cit.* V. aussi la chronique consacré par le Centre d'études juridiques européennes et comparées de l'Université Paris X-Nanterre au « rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *LPA*, 19, 20 et 21 mai 2003, n°s 99 à 101 et spécialement la présentation introductive de Jean-Sylvestre BERGÉ : « [Ce] qui nous intéresse ici c'est plutôt le mouvement inverse, par lequel le droit communautaire entend, dans l'exercice des attributions qui lui ont été reconnues par les États, assigner un rôle au droit national ».

⁸⁰⁰ « Autonomie et antinomies du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *op. cit.*

1) *Intermédiation matérielle*

240. Fondement. – L’intermédiation matérielle trouve son origine dans le caractère « *partiel* » de l’intégration⁸⁰¹, c’est-à-dire l’idée selon laquelle le droit de l’Union n’a pas vocation à régir tous les aspects de la vie sociale⁸⁰².

241. Manifestations. – Les manifestations de ce type d’intermédiation sont multiples. L’hypothèse en cause dans l’affaire *Mandt* d’une référence au droit national dans le cadre de l’interprétation d’une notion visée dans le présupposé d’une norme européenne en relève.

Plus largement, il y a intermédiation matérielle toutes les fois que le droit de l’Union consacre un intérêt comme étant digne d’être protégé et que cette protection s’opère par le biais des normes substantielles nationales.

Nous nous contenterons ici d’un exemple, tiré des libertés de circulation. Si l’effet déstabilisateur de ces dernières sur les droits nationaux est souvent souligné, on voit moins qu’elles ont néanmoins vocation à être relayées et concrétisées par des droits subjectifs de source nationale⁸⁰³ et, d’une certaine manière, dépendent d’eux. Ainsi, si le droit à la mobilité des personnes s’épuise, dans sa dimension physique, dans un droit d’entrée et de séjour directement conférés par le Traité⁸⁰⁴, il permet également d’accéder à certains droits sociaux⁸⁰⁵ ou civils fondés en droit national⁸⁰⁶.

2) *Intermédiation structurelle*

242. Fondements. – L’« *intermédiation structurelle* » correspond à ce que la doctrine communautariste appelle « *principe d’administration indirecte* », selon lequel l’exécution du

⁸⁰¹ CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité de la CECA* (affaire dite de « *la prime de poste* »), aff. 30/59, Rec. p. 3, spéc. p. 46.

⁸⁰² En ce sens v. Georgio BADIALI, « Le droit international privé des Communautés Européennes », *RCADI* 1985, t. 191, p. 9-182, spéc. p. 19.

⁸⁰³ *Comp.* Jérémy HEYMANN, note sous CJCE, 13 déc. 2005, *SEVIC System AG*, C-4411/03 : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 663-678, spéc. p. 676, qui parle de « *norme matérielle vaporeuse* ».

⁸⁰⁴ CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, Rec. p. 497.

⁸⁰⁵ Par exemple, le *minimex* belge de Mlle D’Hoop : CJCE, 11 juillet 2002, *D’Hoop*, C-224/98, Rec. p. I-6191.

⁸⁰⁶ Droits civils que le Professeur CARLIER (*La condition des personnes dans l’Union européenne, op. cit.*) qualifie de « *connexes* » (n° 83) au droit de séjour. V. aussi, pour un exposé de l’extension du champ d’application matériel du principe de non-discrimination aux droits « *corollaires* » de la circulation du citoyen, Anastasia ILIOPOULOU, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut de citoyen de l’Union européenne, op. cit.*, p. 89 et s.

droit de l'Union relève, sauf exception, des autorités nationales et, corrélativement, des procédures nationales⁸⁰⁷.

En dernier ressort, l'intermédiation structurelle s'explique par ce que les États membres conservent, en l'état actuel du droit positif, le monopole de l'exercice de la contrainte sur leur territoire⁸⁰⁸ et constituent, de ce fait, l'« *incontournable bras séculier*⁸⁰⁹ » du droit de l'Union.

243. Manifestations. – Dans son volet judiciaire, qui intéresse plus particulièrement, l'intermédiation structurelle renvoie au principe de « *l'autonomie procédurale nationale* », selon lequel « *en l'absence de réglementation communautaire en la matière, il appartient à l'ordre juridique interne de chaque État membre de désigner les juridictions compétentes et de régler les modalités procédurales des recours en justice destinés à assurer la sauvegarde des droits que les justiciables tirent de l'effet direct du droit communautaire*⁸¹⁰ ».

Toutefois, au-delà d'un renvoi au droit processuel strictement compris, l'observation de la jurisprudence de la Cour fait apparaître que le principe vise plus largement les normes nationales instrumentales ou de réalisation susceptibles de conférer efficacité à une règle substantielle européenne. Par exemple, relève du droit national la détermination des « *conséquences civiles* » de la nullité d'un contrat constitutif d'une entente prohibée par l'art. 101 TFUE, telles que la sanction de l'enrichissement sans cause ou de la turpitude du demandeur⁸¹¹ ou encore la détermination du régime de la transformation transfrontalière, prise comme modalité du droit d'établissement des sociétés⁸¹².

Ainsi, le droit de l'Union n'atteint le plus souvent ses destinataires que par l'intermédiation des normes substantielles et instrumentales nationales, auxquelles il s'articule, de telle sorte

⁸⁰⁷ V. l'art. 4-3 al. 2 TUE, relatif au principe de coopération loyale : « *Les États membres prennent toute mesure générale ou particulière propre à assurer l'exécution des obligations découlant des traités ou résultant des actes des institutions de l'Union.* »

⁸⁰⁸ Sur ce point, v. Rafaëlle MAISON, « Les fonctions essentielles de l'Etat », in *Les mots de la constitution européenne*, PUF, 2005, p. 222-240, spéc. p. 234-235 : « *En revanche ce qui, semble-t-il, ne peut être dépassé, c'est [cet] obstacle technique : la mise en œuvre de cette production normative exceptionnelle [exceptionnelle parce qu'étant par principe d'effet direct] relève de la puissance étatique, en dernier lieu par la voie de l'exécution nationale* ».

⁸⁰⁹ Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, op. cit., n° 651, p. 480.

⁸¹⁰ CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz*, aff. 33/76, Rec., p. 1989 ; du même jour, *Comet*, aff. 45/76, Rec. p. 2043.

⁸¹¹ CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, C-453/99, Rec. p. I-6297.

⁸¹² CJUE, 12 juillet 2012, *VALE Építési kft*, C-378/10 : cet arrêt est remarquable en tant qu'il est le premier, à notre connaissance, à articuler un raisonnement en termes d'encadrement de l'autonomie procédurale à un raisonnement en termes de liberté de circulation. Plus largement, la Cour y reconnaît expressément la portée générale du principe d'autonomie, au-delà du strict droit processuel. En effet, après avoir rappelé la formule rituelle des arrêts *Rewe-Zentral* et *Comet* préc., elle énonce « *force est de constater que la logique sous-tendant cette jurisprudence vaut également dans le contexte juridique présent dans l'affaire au principal. En effet, comme dans cette jurisprudence, le justiciable dispose d'un droit conféré par l'ordre juridique de l'Union, en l'occurrence le droit d'effectuer une transformation transfrontalière, dont la mise en œuvre dépend, en l'absence de règles de l'Union, de l'application du droit national* » (pt. 49).

qu'il est possible de parler de relevance, ou d'effet accordé au droit national dans l'ordre juridique de l'Union.

B. L'horizontalité des relations entre ordres juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux

244. Division. – Il ne s'agit pas ici de nier la part de verticalité des relations entre ordres juridiques européen et national : celle-ci est inhérentes aux obligations qui résultent pour les États membres de l'adhésion (1). Il s'agit simplement de montrer que, dans certaines hypothèses, où l'on ne peut déceler de lien organique entre ces ordres juridiques, cette relation verticale s'articule à une relation de type horizontal (2)

1) *Verticalité immédiatement apparente*

245. De prime abord, l'ordre juridique national se présente comme subordonné à l'ordre juridique de l'Union : par l'adhésion, les États membres s'obligent non seulement à respecter le droit de l'Union (c'est la *force obligatoire*), mais aussi à l'intégrer sans mesure de réception dans leur ordre juridique (c'est l'*applicabilité immédiate*), et, en cas de conflit, à le faire primer sur le droit national contraire (c'est la *primauté*).

Aussi bien, c'est essentiellement sous l'angle de ces relations verticales, plus exactement, de ces relations verticales ascendantes, que les rapports entre ordres juridiques européen et national sont étudiés. Et lorsqu'il est question de « *relations horizontales* », c'est généralement uniquement pour désigner celles que les ordres juridiques nationaux nouent entre eux⁸¹³.

Pourtant, il est des hypothèses où cette verticalité n'épuise pas la complexité de la relation entre l'ordre juridique de l'Union et l'ordre juridique national. A un raisonnement en terme de subordination, il faut alors articuler, préalablement, un raisonnement en termes de coordination, caractéristique d'un rapport horizontal.

2) *Part d'horizontalité occultée*

246. Il est possible de parler d'horizontalité au moins partielle des rapports entre ordre juridique de l'Union et ordre juridique national *toutes les fois que le droit national subit*

⁸¹³ V. Laurence IDOT, « Propos introductifs », in Laurence Idot et Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation entre les ordres juridiques*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 24 octobre 2003, *LPA*, 5 oct. 2004, p. 3.

l'influence du droit de l'Union en dehors du champ des compétences de celle-ci. Dans ces circonstances, l'absence de compétence de l'Union interdit en effet d'identifier entre ces ordres juridiques un lien « organique »⁸¹⁴, appelant un raisonnement moniste de type vertical. Pour le dire de manière imagée, les pyramides ne sont pas confondues.

247. Disjonction du champ d'application du droit de l'Union et des compétences de cette dernière. – Cette situation naît de la jurisprudence selon laquelle *l'existence d'une compétence nationale retenue*⁸¹⁵, *voire réservée*⁸¹⁶, *ne soustrait pas les États membres au respect du droit de l'Union*⁸¹⁷.

⁸¹⁴ Pour reprendre l'expression du Professeur VERHOEVEN, « Droit international public, droit international privé et droit national », in Éric Wyler et Alain Papaux (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique étatique*, Pédone, 1999, p. 17-35, spéc. p. 26.

⁸¹⁵ La notion de « compétence nationale retenue » est fréquemment utilisée par la jurisprudence : v. : en matière monétaire : CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. France*, aff. jtes 6 et 11/69, Rec. p. 523, pt. 17 ; CJCE, 7 juin 1988, *Grèce c. Commission*, 57/86, Rec. p. 2855, pt. 8 ; CJCE, 21 juin 1988, *Commission c. Grèce*, aff. 127/87, Rec. p. 3333, pt. 7. En matière d'immatriculation de navires : CJCE, 25 juillet 1991, *Factortame*, C-221/89, Rec. p. I-3905, pt. 14 ; CJCE, 4 octobre 1991, *Commission c. Royaume Uni*, C-246/89, Rec. p. 4585, pt. 12. En matière de politique étrangère et de sécurité, CJCE, 14 janvier 1997, *Centro-Com*, C-124/95, Rec. p. I-81, pt. 25. En matière sociale : CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95, Rec. p. I-3395, pt. 32 ; CJCE, 17 décembre 1998, *Società italiana petroli SpA c. Borsana Srl*, C-2/97, Rec. p. I-8597, pt. 40. Et surtout, en matière de fiscalité directe : CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. p. I-225, pt. 21 ; CJCE, 28 avril 1998, *Safir*, C-118/96, Rec. p. I-1897, pt. 21 ; CJCE, 26 octobre 1999, *Eurowings*, C-294/97, Rec. p. I-7447, pt. 32 ; CJCE, 28 octobre 1999, *Vestergaard*, C-55/98, Rec. p. I-7641, pt. 15 ; CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, Rec. p. I-11819, pt. 25 ; CJCE, 11 mars 2004, *Hugues de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409, pt. 44 ; CJCE, 8 septembre 2005, *Mobistar*, aff. jtes C- 544 et 545/03, Rec. p. I-7723, pt. 27 ; CJCE (gde. ch.), 3 octobre 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen GmbH*, C-290/04, Rec. p. I-9461, pt. 30 ; CJCE, 18 juillet 2007, *Lakebrink et Peters-Lakebrink*, C-182/06, Rec. p. I-6705, pt. 14. On peut la définir négativement, comme ce qui reste de la compétence nationale après soustraction des compétences exclusives de l'Union et des compétences partagées, dans la mesure où l'Union a exercé la sienne et qu'elle n'a pas décidé de cesser de le faire. V. aussi Valérie MICHEL, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, av.-propos Vlad Constantinesco, préf. Philippe Manin, L'Harmattan, 2003, spéc. n° 124.

⁸¹⁶ Fréquemment utilisée en doctrine, la notion de « compétence nationale réservée » l'est beaucoup moins par la jurisprudence, et à propos de pouvoirs hétérogènes : v. CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, 30/77, Rec. p. 1999, pt. 7 (expulsion d'un étranger communautaire pour des raisons d'ordre public) ; CJCE, 6 novembre 1979 ; *Toffoli e. a.*, aff. 10/79, Rec. p. 3301, pt. 12 (éventualité d'une intervention dans un domaine couvert par une OCM) ; CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, C-300/01, Rec. p. I-4899, pt. 39 (régime juridique applicable à la propriété foncière) ; CJCE, 18 décembre 2007, *Jundt*, C-281/06, pt. 81 s. (enseignement et fiscalité directe) ; CJCE, 28 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, Rec. p. I-2931, pt. 190 (autonomie procédurale). En vue de donner à la différence de formulation un effet utile, il serait souhaitable de cantonner cette appellation aux compétences qui non seulement sont retenues au sens prédéfini, mais qui font en outre l'objet d'une reconnaissance spécifique dans les Traités : v. art. 4-2° TUE et 72 TFUE, en matière de maintien de l'ordre et de la sécurité publics ; art. 14 al. 2 TFUE, en matière de services d'intérêt économique général (« sans préjudice de la compétence qu'ont les États membres de fournir, de faire exécuter et de financer ces services ») ; art. 153 § 5 TFUE, en matière sociale (« les dispositions du présent article ne s'appliquent ni aux rémunérations, ni au droit d'association, ni au droit de grève, ni au droit de lock-out ») ; art. 165 § 1 TFUE, en matière d'éducation (« tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu de l'enseignement et l'organisation du système éducatif ainsi que leur diversité culturelle et linguistique ») et art. 166 § 1 TFUE (« tout en respectant pleinement la responsabilité des États membres pour le contenu et l'organisation de la formation professionnelle ») ; art. 168 § 5 TFUE, en matière de santé publique (« l'action de l'Union est menée dans le respect des responsabilités des États membres en ce qui concerne la définition de leur politique de santé, ainsi que l'organisation et la fourniture de services de santé et de soins médicaux. Les responsabilités des États membres incluent la gestion de services de santé et de soins médicaux, ainsi que l'allocation des ressources qui leur sont affectées ») ; art. 345 TFUE, en matière de régime de la propriété (« Les traités ne préjugent en rien le régime de la propriété dans les États membres »).

⁸¹⁷ V., en matière pénale : CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, Rec. p. 2595, pt. 27 ; CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, 186/87, Rec. p. 195 ; et, plus récemment, à l'égard de mesures nationales de mise en œuvre d'un acte adopté dans le cadre du troisième pilier, CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, Rec. p. I-9621, pts. 44 et 45. En matière de droit des contrats : CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom*, C-339/89, Rec. p. I-107 ; CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH*, C-93/92, Rec. p. I-5009. En matière de propriété foncière : CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon*, aff. 182/83, Rec. p. 3677, pts 5-7 ; CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099, pts. 37-39. En matière de nationalité :

Cette « formule⁸¹⁸ » a une double conséquence, selon le point de vue adopté.

La première, depuis longtemps identifiée en doctrine⁸¹⁹, est de dissocier, du point de vue national, le titre et l'exercice de la compétence. Autrement dit, s'il est constant que la compétence appartient à l'État membre, son exercice est contraint par le droit de l'Union.

La seconde conséquence, plus méconnue, car la quasi-totalité des auteurs s'évertuent à rendre compte de l'orbite du droit de l'Union uniquement en terme de compétences⁸²⁰, est de « disjoindre », du point de vue de cette dernière, le domaine des compétences attribuées du champ d'application du droit de l'Union. Autrement dit, le champ d'application du droit de l'Union peut excéder les compétences de celles-ci^{821 822}.

248. Manifestations. – Cette disjonction se constate naturellement à l'égard des règles du droit primaire, qui ne résultent pas de l'activation par l'Union de sa compétence attribuée,

CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90, Rec. p. I-4239, pt. 10 ; CJUE (gde ch.), 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, pt 37s. En matière d'état des personnes : CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, Rec. p. 1191, pts. 14 et 15 ; CJCE, 2 décembre 1997, *Dafeki*, C-336/94, pts 16-20 ; CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613, pt. 25 ; CJCE, 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rec. p. I-7639, pt. 16 ; CJUE (2^e ch.), 2 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, non encore publié au recueil, pt. 38 ; CJUE (2^e ch.), 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, non encore publié au recueil, pt. 63. En matière de fiscalité directe, CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, C-279/93, Rec. p. 225, pt. 21. En matière de sécurité sociale : CJCE, 28 avril 1998, *Kholl*, C-158/96, Rec. p. I-1931, pts 17-21 et du même jour, *Decker*, C-120/95, Rec. p. 1831, pts. 21-24 ; CJCE (gde ch.), 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, Rec. p. I-4325, pts. 92 et 147. En matière d'éducation : CJCE (gde ch.), 11 septembre 2007, *Époux Schwarz*, C-76/05, Rec. p. I-6849, pt. 70 ; CJUE, gde ch., 13 avril 2010, *Bressol*, C-73/08, Rec. p. I-2735, pt. 28. En matière d'action collective : CJCE (gde ch.), 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, Rec. p. I-10779, pts 39 et 40.

⁸¹⁸ Selon l'expression de Loïc AZOULAI, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 341-368.

⁸¹⁹ V. Denys Simon, *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., PUF, Droit fondamental, 2001, n° 91.

⁸²⁰ Ce tropisme se manifeste par l'utilisation d'expressions telles que « compétence négative » (Kosmas BOSKOVITS, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, av.-propos Nicolas Scandamis, préf. Denys Simon, N. Sakkoulas/Bruylant, 1999, p. 220) ou « compétence de contrôle » (v. par ex. Vlad CONSTANTINESCO et Valérie MICHEL, V° « Compétences de l'Union européenne », *Rép. dr. eur.*, juin 2011, n° 117-119). La Cour n'est pas épargnée, v. pour un *dictum* particulièrement confus, mais sans doute symptomatique de la dramatisation actuelle de la thématique de la délimitation des compétences : CJUE, ord., 28 octobre 2010, *Bejan*, C-102/10, Rec. p. I-139, pt. 29 : « Il convient de souligner d'emblée que le droit de l'Union ne s'applique pas automatiquement et sans limitation à toute relation existant entre justiciables des États membres. En vertu du principe d'attribution, consacré à l'article 5, paragraphe 2, TUE, l'Union n'agit, en effet, que dans les limites des compétences que les États membres lui ont attribuées dans les traités pour atteindre les objectifs que ces traités établissent. Toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres. Par conséquent, c'est seulement dans la mesure où une réglementation nationale entre dans le champ d'application du droit de l'Union que ce dernier droit pourra avoir une influence sur la solution d'un litige introduit devant une juridiction nationale ».

⁸²¹ En ce sens v. Loïc AZOULAI, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859 ; *idem*, « Art. 1-3. Les objectifs de l'Union », in Laurence Burgogues-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 60-77, spéc. n° 26 ; *idem*, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *CMLR*, 2008, p. 1335-1456, spéc. p. 1341-1343 ; « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 341-368.

⁸²² Il arrive cependant que, dans des domaines particulièrement sensibles, la Cour refasse la jonction entre la compétence de l'Union et l'applicabilité de ses normes. V. CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01, Rec. p. 2479 : dans lequel la Cour refuse d'apprécier la compatibilité de la règle allemande réservant le service militaire aux hommes au regard de la directive *égalité de traitement*, au motif que « la décision d'assurer sa défense pour partie par un service militaire obligatoire relève de la « compétence propre » de l'État membre à laquelle le droit communautaire n'est pas applicable ».

mais ont été prises dans un « *moment constituant*⁸²³ ». Ainsi l'applicabilité du principe de libre circulation, ou encore des droits fondamentaux de l'Union est déterminée indépendamment de l'existence ou non d'une compétence européenne dans la matière en cause⁸²⁴. Exprimé d'une autre manière, c'est précisément ce phénomène de mise sous influence indépendamment des compétences attribuées que la doctrine désigne par l'expression d' « *européanisation indirecte* »⁸²⁵.

Cependant la jurisprudence utilise également cette formule à propos d'actes de droit dérivé⁸²⁶, dont l'adoption est pourtant contrainte, sauf excès de pouvoir/illégalité, par le cadre des compétences attribuées.

249. Conclusion intermédiaire. Transition. – La possibilité que le droit de l'Union s'applique en dehors du champ des compétences attribuées implique que, dans ces hypothèses, les ordres juridiques européen et national ne sont pas liés par un rapport organique de type vertical, mais, au contraire, coexistent sur un plan horizontal.

Cette possibilité, combinée à celle qu'effet soit donné au droit national dans l'ordre juridique de l'Union⁸²⁷, donne une pertinence à une généralisation, au-delà du type d'hypothèse en cause dans l'affaire *Mandt*, de l'usage des concepts du droit international pour l'analyse des relations entre ordre juridique de l'Union et ordre juridique national⁸²⁸.

⁸²³ Pour une utilisation de l'expression appliquée à l'Union, v. par exemple Antonin COHEN et Antoine VAUCHEZ, « Anatomie du 'moment constituant' européen », in Antonin Cohen et Antoine Vauchez (dir.), *La Constitution européenne. Elites, mobilisation, votes*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 15-32.

⁸²⁴ A l'égard des droits fondamentaux cependant, l'art. 51-2 Ch. (« *La présente Charte n'étend pas le champ d'application du droit de l'Union au-delà des compétences de l'Union* ») semblait *a priori* condamner la jurisprudence antérieure qui rendait les droits fondamentaux communautaires opposables aux Etats membres dès lors que la mesure nationale en cause entrait « *dans le champ d'application du droit communautaire* » (CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925, s'agissant de la mise en œuvre des dérogations aux libertés de circulation), indépendamment de l'existence d'une compétence de la Communauté. Néanmoins, la Cour semble continuer de faire prévaloir son ancienne approche : v. CJUE gde ch. 26 fév. 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, analysé *supra* n° 42.

⁸²⁵ Sur cette notion, v. *supra* n° 63 et n° 69 et s.

⁸²⁶ V. l'importante jurisprudence qui limite la liberté des Etats membres d'aménager leur régime de responsabilité civile par l'exigence de préserver l'effet utile des directives *assurance automobile*. On citera ici l'arrêt *Carvalho* (CJUE, 2^e ch., 17 mars 2011, C-484/09), rendu en application des première, deuxième et troisième directives (respectivement : directive 72/166 du 24 avril 1972, directive 84/5 du 30 décembre 1983 et directive 90/233 du 14 mai 1990 ; ces directives ont été abrogées et remplacées par la directive 2009/103 du 16 septembre 2009). Si la Cour opère une distinction entre la couverture d'assurance obligatoire, qui relève du droit de l'Union et le régime de la responsabilité civile, qui demeure de la compétence des Etats membres (pt. 31), elle n'en affirme pas moins, selon une formule identique à celle dont elle use à propos du droit primaire, que « *les Etats membres doivent exercer leurs compétences dans ce domaine dans le respect du droit de l'Union* » (pt. 35). Elle en conclut en particulier que si le droit national peut conférer un effet exonérateur à la faute de la victime, il ne doit pas pour autant « *exclure d'office ou [...] limiter de façon disproportionnée [le] droit [de cette dernière] à une indemnisation par l'assurance obligatoire de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs des dommages dont l'assuré est responsable.* » (pt. 37).

⁸²⁷ V. *supra* n°s 238-243.

⁸²⁸ Dans le cadre des relations entre ce droit supra-étatique qu'est le droit international public et le droit interne, le Professeur VERHOEVEN (« Droit international public, droit international privé et droit national », *op. cit.*) s'est posé la question, dont il soulignait le caractère inhabituel, de savoir si ceux-ci pouvaient, nonobstant le « *lien organique* » qui les unit, « *coexister dans des termes comparables à ceux qui expliquent le droit international privé* » (p. 26). De sa réponse, il

Aussi, nonobstant la phraséologie de la Cour, qui résout toute incompatibilité entre droit national et droit de l'Union selon un raisonnement moniste en termes de primauté, voire d'invalidité, il paraît plus exact d'analyser ces incompatibilités, constatées à l'occasion d'un rapport de type horizontal en termes de limites à l'effet donné au droit national, c'est-à-dire selon un raisonnement similaire à celui à l'œuvre dans le cadre de l'exception d'ordre public international.

C. La condition mise à l'effet donné au droit national

250. En dehors même de l'hypothèse envisagée dans l'affaire *Mandt*, on constate que le droit de l'Union n'accepte de donner effet au droit national que sous réserve de conformité avec ses valeurs. On peut reprendre les exemples tirés des libertés de circulation et du recours à l'autonomie procédurale nationale précédemment cités.

251. S'agissant des mesures nationales concrétisant le principe de libre-circulation, le seuil de l'entrave étant facilement atteint⁸²⁹, la mesure nationale ne sera ainsi acceptée que sous réserve d'être justifiée par un intérêt jugé légitime par le droit de l'Union, et d'une adéquate pondération avec la valeur « *libre circulation* »⁸³⁰ –c'est le test de proportionnalité.

252. De même, s'agissant des règles instrumentales nationales permettant la réalisation du droit de l'Union, le renvoi à l'autonomie procédurale n'est pas synonyme de blanc-seing. Il fait au contraire l'objet d'un strict encadrement, *via* le principe d' « *équivalence* », selon lequel la sanction des normes d'origine européenne doit emprunter les mêmes dispositifs que la sanction des normes nationales comparables, et le principe d' « *effectivité* », selon lequel l'application du droit national ne doit pas rendre impossible ou excessivement difficile

ressort que le principal obstacle théorique à cette comparaison réside dans la primauté que le droit international revendique sur le droit interne. Pour l'auteur, cependant, cette considération n'est pas « *parfaitement convaincante* » (p. 28), dans la mesure où, tant que le droit international public ne se sera pas imposé comme structure fédérale, cette primauté n'a rien « *d'intrinsèque* » (p. 29-30) et, croit-on comprendre, ne se distingue pas par nature de la préférence qui est accordée, dans la résolution d'un litige privé à un droit étatique plutôt qu'à un autre. Le raisonnement nous semble pouvoir être *mutatis mutandis* transposé au droit de l'Union, dont on a vu qu'il admettait, en dépit de l'expression particulière qu'y revêt la primauté, des relations de type pluraliste avec le droit national (v. *supra* n° 34). Pour une relativisation de la dimension hiérarchique des rapports entre ordre juridique de l'Union et ordre juridique national, v. aussi Sylvaine POILLOT-PERRUZZETTO, « Trajectoires du droit et construction européenne », in *Les trajectoires du droit*, 30^e anniversaire de l'Université d'été des Avocats, *Rev. jur. com.* 2006, n° spécial, p. 203-221, spéc. p. 220 : « [D]ans le contexte communautaire et international, la coexistence de normes d'ordre juridiques distincts, qui se traduit par une multiplication des sources, oblige à rechercher au-delà des critères hiérarchiques, des solutions à leur interaction et leur applicabilité potentielle à une même situation ».

⁸²⁹ Sur la qualification d'entrave, v. Loïc AZOULAI (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011.

⁸³⁰ *Comp.* la typologie des atteintes à l'ordre public international du for (rejet de la valeur sous-jacente à la norme étrangère/pondération trop différente de la même valeur dans la loi étrangère et dans l'ordre juridique du for) proposée *supra* n°s 154-156.

l'exercice des droits d'origine européenne⁸³¹. Si le premier de ces principes exclut ainsi les règles nationales fondés sur des considérations discriminatoires, le second implique, là encore, une pondération adéquate entre la valeur sous-jacente à la norme de réalisation nationale et l'intérêt substantiel protégé par la règle européenne⁸³².

253. Conclusion de la Section. – Ainsi, il est des hypothèses où il est question pour l'ordre juridique de l'Union de donner effet au droit national, sur la base d'un rapport horizontal, du même type que ceux qui se nouent entre ordres juridiques étatiques et qui forment l'objet d'étude du droit international. Dans ce cadre, un raisonnement similaire à celui qu'implique la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international permettra de s'assurer que cette efficacité ne heurte pas les valeurs européennes.

254. Transition. – Nous nous sommes intéressés, dans ce chapitre aux occurrences de la notion d'ordre public dans des rapports internormatifs entre ordres juridiques : ordres juridiques étatiques entre eux ou ordre juridique de l'Union confronté aux ordres juridiques des États membres, voire, plus largement, aux ordres juridiques étatiques. La configuration que nous allons aborder dans le chapitre suivant constitue, différemment, l'ordre public comme interface entre l'ordre juridique étatique et la volonté privée.

Chapitre II : L'ordre public comme limite à l'effet donné aux normes privées dans l'ordre juridique étatique

255. Position du problème. Division. - En droit privé, les mécanismes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* » opèrent comme limite à l'octroi d'un effet de droit à une situation, qui peut prendre la consistance d'une authentique norme privée, c'est-à-dire d'un devoir être (un *Sollen*), tels que le contrat ou la sentence arbitrale, ou qui peut être un fait qui est (un *Sein*) ; c'est ce qu'on observe à propos de la constitution ou la reconnaissance

⁸³¹ V. CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95 : *Rec*, p. I-4025.

⁸³² Sur l'idée que le principe d'effectivité est porteur d'une *rule of reason* similaire à celle contenue dans la jurisprudence *Cassis de Dijon*, v. Sacha PRECHAL, « Community Law in National Courts : The Lessons from van Schijndel », *CMLR*, 1998, p. 681-706, spéc. p. 690-693.

d'un droit de propriété intellectuelle, dont le régime protecteur s'attache à l'acte de création⁸³³.

Dans les deux cas, l'ordre juridique ne répond à la sollicitation d'accorder un effet de droit que sous réserve de respecter l'« *ordre public* »⁸³⁴.

Prenant acte de la spécificité de la sentence, en tant qu'acte juridictionnel⁸³⁵, nous traiterons séparément de l'ordre public en droit de l'arbitrage (Section II) et de ce qu'on peut appeler, par contraste, l'ordre public en droit civil (Section I).

⁸³³ *Comp.* Didier BODEN, *op. cit.*, n° 75, qui analyse l'ordre public du droit des contrats et l'ordre public du droit de la propriété intellectuelle conjointement, comme comptant parmi celles des occurrences de la notion en « *droit des actes juridiques* ». M. BODEN a toutefois senti la réticence qu'on pouvait éprouver à qualifier un brevet (c'est l'exemple qu'il prend) d'acte juridique. « *On pourrait* », écrit-il « *contester qu'il s'agisse d'un acte juridique* » ; ce à quoi il est toutefois répondu « *qu'à la différence des faits juridiques, [les brevets] sont annulables, on ne peut les élaborer contre la volonté de ceux à qui ils sont accordés, et que la conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs est l'une de leurs conditions de validité* » (n. 149). On peut discuter cette analyse.

Tout d'abord, l'exemple de la constitution d'un droit de brevet est peut-être trompeur, dans la mesure où ce dernier, comme plus largement la constitution de droits de propriété industrielle, suppose généralement l'accomplissement d'une formalité et, plus exactement, l'intervention d'une autorité publique, laquelle fournit au moins l'apparence d'un « acte ». Mais *quid*, par exemple, du droit d'auteur, qui, en droit français notamment, existe « *du seul fait de la création* » (art. L 111-1 CPI) ? Certes, on peut voir dans la demande en justice tendant à sanctionner les prérogatives de l'auteur un acte juridique, mais l'effet de droit attaché à ce dernier n'est pas tant celui des règles du droit de la propriété intellectuelle que celui des règles du droit processuel, qui obligent le juge à statuer au fond (sur la qualification des actes d'exercice d'une action en justice d'actes juridiques, v. Lucie MAYER, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique, op. cit.*, p. 211 et s.)

En outre, les arguments avancés comme autant d'indices, sinon de la qualification d'acte juridique, du moins de l'exclusion de celle de fait juridique sont inégalement convaincants.

Ecartons celui tiré de la possibilité d'opposer l'« *ordre public* », laquelle existe aussi bien en présence d'un acte juridique que d'un fait juridique, par exemple, et pour s'en tenir à des hypothèses non discutées, en présence, respectivement, d'un contrat en droit civil et d'une manifestation de rue en droit de la police administrative (sur lequel, v. *infra* n°s 306-307).

L'argument tiré des modalités de critique de l'acte n'est pas non plus absolument probant. Certes, on peut agir en nullité d'un brevet ou d'une marque, éventuellement parce que ces derniers seraient « *contraires à l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». Mais il nous semble que ce que l'on annule alors n'est pas tant un éventuel *negotium* privé, que l'acte public par lequel l'autorité a fait, en acceptant le dépôt ou l'enregistrement, une mauvaise appréciation des conditions posées à cette fin par le droit objectif.

Reste l'argument tiré de la volonté, ou plus exactement de ce qu'on ne pourrait pas constituer un brevet « *contre la volonté* » de l'inventeur. Cet argument nous semble, lui, décisif, sous réserve d'être compris non comme une référence au critère traditionnel de l'acte juridique, ce que l'auteur n'affirme d'ailleurs pas explicitement, mais comme scellant la distinction entre deux types d'hypothèses : celle où les organes d'un ordre juridique opposent l'ordre public à l'octroi d'un effet de droit *sollicité* (et par hypothèse tenu pour avantageux par l'intéressé), d'une part et celle où, en amont, l'auteur de la norme juridique attache un effet de droit (par hypothèse défavorable aux personnes concernées) à une situation jugée contraire à l'ordre public, d'autre part.

⁸³⁴ Lorsque la situation est internationale, la question se pose de l'identification de l'ordre juridique étatique qui, sinon confère son efficacité juridique à la norme privée (on peut partir du principe que c'est toujours une norme de réalisation du for saisi), du moins détermine au premier chef les conditions de cette efficacité. En présence d'un contrat, cet ordre juridique est désigné par recours à la méthode conflictuelle. Le contrat étant, quoique de structure catégorique, possiblement impuissant à résoudre à lui seul la question de droit posée au juge, la *lex causae* fournira ainsi, outre les conditions de validité de l'acte, les règles d'interprétation et règles de conduite de nature à suppléer la volonté défaillante des parties. Cette désignation, cependant, ne prive pas l'ordre juridique du for, voire un ordre juridique tiers dans le cas des lois de police, d'imposer ses conceptions substantielles, par le recours au mécanisme des lois de police ou l'exception d'ordre public international. Au contraire, la réception des sentences internationales et étrangères est soumise à la méthode de la reconnaissance, ces conditions étant alors directement et unilatéralement posées par l'ordre juridique du for. Dans un cas comme dans l'autre, le choix de la méthode ne résulte pas tant de nécessités logiques, que de pures considérations d'opportunité, tenant au souci de respecter au mieux les prévisions des parties : sur l'ensemble de la question v., au sujet du contrat : Vincent HEUZÉ, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes, op. cit.*, spéc. n° 449 ; au sujet des sentences arbitrales : Sylvain BOLLÉE, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004 et Chrysoula PANOU, *Le consentement à l'arbitrage*, préf. Vincent Heuzé, IRJS éd., 2011.

Section I : L'ordre public en droit civil

256. Dualité des mécanismes d'ordre public en droit civil. – En droit civil, le vocable « ordre public » connaît, schématiquement, deux occurrences : il y est question de « *lois d'ordre public*⁸³⁶ » et de contrariété de l'acte juridique à « *l'ordre public et aux bonnes mœurs*⁸³⁷ ». Ainsi que l'a démontré M. Didier BODEN, ces expressions correspondent à deux mécanismes distincts⁸³⁸ que l'on désignera comme étant l'impérativité, d'une part et la vérification de la conformité de l'acte à l'ordre public et aux bonnes mœurs « *pris comme standards*⁸³⁹ », d'autre part.

⁸³⁵ C'est l'analyse dominante. *Contra* : Chrysoula PANOU, *Le consentement à l'arbitrage*, *op. cit.* ; Vincent HEUZÉ, « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 3-48.

⁸³⁶ Ainsi l'article 6 c. civ. dispose-t-il qu'« *on ne peut déroger, par des conventions particulières, aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs* » et il arrive au législateur contemporain de préciser que les dispositions par lui arrêtées sont « *d'ordre public* » (v. par exemple l'art. 16-9 c. civ. qui attribue ce caractère aux dispositions du code relatives au « *respect du corps humain* »).

⁸³⁷ En droit français, v. typiquement l'art. 1133 c. civ. qui qualifie d'illicite la cause contraire « *aux bonnes mœurs ou à l'ordre public* », tandis que, appliquée à l'objet de l'acte, cette condition est exprimée en termes de commercialité (art. 1128 c. civ.). En droit de l'Union, v. par exemple l'art. 7 du règlement *marque communautaire* (préc.) qui refuse le bénéfice du régime de protection institué aux marques contraires à « *l'ordre public et aux bonnes mœurs* ». La notion d'extracommercialité est également connue du droit de l'Union, qui exclut du champ de protection des libertés de circulation la commercialisation de produits faisant l'objet d'une interdiction absolue dans tous les Etats membres, tels que les stupéfiants (v. CJUE, 2^e ch., 16 déc. 2010, *Josemans*, C-137/09 ; sur les subtilités de cette jurisprudence, essentiellement développée en matière de libre circulation des marchandises, v. Anne RIGAUX, « Champ d'application matériel de la libre circulation : notions de 'marchandises' et de 'personnes' », in *Lamy Procédures communautaires*, janv. 2005, spéc. n° 144-25). *Quid* d'une interdiction qui, sans être nécessairement propre à un Etat membre, ne serait pas commune à tous ? De la jurisprudence de la Cour de justice, il ressort que cette qualification nationale d'illicéité serait prise en considération, non plus comme limite au champ d'application, mais dans le cadre des dérogations autorisées à la libre circulation (en ce sens v. CJCE, 14 déc. 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, à propos d'objets pornographiques et CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, au sujet de loteries).

⁸³⁸ V. Didier BODEN, *op. cit.*, spéc. p. 89-100. Quoiqu'elle n'apparaisse pas toujours aussi clairement, la distinction exposée au texte correspond néanmoins à la présentation classique, qui distingue entre un ordre public « *virtuel* » ou « *judiciaire* » et un ordre public « *textuel* » ou « *législatif* » (v. *infra* n. 862). Ajoutons, pour être complet, que cette distinction ne doit pas être confondue avec une autre, opérée par certains auteurs, entre « *lois d'ordre public* » et « *lois impératives* » (v., à titre principal, Pierre MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615-652, spéc. p. 618 et s.). Cette distinction-là est en effet interne à la catégorie que, à la suite de Didier BODEN, nous appelons « *impérativité* », en même temps qu'elle exprime un regret : que le législateur (ou le juge) attribue parfois, et peut-être même surtout, cette caractéristique à des dispositions qui sont simplement protectrices d'intérêts privés et non, de façon plus exigeante, d'un intérêt public.

⁸³⁹ Sur le standard « ordre public », v. *infra* n^{os} 399 et s. Didier BODEN parle quant à lui de « *licéité* », prise par opposition à « *légalité* » des actes juridiques (*op. cit.*, n^{os} 75 -78). Quoiqu'elle nous paraisse de prime abord évocatrice, cette dénomination nous semble trop éloignée de l'usage dominant, notamment de l'usage législatif, pour être reprise : l'art. 1133 c. civ. ne définit-il pas la cause « *illicite* » non seulement comme celle contraire aux standards « *ordre public et bonnes mœurs* », mais encore comme celle qui est « *prohibée par la loi* » ? Par ailleurs, M. BODEN fait des articles 6 et 1133 du code civil (précédemment cités, aux notes 836 et 837) les sièges respectifs et exclusifs de l'impérativité, d'une part, et de ce qu'il appelle l'illicéité, d'autre part. Il est permis d'être plus nuancé : si la différence de formulation entre ces deux occurrences de l'expression « ordre public » est indéniable et certainement significative de l'intuition du législateur d'une dualité de méthodes, il ne faut pas s'y attacher trop strictement. Au contraire, l'art. 1133, relatif à la cause illicite, et l'art. 1128 c. civ., relatif à l'objet illicite, semblent bien être les dispositions d'application à cette convention particulière qu'est le contrat du programme annoncé à l'art. 6 (en ce sens, v. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 370 ; *adde*, sur la « *vocation universelle* » du titre préliminaire du code civil : Cécile PÉRÈS, « L'art. 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, p. 1370). A ce titre tant la disposition générale de l'article 6 que les dispositions spéciales des articles 1128 et 1133 c. civ. peuvent être vues comme porteuses des deux mécanismes ici étudiés.

Paragraphe I : La conformité de l'acte juridique aux « règles d'ordre public » ou impératives

257. Définition. – Une disposition impérative est celle à laquelle il est interdit de déroger, quitte à ce que, en l'absence d'indication en ce sens par le législateur, ce soit le juge qui la déclare comme telle.

La sanction de la méconnaissance d'une disposition impérative est souvent, mais pas exclusivement, la nullité. Cela peut être, plus largement, toute mesure propre à assurer l'effectivité de la disposition méconnue⁸⁴⁰.

258. Variétés.– Caractériser une contradiction (la dérogation interdite) entre la norme privée et la règle étatique suppose que l'une et l'autre, sinon aient un objet identique, du moins se trouvent un « terrain⁸⁴¹ » commun.

Peuvent ainsi être impératives les dispositions qui se donnent directement pour objet de déterminer les droits et obligations des parties à l'acte. A cet égard, la doctrine a constaté de longue date l'émergence d'un « ordre public communautaire », formé des dispositions impératives prises par l'Union, typiquement en matière de protection des parties faibles et de concurrence^{842 843}.

On peut aussi étendre le bénéfice du mécanisme « impérativité » à des règles de droit public, y compris de droit pénal⁸⁴⁴, qui, quoique n'ayant pas pour objet de régir l'acte privé, peuvent néanmoins se voir contredites par lui⁸⁴⁵.

⁸⁴⁰ En ce sens, v. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n° 385. On peut citer, à nouveau, l'exemple de l'arrêt *Sté Géoservices* (préc.) dans lequel la Cour de cassation a décidé que la méconnaissance de l'obligation de rédiger en français le contrat de travail à exécuter en France (anc. art. L 121-1 c. trav.), pour être impérative et qui plus est une loi de police, n'a pas pour sanction la nullité mais, plus modestement, la possibilité pour le salarié d'exiger de l'employeur la délivrance d'un nouvel écrit

⁸⁴¹ V. la définition des antinomies au sens strict que donne Mme GANNAGÉ (*La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Y. Lequette, Paris : LGDJ, 2001, spéc. n°s 124 et 125), qui reprend à cette fin la formule de Georges BOLAND (« Quelques propos sur les antinomies et les pseudo-antinomies en particulier en droit administratif », in Chaïm PERELMAN (dir.), *Les antinomies en droit*, Bruylant, 1965, p. 183-203, spéc. p. 198). Didier BODEN évoque quant à lui une « égale précision » nécessaire entre les normes en présence (op. cit., n° 82).

⁸⁴² V. *supra* n° 6. V. aussi Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », op. cit., n°s 10-24.

⁸⁴³ Il arrive parfois que la Cour constate qu'un acte juridique privé, le plus souvent unilatéralement émané d'un opérateur en position d'influence sur le marché est constitutif d'une entrave ou d'une discrimination interdites (v. singulièrement CJCE, 15 déc. 1995, *Bosman*, C-415/93 ; CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98). Dans ces hypothèses, la reconnaissance d'un effet direct horizontal aux libertés de circulation peut être vue comme relevant du mécanisme de l'impérativité.

⁸⁴⁴ L'assimilation se justifiant par la verticalité que l'incrimination confère à la situation.

⁸⁴⁵ En ce sens, Didier BODEN, op. cit., n° 83. A suivre cette analyse, la règle de droit public qui, par hypothèse, n'est pas pourvue d'effet de droit privé, est prise en considération dans le cadre des art. 1128 et 1133 c. civ.

On trouvera un exemple de ce type de contrariété dans l'arrêt *Harms*, rendu le 20 mai 2010 par la Cour de justice⁸⁴⁶ en application du règlement 1782/2003⁸⁴⁷, lequel institue un régime d'aide au revenu des agriculteurs, dit « *régime de paiement unique* » voulu, en rupture avec la logique de l'ancienne PAC, découplé de la production et « *recouplé* » aux fonctions territoriales de l'agriculture⁸⁴⁸.

En l'espèce, les parties étaient convenues, corrélativement à la vente d'une exploitation agricole, du transfert à l'acheteur de l'ensemble des droits à paiement unique attribués au titre des terres objet du contrat, ce que l'art. 46-2 du règlement autorisait. Dans leurs rapports internes cependant, elles avaient semble-il prévu que ce dernier rétrocéderait au vendeur une fraction des sommes à percevoir annuellement au titre des droits transmis. Compte tenu de la dissociation ainsi opérée entre le titulaire juridique et le bénéficiaire économique⁸⁴⁹ des droits à paiement unique, la juridiction de renvoi doutait de la compatibilité de la clause avec le règlement.

La Cour amorce sa réponse en rappelant, en des termes remarquablement généraux, que « *si un contrat se caractérise par le principe d'autonomie de la volonté selon lequel, notamment, les parties sont libres de s'engager l'une envers l'autre, des limites à cette liberté contractuelle peuvent néanmoins découler de la réglementation de l'Union applicable* ».

En l'occurrence, ces limites européennes à la liberté contractuelle résultent des objectifs poursuivis par le législateur⁸⁵⁰.

En effet, le règlement ambitionne non seulement d'assurer un niveau de vie équitable à la population agricole, mais également, et par-là même, d'œuvrer à la conservation des zones rurales⁸⁵¹. Dans cette perspective, les droits au paiement unique ne bénéficient qu'à des agriculteurs actifs⁸⁵², en lien avec un certain nombre d'hectares affectés à cette activité⁸⁵³.

⁸⁴⁶ C-434/08, Rec. p. I-4431.

⁸⁴⁷ Règlement (CE) n° 1782/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs et modifiant les règlements (CEE) n° 2019/93, (CE) n° 1452/2001, (CE) n° 1453/2001, (CE) n° 1454/2001, (CE) n° 1868/94, (CE) n° 1251/1999, (CE) n° 1254/1999, (CE) n° 1673/2000, (CEE) n° 2358/71 et (CE) n° 2529/2001, JO L 270 du 21 octobre 2003, p. 1.

⁸⁴⁸ Sur ce régime, v. notamment Daniel GADBIN, « Les droits à paiement unique, pour qui, pourquoi ? », *Rev. dr. rur.* 2005, colloque 8. Une première fois réformé en 2009 (règlement n° 73/2009, du 19 janvier 2009), le régime des « *droits à paiement unique* » ou « *DPU* » a été remplacé, dans le cadre de la dernière réforme de la politique agricole commune, par celui des « *droits à paiement de base* » ou « *DPB* », qui maintient le système de découplage (v. le règlement 1307/2013, du 17 décembre 2013 et le commentaire de Christian MESTRE, « Les paiements directs », *Rev. dr. rur.* 2014, doss. 17).

⁸⁴⁹ Pour reprendre l'expression utilisée par l'avocat général MAZÁK dans cette affaire (conclusions présentées le 4 février 2010, Rec. p. I-4431, spéc. n. 21).

⁸⁵⁰ V. spéc. les pts 37, 39 et 45 de l'arrêt.

⁸⁵¹ V. le cons. 21 du règlement.

⁸⁵² V. l'article 33, paragraphe 1, sous c), lu en combinaison avec l'article 2, sous a) et c), du règlement.

Surtout, le paiement de l'aide est subordonné au respect de normes en matière d'environnement, de sécurité des aliments, de santé et de bien-être des animaux ainsi qu'au maintien de l'exploitation en de bonnes conditions agricoles et environnementales⁸⁵⁴.

Or, par l'effet d'une telle clause, non seulement le vendeur bénéficierait de l'aide sans en remplir les conditions, de telle sorte que cet argent se trouverait versé à perte du point de vue des objectifs poursuivis, mais, en outre, l'acheteur qui, lui, assumerait effectivement les fonctions territoriales promues par le règlement, se trouverait privé des subsides nécessaires à cette fin.

Compte tenu de l'atteinte ainsi portée aux objectifs du législateur, la Cour estime que, si telle était bien l'interprétation à retenir de la clause, le règlement s'y opposerait⁸⁵⁵.

Elle laisse cependant à la juridiction de renvoi le soin de déterminer les conséquences civiles de cette contradiction, alors que cette dernière l'avait pourtant expressément interrogée sur la « *validité* ⁸⁵⁶ » de la clause⁸⁵⁷.

Dans cette affaire, la caractérisation de la dérogation interdite présentait, à vrai dire, une difficulté supplémentaire par rapport au schéma que nous avons exposé. Non seulement cette caractérisation procède de la confrontation d'un acte privé à une règle de droit public qui n'a pas premièrement un objet contractuel, mais la contradiction consiste en outre en une *fraude*, laquelle affecte par définition, non les dispositions du règlement elles-mêmes (c'est bien un agriculteur actif sur des terres exploitées conformément aux normes européennes qui reçoit formellement le paiement), mais la réalisation effective de ses objectifs⁸⁵⁸.

⁸⁵³ Art. 36, paragraphe 1.

⁸⁵⁴ C'est ce qu'on appelle la « *conditionnalité* » de l'aide : v. les art. 3 à 9 du règlement.

⁸⁵⁵ Pendant l'audience devant la Cour, le vendeur a fait valoir que, d'une formulation certes « *malheureuse* » (pt. 46), la clause n'avait pas pour but de conserver au cédant une partie des DPU formellement cédés, ainsi qu'il s'inférait de son sens littéral, mais de permettre, à un moment où le nombre de droits attribués à l'exploitation n'était pas encore connu, de déterminer le prix convenu pour la cession de ces derniers. Relevant que la détermination de ce prix était en principe libre, en l'absence de dispositions contraires dans le règlement, la Cour réserve l'hypothèse où la juridiction de renvoi, compétente pour apprécier les faits, établirait que telle était l'interprétation véritable des parties.

⁸⁵⁶ V. la reproduction de la question préjudicielle au pt. 30 de l'arrêt.

⁸⁵⁷ Faute de précision de la Cour, ces conséquences relèvent, implicitement mais nécessairement, de l'autonomie procédurale nationale, sous réserve de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité.

⁸⁵⁸ *Comp.*, dans la jurisprudence nationale : Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-12.941 : *RDC* 2013, p. 25 note Judith Rochfeld ; *Ibid.*, p. 70, note Yves-Marie Laithier ; *Gaz. Pal.* 24 janv. 2013, p. 15, obs. Dimitri Houtcieff, qui caractérise l'illicéité de la cause par l'existence d'une fraude à la réglementation européenne relative aux quotas laitiers. Plus exactement, le montage consistait en l'octroi de prêts à des producteurs laitiers, sans intérêts et uniquement remboursables à la cessation des relations contractuelles entre ces derniers et leur coopérative, dans le but de couvrir les pénalités encourues par eux en cas de dépassement de leur quota de production.

Le juge du fond a en l'espèce sanctionné cette illicéité par le rejet de la demande en remboursement formée par le prêteur. L'agriculteur obtenant ainsi le beurre et l'argent du beurre, la solution est proche, dans son résultat, de celle qui aurait consisté en la paralysie des restitutions en principe subséquentes à l'annulation d'un contrat au moins partiellement exécuté, en application de l'adage *Nemo auditur propriam turpitudinem allegans*.

En toute hypothèse cependant, l'impérativité suppose de pouvoir subsumer la situation en cause sous le présupposé du dispositif qui en bénéficie. Les choses se présentent différemment lorsqu'il est question de mesurer la conformité d'un acte privé à l'« *ordre public* » et aux « *bonnes mœurs* », pris comme standards.

Paragraphe II : L'appréciation de la compatibilité de l'acte juridique avec l'« ordre public et les bonnes mœurs »

259. Définition. - Par contraste avec le mécanisme d'impérativité, la contrariété à l'« *ordre public* » et aux « *bonnes mœurs* »⁸⁵⁹, pris comme standards⁸⁶⁰ a pour conséquence de priver

Cette règle, qui conduit à laisser le contrat ne respectant pas l'ordre public produire son effet au bénéfice d'une partie qui n'est pas nécessairement innocente, est discutée aussi bien dans son opportunité que dans son domaine. Aux critiques, on peut répondre que le contrat, en réalité, n'est ainsi efficace que *dans son ordre*, l'*ordre juridique étatique* se refusant, précisément, à connaître activement d'un contrat qu'il réprovoe. On prête en outre à la règle une vertu dissuasive. Quant au domaine de la règle, on enseigne habituellement, qu'il se restreint aux contrats immoraux (sur la contrariété du contrat aux bonnes mœurs, v. *infra* n^{os} 260-267), à l'exclusion des contrats illicites, cependant que la jurisprudence ne suit qu'imparfaitement ce critère (v. par exemple, au sujet d'un contrat de commissionnement contraire à la réglementation sur le commerce des munitions : Paris, 15e ch. B, 29 mai 1986, *Sté Gerand c. Sté C.E.P.I.I.* : D. 1986, I. R., p. 308). La doctrine en a proposé un autre : c'est à une appréciation du degré de culpabilité respective des parties, en application de l'adage *In pari causa turpitudinis cessat repetitio*, que se livrerait le juge pour décider s'il y lieu ou non à restitution (v. Philippe LE TOURNEAU, « Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règle 'Nemo auditur' et 'In pari causa' », *J.-Cl. civ. code*, app. art. 1131-1133, 2013 ; *idem*, *La règle « Nemo auditur... »*, préf. Pierre Raynaud, LGDJ, 1970).

L'arrêt rendu en l'espèce contribue-t-il à éclaircir le débat ayant trait au domaine de l'exception ? Ce serait aller trop loin que de l'affirmer : si le moyen tiré de l'impossibilité de bloquer les restitutions consécutives à l'annulation d'un contrat illicite était bien soulevé par le demandeur au pourvoi, la question de la nullité et de ses conséquences, en réalité, n'avait pas été discutée devant le juge du fond, qui s'était borné à rejeter la demande en exécution, et la Cour de cassation a estimé que ce moyen était irrecevable, comme nouveau et mélangé de fait.

On peut cependant s'interroger : en quoi le moyen tiré de l'application de l'adage *Nemo auditur* nécessitait-il de nouvelles appréciations de fait s'il supposait simplement de faire le départ entre immoralité et illicéité du contrat, puisque, au dire de la Cour de cassation, cette dernière avait été parfaitement caractérisée par le juge du fond ?

⁸⁵⁹ On notera que dans le Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015, la référence aux standards « *ordre public* » et « *bonnes mœurs* » disparaît (article 1102, alinéa 2 du projet) au bénéfice d'une référence au bénéfice d'une interdiction de porter « *atteinte aux droits et libertés fondamentaux reconnus dans un texte applicable aux personnes privées à moins que cette atteinte soit indispensable à la protection d'intérêts légitimes et proportionnée au but recherché* ».

⁸⁶⁰ En droit de l'Union, v. par exemple l'art. 7 du règlement *marque communautaire*, qui refuse le bénéfice du régime de protection institué aux marques contraires à « *l'ordre public et aux bonnes mœurs* ».

En droit interne, la question de savoir si la reconnaissance du droit d'auteur est subordonnée à une condition de conformité à l'ordre public et aux bonnes mœurs suscite la réflexion. La doctrine invite à distinguer entre la question de l'*existence* du droit et celle de l'*exercice* du droit. Le droit d'auteur ne protégeant qu'une *forme*, et non l'idée elle-même, un contrôle de l'acceptabilité sociale de la situation serait, en pratique, et pour peu que l'on puisse réellement distinguer, dénué d'objet au stade de la reconnaissance du droit. Les textes, d'ailleurs, ne le prévoient pas. En revanche, la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs pourrait venir paralyser l'action en contrefaçon dans sa dimension réparatrice (v. Michel VIVANT, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Mél. Jean Foyer*, PUF, 1996, p. 307-325, spéc. p. 312 et s. et, plus nuancés : Michel VIVANT et Jean-Michel BRUGUIÈRE, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, précis, 2013, spéc. n^o 235 et s. ; Jean-Michel BRUGUIÈRE, « Propriété intellectuelle au risque de l'ordre public », in Michel Vivant (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Dalloz, 2015, n^o 5). Le parallèle peut être fait avec l'appréciation de la licéité du préjudice allégué par le demandeur à l'action en réparation, en droit commun de la responsabilité délictuelle (sur cet aspect, v. Cyril BLOCH, in Philippe Le Tourneau (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012, n^{os} 1390 et s. ; et adde sur la filiation entre le régime des droits de propriété intellectuelle et le droit commun de la responsabilité : Tristan AZZI, *Recherches sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. Hélène Gaudemet-Tallon, LGDJ, 2005 ; *idem*, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227).

La distinction est séduisante et reflète l'idée selon laquelle la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs pris comme standards s'apprécie *in concreto*. On peut cependant se demander si la question de la reconnaissance à titre strictement platonique du droit d'auteur, comme question de droit privé (la question d'une éventuelle interdiction administrative d'exploiter ou de la répression d'un comportement tombant sous le coup d'une infraction pénale, est autre) se pose jamais

d'efficacité juridique⁸⁶¹ les actes ou actions privés qui, à défaut de contrevenir directement à une règle prohibitive expresse, heurtent les valeurs, ou plutôt les agencements de valeurs, consacrés dans la société en cause, tels qu'ils s'évincent de normes juridiques en tant que telles inapplicables à la situation⁸⁶², ou d'autres types de normes sociales.

260. Articulation des notions d'ordre public et de bonnes mœurs. – En effet, par rapport à la notion d'« *ordre public* », la référence aux « *bonnes mœurs* » est habituellement comprise comme une invitation faite au juge de puiser les valeurs formant le référent du contrôle en dehors du système juridique⁸⁶³.

Ces deux notions s'articulent cependant différemment selon que les « *bonnes mœurs* » se présentent comme un standard spécifique par rapport au standard « *ordre public* », comme c'est le cas en France, ou, au contraire, que la notion constitue le référent axial d'une clause générale permettant d'apprécier le contenu de l'acte privé au regard des valeurs collectives, comme c'est le cas en Allemagne.

261. En France. – En France où la notion de bonnes mœurs est formellement distinguée de celle d'ordre public, la première est comprise comme présentant, par rapport à la seconde, une double spécificité, quant à son domaine matériel et quant à ses sources d'inspiration.

en pratique (*comp.* Tristan AZZI, *op. cit.*, n° 229 : « *la reconnaissance légale d'un droit subjectif n'a aucune valeur en soi. Ce n'est que parce qu'elle permet de légitimer certaines sanctions préventives ou réparatrices qu'elle revêt de l'importance* »).

⁸⁶¹ Ce qui se traduit en droit français, en fonction de ce qui est demandé, par le rejet de la demande en exécution, par l'annulation et (parfois) par la paralysie des restitutions subséquentes à l'annulation.

⁸⁶² Didier BODEN (*op. cit.*, n° 75 et s., spéc. n. 157 *in fine*, et n. 158) y voit une manifestation des principes généraux du droit, pris davantage comme technique d'inférence que comme source du droit.

Plus largement, la contrariété à l'ordre public pris comme standard renvoie à ce que la doctrine appelle l'ordre public « *virtuel* » : voy. ainsi : Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000, n° 69 : « [L]'a. 1133 c. civ. atteste clairement l'existence d'un ordre public détaché de tout support légal. Il appartiendra aux tribunaux de faire surgir cet ordre public en suspension dans le droit positif, de lui faire prendre chair à partir de principes généraux, de valeurs non écrites » ; François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 375, p. 422 : « [L]a jurisprudence admet qu'une convention qui ne heurte aucun texte précis peut néanmoins être contraire à l'ordre public, dès lors que son objet est en contradiction avec les principes fondamentaux de notre droit et de l'organisation sociale actuelle. [...] En l'absence de texte précis, [le juge] doit, pour dégager la notion d'ordre public, s'inspirer de l'ensemble des textes en vigueur au jour où il statue, de l'esprit de la loi ».

La Cour de cassation a reconnu assez tôt l'existence de ces limites non écrites à l'autonomie de la volonté, en posant en principe que la « *cause est illicite quand elle est contraire à l'ordre public, sans qu'il soit nécessaire qu'elle soit prohibée par la loi* » (Cass. civ., 4 déc. 1929, S. 1931, I, p. 49 : *GA civ.*, t. I, n° 13). Plus proche de nous, on peut citer comme exemple de mise en œuvre de ce mécanisme, la condamnation des conventions de « mères porteuses », qui avant d'être législative (v. l'art. 16-7 c. civ. introduit par la première loi bioéthique de 1994), était jurisprudentielle (v. Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Bull. civ. ass. plén., n°4, p. 5 : *GA civ.*, t. I, n° 51 ; et dès avant : Cass. 1^{re} civ., 13 déc. 1989, Bull. civ. I, n° 387, p. 260) et fondée sur des principes (indisponibilité du corps humain et de l'état de personnes), qui, sans être expressément consacrés en tant que tels, pouvaient s'induire (non sans discussion : v. à cet égard Michelle 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) de règles écrites existantes.

⁸⁶³ L'exercice est cependant périlleux et expose le juge à voir sa décision taxée de subjectivisme ou d'arbitraire. Sur les contraintes argumentatives qui pèsent sur le juge concrétisant la notion de bonnes mœurs, v. *infra* n° 419-425.

262. Matériellement, les bonnes mœurs renvoient à un ensemble de valeurs (« *bonnes* ») s’attachant à un type déterminé de comportements (« *mœurs* »), ou peut-être plus exactement, au rejet en tant que valeurs de certains comportements dans le domaine, essentiellement, de la sexualité et des loisirs. « *Les bonnes mœurs, écrit Yves LEQUETTE, [sont] dans notre société le contraire de la ‘mauvaise vie’ à la française, laquelle évoque toute une atmosphère : la luxure, le jeu, la drogue*⁸⁶⁴ ».

263. Quant à ses sources de référence, la notion est traditionnellement comprise comme un renvoi à des normes sociales autres que juridiques : la morale conçue largement, par opposition au droit, ou, selon une tournure plus politiste, l’opinion publique, ou du moins une part de cette dernière⁸⁶⁵. La doctrine qui s’interroge sur le point de savoir si, cherchant à établir la conformité de l’acte juridique aux bonnes mœurs, le juge devrait s’inspirer des pratiques du tout-venant ou, au contraire, de la morale d’une certaine élite, atteste de cette compréhension de la notion⁸⁶⁶.

264. La distinction faite entre ordre public et bonnes mœurs est néanmoins relative.

En effet, on condamne volontiers au nom des bonnes mœurs les arrangements perçus comme particulièrement répréhensibles au regard de la morale, quoiqu’ils ne relèvent pas du domaine matériel traditionnel de la notion. Les bonnes mœurs sont ainsi parfois étendues à l’éthique des affaires⁸⁶⁷ ou encore la protection de la dignité humaine⁸⁶⁸.

Un tel glissement sémantique ne peut d’ailleurs être qu’encouragé par le mouvement de libéralisation des « *mœurs* » au sens strict, en matière sexuelle singulièrement, sauf à voir le contrôle à l’aune des bonnes mœurs définitivement frappé d’obsolescence⁸⁶⁹.

En outre, il est toujours délicat pour le juge de se dire le représentant des valeurs collectives. Aussi, peut-il être tenté d’objectiver sa décision par référence à des règles de droit positif,

⁸⁶⁴ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 388, p. 435.

⁸⁶⁵ Sur l’opinion publique comme révélateur des valeurs collectives, v. *infra* n° 344.

⁸⁶⁶ Sur ce débat avec les références v. *infra* n° 419.

⁸⁶⁷ François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 388, p. 436, qui qualifient d’immoraux les contrats de corruption ou de trafic d’influence.

⁸⁶⁸ Dominique, FENOUILLET, « « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l’ordre public philanthropique ! », in *Mél. Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487-528.

⁸⁶⁹ Symbolique de cette inhibition du contrôle des actes privés à l’aune des bonnes mœurs est l’admission, en rupture avec la jurisprudence qui avait pu prévaloir jusqu’à la fin des années quatre-vingt-dix, de la validité de la libéralité consentie à l’occasion d’une relation adultère. A cet égard, il est significatif que l’arrêt rendu en 2004 par l’Assemblée plénière ait changé la formulation antérieurement retenue par la première chambre civile, pour affirmer, non pas qu’une telle libéralité « n’ [était] pas contraire aux bonnes mœurs » (Cass. 1^{re} civ., 3 fév. 1999 : Bull. civ. I, n° 43), mais qu’elle « n’ [était] pas nulle comme ayant une cause contraires aux bonnes mœurs » (Cass. ass. plén., 29 oct. 2004, Bull. civ. ass. plén., n° 12, p. 27 : *GA civ.*, t. I, n° 30).

alors cependant que la connotation morale ou le caractère sensible de l'affaire fera hésiter quant à son rattachement à la notion d'ordre public ou de bonnes mœurs⁸⁷⁰.

En droit comparé, la notion de bonnes mœurs, pour être connue, ne présente pas toujours cette spécificité matérielle. Tout est question de formulation de la base légale du contrôle juridictionnel.

265. En Allemagne. – Ainsi, en droit allemand des actes juridiques, la clause générale relative aux « *bonnes mœurs* » (« *gute Sitten* », § 138 BGB) s'oppose, systématiquement, à l'obligation faite aux parties de respecter les « *interdictions légales* » (« *gesetzliches Verbot* », § 134 BGB) et se voit en conséquence attribuer un domaine matériel beaucoup plus large que son homonyme français⁸⁷¹.

266. Matériellement, les situations sanctionnées comme *sittenwidrig* vont bien au-delà de l'immoralité française. La doctrine les classifie, selon une méthode très allemande, en groupes de cas typiques (*typische Fallgruppen*)⁸⁷² : atteintes aux institutions fondamentales (État, profession, famille), atteintes aux libertés essentielles (droit de la personnalité et liberté économique sous ses différentes formes), méconnaissance de l'interdiction de nuire à autrui, abus de puissance, grave déséquilibre entre les prestations, vente de choses hors-commerce⁸⁷³.

267. Traditionnellement définies comme « *le sentiment de convenance de tous ceux qui pensent juste et équitablement* » (« *Anstandsgefühl aller billig und gerecht Denkenden* »), les *gute Sitten* se nourrissent, selon la doctrine allemande, en premier lieu, des principes sous-jacents à l'ordre juridique et, subsidiairement, d'une morale extra-juridique⁸⁷⁴.

268. En droit international privé en revanche, où la doctrine allemande continue de distinguer, par une sorte de rémanence de l'ancien article 30 EGBGB, la contrariété de la loi étrangère à l'« *ordre public international* » de sa contrariété aux « *bonnes mœurs* »⁸⁷⁵, les

⁸⁷⁰ V., à cet égard l'exemple cité par Didier BODEN, *op. cit.*, n. 107, p. 64 : CA Pau, 1^{re} ch., 9 avr. 1987 : « *La donation post mortem faite par un concubin à sa concubine ne saurait être annulée, pour cause illicite ou immorale alors que le concubinage est largement reconnu par la loi* » (nous soulignons).

⁸⁷¹ Et qui dépasse d'ailleurs également le champ français du standard « *ordre public* ». Cette question sera abordée *infra*, au titre de la spécification des standards (*infra* n° 445).

⁸⁷² Sur cette méthode, v. notamment Claude WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., Dalloz, Connaissance du droit, 2013, p. 186.

⁸⁷³ Nous reprenons ici la classification de Michel FROMONT (*Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001, n° 178), qui lui-même l'emprunte au commentaire de Theo MAYER-MALY sous le § 138 BGB, in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, t. I, 3^e éd., Beck, 1993.

⁸⁷⁴ V. Karl LARENZ et Manfred WOLF (*Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., C. H. Beck, 2004, § 41 Sittenwidrige Geschäfte, p. 732-753, spéc. n°s 12-15), qui justifie cette hiérarchie par le principe de légalité contenu à l'article 20, alinéa 3 du *Grundgesetz* (n° 15).

⁸⁷⁵ Dans l'ancienne loi d'introduction au code civil datant de 1896, la *Vorbehaltsklausel* était en effet ainsi rédigée : « *Die Anwendung eines ausländischen Gesetzes ist ausgeschlossen, wenn die Anwendung gegen die guten Sitten oder gegen den Zweck eines deutschen Gesetzes verstoßen würde* » (L'application d'une loi étrangère est exclue lorsque cette application

auteurs attribuent à la seconde notion une fonction résiduaire par rapport à la première, afin de permettre d'attraper une situation qui serait contraire à un agencement de valeurs collectivement admis, mais non exprimé dans une règle de droit positif⁸⁷⁶.

Qu'en est-il maintenant des limites opposées sous couvert d' « ordre public » à l'efficacité de cet autre acte privé qu'est la sentence arbitrale ?

Section II : L'ordre public en droit de l'arbitrage

269. Définition. – En France et plus généralement en droit comparé de l'arbitrage⁸⁷⁷, la contrariété de la sentence à l'ordre public du for est un motif de refus de reconnaissance et d'exécution de cette dernière, ainsi qu'un motif d'annulation de celle-ci, lorsque l'État du for est celui du siège de l'arbitrage.

Aussi, c'est certain de rencontrer un mécanisme de droit national conducteur⁸⁷⁸ que la Cour de justice impose aux juridictions nationales de sanctionner au titre de leur ordre public la méconnaissance par l'arbitre du droit européen de la concurrence⁸⁷⁹ et plus largement de toute disposition de droit de l'Union qui serait « *fondamentale* » et « *indispensable à l'accomplissement [des] missions [de cette dernière]* »⁸⁸⁰.

heurterait les bonnes mœurs ou le but d'une loi allemande). La réforme de 1986 a fait disparaître cette référence aux bonnes mœurs, manifestement inspirée du droit privé interne, au profit du visa unique des « *principes essentiels du droit allemand* », exemplifié par une référence aux droits fondamentaux. Ainsi, l'actuel art. 6 EGBGB, intitulé « *Öffentliche Ordnung (ordre public)* », dispose : « *Eine Rechtsnorm eines anderen Staates ist nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist.* » (Une norme d'un autre État ne doit pas être appliquée si son application conduit à un résultat manifestement incompatible avec les principes essentiels du droit allemand. Elle ne doit en particulier pas être appliquée si son application est incompatible avec les droits fondamentaux).

⁸⁷⁶ V. Hans Jürgen SONNENBERGER, « Art. 6 EGBGB », in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 : *Internationales Privatrecht. Rom I-Verordnung. Rom II-Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 5^e éd., Beck, 2010, spéc. n° 61.

⁸⁷⁷ Sur cette convergence, à l'échelle des États membres : v. Laurence IDOT, « Ordre public, concurrence et arbitrage : État de la rencontre », *op. cit.*, n. 9. Pour un exposé de droit comparé plus large, v. Jean-François POUDRET et Sébastien BESSON, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/Schultess/LGDJ, 2002.

⁸⁷⁸ Au sens physique du terme ; v. la remarque du Littré, (Émile LITTRÉ, *Dictionnaire de la langue française*, V° « Conductible ») : « *Les physiciens se sont mépris en faisant les mots conductibilité, conductible. Ces mots, par leur composition, signifient non la propriété de conduire, mais la propriété d'être conduit ; comme on le voit dans compressible et compressibilité. Il aurait fallu dire, pour conductibilité, conduction ou conductricité, et pour conductible, conducteur ou conducteur* ».

⁸⁷⁹ CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. p. I-3055.

⁸⁸⁰ V. le pt. 36 de l'arrêt *Eco Swiss*, dont les motifs ont été transposés à la prohibition des clauses abusives, par les arrêts *Mostaza Claro* (pts 35-37) et *Asturcom* (pts 51-53). Plus en détail sur l'arrêt *Mostaza Claro*, v. *infra* n° 291 et sur cet aspect de l'arrêt *Asturcom*, *infra* n. 1020 et 1065.

270. Éventualité d'une distinction entre ordre public « interne » et ordre public « international ». – Le droit français consacrant un régime dualiste de l'arbitrage, le code de procédure civile distingue formellement entre un ordre public « *international*⁸⁸¹ », susceptible d'être opposé aux sentences rendues en matière d'arbitrage international⁸⁸², auxquelles sont assimilées, de ce point de vue, les sentences rendues à l'étranger indépendamment de leur caractère interne ou international⁸⁸³, et un ordre public dit, par contraste, « *interne* », pouvant être opposé aux sentences rendues en France en matière d'arbitrage interne⁸⁸⁴.

En conséquence, la question s'est trouvée posée de savoir si l'ordre public international du droit de l'arbitrage devait être assimilé à l'ordre public international du droit international privé, et plus précisément, pour que l'analogie soit réellement pertinente, à l'ordre public susceptible d'être opposé à la reconnaissance des décisions, et l'ordre public « *interne* » du droit de l'arbitrage à l'ordre public du droit civil, et plus exactement, car là réside l'enjeu pratique de la distinction, s'il convenait, à l'égard des sentences domestiques au moins, de sanctionner systématiquement la méconnaissance par l'arbitre d'une règle impérative du for⁸⁸⁵.

Au delà du caractère très contingent de ce débat, configuré, une fois encore, par la formulation de la base légale du contrôle étatique de la norme privée, c'est une interrogation de portée plus générale qui est ainsi soulevée : celle de savoir s'il est pertinent d'opposer à l'efficacité de la sentence arbitrale les mêmes limites qu'aux parties elles-mêmes.

Car, pour être un acte privé, la sentence n'en est pas moins un acte juridictionnel.

Dans son important article consacré à « la sentence contraire à l'ordre public de fond », M. MAYER suggère qu'une telle assimilation n'est pas justifiée, d'un point de vue technique⁸⁸⁶.

⁸⁸¹ Art. 1514 et 1520-5° c. proc. civ.

⁸⁸² Selon l'art. 1504 CPC, « *est international l'arbitrage qui met en cause les intérêts du commerce international* » et la jurisprudence précise, selon une formule devenue classique, que, pour qualifier l'arbitrage d'international, il suffit que « *l'opération économique réalise un transfert de biens, de services ou de fonds à travers les frontières* » (v. notamment CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110, note Hervé Synvet).

⁸⁸³ Cass. 1^{re} civ., 17 oct. 2000, n° 98-11.776 : *Rev. arb.* 2000, p. 648-655, note Pierre Mayer.

⁸⁸⁴ V. l'art. 1488 c. proc. civ., qui prévoit que le juge de l'*exequatur* s'assure de l'absence de contrariété manifeste à l'ordre public. Le décret n° 2011-48 a ainsi explicité un pouvoir que, dans le mutisme des textes antérieurs, la jurisprudence et la doctrine lui reconnaissait en vertu de sa dignité de magistrat, « *laquelle ne peut donner son sceau à une sentence en contradiction flagrante avec l'ordre public* » (v. à cet égard Matthieu de BOISSÉSON, *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préf. Pierre Bellet, 2^e éd., GLN Joly, 1990, n° 406, p. 341). Il y avait là une manifestation de la « *nécessité objective* » des mécanismes d'ordre public abductifs (idée exposée *infra* n° 455-518). Par ailleurs, l'art. 1492-5° CPC prévoit l'annulation de la sentence lorsqu'elle est « *contraire à l'ordre public* ».

⁸⁸⁵ Par rapport à l'actuel art. 1492-5° c. proc. civ., préc., la formulation de l'ex. art. 1484-4°, qui prévoyait l'annulation de la sentence domestique dans les hypothèses où l'arbitre aurait « *violé une règle d'ordre public* », évoquait plus encore le mécanisme de l'impérativité.

⁸⁸⁶ Pierre MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *Rev. arb.*, 1994, p. 615-652.

En effet, de prime abord, la tentation qui préside à cette assimilation se conçoit bien : on veut éviter que les parties ne trouvent dans l'autorisation qui leur est faite, dans certaines hypothèse⁸⁸⁷, de recourir à l'arbitrage, l'occasion d'éluder l'application de règles qui se veulent pourtant indérogeables. Après tout, cette forme de justice privée trouve son fondement aussi bien que ses limites dans la volonté des parties.

Pourtant, raisonner ainsi c'est apporter une mauvaise réponse à une question légitime, mais mal posée.

Car s'il est assurément légitime de vouloir protéger les valeurs promues par l'ordre juridique du for nonobstant l'ouverture à l'arbitrage, et, plus encore, de s'opposer à ce qu'un juge étatique prête son concours à la violation des conceptions fondamentales de l'ordre juridique dont il est l'organe, l'impérativité, en tant qu'elle s'adresse aux parties et non à l'agent de la *jurisdictio*, n'est pas le moyen adéquat à cette fin⁸⁸⁸.

En effet, à cette fin, l'impérativité ne peut que trop ou pas assez⁸⁸⁹.

Trop, car au stade de l'instance arbitrale la règle impérative aura, le plus souvent, épuisé sa fonction de rétablissement de l'équilibre entre les parties : « *le but, nous dit M. MAYER, dans lequel le législateur, ou parfois la jurisprudence, confère un caractère impératif à certaines règles d'intérêt privé, est, le plus souvent d'empêcher la partie qui se trouve en position de force d'insérer dans le contrat une clause ayant pour objet de mettre à l'écart une règle*

⁸⁸⁷ Le critère utilisé par le droit français pour définir les litiges arbitrables est, selon l'art. 2059 c. civ., celui de la « *libre disponibilité* » des droits (sur le sens de cette notion, en matière d'arbitrage et dans les autres branches du droit où elle est utilisée v. la première partie de la thèse de Mme FAUVARQUE-COSSON : *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, préf. Yves Lequette, LGDJ, 1996), notion que l'article 2060 c. civ. précise *ratione materiae* par une liste exemplative de matières inarbitrables, terminée par une exclusion générale des « *matières qui intéressent l'ordre public* ». Il est cependant aujourd'hui clair que l'applicabilité au fond du litige d'une règle impérative ou « *d'ordre public* » n'exclut pas à elle seule le recours à l'arbitrage (sur l'évolution de la jurisprudence, v. Jean-Baptiste RACINE, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, *op. cit.*, p. 25 et s.), ni en matière interne (Cass. com. 9 avr. 2002, *Toulousy c. Philam* : *Rev. arb.* 2003, p. 103-114, note Paul Didier ; *JCP G* 2003, I, 105, obs. Christophe Seraglini), ni en matière internationale, où il est précisé que le caractère de loi de police des dispositions applicables au fond est identiquement inopérant à cette fin (Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga*, n° 09-67.013 : *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743 note Dominique Bureau et Horatia Muir Watt et, dès avant, CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 mai 1993, *Sté Labinal* : *Rev. arb.* 1993, p. 645-663, note Charles Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957-989, note Laurence Idot. Sur cette question particulière, v. Christophe SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001, n° 158 et s). En matière internationale, il semblerait d'ailleurs que les conditions d'arbitrabilité du litige doivent toujours être recherchées, non dans les dispositions du code civil, mais dans une règle matérielle du droit français de l'arbitrage international trouvant son origine dans l'arrêt *Dalico* (Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, n° 91-16.828, Bull. civ. I, n° 372, p. 258) et « *posant un principe d'arbitrabilité [...] soumis à des exceptions réunies sous le vocable général et au contenu un peu mystérieux d'ordre public international* » (Christophe SERAGLINI et Jérôme ORTSCHIEDT, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013, n° 645). Quoi qu'il en soit, en matière interne comme en matière internationale, la référence à l'« *ordre public* » doit être comprise au sens matriciel de l'expression (v. *infra* spéc. n° 440), renvoyant ici à la conception propre à une société donnée, à un moment donné, du ressort exclusif de la justice étatique (en ce sens, v. Carlos ARRUE MONTENEGRO, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, préf. Bertrand Ancel, LGDJ, 2011, spéc. n°s 252-259, qui insiste sur la « *géométrie variable* » du critère d'indisponibilité et qualifie la notion d'arbitrabilité de « *standard* »).

⁸⁸⁸ En droit judiciaire, c'est une même idée qui a été opposée à la conception traditionnelle du moyen d'ordre public, comme prolongement de l'impérativité civile dans le cadre du procès. Sur ce point, v. *infra* n° 273.

⁸⁸⁹ Pierre MAYER, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *op. cit.*, spéc. n°s 8 et 9, p. 620-622.

protectrice de la partie faible. C'est donc au moment de la formation du contrat que le mécanisme de l'indérogeabilité est utile, et il s'adresse aux parties. En revanche, il n'y a pas lieu de craindre particulièrement de l'arbitre, qui n'y a aucun intérêt, qu'il viole cette règle plutôt qu'une autre. De plus, au moment du litige, la partie faible a normalement recouvré sa liberté, et pourrait renoncer à son droit. »

Pas assez, car la méconnaissance par l'arbitre de certaines règles supplétives peut s'avérer plus grave que la méconnaissance de bien des règles impératives. A cet égard, M. MAYER prend, notamment, un exemple tiré du droit des successions. A suivre l'assimilation proposée, on devrait en effet annuler une sentence qui n'aurait pas attribué à un héritier la totalité de la part réservataire à laquelle il pouvait prétendre au regard de la loi, et qui est d'ordre public en ce sens que le *de cuius* ne peut y porter atteinte par des libéralités, tandis que, une vocation héréditaire ordinaire n'étant pas, elle, d'ordre public, on ne pourrait rien contre la sentence qui prive un collatéral privilégié de sa part non réservataire des trois quarts au profit de son cohéritier, ascendant privilégié du *de cuius*. « Cette différence de traitement n'est pas justifiée », écrit M. MAYER. « L'impérativité de certaines règles à l'égard du *de cuius* n'a pas de rapport logique ni avec l'obligation de l'arbitre de les appliquer – il doit appliquer toutes les règles qui ont vocation à l'être –, ni avec la sanction de leur violation – le principe est celui de l'absence de contrôle des erreurs de droit⁸⁹⁰. »

En réalité, si l'on veut protéger les conceptions fondamentales du for tout en préservant l'effet utile de l'ouverture à la justice privée⁸⁹¹, il faut et il suffit de comprendre le mécanisme d'ordre public du droit de l'arbitrage comme exigeant de refuser efficacité à la sentence toutes les fois que, indépendamment du caractère international ou interne de cette dernière, cet effet porterait atteinte à un agencement typique de valeurs consacré dans l'ordre juridique du for ou à la réalisation d'un objectif sociétal poursuivi par le législateur⁸⁹².

Ou, pour reprendre l'expression de M. MAYER, toutes les fois que seraient concrètement méconnus les principes essentiels et des lois de police du for⁸⁹³.

271. Autrement dit, et sous réserve des inéluctables différences quant à la teneur des exemples contentieux qu'impliquent des champs d'application différents, l'ordre public de

⁸⁹⁰ C'est l'auteur qui souligne.

⁸⁹¹ Préserver cet effet utile suppose, ainsi que l'admet le droit positif, de ne pas faire du mal-jugé un motif de refus d'efficacité des sentences, ce qui reviendrait, en effet, à reprendre d'une main ce qu'on a donné de l'autre. C'est, on l'a vu, le sens historique de la prohibition de la révision au fond (*supra* n° 162).

⁸⁹² Sur la notion d'agencement typique de valeurs, v. *infra* n°s 395-396 ; sur la notion d'objectif sociétal, v. *supra* n° 193 et *infra* n°s 366 et s.

⁸⁹³ V. aussi Jean-Baptiste RACINE, *op. cit.*, n°s 871 et s.

l'arbitrage se rapproche de l'exception d'ordre public international du conflit de juridictions⁸⁹⁴.

Conclusion du Titre. – Nous nous sommes, dans ce titre, intéressés aux occurrences de la notion d'ordre public dans les rapports que l'on peut qualifier d'internormatifs, en ce sens que l'ordre public paraît, à première vue, y jouer le rôle de charnière entre différents pôles normatifs : entre ordres juridiques étatiques, d'abord, pour les occurrences de la notion en droit international privé, entre ordre juridique de l'Union et ordres juridiques étatiques, ensuite, pour la notion d'« *ordre public de l'Union* » telle qu'elle apparaît dans la jurisprudence de la Cour de justice, entre ordre juridique étatique et norme privée, enfin, pour les occurrences de la notion en droit des actes juridiques et en droit de l'arbitrage. Dans cette dernière matière, on peut d'ailleurs remarquer que, configurée qu'elle est par la crainte de voir les parties recourir à l'arbitrage pour éluder l'application de règles tenues pour importantes, la question de l'extension de l'« *ordre public* » susceptible d'être opposée à l'efficacité de la sentence, rejoint, à certains égards, la discussion relative au pouvoir du juge de relever un moyen de droit que les parties auraient omis de soulever.

On en vient ainsi à envisager le sens de l'expression « *ordre public* » dans le cadre du droit processuel et, plus spécifiquement encore, dans le cadre de la détermination du rôle du juge dans l'application du droit au litige.

⁸⁹⁴ Sur l'articulation du mécanisme des lois de police à l'exception d'ordre public dans le cadre de l'instance indirecte, v. *infra* n^{os} 460-464.

TITRE II : L'ORDRE PUBLIC DANS LA DÉTERMINATION DE L'OFFICE DU JUGE

272. Définition. – Que l'on estime cet usage fondé ou non, l'expression « *moyen d'ordre public* » est utilisée pour désigner le moyen que le juge a l'obligation de relever lorsque les parties ont omis de le faire⁸⁹⁵. L'expression est même parfois utilisée en présence d'une simple faculté⁸⁹⁶. Ainsi conçue, la problématique du moyen d'ordre public épouse celle du relevé d'office.

La définition exacte du rôle du juge dans l'application du droit au litige souffre trop de variations, selon le caractère plutôt inquisitoire ou accusatoire du système considéré, et, au sein d'un même système, selon le type de contentieux envisagé (schématiquement : civil, administratif et pénal)⁸⁹⁷, pour que l'on puisse, à ce stade, définir plus précisément les conditions et les effets de ce qui se présente comme un « *mécanisme d'ordre public* ».

Les analyses de droit comparé font cependant ressortir que les systèmes nationaux se rejoignent dans les exceptions admises à leur principe premier, lorsque, tout en se faisant une conception active de l'office du juge, ils limitent néanmoins son pouvoir de relever d'office un moyen de droit pour des raisons tenant à la protection des personnes et à l'efficacité des procédures, ou, au contraire, lorsque, partant de l'idée que le procès est au premier chef l'affaire des parties, ils autorisent ou obligent cependant le juge à sortir de sa passivité, pour des raisons d'intérêt public⁸⁹⁸.

⁸⁹⁵ Typique de cet usage est l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation qui n'obligeait le juge du fond à relever d'office l'application de la règle de conflit que lorsque celle-ci désignait la loi française en expliquant que « *les règles françaises de conflit de lois, en tant du moins qu'elles prescrivent l'application d'une loi étrangère n'ont pas un caractère d'ordre public, en ce sens qu'il appartient aux parties d'en réclamer l'application.* » (Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1959, *Bisbal* : *GA* n° 32).

Au terme (peut-être...) d'une évolution chaotique mais trop connue pour être rappelée ici autrement qu'à grands traits, le critère aujourd'hui utilisé par la jurisprudence pour circonscrire l'obligation du juge est celui, comme en matière d'arbitrabilité (v. *supra* n. 887), de l'indisponibilité des droits litigieux (Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans* et, du même jour, *Belaïd* : *GA* n° 74-78), après qu'aient été consacrés, d'abord, un système du tout obligatoire (Cass. 1^{re} civ., 11 oct. 1988, *Rebouh* ; 18 oct. 1988, *Schule*), sous l'influence des idées de MOTULSKY, puis une obligatorité sélective étendue, non seulement aux droits indisponibles, mais aussi au cas où la règle de conflit en cause est d'origine internationale (Cass. 1^{re} civ., 4 déc. 1990, *Coveco*), extension qui procédait d'une conception erronée des exigences de la primauté (à cet égard, v. Tristan AZZI, « L'office du juge dans la mise en œuvre de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 649-670).

⁸⁹⁶ Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE* 2005, p. 395-464.

⁸⁹⁷ Tout en reconnaissant la valeur pédagogique de la distinction entre système inquisitoire où, *grosso modo*, le procès est la chose du juge, et système accusatoire, où il est au contraire la chose des parties, la doctrine met aujourd'hui en avant la pondération variable des rôles processuels, en fonction de la nature de la question litigieuse et selon l'étape du procès envisagée : v. Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI MEKKI, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, Thémis, 2013, spéc. p. 394 et s.

⁸⁹⁸ Sur cette convergence du droit des Etats membres, v. les conclusions de l'avocat général JACOBS dans l'affaire *Van Schijndel*, *op. cit.*, pts 35-37 et Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE* 2005, *op. cit.*, spéc. p. 396-399.

Une analyse du relevé d'office d'abord en droit judiciaire français (Chap. I), puis en droit de l'Union, permettra de tracer l'épure de ce mécanisme d'ordre public « *du point de vue de Sirius*⁸⁹⁹ » (Chap. II), c'est-à-dire indépendamment des ses « *interprétations conceptuelles*⁹⁰⁰ » variables dans l'un et l'autre des ordres juridiques.

Chapitre I : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit national

273. Le relevé d'office en droit judiciaire privé français. – Les discussions relatives au relevé d'office du moyen de droit substantiel en droit judiciaire privé français, pour s'en tenir à lui, illustrent la difficulté de trouver le juste équilibre entre la logique propre du droit procédural⁹⁰¹ et l'application rigoureuse de la règle de droit dont ce dernier se fait le véhicule⁹⁰².

En la matière, il ne fait pas de doute que le juge a le pouvoir de relever d'office un moyen de droit, sous condition de ne se fonder que sur des faits présents dans le débat et de ne pas modifier l'objet du litige (ce sont là les deux versants du « *principe dispositif*⁹⁰³ ») et de respecter le principe du contradictoire⁹⁰⁴.

En revanche, la question de savoir si ce pouvoir doit être qualifié de simple faculté ou d'obligation a donné lieu, à partir de l'art. 12 c. proc. civ., et plus largement des principes directeurs du procès, à des prises de positions divergentes, aussi bien en doctrine que dans la jurisprudence de la Cour de cassation⁹⁰⁵. Nous nous en tiendrons ici à l'essentiel.

⁸⁹⁹ Pour reprendre l'expression de François RIGAUX, analysée *supra* n° 49.

⁹⁰⁰ Selon l'expression d'Otto PFERSMANN : v. *supra*, n. 301.

⁹⁰¹ Sur cette idée d'une logique propre au droit processuel, v. Cécile PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n°s 204 et 213 ; *adde* : Jacques HÉRON, « L'ordre public dans le procès », *op. cit.*, n° 15.

⁹⁰² Dans l'aspect qui nous intéresse ici, le droit procédural peut au demeurant servir la réalisation de règles elles-mêmes procédurales. Néanmoins, le relevé d'office des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure pose moins de difficulté : tantôt obligatoire, tantôt simplement permis et parfois carrément interdit, le régime en est assez largement, et dans un sens restrictif, déterminé par le code de procédure civile, qui fixe le point d'équilibre entre le respect dû à la règle de droit, fût-elle procédurale, et l'intérêt à un règlement rapide des litiges, considéré comme prédominant en la matière (v. Jacques HÉRON et Thierry LE BARS, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012, n° 272). Sur ce sujet, v. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, *op. cit.*, n°s 308 et s, spéc. n° 317 ; Jacques HÉRON, « L'ordre public dans le procès », *op. cit.*, spéc. n°s 17 et s. ; *adde*, pour une synthèse de la jurisprudence prise en application des textes pertinents : la fiche méthodologique parue au *BICC*, n° 618, du 1^{er} mai 2005.

⁹⁰³ Pour une définition claire du principe dispositif, v. Xavier LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 2001, I, 312.

⁹⁰⁴ V. Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, *op. cit.*, n° 225. Il faut cependant réserver la jurisprudence de la Cour de cassation qui refuse au juge la faculté de relever d'office le moyen tiré d'une règle d'ordre public de protection, dont la *ratio* et la positivité seront examinées *infra* n° 283.

⁹⁰⁵ Pour un exposé des termes du débat, v. notamment les thèses de Frédérique EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, Th. dactyl. Rouen, 1994 et de Cécile PÈRES-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 178 et s, qui abordent ce sujet sous l'angle de la notion d'ordre public.

Il semble bien que, contrairement au vœu de la doctrine dominante, favorable à une obligation générale pour le juge de relever d'office tout moyen, dès lors que celui-ci est de pur droit⁹⁰⁶, la question a été tranchée par l'arrêt d'Assemblée plénière du 21 décembre 2007, au bénéfice d'une faculté de principe et d'une obligation d'exception, en présence de « *règles particulières* »⁹⁰⁷.

Ainsi défini, le domaine de l'obligation du juge reste délicat à circonscrire.

Parmi les « *règles particulières* » visées par l'Assemblée plénière, il faut certainement compter les dispositions légales prévoyant spécialement, à l'égard de moyens déterminés, l'obligation du juge de les relever d'office⁹⁰⁸. Il semble cependant que sont également visées les règles substantielles qui, quoiqu'étant muettes sur la question de l'office du juge, sont telles que la jurisprudence estime qu'elles doivent être en toute hypothèse appliquées au litige⁹⁰⁹.

Se pose alors la question de l'identification du moyen d'ordre public, pris comme catégorie d'exception.

Dans cet océan d'incertitude, un point au moins mérite d'être clarifié, dans l'optique d'identification des différents mécanismes d'ordre public qui est la nôtre : l'« *ordre public* » au sens de la détermination de l'office du juge doit-il être le prolongement du caractère « *d'ordre public* » de la règle applicable au fond, au sens que prend cette expression en droit des actes juridiques⁹¹⁰ ?

⁹⁰⁶ Les auteurs divergent cependant sur le point de savoir si cette obligation devrait être limitée au moyen assis sur des faits que les parties auraient articulés au soutien de leurs prétentions ou si elle devrait être étendue au moyen s'évinçant de faits « *adventices* » c'est-à-dire portés au débat mais non spécialement allégués. Sur ce débat, v. notamment Loïc CADIET, Jacques NORMAND et Soraya AMRANI-MEKKI, *Théorie générale du procès*, op. cit., p. 768-769.

⁹⁰⁷ Cass. ass. plén., 21 déc. 2007, n° 06-11.343 : Bull. civ. ass. plén. n° 10. Plus exactement, procédant à une distinction sans doute assez largement artificielle, la Cour de cassation décide que, si l'article 12 c. proc. civ. impose expressément, en son alinéa 2, au juge de corriger la qualification des faits litigieux qu'auraient erronément proposé les parties, cette disposition ne l'oblige pas, en revanche, à changer le fondement juridique invoqué par ces dernières au soutien de leurs prétentions.

⁹⁰⁸ Qui, à vrai dire, concernent essentiellement des moyens de droit processuel : v. par exemple art. 120 al. 1 et 125 al. 1 CPC, qui prévoient, respectivement, que « *les exceptions de nullité fondées sur l'inobservation des règles de fond relatives aux actes de procédure doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public* » et que « *les fins de non-recevoir doivent être relevées d'office lorsqu'elles ont un caractère d'ordre public, notamment lorsqu'elles résultent de l'inobservation des délais dans lesquels doivent être exercées les voies de recours ou de l'absence d'ouverture d'une voie de recours* ».

⁹⁰⁹ V. en ce sens le rapport du Conseiller LORIFERNE, publié sur le site de la Cour de cassation, qui inclut ces règles substantielles dans la catégorie des « *dispositions particulières* » impliquant l'obligation pour le juge de les relever d'office. Le rapporteur cite l'exemple de la loi du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation, dont la deuxième chambre civile a pu décider que les dispositions « *d'ordre public* » devaient être appliquées par le juge au litige, quand bien même la demande en réparation aurait été fondée sur l'art. 1384, al. 1 c. civ. (Cass. 2^e civ., 20 janv. 2000, n° 98-13.871, inédit).

⁹¹⁰ Sur cette occurrence de l'expression « *ordre public* », v. *supra* n°s 256-258.

Il est traditionnel de le penser⁹¹¹.

Cependant, la doctrine processualiste moderne a, pertinemment selon nous, mis en lumière l'absence de lien logique entre impérativité de la règle à l'égard des parties et son application d'office par le juge⁹¹².

On peut citer ici Henri MOTULSKY, pour le caractère bien frappé de ses formules : « *il est [...] foncièrement erroné de croire que 'loi impérative', c'est à dire insusceptible d'être écartée par la volonté des parties et, 'loi obligatoire pour le juge' soient synonymes*⁹¹³ » ; ou encore, « *la mise en jeu d'une règle de droit objectivement applicable s'impose au juge parce qu'il s'agit d'une règle de droit ; la question de savoir si cette règle est 'supplétive' (c'est à dire si elle peut être écartée par la volonté des parties) ou 'impérative' (c'est à dire soustraite à cette volonté) n'a aucune incidence sur son caractère obligatoire pour le juge, lequel existe dans les deux cas*⁹¹⁴. »

Or, si l'arrêt précité de 2007 contredit frontalement, vraisemblablement pour de pragmatiques raisons d'économie procédurale⁹¹⁵, la conception exigeante de l'office du juge que se faisait MOTULSKY, cette décision n'implique cependant en rien de remettre en cause la distinction conceptuelle opérée en amont entre l'obligatorité de la règle de droit à l'égard de l'agent de la *jurisdictio* et son impérativité à l'égard des parties.

Autrement dit, de la même manière que l'impérativité n'est pas le mécanisme pertinent pour permettre la réalisation des agencements typiques de valeurs et des objectifs sociétaux du for en dépit de la possibilité laissée aux parties de recourir à l'arbitrage⁹¹⁶, elle n'est pas non plus le critère adéquat pour délimiter l'office du juge.

Dans ce cadre, et si du moins on entend y conserver l'usage de la notion d'ordre public, l'expression doit s'entendre dans un sens distinct et éventuellement disjoint de celui qu'on lui connaît en droit des actes juridiques et viser, strictement, une catégorie discriminante : le

⁹¹¹ Sur cette définition traditionnelle du moyen d'ordre public, v. Frédérique EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, op. cit. n° 45 ; Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, op. cit., n° 198.

⁹¹² Outre les citations de MOTULSKY portées au texte, v., au sujet du moyen de droit substantiel, Frédérique EUDIER, *Ordre public substantiel et office du juge*, op. cit. n° 57 et Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, op. cit., n° 211 ; au sujet du moyen de droit processuel, v. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, op. cit., spéc. n° 317.

⁹¹³ « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge » *D.* 1964, chron. p. 235-246, spéc. n° 25.

⁹¹⁴ « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère », in *Mél. René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 681-706, spéc. n° 10.

⁹¹⁵ En ce sens, v. Serge GUINCHARD, Cécile CHAINAIS et Frédérique FERRAND, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 2014, n° 538 ; *adde*, sur le caractère déterminant de ces considérations, dans l'opération de conciliation qui préside à la détermination de l'office du juge à l'égard du droit, v. Raymond MARTIN, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, p. 163, spéc. n° 7.

⁹¹⁶ V. *supra* n° 270.

moyen d'ordre public est celui que le juge relève d'office, par exception à un principe prohibitif ou simplement permissif⁹¹⁷.

Si la question de savoir quels sont les moyens d'ordre public continue de se poser en droit judiciaire privé français, ce détour par le droit interne nous aura au moins permis d'isoler un mécanisme d'ordre public propre au droit processuel.

Le droit de l'Union offre, lui, un éclairage intéressant à la question de savoir quels moyens doivent être relevés d'office.

Chapitre II : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit de l'Union

274. Le relevé d'office du moyen de droit de l'Union. Division. – La problématique du relevé d'office du moyen de droit de l'Union peut s'envisager, soit du point de vue de la Cour de justice elle-même⁹¹⁸, soit, et c'est ce qui nous retiendra dans le cadre de cette étude, du point de vue du juge national, pris dans sa fonction de juge communautaire.

Du point de vue de l'ordre juridique de l'Union, la question de savoir si et quand le juge national devrait appliquer d'office une règle de droit reçoit, comme en droit national, des réponses nuancées dans la jurisprudence de la Cour de justice. Pas de contours nets, pas de couleurs franches, cette dernière nous livre un tableau tout en surimpressions, né de l'entrecroisement de raisonnements différents et auxquels se superposent des lignes de jurisprudence distinctes. Ainsi, il est vrai que la Cour de justice a pu restaurer le juge national

⁹¹⁷ En ce sens, v. Jacques HÉRON, « L'ordre public dans le procès », *op. cit.*, n° 22, qui, à propos des moyens de droit procédural, parle d'un ordre public « à géométrie variable » : l'ordre public « pour ce qui est de la possibilité d'écarter [la règle] par contrat », c'est-à-dire l'impérativité, l'ordre public au sens de la faculté pour le juge de soulever le moyen d'office, et enfin l'ordre public au sens, cette fois, d'un relevé d'office obligatoire.

⁹¹⁸ A ce sujet, v. notamment l'art. de Fernando CASTILLO DE LA TORRE, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE* 2005, p. 395-464.

Selon cet auteur, « l'analyse de la jurisprudence de la Cour et du Tribunal fait apparaître que, historiquement, et de manière générale, un lien a été établi entre le pouvoir de relever d'office un moyen de droit et le caractère d'ordre public du moyen en cause » (p. 460), ceci dans un contexte où, le procès étant conçu comme étant « avant tout la chose des parties », l'immixtion, facultative ou obligatoire, du juge reste « exceptionnelle » (p. 463). Quant à la question de savoir quels moyens méritent d'être qualifiés d'ordre public, elle serait résolue, l'hypothèse d'une détermination expresse mise à part, *a posteriori*, sur la base de ce que décide le juge (p. 461).

Et comment le juge européen se décide-t-il ? Les critères dégagés à cette fin par l'avocat général JACOBS dans l'affaire *Salzgitter*, C-210/98 P (Rec. p. I-5843, spéc. pts 139-143) font référence (outre l'article de M. CASTILLO DE LA TORRE préc., v. les conclusions de l'avocat général MENGOZZI dans l'affaire *Common Market Fertilizers*, C-443/05 P, spéc. pt. 102 et les conclusions de l'avocat général CRUZ VILLALÓN dans l'affaire *Budějovický Budvar*, C-96/09 P, spéc. n. 22). Selon Sir Francis JACOBS, le moyen est d'ordre public si la règle en cause 1°/ « vise à servir un objectif fondamental de l'ordre juridique communautaire et (...) joue un rôle significatif dans la réalisation de cet objectif ; 2°/ « a été fixée dans l'intérêt des tiers ou de la collectivité en général, et non pas simplement dans l'intérêt des personnes directement concernées ». L'avocat général ajoutait que la violation de la règle en l'espèce devait être « manifeste », « évidente », condition que la doctrine lie, moins à l'établissement du pouvoir du juge dans son principe, qu'au caractère obligatoire de son exercice (v. Fernando CASTILLO DE LA TORRE, *op. cit.* p. 462-463 ; concl. MENGOZZI précitées, spéc. n. 54).

dans son pouvoir d'initiative, alors que que l'aménagement national de son office lui déniait ce pouvoir ou, plus modestement, le paralysait. Il est aussi exact qu'elle impose au juge l'obligation de relever *ex officio* un moyen de droit de l'Union lors même que le droit national ne serait que permissif. Pour autant, la Cour de justice n'a jamais fait de l'application coûte que coûte, quand bien même les parties ne s'en prévaudraient pas, du droit de l'Union une règle de principe. Elle admet au contraire que d'autres considérations, substantielles ou procédurales, viennent contrebalancer l'intérêt au strict respect de la légalité européenne.

Renforcement et limitation de l'office du juge national, c'est un double mouvement qui se dessine. Aussi, exposerons nous dans un premier temps les différents vecteurs par lesquels la Cour de justice assoit, en amont de l'obligation, le pouvoir même du juge national de relever d'office un moyen de droit de l'Union (Section I), avant d'étudier, dans un second temps, les limites qui s'opposent, non pas seulement à la mise en cause *ex officio* du droit de l'Union, mais aussi, en aval, à l'application de ce dernier (Section II).

Section I : Le renforcement de l'office du juge national

275. Position du problème. Division. – La Cour de justice n'impose pas par principe que le juge national relève d'office un moyen de droit de l'Union⁹¹⁹.

Néanmoins, elle exige en certaines circonstances qu'il en ait la faculté, voire lui en fait l'obligation, alors même que le droit procédural national ne le prévoirait pas.

Cette jurisprudence nuancée résulte de trois raisonnements alternatifs : complémentaires pour les deux premiers, parallèle aux autres pour le troisième. Au sein du « *bloc de jurisprudence* » relatif à l'office du juge national dans l'application du droit de l'Union, on peut ainsi identifier deux « *lignes* » concurrentes⁹²⁰.

La première résulte de l'application des instruments traditionnels de l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale que sont les principes d'équivalence et d'effectivité (Par. I).

⁹¹⁹ En ce sens, v. les conclusions de l'avocat général MADURO dans l'affaire *van der Weerd* (CJCE, 7 juin 2007, aff. jtes C-222/05 à C-225/05), Rec. p. I-4233, dans lesquelles ce dernier a procédé à une très salutaire remise en ordre de l'ensemble de la jurisprudence ayant trait à la détermination de l'office du juge national.

⁹²⁰ Sur ces concepts, nécessaires pour saisir l'état effectif de la jurisprudence d'une Cour qui pratique la politique des « *petits pas* », v. Brunessen BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, p. 741-770.

D'autres arrêts, plus isolés et dont il est à vrai dire difficile d'affirmer qu'ils prétendent se constituer en ligne autonome, s'affranchissent de ce raisonnement traditionnel et consacrent à ce titre un moyen d'ordre public autonome (Par. II).

Paragraphe I : L'office du juge façonné par les principes cadres de l'autonomie procédurale nationale

276. Position du problème. Division. – En l'absence d'harmonisation, la détermination de l'office du juge relève du droit procédural national, sous réserve de respecter les principes d'équivalence et d'effectivité⁹²¹.

La systématique du raisonnement qui préside à l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale implique, en principe, d'établir le pouvoir pour le juge national de relever d'office le moyen de droit de l'Union d'abord en application du principe d'équivalence (A), le principe d'effectivité n'intervenant que subsidiairement, dans l'hypothèse où le principe d'équivalence ne serait pas « porteur »^{922 923} (B).

A. L'application du principe d'équivalence

277. Le principe d'équivalence exige, on l'a vu⁹²⁴, que la réalisation judiciaire des règles d'origine européenne s'opère dans les mêmes conditions que celle des règles nationales comparables⁹²⁵.

278. Obligation nationale = obligation européenne. – A ce titre, le juge national a tout d'abord l'obligation de relever d'office un moyen de droit de l'Union qui serait équivalent aux moyens de droit national que son droit procédural lui imposerait de relever, singulièrement parce qu'il les regarderait comme étant « *d'ordre public* ». C'est ainsi que, dans l'affaire *van der Weerd*⁹²⁶, la Cour de justice a pu s'interroger sur la comparabilité du moyen tiré de l'application de la directive 85/511, portant mesures communautaires de lutte

⁹²¹ Sur l'autonomie procédurale nationale et ses limites, v. *supra* n° 34 et, surtout, n°s 242, 243 et 252.

⁹²² Pour reprendre la formule de Safia CAZET : « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe* 2009, étude 7, n° 15.

⁹²³ En ce sens, v. Laurence IDOT, obs. sous CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08, *Europe* 2009, comm. 469. Pour une mise en œuvre exemplaire de ce raisonnement, v. l'arrêt *van der Weerd*, préc.

⁹²⁴ V. *supra* n° 34 et, surtout, n° 252.

⁹²⁵ Miguel POIARES MADURO, conclusions présentées dans l'affaire *van der Weerd*, *op. cit.*, pt. 15.

⁹²⁶ CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05 : *Europe* 2007, comm. 199, obs. Denys Simon ; *AJDA* 2007, p. 2248, chron. Emmanuelle Broussy, Francis Donnat et Christian Lambert ; *CMLR* 2008, p. 853-862, note Jan H. Jans et Albert T. Marseille.

contre la fièvre aphteuse, aux moyens que le droit administratif néerlandais qualifie d'ordre public⁹²⁷.

Dans ce cadre, le moyen de droit de l'Union ne se veut d'ordre public qu'au sens du droit national, ni plus, ni moins.

279. Faculté nationale = obligation européenne. – Mais la Cour de justice va plus loin en imposant la même obligation à l'égard de moyens, dont le droit procédural national seul considéré ne ferait qu'*autoriser* le relevé d'office.

La Cour de justice en décide ainsi depuis toujours, mais initialement cette transmutation d'une *permission nationale* en *obligation européenne* s'opérait au renfort, en plus du principe d'équivalence, du principe de coopération loyale⁹²⁸.

La jurisprudence actuelle parvient au même résultat au visa du seul principe d'équivalence⁹²⁹, ce qui dénature quelque peu ce dernier, celui-ci n'imposant à strictement parler qu'un traitement procédural égalitaire du droit national et du droit européen.

Quoi qu'il en soit, l'obligation de relevé d'office a dans ce cadre bel et bien un fondement européen.

Le principe d'effectivité a un effet plus radical encore, qui impose de mettre à l'écart une disposition procédurale nationale prohibitive.

B. L'application du principe d'effectivité

280. Définition. Division. – Lorsque le droit national refuse au juge national le pouvoir de relever un moyen de droit, ou, ce qui est plus fréquent, qu'une disposition procédurale a pour objet ou pour effet de limiter un pouvoir admis dans son principe⁹³⁰, le principe d'équivalence est impuissant à assurer l'application du droit de l'Union et c'est le principe d'effectivité qui prend le relais.

⁹²⁷Question à laquelle il a été répondu par la négative. Pour un autre exemple, tiré du contentieux de l'application de la directive *clauses abusives*, v. CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et Man Garabito*, C-488/11, spéc. pts 43-46 : *Europe* 2013, comm. 321, obs. Aude Bouveresse.

⁹²⁸ CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel*, aff. jtes, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4728, spéc. pt. 14 CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, C-72/95, Rec. p. I-5403, pt. 58.

⁹²⁹ CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08, pt. 54.

⁹³⁰ Sur ces limitations procédurales, v. *infra* n^{os} 298-302.

Selon la définition qu'en donne la Cour de justice, le principe d'effectivité s'oppose aux dispositions du droit procédural national qui rendraient « *impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par le droit de l'Union*⁹³¹ ».

Si tel est le cas, la restriction procédurale nationale doit être écartée et c'est le principe d'effectivité lui-même qui fonde le pouvoir du juge national de relever d'office le moyen de droit de l'Union⁹³². On peut parler d'effet habilitant du principe d'effectivité.

Axée sur la notion de droit subjectif, cette définition traditionnelle du principe vise implicitement l'hypothèse où la règle européenne dont l'application pose question confère, en effet, un droit au justiciable, ou du moins, dans un litige de droit privé, à l'une des parties. Historiquement, c'est au regard d'une telle hypothèse, où le relevé d'office joue (au moins médiatement) au bénéfice d'un intérêt privé⁹³³ que s'est sédimenté, en jurisprudence, une méthodologie de la mise en œuvre du principe d'effectivité. On peut parler de conception privatiste du principe d'effectivité.

Cependant, dans une affaire récente, la question s'est posée de savoir si le relevé d'office pouvait jouer, au contraire, exclusivement au bénéfice d'un intérêt public. Dans cette situation, qui concerne par hypothèse une situation de droit public où la règle européenne que le juge national se propose d'appliquer ne confère aucun droit au particulier, mais, au contraire, une obligation, on peut parler d'occurrence publiciste du principe d'effectivité.

En conséquence, nous exposerons le mode opératoire du principe d'effectivité dans la conception privatiste qui est habituellement la sienne (1), avant de nous interroger sur l'éventualité de son occurrence publiciste (2).

⁹³¹ V. CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95.

⁹³² Techniquement, ce double effet, négatif et positif, trouve son fondement ultime dans la primauté du principe d'effectivité lui-même, et constitue, à se placer du point de vue juge, indépendamment de la stratégie contentieuse des parties, le pendant de ce que la doctrine communautaire appelle l'« *invocabilité* » du droit de l'Union (sur cette notion, v. Denys SIMON, « Invocabilité du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, étude n° 210, janvier 2005).

L'intensité de cet effet est variable, en fonction de la teneur du droit procédural national, et conformément à la hiérarchie qui résulte de la jurisprudence de la Cour (v. CJUE, gde ch., 24 janv. 2012, *Dominguez*, C-282/10). Le pouvoir du juge devra ainsi prioritairement être recherché dans une *interprétation conforme* du droit national (pour un exemple, v. CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98), et, subsidiairement, en cas de contrariété irréductible, dans l'*éviction* du droit national non-conforme (ce qui correspond à l'« *invocabilité d'exclusion* ») et l'*application substitutive* du commandement européen exigeant l'intervention du juge (ce qui correspond à l'« *invocabilité de substitution* »), la question, tant débattue, de savoir si ces deux dernières formes devraient ou non être réservées aux normes d'effet direct étant ici sans objet, puisque, règle instrumentale, l'effet de droit du principe d'effectivité ne joue qu'à l'égard du juge, non d'un particulier.

⁹³³ Sur les règles de protection médiate, v. *infra* n° 371.

1) *Au bénéfice immédiat d'un intérêt privé*

281. Mode opératoire du principe d'effectivité. – Dans l'hypothèse où la règle européenne dont l'application pose question confère, en effet, un droit au justiciable, ou au moins à l'une des parties, l'examen de la conformité du droit procédural national au principe d'effectivité implique, selon une formule jurisprudentielle plus précise, de vérifier si le titulaire du droit a eu ou non une « *véritable possibilité de soulever [le] moyen [correspondant] devant une juridiction nationale*⁹³⁴. »

Cette appréciation doit être menée *in concreto*, au regard de la procédure dans son ensemble⁹³⁵, et, plus largement, de toutes les circonstances de fait et de droit de l'affaire⁹³⁶.

Une considération, cependant, est inopérante, ainsi que la Cour de justice l'a affirmé dans l'affaire *van der Weerd* : cette vérification doit s'opérer « *indépendamment de l'importance de [la disposition en cause] pour l'ordre juridique communautaire*⁹³⁷. ». Autrement dit, comme l'a dit l'avocat général MADURO dans la même affaire, « *la question de savoir si la disposition en question est une disposition d'ordre public n'est pas décisive pour l'application du principe d'effectivité*⁹³⁸ ».

Dans son acception privatiste, les exigences du principe d'effectivité se rapprochent ainsi de celles découlant du droit à une protection juridictionnelle effective⁹³⁹. La jurisprudence récente, qui détermine l'office du juge européen de la consommation par application des dispositions de la directive *clauses abusives* et de l'article 47 de la Charte, en atteste⁹⁴⁰.

⁹³⁴ V. le pt. 41 de l'arrêt *van der Weerd*, précité et le pt. 29 des conclusions de l'avocat général POIARES MADURO dans cette affaire.

⁹³⁵ V. CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel*, aff. jtes, C-430/93 et C-431/93, pt. 19 et CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93 pt. 14 : « *Chaque cas où se pose la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysé en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales.* »

⁹³⁶ V. par exemple *Cofidis*, pt. 37 où la Cour souligne que le diagnostic par elle porté quant à la conformité ou non de restrictions procédurales nationales pourtant similaires au principe d'effectivité n'est, à chaque fois, « *que le résultat d'appréciations au cas par cas, portées en considération de l'ensemble du contexte factuel et juridique propre à chaque affaire, qui ne sauraient être transposées automatiquement dans des domaines différents de ceux dans le cadre desquels elles ont été émises* ».

⁹³⁷ Pt. 41.

⁹³⁸ Ccl. pt. 27, l'avocat général entendait ainsi montrer que la qualification d' « *ordre public* » du moyen n'avait de sens que dans le cadre du principe d'équivalence et au regard du droit national.

⁹³⁹ En ce sens, v. Sacha PRECHAL, « Community law in national courts : the lessons from *van Schijndel* », *op. cit.*, p. 686 ; pour une analyse actualisée et nuancée des relations complexes qu'entretiennent ces deux principes, v. Sacha PRECHAL et Rob WIDDERSHOVEN, « Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection », *Review of European Administrative Law*, vol. 4 (2011), n° 2, p. 31-50.

⁹⁴⁰ CJUE, 3^e ch., 27 fév. 2014, *Pohotovost'*, C-470/12, spéc. pts 51 et s. : *Europe* 2013, comm. 182, obs. Julie Dupont-Lassale ; JCP G 2014, zoom 314, obs. Fabrice Picod ; CJUE 1^{re} ch., 3 juil. 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, C-169/14, spéc. pts 34-51 : *Europe* 2014, comm. 369, obs. Denys Simon ; CJUE, 3^e ch., 10 sept. 2014, *Kušionová*, C-34/13, spéc. pts 45 et s. : *Europe* 2014, comm. 484, obs. Denys Simon.

Le contentieux lié à l'application du droit européen de la consommation constitue en effet l'exemple typique de l'occurrence privatiste du principe d'effectivité.

282. Exemple : l'office du juge national dans l'application du droit européen de la consommation – Initialement, c'est sur le fondement de cette conception privatiste du principe d'effectivité que s'est développée la jurisprudence relative à l'office du juge national dans l'application du droit communautaire de la consommation.

Le raisonnement est toujours le même depuis les arrêts fondateurs *Océano Grupo* et *Cofidis*, rendus au début des années 2000 sur le fondement de la directive *clauses abusives*⁹⁴¹ : le système de protection institué reposant, *au plan matériel*, sur l'idée d'une infériorité du consommateur par rapport au professionnel, en termes de puissance de négociation et d'information, et sur la nécessité corrélative d'une intervention compensatrice de l'ordre juridique, la Cour de justice y voit, *au plan procédural*, un risque que le consommateur ignore ses droits ou ait des difficultés, notamment financières, à les exercer, si bien que l'objectif de protection recherché ne serait pas atteint si l'application des textes pertinents était subordonnée à leur invocation par le bénéficiaire⁹⁴².

Exprimé techniquement : la *ratio legis* des textes pertinents joue comme circonstance quasi systématiquement décisive en faveur du relevé d'office, dans le cadre de l'appréciation *in concreto* qu'appelle le principe d'effectivité.

283. Exemple dans l'exemple : l'arrêt *Rampion*. – Il est ici à propos d'étudier plus particulièrement l'arrêt *Rampion* rendu le 4 octobre 2007⁹⁴³ en application de la directive

⁹⁴¹ Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs (« directive *clauses abusives* »).

⁹⁴² CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, Rec., p. I-4941 ; CJCE (5^e ch.), 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00, Rec. p. I-10875. Ce raisonnement se retrouve depuis lors, seul ou hybridé (sur la jurisprudence « déviante », v. *infra* n^{os} 289-294), dans tous les arrêts, et ils sont nombreux, pouvant être rattachés à cette « ligne » de jurisprudence : v., sur le fondement de la directive *clauses abusives* : CJCE (1^{re} ch.), 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 ; CJCE (4^e ch.), 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08, Rec. p. I-4713 ; CJCE (1^{re} ch.), 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08 ; CJUE (gde ch.), 9 nov. 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 ; CJUE (1^{re} ch.), 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 ; CJUE (1^{re} ch.) 21 fév. 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11 ; CJUE (1^{re} ch.), 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11 ; CJUE (1^{re} ch.), 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et Man Garabito*, C-488/11 ; CJUE (1^{re} ch.), 30 mai 2013, *Jörös*, C-397/11. Sur le fondement de la directive *crédit à la consommation* : CJCE (1^{re} ch.), 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, Rec., p. I-8017. Sur le fondement de la directive *démarchage à domicile* : CJUE (1^{re} ch.), 17 déc. 2009, *Eva Martin Martin*, C-227/08. Sur le fondement de la directive *garantie de conformité* : CJUE 1^{re} ch., 3 oct. 2013, *Duarte Hueros*, C-32/12 Probablement faut-il voir dans la persistance du contentieux le signe de la difficulté du juge national à appliquer une règle (le principe d'effectivité) qui n'est guère qu'un appel à la casuistique.

⁹⁴³ CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05 : Rec., p. I-8017 : *JCP E* 2008, 1114, note Marion Ho-Dac ; *Procédures* 2008, comm. 79, obs. Cyril Nourissat ; *JCP G* 2008, II, 10031, note Gilles Paisant ; *Gaz. Pal.* 13 décembre 2007, n^o 347, p. 11, note Ghislain Poissonnier et Jean-Philippe Tricoit ; *Contrats, conc., consom.* 2007, comm. 310, note Guy Raymond.

*crédit à la consommation*⁹⁴⁴, compte tenu de l'usage paradoxalement inhibant de la notion d'ordre public sur lequel reposait la restriction procédurale nationale en cause.

Dans cette affaire, la Cour de justice a en effet été amenée à se prononcer, à l'occasion d'une question préjudicielle posée par un juge « *du fond* », sur l'euro-compatibilité de la jurisprudence de la Cour de cassation française faisant défense à ce dernier de relever *proprio motu* le moyen tiré de l'application d'une règle « *d'ordre public de protection* »⁹⁴⁵.

Cette jurisprudence procédait de l'emboîtement de deux constructions doctrinales, la distinction entre « *ordre public de direction* » et « *ordre public de protection* », d'une part, et la théorie moderne des nullités, d'autre part.

En effet, en droit français, ou plutôt dans la doctrine française, il est classique de distinguer les règles impératives venant borner la liberté contractuelle, selon qu'elles sont « *d'ordre public de direction* », c'est-à-dire protectrices de l'intérêt général ou, mieux, collectif⁹⁴⁶, ou « *d'ordre public de protection* », c'est-à-dire ayant en vue essentiellement des intérêts individuels ou catégoriels. La paternité de ces expressions est attribuée au Doyen CARBONNIER⁹⁴⁷, mais l'idée est ancienne⁹⁴⁸.

On en trouve notamment trace dans la théorie moderne des nullités, dont cette jurisprudence de la Cour de cassation constitue le « *décalque*⁹⁴⁹ » au plan de la détermination de l'office du juge. En effet, dans la théorie moderne, la nature de la nullité et, subséquentement, son régime, sont déterminés à raison d'un critère tiré de la nature de l'intérêt protégé par la règle méconnue. Cette règle est-elle protectrice d'un intérêt privé, la nullité est relative et ne peut être demandée que par la partie protégée. Cette règle est-elle protectrice de l'intérêt du corps social tout entier, la nullité est absolue et peut être demandée par tout intéressé.

⁹⁴⁴ Directive 87/102/CEE du Conseil, du 22 décembre 1986, relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, telle que modifiée par la directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil, du 16 février 1998. La directive 87/102 a depuis été abrogée et remplacée par la directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs.

⁹⁴⁵ Ce paradoxe a été relevé par Cécile PÉRÈS (*La règle supplétive*, *op. cit.*, n^{os} 214 et 224), qui a souligné que la valeur impérative de la règle applicable au fond, son caractère d'« *ordre public* », ne produisait pas toujours l'effet que la doctrine traditionnelle lui attribue au plan de l'office du juge en terme d'un renforcement des pouvoirs du juge (sur le moyen d'ordre public conçu comme étant le prolongement de l'impérativité de la règle, v. *supra* n^o 273, p. 203 *in fine* et 204), mais au contraire, par une inhibition de ceux-ci.

⁹⁴⁶ Sur la distinction entre intérêt général et intérêt collectif, v. *infra* n^{os} 380-381, 384 et 386-387.

⁹⁴⁷ V. Jean CARBONNIER, *Les obligations*, *op. cit.*, spéc. n^o 71, p. 147-148.

⁹⁴⁸ V. Gérard COUTURIER, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mél. Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95-115.

⁹⁴⁹ Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.*, n^o 225.

Le droit de la consommation étant (il l'était du moins jusqu'à une date récente) l'exemple classique de règles essentiellement protectrices d'un intérêt catégoriel⁹⁵⁰, la Cour de cassation en déduisait que sa méconnaissance ne pouvait être sanctionnée qu' « *à la demande de celui que ces règles ont pour objet de protéger*⁹⁵¹ ». Jurisprudence dont on rendait compte en disant qu'elle interdisait au juge du fond de relever un « *moyen d'ordre public de protection*⁹⁵². »

Sans doute cette interdiction pouvait-elle se revendiquer de considérations légitimes, tenant au souci de ne pas protéger un consommateur totalement passif au détriment du professionnel⁹⁵³, ou, à l'inverse, de ne pas protéger un consommateur malgré lui. Cependant, elle opérait de façon trop peu nuancée pour passer avec succès le test d'effectivité⁹⁵⁴.

S'agissant d'un mécanisme national axé sur la notion d' « *ordre public* », le contrôle de compatibilité mené par la Cour de justice aurait cependant pu et dû, d'un point de vue dogmatique, l'être, non sur le fondement du principe d'effectivité, mais sur le fondement du principe d'équivalence.

Il suffisait pour cela que la Cour de justice fournisse à la juridiction de renvoi les éléments lui permettant de disqualifier les dispositions de transposition de la directive comme règles d' « *ordre public de protection* » et d'établir, au contraire, leur qualité de règles d' « *ordre*

⁹⁵⁰ Sur l'évolution de cette conception, v. *supra* n° 193 et *infra* n° 371.

⁹⁵¹ V. Cass. com. 3 mai 1995, n° 93-12.256, Bull. civ. IV, n° 128, p. 115 ; Cass. 1^{re} civ., 15 février 2000, n° 98-12.713, Bull. civ. I, n° 49, p. 34 ; Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2002, n° 00-22.199, Bull. civ. I, n° 195, p. 149 ; Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004, n° 99-17.955, Bull. civ. I, n° 91, p. 73. V. déjà René JAPIOT, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle, op. cit.*, spéc. p. 396.

⁹⁵² En effet, nous l'avons dit, la distinction entre « *ordre public de direction* » et « *ordre public de protection* » est, dans cette formulation en tout cas, essentiellement doctrinale. Si les juges du fond y font volontiers référence, ainsi qu'en attestent les motifs de la décision de renvoi en l'espèce (exposés au pt. 26 des conclusions de l'avocat général MENGOZZI), tel n'est pas le cas de la Cour de cassation.

Cette dernière raisonne au contraire le plus souvent directement en termes d'intérêt protégé ou d'objectif poursuivi par la règle (sur ces « *méta-notions* » v. *infra* Part. II, Titre I, Chap. I), ceci aussi bien dans sa jurisprudence ayant trait à l'office du juge, que, plus généralement, à la détermination du régime de la nullité : v. par exemple Cass. 3^e civ., 8 octobre 2008, n° 07-14.396, Bull. civ. III, n° 148 : « *La nullité du contrat fondée sur une condition impossible est une nullité relative qui ne peut être invoquée que par celui dont la loi qui a été méconnue tendait à assurer la protection* » ; Cass. 3^e civ., 21 sept. 2011, n° 10-21.900, Bull. civ. III, n° 152 : l'action en nullité du contrat pour vileté du prix qui « *relèv[e] d'un intérêt privé e[st], s'agissant d'une nullité relative, soumis à la prescription quinquennale de l'art. 1304* ». Pour un arrêt où la Cour de cassation fait exceptionnellement sienne l'expression « *ordre public de direction* », v. Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2001, n° 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139, p. 91, à propos des art. L 341-2 et L 341-4 du code monétaire et financier, qui « *ne concernent pas seulement la protection des épargnants, mais aussi celle des autres établissements financiers* » et relèvent en conséquence « *de l'ordre public de direction* », dont la méconnaissance pouvait être sanctionnée dans le délai de prescription trentenaire de l'anc. art. 2262 c. civ.

⁹⁵³ Sur cette idée, v. Xavier LAGARDE, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 2001, I, 312, spéc. n° 15 : « *Avant de mettre [la protection due aux parties faibles] en oeuvre, au moins [la jurisprudence] veut-elle s'assurer que les parties protégées manifestent leur intérêt pour les règles qui les concernent.* »

⁹⁵⁴ On verra cependant que ces considérations légitimes trouvent un écho dans la jurisprudence de la Cour de justice, v. *infra* nos 300-302 et la n. 1070, à propos de prise en compte de l'extraordinaire passivité du consommateur dans le cadre du test d'effectivité ; *infra* n° 296 et la n. 1040, à propos de la possibilité reconnue au consommateur de renoncer à l'inefficacité de la norme privée.

public de direction » au sens du droit français, si bien que cette dernière se serait trouvée restaurée dans son pouvoir d'initiative.

La formulation de la question préjudicielle, qui l'interrogeait sur le point de savoir si la directive *crédit à la consommation* avait « *une finalité plus large que la seule protection des consommateurs s'étendant à l'organisation du marché et permettant au juge d'appliquer d'office les dispositions qui en découlent*⁹⁵⁵ », l'y incitait d'ailleurs.

La Cour amorce un début de réponse en ce sens puisqu'elle confirme que la directive poursuit un « *double objectif* », tenant, au-delà de la seule protection des consommateurs, à la création d'un marché commun du crédit à la consommation⁹⁵⁶, et laisse ainsi implicitement à la juridiction de renvoi le soin « *d'apprécier si, à la lumière des finalités précisées de la directive [...], les règles nationales qui la transposent [...], devraient être (comme cela [semblait] probable) qualifiées d'ordre public de direction' aux fins de leur applicabilité d'office en vertu du droit procédural national*⁹⁵⁷ ».

Cependant, peut-être rebutée par le caractère mal assuré des catégories françaises en cause, dont on a vu qu'elles étaient essentiellement doctrinales⁹⁵⁸, la Cour développe l'essentiel de sa réponse sur le fondement du principe d'effectivité en transposant purement et simplement dans ce cadre sa jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*⁹⁵⁹.

Là encore, les motifs de la décision de renvoi qui, en-deçà de la question formellement posée, faisaient expressément référence à cette jurisprudence, l'y autorisaient⁹⁶⁰.

Dans la lignée de ces arrêts, la Cour remarque ainsi que l'objectif de protection poursuivi par la directive « *ne pourrait être atteint de manière effective si le consommateur devait se trouver dans l'obligation d'invoquer lui-même le droit d'exercer un recours dont il bénéficie à l'encontre du prêteur [...], notamment en raison du risque non négligeable que le consommateur soit dans l'ignorance de ses droits ou rencontre des difficultés pour les exercer*⁹⁶¹ ».

⁹⁵⁵ Pt. 16.

⁹⁵⁶ Pt. 75.

⁹⁵⁷ Selon la formule de l'avocat général MENDOZZI, au point 89 des conclusions.

⁹⁵⁸ *Comp.* Ghislain POISSONIER et Jean-Philippe TRICOIT, qui, dans leur n. sous l'arrêt (*Gaz. Pal.*, 13 décembre 2007, n° 347, p. 11) parlent de « *débat théorique et finalement très français* ».

⁹⁵⁹ Ainsi d'ailleurs que le lui suggéraient son avocat général aux pts 90 et s. des conclusions.

⁹⁶⁰ V. le point 60 de l'arrêt. On trouvera mention de ces motifs, à nouveau, au point. 26 des conclusions de l'avocat général MENDOZZI.

⁹⁶¹ Pt. 62.

En conséquence, cette directive doit être interprétée en ce sens qu'elle « *permet* » au juge national d'appliquer d'office les dispositions de transposition correspondantes⁹⁶².

Valable dans le champ d'application du droit européen de la consommation, dont les instruments reposent sur une *ratio* identique⁹⁶³, la condamnation de la jurisprudence de la Cour de cassation a été étendue par le législateur français au bénéfice de l'ensemble des dispositions du code de la consommation par la loi n° 2008-3 du 3 janvier 2008, qui a inséré dans le code de la consommation un nouvel article L 141-4 selon lequel « [l]e juge peut soulever d'office toutes les dispositions du présent code dans les litiges nés de son application⁹⁶⁴. »

Entre-temps, cependant, le pouvoir du juge national de relever d'office un moyen de droit européen de la consommation s'est affirmé comme une obligation, dans le cadre de l'application de la directive *clauses abusives* tout du moins. C'est cette affirmation du caractère obligatoire du relevé d'office qu'il convient maintenant de nuancer.

284. Qualification du pouvoir du juge national. – Initialement, le pouvoir du juge national de relever un moyen de droit européen de la consommation s'affirmait toujours comme une simple faculté, ce qui, selon nous, s'explique par la fonction correctrice du principe d'effectivité : par hypothèse confronté à une *restriction* nationale, le juge *a quo* sollicite par sa question préjudicielle une *autorisation* en vertu du droit de l'Union.

Il est d'ailleurs significatif que la première affirmation, dans l'arrêt *Mostaza Claro* de 2006⁹⁶⁵, selon laquelle le juge national serait « *tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle* » ait eu lieu alors que la question du relevé d'office ne se posait pas en l'espèce, le consommateur, demandeur au principal, ayant précisément fondé sa prétention sur les dispositions de transposition de la directive. Il ne s'agissait, autrement dit, que d'un *obiter dictum*⁹⁶⁶.

Las, la solution a été réaffirmée dans l'arrêt *Pannon* de 2009⁹⁶⁷, et il est aujourd'hui bien acquis que « *le rôle qui est attribué par le droit de l'Union au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement*

⁹⁶² Pt. 69

⁹⁶³ A ce titre, v. le point 72 des conclusions de l'avocat général TRSTENJACK dans l'affaire *Eva Martin Martin* (CJUE, 17 décembre 2009, C-227/08), Rec. p. I-11939.

⁹⁶⁴ Sur le second aliéna de cette disposition, ajouté en 2014, v. *infra* n. 969.

⁹⁶⁵ CJCE (1^{re} ch.), 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05.

⁹⁶⁶ En ce sens v. Carole AUBERT DE VINCELLES, note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08, *RDC* 2009, p. 1467, n° 2.

⁹⁶⁷ CJCE (4^e ch.), 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08 : Rec. p. I-4713. Pour une analyse plus détaillée de ces deux arrêts, v. *infra* n^{os} 290-292.

abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet. »

L'affirmation doit cependant être nuancée. Il ne faut en effet pas s'y tromper : axée sur une appréciation casuistique, l'exigence d'une protection effective du consommateur n'impose, quel qu'apparence de généralité qu'aient revêtu les formules jurisprudentielles, aucune automaticité, tout juste des solutions statistiquement majoritaires. De fait, il est des circonstances où le test d'effectivité mené par la Cour se solde au bénéfice de l'application, non de la règle de l'Union, mais du droit procédural national interdisant au juge de relever cette dernière d'office⁹⁶⁸. Dans ces hypothèses, parler d'*obligatorité* du relevé d'office est évidemment exclu puisque le juge n'a pas même ce *pouvoir*. Le principe d'effectivité ne joue pas dans sa dimension *d'habilitation du juge national*, mais, au contraire, *de justification de la restriction procédurale nationale*.

Autrement dit, si l'exigence de protection effective du consommateur implique que le juge national ait toujours l'obligation d'exercer le pouvoir de relever d'office que le droit de l'Union lui reconnaît, cette protection n'implique pas, en amont, que ce pouvoir lui soit toujours reconnu⁹⁶⁹.

285. Transition. – Dans cette première acception, le principe d'effectivité se veut au premier chef protecteur d'un intérêt privé : le relevé d'office s'impose toutes les fois qu'il apparaît que les modalités nationales de réalisation du droit subjectif conféré à l'une au moins des parties par l'ordre juridique de l'Union n'ont pas permis, compte tenu des circonstances, de faire valoir ce droit.

Peut-on à l'inverse imaginer que le principe d'effectivité impose un relevé d'office qui ne serait protecteur que d'un intérêt public ?

2) *Au bénéfice éventuel d'un intérêt public*

286. Position du problème. – Dans l'hypothèse ici étudiée, qui vise, par construction, une relation de droit public, la règle européenne que le juge national se propose de relever d'office en dépit de son droit procédural national n'est pas génératrice de droits pour le justiciable,

⁹⁶⁸ V. *infra* nos 298-302.

⁹⁶⁹ Aussi l'adjonction, la loi n° 2014-344 du 17 mars 2004, d'un second alinéa à l'art. 141-4 c. cons. cité au texte, selon lequel le juge français devrait toujours écarter « *d'office, après avoir recueilli les observations des parties, l'application d'une clause dont le caractère abusif ressort des éléments du débat* » pêche par excès de zèle. En outre, il méconnaît la possibilité de renonciation offerte au consommateur (v. *infra* n° 296), sauf à considérer que celle-ci est implicitement visée dans l'obligation faite au juge de recueillir les « *observations des parties* »

mais lui impose au contraire une obligation, si bien que ce dernier n'avait pas intérêt à la voir appliquer, ni donc à l'invoquer.

Le principe d'effectivité peut-il alors fonder un relevé d'office qui, par hypothèse, jouerait au détriment du particulier et au bénéfice exclusif de l'intérêt de l'autorité publique européenne impliquée dans la situation juridique ?

287. *Heemskerk*.—La question d'une telle application « *publiciste* » du relevé d'office s'est posée, semble-t-il, pour la première fois à la Cour de justice dans l'affaire *Heemskerk*, jugée en grande chambre, le 25 novembre 2008⁹⁷⁰.

Il s'agissait en l'espèce d'un problème de recouvrement de restitutions à l'exportation indûment perçues, faute pour l'exportateur d'avoir respecté les normes européennes en matière de densité de chargement d'animaux vivants au cours du transport conditionnant le versement.

Les autorités néerlandaises compétentes avaient certes procédé au recouvrement mais seulement pour une part correspondant au nombre d'animaux excédentaires, alors que, selon l'interprétation au fond donnée en l'espèce par la Cour de justice, l'infraction au droit de l'Union aurait dû être considérée comme constituée pour l'ensemble des animaux transportés et affectés par la surcharge

Le juge national devait-il corriger d'office cette mauvaise application du droit de l'Union, alors même que cela aurait pour conséquence d'astreindre l'opérateur, qui avait pris ici l'initiative du recours, sur un autre fondement et évidemment dans le but de voir sa dette encore diminuée, à une obligation de remboursement, non plus seulement partiel, mais total ?

Le principe dit de l'interdiction de la *reformatio in pejus* consacré en droit administratif néerlandais, selon lequel l'exercice d'un recours ne peut aboutir à placer le requérant dans une position plus défavorable que s'il ne l'avait pas exercé, s'y opposait *a priori*.

Ainsi que l'avocat général BOT l'a souligné dans ses conclusions, l'acception privatiste du principe d'effectivité est, dans ce type d'hypothèse, non pertinente : il ne saurait être question de se demander si la disposition de droit national qui inhibe le pouvoir du juge « *rend impossible ou excessivement difficile l'exercice des droits conférés par l'ordre juridique*

⁹⁷⁰ CJCE, gde ch. 25 novembre 2008, *Heemskerk*, C-455/06. Sur cet arrêt, v. Safia CAZET, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe*, juillet 2009, étude 7 ; Yves HOUET, « L'application d'office du droit de l'Union par les juges nationaux », *JDE*, mars 2010, p. 69-76.

*communautaire*⁹⁷¹», ni, *a fortiori*, de savoir si « *les parties ont eu une véritable possibilité de soulever le moyen fondé sur le droit communautaire devant une juridiction nationale*⁹⁷² ».

En conséquence, il proposait à la Cour d'adopter une « *autre approche*⁹⁷³ », selon laquelle le principe d'effectivité serait protecteur, non plus d'intérêts privés, mais d'« *exigences d'intérêt général au plan communautaire* »⁹⁷⁴ ou pour le dire mieux : de l'intérêt public européen⁹⁷⁵.

Compte tenu de l'« *importance*⁹⁷⁶ » des intérêts en présence, tenant, selon lui, à la protection de santé et de la vie des animaux et à la sauvegarde des intérêts financiers de l'Union⁹⁷⁷, l'avocat général était d'avis que cette acception publiciste du principe d'effectivité devait conduire en l'espèce à écarter le principe néerlandais de la *reformatio in pejus*, pour permettre au juge *a quo* d'exercer d'office un contrôle de la légalité des actes attaqués⁹⁷⁸.

De prime abord, la réponse apportée par la Grande chambre à la question de la détermination de l'office du juge national a pu apparaître comme un désaveu des conclusions de son avocat général⁹⁷⁹.

En effet, celle-ci affirme sèchement que « *le droit communautaire ne saurait obliger le juge national à appliquer d'office une disposition communautaire lorsqu'une telle application aurait pour conséquence d'écarter le principe, inscrit dans son droit procédural national, de l'interdiction de la reformatio in pejus* » dans la mesure où « *une telle obligation heurterait non seulement les principes du respect des droits de la défense, de sécurité juridique et de protection de la confiance légitime, qui sous-tendent ladite interdiction, mais elle exposerait le particulier ayant introduit un recours contre un acte lui faisant grief au risque qu'un tel recours le place dans une position plus défavorable que celle dans laquelle il se trouverait s'il s'était abstenu d'exercer ce recours*⁹⁸⁰ ».

⁹⁷¹ Conclusions présentées le 6 mai 2008, Rec. p. I-8673, spéc. pt. 121.

⁹⁷² *Ibid.*, pt. 123.

⁹⁷³ *Ibid.*, pt. 127.

⁹⁷⁴ *Loc. cit.*

⁹⁷⁵ Sur la nécessité de réserver l'expression « *intérêt général* » pour désigner la synthèse des intérêts, privés ou publics en présence, v. *infra* n° 380 et s.

⁹⁷⁶ Conclusions préc., pt. 119.

⁹⁷⁷ Si l'intérêt financier de l'Union est indubitablement un intérêt « *public* », en ce qu'il est celui d'une autorité publique impliquée dans la situation, la protection du bien-être animal devrait être qualifiée, à strictement parler, d'intérêt individuel ou catégoriel, ce à quoi s'oppose, formellement, la conception encore largement anthropocentrée du droit.

⁹⁷⁸ Pt. 129.

⁹⁷⁹ V. Safia CAZET, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire... » *op. cit.*, spéc. n° 22 ; Yves HOUYET, « L'application d'office du droit de l'Union par les juges nationaux », *JDE* 2010, n° 22 et s.

⁹⁸⁰ Pts 46 et 47.

Il s'agit toutefois moins d'une contradiction dans le raisonnement lui-même que dans le résultat de celui-ci. Loin d'exclure une acception publiciste du principe d'effectivité, la solution adoptée procède au contraire de l'application de ce dernier.

En effet, quoique ce principe ne soit pas expressément visé et que la motivation soit, plus largement, elliptique, la référence faite aux principes de « *respect des droits de la défense* », de « *sécurité juridique* » et de « *protection de la confiance légitime* » sous-jacents à la restriction procédurale néerlandaise est caractéristique de l'opération de mise en balance qu'appelle la mise en œuvre du principe d'effectivité, pris dans sa fonction justificative⁹⁸¹, dont seul le conclusif, en faveur du maintien de la restriction, apparaît ici formellement.

288. Conclusions. – Les conclusions que l'on peut tirer de l'affaire *Heemskerk* sont modestes, mais non négligeables.

Qu'il existe, tout d'abord, une acception publiciste du principe d'effectivité s'opposant, non aux obstacles mis à la réalisation des droits des particuliers, mais, plus largement, à l'« *impossibilité* » pratique d'appliquer le droit de l'Union, nous paraît hors de doute. C'est d'ailleurs cette acception qui, en dehors de la problématique spécifique du relevé d'office, sous-tend le contentieux nourri de la récupération de la répétition des sommes versées en violation du droit de l'Union⁹⁸².

Qu'ensuite cette acception publiciste puisse s'appliquer à la problématique du relevé d'office, l'arrêt rendu en l'espèce par la Cour de justice, qui procède de la mise en œuvre du principe d'effectivité pris dans sa fonction de justification des restrictions procédurales nationales, en atteste.

Qu'enfin cette acception publiciste du principe d'effectivité puisse jouer au bénéfice exclusif d'un intérêt public européen, au détriment d'un intérêt privé n'apparaît ni exclu, ni, surtout, inéluctable, comme le montre l'arrêt.

⁹⁸¹ Sur cette fonction, v. *infra* n^{os} 298-302.

⁹⁸² V. par ex. CJCE, 21 sept. 1983, *Deutsche Milchkontor e. a.*, aff. jtes 205-215/82, spéc. pts 19 et 22 : « *Les litiges relatifs à la récupération de montants indûment versés en vertu du droit communautaire doivent, en l'absence de dispositions communautaires, être tranchés par les juridictions nationales, en application de leur droit national, sous réserve des limites qu'impose le droit communautaire en ce sens que les modalités prévues par le droit national ne peuvent aboutir à rendre pratiquement impossible la mise en œuvre de la réglementation communautaire [c'est le principe d'effectivité, formulé largement] et que l'application de la législation nationale doit se faire d'une façon non discriminatoire par rapport aux procédures visant à trancher des litiges du même type, mais purement nationaux [c'est le principe d'équivalence]. Et la Cour précise, s'agissant du principe d'effectivité : « l'application du droit national ne doit pas porter atteinte à la portée et à l'efficacité du droit communautaire. Tel serait notamment le cas si cette application rendait la récupération de sommes irrégulièrement octroyées pratiquement impossible. »* (nous soulignons). Sur ce contentieux v. Jürgen SCHWARZE, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, 2009, p. 1150 et s.

Ce dernier point mérite en particulier d'être souligné, au regard des conclusions de l'avocat général, qui suggéraient au contraire que la mise en cause de l'intérêt public de l'Union combinée à la circonstance qu'aucune des parties au litige au principal n'avait intérêt à invoquer l'application du droit européen, justifiait *ipso facto* le relevé d'office. En des circonstances telles qu'en l'espèce, insistait M. BOT, « *le juge national est le seul qui peut rétablir la légalité communautaire*⁹⁸³ ».

Plus largement, la solution adoptée en l'espèce invite à reconsidérer la position doctrinale, dominante en France, qui tend à voir dans toute décision de la Cour de justice admettant le jeu d'une restriction procédurale nationale au détriment de l'application du droit de l'Union une remise en cause du principe de primauté⁹⁸⁴.

Cette analyse de la problématique du relevé d'office procède en effet d'une erreur conceptuelle, qui consiste à convertir une question de pondération des intérêts privés et/ou publics en présence, et, *in fine*, de *relation entre l'individu et la puissance publique*, en problème de *relation entre les ordres juridiques, national et européen*.

Peut-être justifiée, à l'époque où la réalisation judiciaire du droit de l'Union dans les ordres juridiques nationaux méritait d'être assurée, une telle conception ignore la « *logique propre* » du droit procédural⁹⁸⁵, qu'il soit national, ou indirectement européenisé, par le biais de l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale.

Si la possibilité d'un relevé d'office qui jouerait exclusivement au bénéfice d'un intérêt public reste donc à démontrer, il est bien établi en revanche qu'en certaines hypothèses, la Cour de justice impose le relevé d'office en considération d'un intérêt public, convergeant avec l'intérêt privé d'une des parties au litige.

C'est ce que nous allons voir en étudiant la jurisprudence qui, tendanciellement, consacre l'existence d'un moyen d'ordre public autonome.

⁹⁸³ Ccl., pt. 128.

⁹⁸⁴ V. ainsi Safia CAZET, art. préc. spéc. n^{os} 24 et s. Pour une analyse de l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale en termes de primauté, v. Denys SIMON, « Étendue de la protection juridictionnelle », in *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 220, janvier 2005, n^{os} 220-5 et s. Pour une autre analyse, v. les conclusions précitées de l'avocat général JACOBS, dans l'affaire *van Schijndel* (spéc. pts 24 et s.) et Sacha PRECHAL, « Community Law in National Courts : The Lessons from van Schijndel », *op. cit.*, spéc. p. 683 et s.

⁹⁸⁵ V. les réf. citées *supra* n. 901.

Paragraphe II : L'élaboration jurisprudentielle d'un « moyen d'ordre public autonome »

289. Position du problème. Division. – Dans la jurisprudence dont il a été question jusqu'à présent, la Cour de justice fonde le pouvoir qu'elle reconnaît au juge national d'appliquer d'office une règle de droit de l'Union sur les instruments d'encadrement de l'autonomie procédurale nationale traditionnels que sont les principes d'équivalence et d'effectivité.

Dans certains arrêts ou plutôt, dans certains aspects de ces arrêts, la Cour fonde ce pouvoir sur un tout autre raisonnement, axé sur la nature « *publique* » de l'intérêt protégé par la règle européenne dont l'application pose question, ceci indépendamment d'une analyse préalable du droit procédural national en cause.

Renvoi, même encadré, à l'autonomie procédurale nationale et élaboration d'un régime, même embryonnaire, de droit de l'Union se présentant en principe comme des alternatives exclusives, il faudrait alors en conclure que, en vertu de cette jurisprudence, le moyen de l'Union se veut d'ordre public à titre autonome⁹⁸⁶.

On trouve ce raisonnement, sous des modalités différentes, dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon* et *Eva Martin Martin*. Dans ces arrêts, le raisonnement peut être qualifié de déviant, dans la mesure où il procède, manifestement, d'un copié-collé mal maîtrisé d'arrêts antérieurs⁹⁸⁷, bel et bien rendus, eux, en vertu d'une application orthodoxe des principes d'équivalence ou d'effectivité⁹⁸⁸. Dans l'arrêt *Mostaza Claro*, ces précédents sont utilisés de manière syncrétique (A), dans l'arrêt *Eva Martin Martin*, ils sont utilisés de manière tronquée (B).

A. La motivation syncrétique des arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon*

290. Une première déviance résulte des arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon*, qui se rattachent à l'important contentieux relatif au traitement procédural des dispositions issues de la directive *clauses abusives*⁹⁸⁹.

⁹⁸⁶ Et non plus au sens du droit national, comme c'est le cas dans le cadre d'un raisonnement fondé sur le principe d'équivalence : v. *supra* n° 278.

⁹⁸⁷ Dénonçant le recours « *abusif* » au précédent dans la jurisprudence la Cour de justice, v. Laurent COUTRON, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, p. 643, spéc. p. 672-673 ; v. aussi Brunessen BERTRAND, « Les blocs de jurisprudence », *préc.*, p. 744-745.

⁹⁸⁸ V. aussi la qualification de « *dispositions d'ordre public [devant] être appliquées d'office par les juridictions nationales* » reconnue par référence à l'arrêt *Eco Swiss* (préc.) aux anciens articles 81 et 82 CE (devenus articles 101 et 102 TFUE) dans l'arrêt *Manfredi* (CJCE, 13 juillet 2006, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, pt. 31), pour justifier, à titre surabondant, la recevabilité des questions préjudicielles posées en l'espèce. Sur cette motivation, v. Tim CORTHAUT, *op. cit.*, spéc. n°s 177-178.

⁹⁸⁹ *Préc.*

Dans ces arrêts, la Cour a en effet greffé au raisonnement classique fondé sur l'exigence de protection effective du consommateur, des motifs tirés de la « *nature publique* » et de l'« *importance* » de l'intérêt protégé par la directive, tout à fait étrangers à la logique exclusivement privatiste, on l'a vu, du principe d'effectivité appliqué à un litige horizontal⁹⁹⁰.

291. *Mostaza Claro*. – L'arrêt *Mostaza Claro*⁹⁹¹ est le premier à avoir utilisé un tel raisonnement.

Dans cette affaire, un consommateur sollicitait auprès du juge étatique espagnol l'annulation d'une sentence arbitrale, en raison du caractère abusif de la clause compromissoire.

Cependant, tout en ayant pris part à la procédure d'arbitrage, il n'avait pas soulevé le moyen devant l'arbitre.

Or, le droit espagnol alors en vigueur exigeait que l'opposition à l'arbitrage, notamment pour cause de nullité de la convention d'arbitrage, soit formée concomitamment à la présentation par les parties de leurs prétentions initiales respectives⁹⁹².

Ceci n'ayant pas été fait, le juge *a quo* en déduisait l'impossibilité de prononcer l'annulation de la sentence pour ce motif, pourtant en théorie disponible⁹⁹³.

C'est donc une déchéance procédurale du type du *Präklusionseinwand*⁹⁹⁴, ou encore de l'estoppel consacré en droit de l'arbitrage français⁹⁹⁵, qui faisait ici obstacle à l'application des dispositions issues de la directive.

L'appréciation de la Cour de justice sur la compatibilité de cette restriction au droit de l'Union se scinde en deux parties sensiblement, quoique non formellement, distinctes.

Dans un premier temps, la Cour parvient à établir la nécessité d'écarter la restriction en cause au terme d'une mise en oeuvre classique de la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*⁹⁹⁶.

Selon la Cour, l'objectif de protection poursuivi par la directive « *ne pourrait pas être atteint si la juridiction saisie d'un recours en annulation d'une sentence arbitrale était empêchée*

⁹⁹⁰ V. *supra*, spéc. n° 281.

⁹⁹¹ CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 : *Rev. arb.*, 2007, p. 109-121, note Laurence Idot ; *JDI* 2007, comm. 13, note Alexis MOURRE.

⁹⁹² V. l'art. 23 § 1 de loi espagnole 36/1988 relative à l'arbitrage, cité au pt. 14 de l'arrêt.

⁹⁹³ V. l'art. 45-1° de la loi relative à l'arbitrage, cité au pt. 15 de l'arrêt, qui prévoit que la sentence peut être annulée, notamment, « *lorsque la convention d'arbitrage est nulle* ».

⁹⁹⁴ V. *supra* n°s 163 et 167-171. Sur les considérations de politique juridique sous-jacentes à ce type de dispositions, fréquentes en droit comparé, v. la note de Peter SCHLOSSER, « Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs mangels gültiger Schiedsvereinbarung », *IPRax* 2008, p. 497.

⁹⁹⁵ Art. 1464 al. 3 c. proc. civ.

⁹⁹⁶ Exposée *supra* n° 282.

*d'apprécier la nullité de cette sentence, au seul motif que le consommateur n'a pas invoqué la nullité de la convention d'arbitrage dans le cadre de la procédure arbitrale*⁹⁹⁷ ».

En effet, l'omission du consommateur, possiblement due à l'ignorance de ses droits ou la difficulté dans laquelle il s'est trouvé de les exercer⁹⁹⁸, « *ne pourrait alors, en aucun cas, être compensée par l'action de sujets qui sont des tiers par rapport au contrat*⁹⁹⁹ ».

Autrement dit, le principe d'effectivité imposait, au regard de la *ratio* particulière de la directive, et dans les circonstances de l'espèce, de lever la déchéance frappant le consommateur.

Le caractère abusif de la clause étant, selon le juge *a quo*, avéré¹⁰⁰⁰, la levée de cet obstacle entraînait, subséquemment, l'obligation pour le juge de prononcer l'annulation de la sentence. Le raisonnement aurait pu s'arrêter là¹⁰⁰¹.

Néanmoins, dans un second temps, la Cour s'attache à répondre à un argument soulevé par le défendeur au principal et le gouvernement allemand ayant présenté des observations, selon lequel une telle solution porterait « *une atteinte grave à l'efficacité des sentences arbitrales*¹⁰⁰². »

Cette référence à l'efficacité de la procédure arbitrale a manifestement incité la Cour à poursuivre son raisonnement par une citation de son arrêt *Eco Swiss*¹⁰⁰³.

Fondé sur le principe d'équivalence, ce dernier arrêt a affirmé, on l'a vu, l'obligation pour les juridictions nationales de sanctionner, dans le cadre de leurs mécanismes d'ordre public du droit de l'arbitrage, la méconnaissance par l'arbitre des règles du droit européen de la concurrence, en tant que ces dernières constituent des dispositions « *fondamentale[s] indispensable[s] pour l'accomplissement des missions confiées à la Communauté* »¹⁰⁰⁴.

Relevant que la protection des consommateurs constitue, elle aussi, et « *conformément à l'article 3, paragraphe 1, sous t), CE, une mesure indispensable à l'accomplissement des*

⁹⁹⁷ Pt. 30.

⁹⁹⁸ Pt. 28.

⁹⁹⁹ Pt. 31. On remarquera que, *a contrario*, l'argument disqualifie l'arbitre comme tiers impartial susceptible de restaurer une égalité effective entre les parties.

¹⁰⁰⁰ V. le pt. 19 de l'arrêt.

¹⁰⁰¹ En ce sens, v. d'ailleurs le pt. 40 de l'arrêt *van der Weerd*, préc., qui confirme que, comme dans les arrêts *Océano Grupo* et *Cofidis* la solution consacrée dans l'affaire *Mostaza Claro* « *se justifie par la nécessité d'assurer au consommateur la protection effective visée par la directive* ».

¹⁰⁰² Pt. 33.

¹⁰⁰³ Pts 34 et 35.

¹⁰⁰⁴ Sur cette jurisprudence, v. *supra* n° 45 et, surtout, n° 269.

missions confiées à la Communauté, en particulier, au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'ensemble de cette dernière », la Cour admet ainsi, quoiqu'implicitement¹⁰⁰⁵, que la même sanction s'impose « *par analogie* » à l'encontre d'une méconnaissance des dispositions de la directive *clauses abusives*¹⁰⁰⁶.

Poursuivant, elle ajoute que « *la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient, en outre, que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle*¹⁰⁰⁷ ».

Tant l'une que l'autre de ces deux affirmations sont cependant hors-sujet, au regard du problème posé.

En effet, la possibilité d'annuler la sentence sur le fondement du caractère abusif de la clause compromissaire, n'était pas, en l'espèce, discutée dans son principe, mais dans ses modalités¹⁰⁰⁸, si bien que l'affirmation implicite de la praticabilité à cette fin du mécanisme d'ordre public du droit espagnol de l'arbitrage ne répond en rien à la question de savoir s'il était permis, en aval, d'opposer au consommateur son comportement dans le cadre de la procédure arbitrale¹⁰⁰⁹.

Quant à l'affirmation selon laquelle le juge national serait tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, elle n'est rien d'autre qu'un *obiter dictum*¹⁰¹⁰, puisque, le consommateur ayant précisément fondé sa demande en annulation sur le caractère abusif de la clause compromissaire¹⁰¹¹, la question d'une intervention supplétive du juge ne se posait aucunement en l'espèce.

Le vice de méthode est patent : dans l'arrêt *Mostaza Claro* l'introduction de considérations que l'on peut dire « *publicistes* », par opposition à la logique exclusivement privatiste du

¹⁰⁰⁵ V. la locution « *en outre* » contenue au considérant suivant de l'arrêt (pt. 38), qui suggère qu'une portée normative doit être reconnue à ce qui précède.

¹⁰⁰⁶ Pt. 37.

¹⁰⁰⁷ Pt. 38.

¹⁰⁰⁸ De telle sorte qu'est totalement dénuée de pertinence l'évocation par la Cour au pt. 35 de l'arrêt de la réduction, en droit comparé, du contrôle étatique à un nombre limité et exhaustif de fondements.

¹⁰⁰⁹ Du reste, le motif d'annulation de la sentence pertinent n'était pas, *a priori*, l'exception générale de contrariété à l'ordre public du for, prévu à l'art. 45-1° de la loi relative à l'arbitrage, mais le motif spécifique tiré de la nullité de la convention d'arbitrage, prévu au 5° de cette disposition... Sauf à comprendre que, dans le raisonnement de la Cour, le moyen tiré de la contrariété à l'ordre public du for serait, à la différence du moyen tiré de la nullité de la clause compromissaire, exclusif de toute préclusion et/ou renonciation ce qui rendrait en effet l'affirmation apte à résoudre le problème, par application du principe d'équivalence. Cependant, rien dans l'arrêt, en particulier rien de ce que l'arrêt nous dit du droit espagnol, ne permet d'affirmer avec certitude que c'est bien là le sens donné à cette affirmation.

¹⁰¹⁰ V. *supra* n° 284.

¹⁰¹¹ V. le pt. 18 de l'arrêt.

principe d'effectivité dans les litiges horizontaux¹⁰¹², dans le cadre de la détermination de l'office du juge de la consommation résulte d'un copier-coller de l'arrêt *Eco Swiss*, alors que, d'une part, cet arrêt, qui concerne les motifs de contrôle des sentences arbitrales, n'était pas pertinent pour répondre à la question posée en l'espèce et que, d'autre part, la Cour utilise cet argument publiciste en le dénaturant, puisqu'il n'avait initialement de sens qu'au regard d'un concept national d'ordre public, et dans le cadre de l'application du principe d'équivalence, ce qui ne peut être le cas en l'espèce, puisque, précisément, la question de l'identification d'un éventuel « *moyen d'ordre public* » ne se posait pas.

Au-delà de la confusion, on comprend cependant l'intention : il s'agit de renforcer une solution (la mise à l'écart de la restriction nationale en cause) contestée¹⁰¹³, qu'une application strictement privatiste du principe d'effectivité aurait à elle seule permis d'atteindre, par des arguments, par contraste, « *publicistes* », et, à ce titre, pensés comme persuasifs¹⁰¹⁴.

La fonction de la référence à l'intérêt public est donc essentiellement rhétorique.

Nonobstant cette genèse obscure, une nouvelle ligne d'argumentation était née, prête à être dupliquée, selon la méthode du copier-coller qu'affectionne la Cour.

292. *Pannon*. – C'est ce qui s'est passé dans l'arrêt *Pannon*¹⁰¹⁵. Dans cette affaire, le professionnel avait obtenu une injonction de payer du juge du lieu de son siège social, conformément à la clause attributive de juridiction stipulée au contrat.

Le consommateur débiteur avait formé opposition.

S'interrogeant alors sur le caractère abusif de cette clause, qui n'avait pas fait l'objet d'une négociation et attribuait compétence à un tribunal éloigné du domicile du consommateur, la juridiction de renvoi se trouvait cependant empêchée de relever d'office ce moyen, dans la mesure, où, en vertu du droit processuel hongrois, la question de la compétence territoriale ne pouvait plus être discutée après le premier dépôt par la partie défenderesse d'un mémoire en défense portant sur le fond du litige.

¹⁰¹² V. le pt. 41 de l'arrêt *van der Weerd* cité *supra* n° 281, selon lequel, l'appréciation du point de savoir si les parties ont une « véritable possibilité » de faire valoir le moyen de droit de l'Union s'apprécie « indépendamment de l'importance de la disposition en cause pour l'ordre juridique [de l'Union] ».

¹⁰¹³ Outre les arguments présentés en l'espèce, v. la note précitée d'Alexis MOURRE, selon lequel la solution encouragerait les déloyautés procédurales (*op. cit.*, p. 588-589).

¹⁰¹⁴ On retrouve, d'une certaine manière, la fascination qu'exerce l'expression « *ordre public* » sur les esprits, v. n° 3.

¹⁰¹⁵ CJCE, 4 juin 2009, *Pannon GSM Zrt. C. Erzsébet Sustikné Györfi*, aff. C-243/08 : *Rec.* p. I-4713 ; *RDC* 2009, p. 1467, note Carole Aubert de Vincelles ; *RDC* 2010, p. 59, note Olivier Deshayes ; *CMLR*, 2010, p. 879-898, note Jules Stuyck.

Dans ce contexte, qui, cette fois, posait concrètement la question du rôle du juge dans l'application du droit au litige, la Cour de justice réaffirme l'obligation de ce dernier de relever d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle, avec la justification publiciste dont elle avait été assortie dans l'arrêt *Mostaza Claro* : « *la nature et l'importance de l'intérêt public sur lequel repose la protection que la directive assure aux consommateurs justifient que le juge national soit tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel*¹⁰¹⁶ ».

Il est toutefois permis de penser qu'une application strictement privatiste du principe d'effectivité aurait tout aussi bien pu soutenir la solution, dans la mesure où, dès lors que les circonstances justifient que l'exigence de protection effective du consommateur implique que soit reconnu au juge national le pouvoir de relever d'office le moyen que le consommateur omet d'invoquer¹⁰¹⁷, on voit mal comment ce dernier pourrait discrétionnairement choisir de l'exercer ou non¹⁰¹⁸.

Sous couvert d'« *effet utile* », le considérant suivant s'inscrit d'ailleurs dans une ligne d'argumentation plus orthodoxe : « [l]e juge saisi est donc appelé à assurer l'effet utile de la protection voulue par les dispositions de la directive. Par conséquent, le rôle qui est ainsi attribué par le droit communautaire au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet, y compris lorsqu'il s'interroge sur sa propre compétence territoriale¹⁰¹⁹. »

Les arrêts ultérieurs qui réaffirment le caractère lié du relevé d'office reproduisent d'ailleurs ce considérant de l'arrêt *Pannon*, sans plus faire référence aux considérations publicistes « *déviantes* » de l'arrêt *Mostaza Claro*¹⁰²⁰.

¹⁰¹⁶ Pt. 31.

¹⁰¹⁷ Et rappelons, au risque d'y insister, que ça n'est pas toujours le cas : v. *infra* n^{os} 300-302.

¹⁰¹⁸ En ce sens v. le point 90 des conclusions de l'avocat général TRSTENJAK dans l'affaire *Eva Martin Martin* (*op. cit.*), qui, à propos de l'office du juge national dans l'application des dispositions issues de la directive *démarchage à domicile*, remarque : « *Il en va selon nous dans la présente affaire également d'une obligation du juge national d'agir d'office dans la mesure où c'est la seule manière d'assurer la protection effective des consommateurs que cherche à atteindre la directive 85/577. Si cette appréciation était réservée à la discrétion des juridictions nationales, il ne serait pas clair sur la base de quels critères [sic] une juridiction agirait d'office dans certains cas et pas dans d'autres* » (manifestement, la traduction du slovène au français ne s'est pas faite sans dommage).

¹⁰¹⁹ Pt. 32.

¹⁰²⁰ En revanche, d'autres arrêts ont, depuis lors, repris cette argumentation, singulièrement pour affirmer la conductibilité des dispositions issues de la directive *clauses abusives* au regard de mécanismes nationaux d'ordre public, ce qui pour le

On peut à citer ce titre l'arrêt *Banco Español de Crédito*, qui présente cette obligatorité comme le produit direct de la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*, dans des termes qu'il convient de reproduire intégralement¹⁰²¹ :

41 Afin d'assurer la protection recherchée par la directive 93/13, la Cour a déjà souligné à plusieurs reprises que la situation d'inégalité existant entre le consommateur et le professionnel ne peut être compensée que par une intervention positive, extérieure aux seules parties au contrat (voir arrêts précités *Océano Grupo Editorial et Salvat Editores*, point 27; *Mostaza Claro*, point 26; *Asturcom Telecomunicaciones*, point 31, ainsi que *VB Pénzügyi Lízing*, point 48).

42 C'est à la lumière de ces principes que la Cour a ainsi jugé que le juge national est tenu d'apprécier d'office le caractère abusif d'une clause contractuelle relevant du champ d'application de la directive 93/13 et, ce faisant, de suppléer au déséquilibre qui existe entre le consommateur et le professionnel (voir, en ce sens, arrêts *Mostaza Claro*, précité, point 38; du 4 juin 2009, *Pannon GSM*, C-243/08, Rec. p. I-4713, point 31; *Asturcom Telecomunicaciones*, précité, point 32, ainsi que *VB Pénzügyi Lízing*, précité, point 49).

43 Par conséquent, le rôle qui est attribué par le droit de l'Union au juge national dans le domaine considéré ne se limite pas à la simple faculté de se prononcer sur la nature éventuellement abusive d'une clause contractuelle, mais comporte également l'obligation d'examiner d'office cette question, dès qu'il dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet (voir arrêt *Pannon GSM*, précité, point 32).

Au regard de la normalisation ainsi opérée, la dimension rhétorique de la référence à l'« intérêt public » dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon* apparaît clairement : il s'agissait pour la Cour de justice de convaincre du bien-fondé et d'acclimater la précision introduite quant à la nature du pouvoir du juge national.

Si dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon*, la référence à l'intérêt public européen a une fonction rhétorique, dans l'arrêt *Eva Martin Martin*, elle ne s'explique que par un pur raccourci dans le raisonnement.

B. La motivation tronquée de l'arrêt *Eva Martin Martin*

293. L'affaire *Eva Martin Martin*¹⁰²² concernait l'application, non plus de la directive *clauses abusives*, mais de la directive *démarchage à domicile*, plus exactement celle de son article 4, qui fait obligation au professionnel d'informer le consommateur de son droit de résiliation¹⁰²³.

En l'espèce, le consommateur, à qui il avait été enjoint de payer les sommes dues en vertu du contrat, avait certes formé opposition contre l'injonction, puis, ayant été condamné, interjeté appel contre cette décision, mais sans se prévaloir à aucun moment de la nullité du contrat.

coup est irréprochable d'un point de vue méthodologique : v. les arrêts *Asturcom*, préc. et *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, préc. Pour un autre exemple d'utilisation à titre essentiellement rhétorique v. *Banco Español de Crédito*, préc., pts. 67 et s., s'agissant d'interdire au juge national de réviser le contenu d'une clause abusive.

¹⁰²¹ CJUE (1^{re} ch.), 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 : *Europe* 2012, comm. 347 par Marie Meister.

¹⁰²² CJUE 1^{re} ch., 17 décembre 2009, *Eva Martin Martin*, C-227/08 : *Europe* 2010, comm. 88, obs. Laurence Idot ; *RDC* 2010, p. 652, note Carole Aubert de Vincelles.

¹⁰²³ Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux. Cette directive a été abrogée et remplacée par la directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs.

Dans ce contexte, c'est le principe dispositif, tel que consacré par le droit espagnol¹⁰²⁴, qui interdisait au juge de relever lui-même le moyen tiré de l'application de la directive.

Plutôt que de transposer dans ce cadre la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*, développée en application de la directive *clauses abusives*, ce qui eût pourtant été concevable, les deux directives reposant sur un identique postulat de déséquilibre structurel entre les parties contractantes¹⁰²⁵, la Cour de justice choisit une ligne d'argumentation différente, axée sur une référence à l'arrêt *Van Schijndel*¹⁰²⁶, qui concernait une restriction procédurale nationale – hollandaise – similaire.

Ainsi, la Cour reprend l'affirmation de l'arrêt *Van Schijndel* selon laquelle l'interdiction faite au juge de « *sortir des limites du litige tel qu'il a été circonscrit par les parties, en se fondant sur d'autres faits et circonstances que ceux sur lesquels la partie qui a intérêt à l'application desdites dispositions a fondé sa demande (...) se justifie par le principe selon lequel l'initiative d'un procès appartient aux parties et que, en conséquence, le juge ne saurait agir d'office que dans les cas exceptionnels où l'intérêt public l'exige*¹⁰²⁷. » Partant, la Cour s'est attachée à démontrer que l'art. 4 de la directive constituait une disposition d'« *intérêt public* » au sens de cette jurisprudence¹⁰²⁸. La réponse étant affirmative¹⁰²⁹, il en résultait, selon elle, que le juge national pouvait relever d'office la violation de cette disposition¹⁰³⁰.

Or, là encore, l'utilisation de ce précédent est critiquable, dans la mesure où ce *dictum Van Schijndel* est repris, d'une part, tronqué et, d'autre part, dans une toute autre perspective que celle dans laquelle il avait été élaboré initialement. En effet, dans l'arrêt *Van Schijndel*, la référence à l'« *intérêt public* » se rattachait à une analyse de droit comparé¹⁰³¹, destinée à établir la légitimité et le caractère prépondérant des intérêts protégés par le principe dispositif,

¹⁰²⁴ La juridiction de renvoi indiquait ainsi que, « *en droit espagnol, les procès civils sont généralement régis par le principe dit du «dispositif» («de justicia rogada»), en vertu duquel le juge ne peut apprécier d'office les faits, les preuves et les prétentions que les parties n'ont pas soulevés* » (v. le pt. 16 de l'arrêt).

¹⁰²⁵ C'est ce que proposait l'avocat général TRSTENJAK dans ses conclusions présentées le 7 mai 2009.

¹⁰²⁶ CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel* C-430/93 et C-431/93 : *Europe* 1996, comm. 56, obs Anne Rigaux et Denys Simon. V. aussi : Guy CANIVET et Jean-Guy HUGLO, « L'obligation pour le juge national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel et Peterbroeck* », *Europe*, 1996, chron. 4 ; Sacha PRECHAL, « Community law in national courts : the lessons from van Schijndel », *op. cit.*

¹⁰²⁷ V. les pts 18 et 19 de l'arrêt.

¹⁰²⁸ Pts. 21-28.

¹⁰²⁹ Remarquons cependant que, dans l'esprit de la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*, ce sont des considérations tirées de l'exigence de l'effectivité de la protection du consommateur (pt. 27), le droit de résiliation conféré par la directive visant à compenser l'asymétrie consubstantielle de la relation contractuelle nouée à l'occasion d'un démarchage (pts 21-23) qui justifient, selon la Cour, de qualifier l'obligation d'information posée à l'art. 4 de disposition d'« *intérêt public* ».

¹⁰³⁰ V. le pt. 29 de l'arrêt.

¹⁰³¹ A ce titre, l'arrêt *Van Schijndel* est cité comme exemple dans l'article de M. LENAERTS consacré au recours au droit comparé par la Cour : « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 487 et s., spéc. n^{os} 95 et s.

dans le cadre de la mise en œuvre du principe d'effectivité, pris dans sa dimension justificative¹⁰³². À ce titre, la Cour de justice poursuivait ainsi son exposé du principe dispositif : « *Ce principe met en œuvre des conceptions partagées par la plupart des États membres quant aux relations entre l'État et l'individu, protège les droits de la défense et assure le bon déroulement de la procédure, notamment, en la préservant des retards inhérents à l'appréciation des moyens nouveaux.* » Dans cette affaire, elle se prononçait en faveur du maintien de la restriction procédurale nationale, au détriment de l'application du droit de l'Union.

Très différemment, dans l'arrêt *Eva Martin* la notion d'intérêt public sert de fondement autonome au pouvoir reconnu au juge national de relever d'office le moyen de droit de l'Union.

Appréhendés de manière diachronique, ces arrêts suggèrent ainsi que, dans l'arrêt *Eva Martin*, la Cour ne fait rien de moins que de créer un *mécanisme d'ordre public autonome*, inspiré de « *traditions procédurales nationales communes* » précédemment exposées dans l'arrêt *Van Schijndel*, de la même manière que certains principes généraux du droit de l'Union le sont des « *traditions constitutionnelles communes.* » A la limite, on pourrait analyser l'arrêt *Eva Martin* comme procédant d'une mise en œuvre du principe d'équivalence, non pas au regard d'un mécanisme d'ordre public de l'ordre juridique étatique en cause, mais au regard d'un mécanisme d'ordre public construit, dans l'ordre de la science du droit, sur la base d'une analyse de droit comparé.

294. Conclusion du Paragraphe. – Aussi bien dans les arrêts *Mostaza Claro* et *Pannon* que dans l'arrêt *Eva Martin*, la notion d'« *intérêt public* » est utilisée afin de déterminer l'office du juge national dans l'application du droit de l'Union, sans pouvoir être rattachée à une analyse de la praticabilité d'un mécanisme national d'ordre public au regard du principe d'équivalence, ni à l'application du principe d'effectivité, qui, dans de tels litiges horizontaux, ne requiert d'avoir égard qu'aux intérêts privés du bénéficiaire de la règle, « *indépendamment* », rappelait encore récemment la Cour, « *de l'importance de [cette dernière] pour l'ordre juridique communautaire*¹⁰³³ ».

La portée de ces arrêts doit cependant être relativisée. Outre qu'il existe, sinon un radical empêchement, du moins de sérieuses limitations constitutionnelles à la consécration

¹⁰³² Sur la fonction justificative du principe d'effectivité, v. *infra* n^{os} 298-302.

¹⁰³³ *V. van der Weerd*, préc.

jurisprudentielle d'un moyen d'ordre public autonome¹⁰³⁴, ces arrêts, d'une part, demeurent isolés par rapport aux autres décisions, mêmes postérieures, relatives à l'application d'office du droit européen par le juge national, qui se rattachent, plus classiquement, à l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale et, d'autre part, semblent avant tout procéder d'une dégénérescence du raisonnement, liée à un usage abusif du copier-coller dans la motivation des arrêts de la Cour¹⁰³⁵.

Dans cette section, nous avons exposé les différents raisonnements que la Cour mobilise afin d'asseoir le pouvoir du juge national de relever d'office un moyen de droit de l'Union et, en général, lui en imposer en outre l'obligation. La Cour n'exige cependant pas l'application coûte que coûte du droit de l'Union. Sa jurisprudence admet au contraire des limites à l'exercice par le juge national de son office européen.

Section II : La limitation de l'office du juge national

295. Soit indirectement, par le biais de l'encadrement de l'autonomie procédurale nationale, soit directement, de manière autonome, le droit de l'Union habilite le juge national à relever d'office une règle européenne, éventuellement au-delà de ce que permettrait le seul droit national. Cependant, le nombre et l'effet cumulé de ces différents raisonnements ne doivent pas tromper : la Cour de justice admet l'existence de limitations au pouvoir du juge national d'appliquer d'office le droit de l'Union¹⁰³⁶.

¹⁰³⁴ En ce sens, v. les pts 29 et 30 des ccl. de l'avocat général JACOBS dans l'affaire *Van Schjndel* : « *Le système institué par les traités repose toutefois sur la prémisse que les voies de droit nationales mises en œuvre par l'intermédiaire des juridictions nationales conformément aux règles de procédure nationales peuvent normalement répondre au besoin d'efficacité et de protection juridictionnelle adéquate (...). La prémisse sous-jacente est que les États fondés sur la règle de droit organisent leurs systèmes juridiques nationaux de manière à assurer une application correcte du droit et une protection juridique adéquate aux sujets de ces systèmes. Par conséquent, la Cour ne devra qu'exceptionnellement intervenir pour faire en sorte que le droit communautaire soit appliqué* ». Il faut cependant noter que la doctrine se montre, à rebours de cet esprit « décentralisateur », en général favorable à un court-circuitage plus systématique de l'autonomie procédurale, tantôt au nom du principe de primauté, tantôt pour de pragmatiques raisons d'économie de moyens : v. par exemple Laurent COUTRON, « La revanche de Kühne ? À propos de l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06), *RTD eur.* 2009, p. 69. Dans les conclusions des avocats généraux v. : Christine STIX-HACKL, conclusions présentées dans l'affaire *Leffler* (CJCE, gde ch., 8 nov. 2005, C-443/03), Rec. p. I-9611, spéc. pt. 64 ; Dámaso RUIZ-JARABO COLOMER, conclusions présentées le 16 mars 2006 dans l'affaire *i-21 Germany* (CJCE, gde ch., 19 septembre 2006, aff. jtes C-392/04 et C-422/04), Rec. p. I-8559, spéc. pt. 67 et 115 et s.

¹⁰³⁵ Usage dénoncé par la doctrine, v. *supra* n. 987.

¹⁰³⁶ Limitation quant au domaine, tout d'abord. En effet, il peut paraître déraisonnable de reprocher au juge national de n'avoir pas relevé un moyen assis sur des faits qu'il a pu légitimement ignorer. Aussi bien, la Cour de justice ne semblait imposer d'obligation au juge national que dès lors que celui-ci « dispose des éléments de droit et de fait nécessaires à cet effet » (*Pannon*, préc., pt. 32 ; *Asturcom*, préc., pt. 59).

La jurisprudence ultérieure a cependant pu faire douter de l'existence d'une telle limitation. En effet, selon l'arrêt *VB Pénzügyi Lízing*, le juge national « doit prendre d'office des mesures d'instruction afin d'établir [le caractère abusif de la]

On peut à cet égard distinguer entre une limitation d'ordre substantiel, en tant qu'elle se fonde sur la circonstance que la réalisation de l'intérêt protégé par la règle qu'il s'agit d'appliquer est d'ores et déjà acquise (Par. I), et des limitations d'ordre procédural, en tant qu'elles se fondent sur la prévalence reconnue aux intérêts protégés par le droit processuel, lorsque celui-ci se veut être plus que le serviteur transparent de l'application de la règle de droit (Par. II).

Paragraphe I : La limite substantielle

296. Renonciation. – Ce que nous appelons ici limitation substantielle s'oppose en réalité, non pas au relevé d'office lui-même, assimilé à la mise en cause de la règle, mais à l'application subséquente de cette dernière.

En effet, la Cour de justice admet que le titulaire de la prérogative conférée par la règle de droit de l'Union dont l'application pose question y renonce, dès lors du moins que cette renonciation n'empêche pas la réalisation de l'objectif poursuivi par la règle¹⁰³⁷.

Elle l'a admis dans le cadre du contentieux relatif à l'application du droit européen de la consommation¹⁰³⁸ : sous condition d'avoir avisé le consommateur de ses droits¹⁰³⁹, le juge doit tenir compte de la volonté de ce dernier de ne pas se prévaloir de l'inefficacité d'une clause abusive ou du contrat à distance conclu sans indication de son droit de résiliation¹⁰⁴⁰.

clause attributive de compétence juridictionnelle territoriale [en vertu de laquelle il se trouve] *saisi* », quand bien même le droit procédural national seul considéré ne lui permettrait de recourir à de telles mesures que sur demande d'une partie (CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, C-137/08, spéc. pt. 56 : *Europe* 2011, comm. 28, obs. Marie Meister ; *RDC* 2011, p. 425, note Carole Aubert de Vincelles). On notera toutefois que l'affirmation a une portée restreinte aux clauses attributives de juridiction, à propos desquelles le seul constat, à la lecture du dossier, que le domicile du consommateur défendeur ne se trouve pas dans le ressort territorial de la juridiction saisie fera à tout le moins soupçonner, compte tenu de la jurisprudence de la Cour en la matière, le caractère abusif de la clause (*comp.* le pt. 112 des conclusions de l'avocat général TRSTENJAK dans cette affaire).

¹⁰³⁷ La formule paraît propre à épuiser la question de la licéité de la renonciation (sur laquelle v. notamment v. Dimitri HOUTCIEFF, V^o « Renonciation », *Rép. civ.*, mars 2012), laquelle n'est jamais qu'une application particulière de la problématique plus générale de la licéité d'un acte juridique. Elle implique de distinguer selon la nature de l'intérêt protégé au premier chef par la règle de droit et/ou de l'objectif poursuivi (sur l'articulation de ces notions, v. *infra* n^{os} 352-387)

A s'en tenir au droit privé :

- cette règle peut être simplement protectrice d'un intérêt privé/d'un « *objectif normatif* ». En ce cas, la pleine conscience de ses droits par la personne protégée suffit à cette réalisation.

- la règle peut encore être protectrice d'un intérêt public/ d'un « *objectif sociétal* ». S'agissant d'une règle de droit privé, la réalisation de cet intérêt public affecte cependant nécessairement celle d'intérêts privés. En cas de convergence entre ces intérêts, comme dans l'exemple du droit de la consommation européen développé au texte, et plus largement des règles à objectif médiat (sur cette notion, v. *infra* n^o 371) la réalisation de l'intérêt privé du renonçant emporte *ipso facto* celle de l'intérêt public, quoique selon un autre moyen que celui prévu par la règle. En cas de divergence entre ce que le candidat à la renonciation estime être son intérêt et l'intérêt public, la renonciation est interdite (v. par exemple, à propos des actions relatives à la filiation, l'article 323 c. civ.).

¹⁰³⁸ V., respectivement *Pannon*, préc., pt. 33 et *Eva Martin Martin*, préc., pt. 35.

¹⁰³⁹ V. *Pannon*, *loc. cit.*, qui insiste sur cette condition.

¹⁰⁴⁰ Cette position constitue une concrétisation plus adéquate de l'idée, également sous-jacente à l'ancienne jurisprudence de la Cour de cassation excluant purement et simplement le relevé d'office du moyen d'ordre public de protection (sur cette jurisprudence, v. *supra* n^o 283), selon laquelle il convient de ne pas protéger un consommateur malgré lui.

Cette condition remplie, on peut en effet considérer que l'information donnée par le juge, que l'on peut rattacher à l'exigence d'un consentement libre et éclairé, adaptée au contexte particulier du déséquilibre de la relation professionnel-consommateur, suffit à épuiser à la fois l'objectif, privatiste et immédiat, de rééquilibrage de la relation contractuelle¹⁰⁴¹ et l'objectif sociétal et final d'institution du marché intérieur et d'accroissement des richesses¹⁰⁴² poursuivis par le droit européen de la consommation¹⁰⁴³.

Que le citoyen, pris, selon la formule consacrée, dans son rôle de consommateur puisse opérer en toute confiance, et les conditions du fonctionnement optimal du marché intérieur sont réunies¹⁰⁴⁴.

Outre cette limitation d'ordre substantiel, la Cour de justice admet des limitations d'ordre procédural au relevé d'office d'un moyen de droit de l'Union par le juge national.

Paragraphe II : Les limites procédurales

297. Respect du principe contradictoire. – La première, qui constitue une modalité de mise en œuvre d'un pouvoir effectivement alloué au juge, soit par le droit national, soit le droit de l'Union, tient dans l'obligation de respecter le principe du contradictoire, tel qu'il est consacré par l'art. 47 Ch.¹⁰⁴⁵, conformément à l'obligation faite aux autorités nationales de respecter les droits fondamentaux européens lorsqu'elles « *mettent en œuvre le droit de l'Union*¹⁰⁴⁶ ».

298. Conformité des restrictions procédurales nationales au principe d'effectivité. – Surtout, en amont, il arrive que la Cour juge conformes au principe d'effectivité des dispositions procédurales nationales ayant pour objet¹⁰⁴⁷ ou pour effet¹⁰⁴⁸ de limiter le pouvoir

¹⁰⁴¹ Sur l'idée de protection du consommateur par l'information, v. le pt. 70 des conclusions de l'avocat général TRSTENJAK dans l'affaire *VB Pénzügyi Lízing* (*op. cit.*).

¹⁰⁴² V. la ligne d'argumentation suivie dans l'arrêt *Mostoza Claro*, analysé *supra* n° 291.

¹⁰⁴³ Sur la notion d'objectif sociétal, v. *supra* n° 193 et *infra* nos 366 et s.

¹⁰⁴⁴ Sur le caractère central de la notion de confiance dans le droit de la consommation porteur d'objectif sociétal, v. Judith ROCHFELD « Du statut du droit contractuel 'de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Mél. Viney*, Dalloz, 2008, p. 835-866, spéc. n° 11.

¹⁰⁴⁵ CJUE (1^{re} ch.) 21 fév. 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, spéc. pts. 29 et s. : *Europe* 2011, comm. 183, obs. Julie Dupont-Lassale ; Mathieu COMBET, « Le renouvellement des sources du droit processuel de la consommation par le droit de l'Union européenne », *LPA* 2013, n° 187, p. 15.

¹⁰⁴⁶ Art. 51-1^o Ch. Sur l'opposabilité de la Charte aux autorités nationales, v. *supra* n° 42.

¹⁰⁴⁷ Tel que le principe dispositif en cause dans l'affaire *van Schijndel*, préc.

¹⁰⁴⁸ Tels que le principe de la *reformatio in pejus* en cause dans l'affaire *Heemskerk* (v. *supra* n° 287) ou le principe de l'autorité jugée, ou plus exactement, du cantonnement du contrôle étatique des sentences arbitrales internes, en cause dans l'arrêt *Asturcom* (analysé à ce titre *infra*, nos 300-302).

que le droit national reconnaît au juge de soulever un moyen d'office, quand bien même le jeu de ces dernières se traduirait par l'impossibilité d'appliquer le droit de l'Union au litige.

En effet, si le principe d'effectivité s'oppose au jeu de dispositions procédurales qui rendent « *impossible ou excessivement difficile* » l'application du droit de l'Union, l'exigence d'une application effective du droit de l'Union ne signifie pas que celui-ci doit être toujours appliqué¹⁰⁴⁹.

Considéré sous cet angle, le principe d'effectivité n'apparaît plus comme un instrument d'habilitation du juge au-delà de ce que permet le droit national¹⁰⁵⁰, mais, au contraire, comme un outil justificatif des restrictions procédurales nationales.

299. « *Procedural rule of reason* ». – La fonction justificative du principe d'effectivité a clairement été soulignée dans l'arrêt *van Schijndel*, qui énonce : « *la question de savoir si une disposition procédurale nationale rend impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire doit être analysée en tenant compte de la place de cette disposition dans l'ensemble de la procédure, de son déroulement et de ses particularités, devant les diverses instances nationales. Dans cette perspective, il y a lieu de prendre en considération, s'il échet, les principes qui sont à la base du système juridictionnel national, tels que la protection des droits de la défense, le principe de la sécurité juridique et le bon déroulement de la procédure*¹⁰⁵¹. »

Autrement dit, parmi les circonstances devant être prises en considération pour déterminer si, oui ou non, l'impossibilité constatée d'appliquer le droit de l'Union au litige est constitutive d'une atteinte au principe d'effectivité¹⁰⁵², il doit être tenu compte des intérêts (ou valeurs) sous-jacents à la restriction en cause, dont la Cour reconnaît la légitimité et qui peuvent justifier cette dernière.

Techniquement, la vérification par la Cour de l'existence ou non d'une atteinte au principe d'effectivité procède alors, même si cela n'est pas toujours explicite dans les arrêts¹⁰⁵³, d'une opération de mise en balance entre ces intérêts proprement procéduraux et l'intérêt protégé par la règle européenne en cause.

¹⁰⁴⁹ En ce sens, v. les conclusions présentées par l'avocat général JACOBS dans l'affaire *van Schijndel* préc., pt. 31 : « *la bonne application du droit ne signifie pas nécessairement qu'il ne puisse y avoir aucune limite à son application* ».

¹⁰⁵⁰ Tel qu'il a été étudié *supra* n° 280-288.

¹⁰⁵¹ Pt. 19.

¹⁰⁵² Sur l'appréciation *in concreto* qu'appelle la mise en œuvre du principe d'effectivité, v. *supra* n° 281.

¹⁰⁵³ V. à ce titre Sacha PRECHAL et Rob WIDDERSHOVEN, « Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection », *op. cit.*, spéc. p. 43, qui prennent exemple de l'arrêt *Heemskerk* analysé plus haut.

Un auteur a ainsi pu dire du principe d'effectivité qu'il opérait comme une règle de raison procédurale (« *procedural rule of reason* »)¹⁰⁵⁴.

300. *Asturcom*. – L'arrêt *Asturcom*, rendu le 6 octobre 2009, en application de la directive *clauses abusives*, constitue un bon exemple de la fonction justificative du principe d'effectivité¹⁰⁵⁵.

On sait effet que, dans ce cadre, la *ratio* du texte, qui se fonde sur la nécessité de compenser l'asymétrie de la relation professionnel-consommateur, joue comme circonstance quasi-systématiquement déterminante, en faveur d'une intervention positive du juge national.

Quasi-systématiquement seulement, car l'arrêt *Asturcom* constitue précisément un exemple (l'unique à ce jour en cette matière, il est vrai) où l'opération de mise en balance qui préside à la mise en œuvre du principe d'effectivité s'est soldée par le maintien de la restriction en cause, au détriment de l'application de la directive.

Dans cette affaire, la restriction tenait à ce que, le droit espagnol dispensant les sentences arbitrales internes d'*exequatur*¹⁰⁵⁶, le contrôle étatique à l'endroit de ces dernières ne pouvait s'exercer, à s'en tenir aux textes du moins, que dans le cadre du recours en annulation, lequel n'avait pas été exercé en l'espèce. La juridiction de renvoi, saisie par le professionnel d'une action en exécution forcée de la sentence ainsi passée en force de chose jugée se trouvait, en conséquence, privée de la possibilité de sanctionner le caractère abusif de la convention d'arbitrage, qu'elle tenait pourtant pour acquis¹⁰⁵⁷.

Dans ce cadre, c'est la combinaison de deux éléments, tenant aux considérations sous-jacentes au droit procédural espagnol, d'une part, et au comportement du consommateur débiteur, d'autre part, qui a justifié le diagnostic de conformité de la restriction nationale au principe d'effectivité.

¹⁰⁵⁴ Sacha PRECHAL, « Community Law in National Courts : The Lessons from van Schijndel », *op. cit.*, p. 690-693 et plus récemment : Sacha PRECHAL et Rob WIDDERSHOVEN, « Redefining the relationship between 'Rewe-effectiveness' and effective judicial protection », *op. cit.*, p. 42-24.

¹⁰⁵⁵ CJCE, 1^{re} ch., 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08 : *Rev. arb.* 2009, p. 811-826, note Charles Jarrosson ; *Europe* 2009, comm. 469, obs. Laurence Idot ; *RDC* 2010, p. 59, note Olivier Deshayes ; *CMLR*, 2010, p. 879-898, note Jules Stuyck. Voyez aussi Antonio MUSELLA et Priscille PÉDONE, « Clause compromissaire et droit de l'Union. Une nouvelle étape en faveur du consommateur », *Cah. arb.* 2010, p. 471.

¹⁰⁵⁶ Sur cet aspect du droit espagnol, v. Fernando MANTILLA SERRANO, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage », *Rev. arb.* 2004, p. 225-251, spéc. p. 248.

¹⁰⁵⁷ Les motifs d'opposition à l'exécution prévus par le droit espagnol n'offraient de ce point de vue aucune prise possible, ceux-ci étant, classiquement, « *plutôt axés sur le respect des aspects formels de la procédure d'exécution forcée* », pour reprendre l'expression synthétique de l'avocat général TRSTENJAK (au point 69 des conclusions dans cette affaire).

301. Ainsi, la Cour s'est attachée, c'est le premier élément, à réaffirmer « *l'importance que revêt, tant dans l'ordre juridique communautaire que dans les ordres juridiques nationaux, le principe de l'autorité de la chose jugée*¹⁰⁵⁸ ».

Remarquons à cet égard que la référence à ce principe procède d'une mauvaise appréciation de l'enjeu de l'affaire, qui tenait à la confrontation entre, d'une part, l'exigence d'une sanction effective des clauses abusives et, d'autre part, non pas l'attribution de l'autorité de chose jugée aux sentences arbitrales, mais la limitation (drastique, en l'occurrence) du contrôle étatique sur les sentences arbitrales, ce qui est une question rationnellement distincte¹⁰⁵⁹.

Quoi qu'il en soit, cette mention de l'importance accordée à l'autorité de la chose jugée doit être comprise comme révélant l'existence d'un agencement de valeurs typique admis dans l'ordre juridique de l'Union¹⁰⁶⁰, au terme duquel une part prépondérante est généralement¹⁰⁶¹ accordée aux considérations tenant à « *la stabilité du droit et des relations juridiques [et à] une bonne administration de la justice*¹⁰⁶² » qui sous-tendent le principe de l'autorité de la chose jugée, par rapport aux exigences du rétablissement de la légalité européenne. La Cour cite à cet égard sa jurisprudence constante selon laquelle « *le droit communautaire n'impose pas [en principe] à une juridiction nationale d'écarter l'application des règles de procédure internes conférant l'autorité de la chose jugée à une décision, même si cela permettrait de remédier à une violation d'une disposition, quelle qu'en soit la nature, du droit communautaire par la décision en cause*¹⁰⁶³ ».

Le délai, de deux mois à compter de la notification de la sentence, prévu par le droit espagnol pour l'exercice du recours en annulation ayant en outre été jugé raisonnable¹⁰⁶⁴, il faut en

¹⁰⁵⁸ Pt. 35.

¹⁰⁵⁹ En ce sens, v. Laurence IDOT, obs. préc., qui souligne à ce titre que l'art. 1476 c. proc. civ. français [aujourd'hui l'art. 1484 c. proc. civ.] attribue l'autorité de la chose jugée aux sentences internes, ce qui n'exclut pas pour autant le possible exercice de voies de recours, soit contre la sentence elle-même, soit contre l'ordonnance ayant accordé *l'exequatur*. Il est vrai, cela dit, que la juridiction de renvoi avait posé à la Cour la question de savoir non seulement si elle devait relever d'office le caractère abusif de la convention d'arbitrage, mais également si elle devait, subséquemment, annuler la sentence, ce qui introduisait une complication inutile. En effet, à supposer que les dispositions issues de la directive fussent effectivement être appliquées par le juge de l'exécution, il suffisait, pour en tirer les conséquences, de refuser efficacité à la sentence, autrement dit de débouter le professionnel de sa demande en exécution, sans aller jusqu'à prononcer sa nullité (en ce sens, v. Charles JARROSSON, note préc., spéc. n° 8).

¹⁰⁶⁰ Sur la notion d'agencement typique de valeurs, v. *infra* n°s 395-396.

¹⁰⁶¹ Mais pas constamment : c'est là l'essence des agencements typiques des valeurs : ils sont sensibles aux circonstances. Pour une solution différente, v. singulièrement : CJCE, gde ch., 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05.

¹⁰⁶² Pt. 36.

¹⁰⁶³ Réaffirmant cette solution, v. CJUE, 2^e ch., 10 juillet 2014, *Pizzaroti*, C-213/13.

¹⁰⁶⁴ Notons que c'est au stade seulement de l'appréciation de la conformité du délai de recours qu'il est, pour la première fois, fait mention des principes cadres de l'autonomie procédurale, et en particulier du principe d'effectivité. Selon nous, il ne faut pas en conclure que les développements précédents, consacrés à l'autorité de chose jugée elle-même, ne se

conclure que, aux yeux de la Cour, l'exigence d'application effective du droit de l'Union s'accommode de la conciliation opérée par le législateur espagnol entre la considération due à l'autorité de chose jugée, ou plutôt, pour redonner aux termes du débat leur qualification rigoureuse, à l'efficacité des sentences arbitrales, et le respect des (autres) valeurs du for, y compris des valeurs européennes, lequel n'est susceptible d'être sanctionné que dans le cadre du recours en annulation¹⁰⁶⁵.

302. Si, en conséquence, le consommateur avait à souffrir l'exécution d'une sentence pourtant rendue en vertu d'une clause compromissaire abusive, il ne le devait, et c'est le second élément mis en avant par la Cour, qu'à sa « *passivité totale* ». En effet, ainsi que l'arrêt le mentionne à pas moins de trois reprises¹⁰⁶⁶, outre qu'il n'avait pas introduit de recours en annulation contre la sentence litigieuse, le consommateur n'avait pas non plus pris part à la procédure arbitrale¹⁰⁶⁷.

On touche-là les limites de la *ratio* compensatrice de la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis*, laquelle n'oblige pas, aux yeux de la Cour, le juge national à assurer « *une protection absolue*¹⁰⁶⁸ » au consommateur, ni « *ne saurait aller [...] jusqu'à exiger [que ce juge] doive non seulement compenser une omission procédurale d'un consommateur ignorant ses droits [...] mais également suppléer intégralement à la passivité totale du consommateur concerné*¹⁰⁶⁹. » Autrement dit, le comportement du consommateur qui se désintéresse de ses

rattacheraient pas, sinon d'un point de vue formel, du moins d'un point de vue conceptuel, à la mise en œuvre du principe d'effectivité. Bien plus, il faut voir dans cette structuration de l'arrêt le signe de la force de l'agencement typique des valeurs « autorité de la chose jugée » et « rectitude en droit » reçu dans l'ordre juridique de l'Union, lequel s'impose au juge comme une évidence, (sur ces « *cas faciles* », v. *infra* n^{os} 416 et 433). Ce « réflexe axiologique » explique, plus généralement, tous les arrêts dans lesquels l'opération de mise en balance appelée en principe par le principe d'effectivité n'est qu'implicite, ou encore tronquée.

¹⁰⁶⁵ Quoique la Cour ne la remette pas en cause, on peut néanmoins critiquer cette limitation, du strict point de vue de l'opportunité. N'est-ce pas, pour reprendre l'expression de M. MANTILLA SERRANO (*loc. cit.*) un trop « *beau cadeau fait à l'arbitrage* » ? Telle paraît en tout cas être l'opinion qui s'est imposée dans la jurisprudence espagnole, puisque, comme l'a signalé le Gouvernement espagnol dans ses observations, celle-ci reconnaissait, au-delà de la lettre des textes et « *pour des raisons d'ordre public* », compétence au juge de l'exécution pour contrôler la sentence portée devant lui, même en l'absence de toute demande en ce sens des parties (v. les pts 38-39 des ccl.). Il y a là une manifestation de la nécessité objective des mécanismes abductifs d'ordre public (v. *infra* n^o 455 et s.). En conséquence, et pour être complet sur l'arrêt *Asturcom*, il faut indiquer, que, si la Cour délivre un brevet de conformité à la restriction nationale, du point de vue du principe d'effectivité, ce n'est pas sans enjoindre, dans une seconde partie de l'arrêt, à la juridiction de renvoi, pour le cas où l'existence d'un tel mécanisme d'ordre public serait avérée, de sanctionner le caractère abusif de la convention d'arbitrage à ce titre, comme l'exige, on l'a vu, le principe d'équivalence.

¹⁰⁶⁶ V. les pts. 33, 34 et 47.

¹⁰⁶⁷ Ni, peut-on le supposer (autrement la juridiction de renvoi n'aurait pas formulé sa question préjudicielle en termes de relevé d'office), sinon comparu, du moins soulevé le moyen tiré du caractère abusif de la convention d'arbitrage devant le juge de l'exécution.

¹⁰⁶⁸ Pt. 34.

¹⁰⁶⁹ Pt. 47.

droits disqualifie l'existence d'une atteinte éventuelle aux intérêts protégés par la directive¹⁰⁷⁰¹⁰⁷¹.

Si, dans le cadre du contentieux relatif à l'application du droit européen de la consommation, en particulier de la directive *clauses abusives*, la mise en œuvre du principe d'effectivité prend une apparence de systématisme, l'arrêt *Asturcom*, nous rappelle ainsi que, même dans ce cadre, il est, fondamentalement, un instrument souple, permettant, au terme d'une appréciation *in concreto*, à l'autonomie procédurale nationale, et, à travers elle, aux objectifs propres au droit processuel de l'emporter, au prix d'un reflux des exigences de la légalité, fût-elle européenne.

303. Conclusion du Chapitre. – Le système qui se dégage de cette jurisprudence européenne en perpétuelle construction paraît équilibré et, en tout cas, riches d'enseignements quant à la question de savoir quels moyens doivent être relevés d'office. Repoussant une conception maximaliste de l'office du juge, où le droit processuel se fait le serviteur transparent de la règle applicable, le droit de l'Union opte au contraire pour un système d'obligation sélective, appelant une pondération au regard des circonstances des valeurs portées par le droit procédural, d'une part, et celles sous-jacentes à la règle qu'il s'agit d'appliquer, d'autre part. Dans ce contexte, le droit de la consommation occupe naturellement une place à part, compte tenu de la logique qui l'anime, fondée sur l'intervention compensatrice de l'ordre juridique dans le contrat. Cette logique justifie que, sous réserve de circonstances particulières, où le consommateur paraît se désintéresser de ses droits, le juge relève d'office le moyen tiré de l'application de la règle protectrice quitte à ce que le consommateur, dûment informé, y renonce. Axée sur la notion d'intérêt public et l'objectif final de « *relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'Union* » que poursuit le droit européen de la consommation la motivation de arrêts *Mostaza Claro*, suggère en outre que les

¹⁰⁷⁰ De ce point de vue, l'arrêt *Asturcom* se fait, lui aussi et d'une certaine façon, l'écho des considérations sous-jacente à l'exclusion du relevé des moyens d'ordre public de protection par la Cour de cassation exposées *supra* n° 283.

¹⁰⁷¹ *Comp. van Schijndel*, préc. : cet arrêt qui est souvent vu comme une disqualification du caractère d'ordre public des règles européennes de concurrence – c'est d'ailleurs cette lecture de l'arrêt *Van Schijndel* qui est à l'origine de la question posée par le *Hoge Raad* dans l'affaire *Eco Swiss* (préc.) lequel doutait de l'existence pour lui d'une obligation de sanctionner leur méconnaissance par l'arbitre au titre de son ordre public – peut s'expliquer différemment, par l'absence de violation manifeste de ces règles en l'espèce. V. en ce sens les conclusions de l'avocat général Jacobs, qui estimait que le régime professionnel de pension en question était bien compatible avec les règles du Traité et pointait, en tout état de cause, l'absence d'illégalité « *manifeste* » (pt. 49 et 50). Par la suite, les arrêts *Albany* (CJCE, 21 septembre 1999, C-67/96, Rec. p. I-5751) et *Brentjens*' (CJCE, 21 septembre 1999, aff. jtes C-115/99 à C-117/99, Rec. p. I-6025) ont d'ailleurs admis la compatibilité de dispositifs analogues avec le Traité.

objectifs sociétaux qui, en droit international privé, configurent l'application des lois de police¹⁰⁷², pourraient également avoir une portée méthodologique en droit processuel.

304. Conclusion du Titre. – À la lumière de ce double exposé de droit national et de droit de l'Union, les contours de « *l'ordre public* » telle que cette notion est employée dans le cadre de la détermination de l'office du juge apparaissent déjà plus nettements. Le « *moyen d'ordre public* », si du moins l'on entend déférer à l'usage de cette expression et lui attribuer un sens propre¹⁰⁷³, pourrait être défini comme celui que le juge relève d'office lorsque l'intérêt protégé par la règle en cause apparaît comme prépondérant par rapport à ceux protégés par les règles procédurales façonnant l'office du juge. Une telle définition implique une part, plus ou moins réductible¹⁰⁷⁴, de casuistique dans l'identification des moyens relevant de cette catégorie. Il pourrait y avoir là une explication de la difficulté, en réalité l'impossibilité logique, éprouvée, en droit national comme en droit de l'Union, à définir plus précisément ce que sont ces moyens : en dehors des règles précises posées par le législateur, la nécessité du relevé d'office s'apprécie *in concreto*.

Le « *moyen d'ordre public* » étudié, nous devons maintenant nous intéresser au troisième groupe d'occurrences de la notion « *ordre public* » identifié au début de cette Partie : il s'agit de la notion d'ordre public qui, représentée par ses occurrences de droit public, vise typiquement à policer les comportements humains.

¹⁰⁷² V. *supra* nos 183 et 193.

¹⁰⁷³ V. ainsi Jacques HÉRON, « L'ordre public dans le procès », *op. cit.*, n° 23, qui en appelle à VAUGELAS.

¹⁰⁷⁴ L'incertitude se réduit notamment lorsque, comme à propos des fins de non-recevoir et des exceptions de procédure en droit judiciaire français (v. *supra* n. 902), le législateur opère lui-même la balance et détermine lorsque le juge doit ou ne doit pas relever d'office tel ou tel moyen.

TITRE III : L'ORDRE PUBLIC AU SENS DE LA POLICE DES COMPORTEMENTS

305. Position du problème. – Division. – Les phénomènes juridiques qu'il s'agit d'étudier dans ce titre sont généralement opposés à ceux qui ont fait l'objet des deux titres précédents. Tandis que ces derniers, aussi bien les ordres publics qui opèrent dans le cadre de rapports internormatifs, que l'« *ordre public* » qui prend pour contexte la détermination de l'office du juge, peuvent être regroupés sous l'idée, très générale, de constituer une limite à la consécration, par l'organe de l'ordre juridique, d'un effet de droit sollicité, les phénomènes qu'il s'agit maintenant d'exposer appréhenderaient au contraire une situation en ce qu'elle a de plus matériel. Ce sont des comportements qu'il s'agit de policer¹⁰⁷⁵. Plus largement, « *ordre public* » est compris ici comme renvoyant à un état de fait qu'il convient de préserver afin de permettre le développement de la vie sociale.

Afin d'analyser ces mécanismes, on partira des catégories du droit interne (Chap. I), avant de présenter les occurrences de la notion en droit de l'Union (Chap. II).

Chapitre I : La police des comportements à la lumière du droit national

306. Définitions. – En droit public français, les usages de l'expression « *ordre public* » pertinentes pour notre étude peuvent être regroupées en trois occurrences principales, à raison de la branche du droit concernée.

Ainsi, en droit administratif, l'« *ordre public* » est la finalité assignée aux mesures de police administrative générale¹⁰⁷⁶ et, pour certains auteurs, et quitte à être désignée par un chef de compétence plus spécifique, aux mesures de police administrative spéciale¹⁰⁷⁷.

¹⁰⁷⁵ V. ainsi Jean COMBACAU « Conclusions générales », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 415-434, spéc. 419-420.

¹⁰⁷⁶ René CHAPUS, *Droit administratif général*, t. 1, 15e éd., Montchrestien, 2001, p. 697. Les bases juridiques du pouvoir des autorités de police administrative générale sont formées, pour le maire et le préfet, respectivement, des art. 2212-2 et 2215-1 CGCT et, pour le premier ministre, de l'arrêt *Labonne* du Conseil d'Etat (8 août 1919, Rec. 737), qui reconnaît à ce dernier un pouvoir réglementaire autonome, dont le Conseil constitutionnel considère que l'article 34 de la Constitution de 1958, qui réserve pourtant au législateur le soin de fixer les règles concernant « *les garanties fondamentales accordées aux citoyens pour l'exercice des libertés publiques* » ne l'a pas privé (v. Cons. const., 20 juill. 2000, n° 2000-434 DC). On notera au passage qu'aucune de ces normes habilitantes (pas plus que leurs antécédents historiques) ne contient de référence expresse à l'expression précise d'« *ordre public* », autrement que par incise, pour l'art. 2215-1 CGCT.

¹⁰⁷⁷ Ainsi, Vincent TCHEN, « Police administrative. Théorie générale », *J.-Cl. adm.*, fasc. 200, janv. 2013, n° 87. L'auteur estime que « [l']opposition entre les deux formes de police administrative, générale et spéciale, est loin d'être toujours clairement établie : dans les deux cas, l'autorité préserve et rétablit l'ordre public ». Il évoque en conséquence une « *notion d'ordre public spécial* ».

Dans la doctrine pénaliste, l'expression ordre public est souvent utilisée pour désigner ce que trouble la commission de l'acte incriminé¹⁰⁷⁸. Aussi, dans la suite de ces développements on appellera, en vertu de cet usage linguistique, « mécanisme d'ordre public » la décision d'incrimination c'est-à-dire de recourir à la sanction pénale.

Enfin, en l'absence dans notre Constitution de disposition générale énonçant l'exigence de sauvegarde de l'ordre public, le Conseil constitutionnel a fait de la sauvegarde de l'ordre public un objectif à valeur constitutionnelle que le législateur doit concilier avec les droits et libertés constitutionnellement garantis¹⁰⁷⁹, par exemple en habilitant l'administration à prendre des mesure de police ou en incriminant un comportement.

En résumé, et si l'on fait abstraction de la scission de la matière qui résulte en France, d'une part, de la distinction (constitutionnelle) entre loi et règlement et, d'autre part, de la division (universitaire) du droit administratif et du droit pénal¹⁰⁸⁰, le maintien de l'ordre public est l'objet de l'habilitation donnée à l'autorité publique pour restreindre l'usage des libertés publiques¹⁰⁸¹.

307. Valeurs protégées. – Quant aux conceptions que ces mécanismes d'ordre public protègent, leur palette est, mais cela ne leur est assurément pas propre, à la mesure de l'intervention que l'idéologie dominante permet à l'État dans la sphère individuelle. Toutefois, parce que ces mécanismes sont traditionnellement pensés comme restrictifs des libertés publiques, ou, selon une terminologie plus actuelle, des droits fondamentaux¹⁰⁸², l'ordre public pris dans ce sens-là suscite davantage encore de réflexions

¹⁰⁷⁸ Pour l'identification de cet usage, v. Didier BODEN, *op. cit.*, n° 144. Pour un exemple de cet usage, v. Audrey DARSONVILLE, « L'ordre public en droit pénal », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 287-296, spéc. n° 1, qui reprenant la définition d'Emmanuel Dreyer (*Droit pénal général*, Litec, 2010, n° 2, p. 1), affirme que « le droit pénal est la branche du droit à l'occasion de laquelle une sanction spécifique, la peine, est prononcée au nom de la société, suite à un trouble à l'ordre public causé par la transgression d'une norme tenue pour essentielle. L'atteinte à l'ordre public, lors de la commission de l'infraction, est donc le fondement de l'application du droit pénal, indépendamment de toute autre considération notamment du préjudice subi par la victime ».

¹⁰⁷⁹ Cons. const., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n° 82-141 DC ; 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC. Sur l'identification des fondements textuels de cet objectif, v. Agnès ROBLOT-TROZIER, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 308-318, spéc. p. 311-312.

¹⁰⁸⁰ Pour une étude unitaire de la police, v. André DECOCQ, Jean MONTREUIL et Jacques BUISSON, *Le droit de la police*, 2^e éd., Litec, 1998.

¹⁰⁸¹ Dans la doctrine publiciste, l'idée d'habilitation est classiquement associée à celle d'ordre public, en même temps que l'on souligne les rapports de consubstantialité qu'entretiennent liberté et ordre public : d'une part, l'ordre public « habilite les autorités publiques à restreindre [les droits et libertés] », d'autre part, « à partir d'un certain degré de gravité dans le désordre déploré, il leur impose d'intervenir positivement pour protéger nos droits, car ceux-ci, pour pouvoir s'exercer effectivement, ont réellement besoin d'un certain état d'ordre » (Étienne PICARD, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, *op. cit.*, p. 17-61, spéc. p. 30) ; v. aussi Christophe VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *RDP* 1994, p. 693-745).

¹⁰⁸² Si le changement terminologique traduit un changement dans la conception, privatisée donc, des droits en cause (v. Judith ROCHFELD, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2011, n° 3-12), l'une et l'autre de ces qualifications,

sur l'identification de ses « composantes », et connaît, à ce titre, une spécialisation plus marquée de son contenu¹⁰⁸³.

La doctrine publiciste classique le restreignait, selon la célèbre formule D'HAURIOU, à la préservation d'un « *ordre matériel extérieur* », que l'on assimile, traditionnellement, à la trilogie « *tranquillité, sécurité et salubrité publique* », qui se voit ainsi accordée une portée générale¹⁰⁸⁴, quoiqu'elle ne concerne en principe que la police locale¹⁰⁸⁵.

Entre-temps l'ordre public aurait acquis une composante « *immatérielle* ». On hésite toujours à y englober la moralité publique¹⁰⁸⁶, alors qu'il est avéré que la protection de la dignité de la personne humaine en fait désormais partie¹⁰⁸⁷.

S'il convient assurément de concevoir restrictivement l'objet de l'habilitation donnée à l'autorité publique de restreindre les libertés (c'est ce qui marque la distinction entre une société libérale et un ordre totalitaire), on tend néanmoins à reconnaître que le contenu de l'ordre public n'est révélé qu'« *au moment où, dans une société donnée, on considère (l'autorité publique confortée par le juge) que tel comportement présente désormais un risque social [...] et que l'on décide, par conséquent, de l'interdire ou de l'encadrer*¹⁰⁸⁸ », ou, selon

quel que soit le domaine qu'on leur reconnaît, marquent l'existence de ce que nous appelons un agencement typique (sur cette notion v. *infra* n^{os} 395-396) traduisant un *a priori*, valant généralement, en faveur de ces droits, et au détriment de l'intervention publique, dans l'opération de conciliation de valeurs qui préside à l'adoption de toute mesure.

¹⁰⁸³ Sur ce débat, v. encore récemment : Baptiste BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 117-139, p. 118 ; Benoît DELAUNAY, « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? », *JCP A* 2012, 2112

¹⁰⁸⁴ Sur ce point, v. Benoît DELAUNAY, *op. cit.*, n^o 4.

¹⁰⁸⁵ Cette habitude de pensée amène par exemple les auteurs à remarquer que l'ordre public au sens du droit constitutionnel (Christophe VIMBERT, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », *op. cit.* p. 696-698 ; Agnès ROBLOT-TROZIER, *op. cit.*, p. 313-314) ou encore l'ordre public au sens des exceptions admises par le TFUE aux libertés de circulation (Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. - Communautarisation des réserves d'ordre public », *op. cit.*, spéc. n^o 20) ne recouvre pas exactement, est « *à la fois plus large et plus étroit* » (Agnès ROBLOT-TROZIER, *op. cit.*, p. 314), que l'ordre public au sens du droit administratif, ce qui s'explique par les domaines et échelles d'intervention différents des autorités habilitées, aussi bien que par la différence de formulation des normes habilitantes, qui peuvent contenir des chefs de protection plus spécifiques.

¹⁰⁸⁶ V. CE, 18 décembre 1959, *Sté Les films Lutétia*, n^o 3635 et 36428, Rec. p. 693. L'autonomie de cette composante de l'ordre public est discutée, dans la mesure où, sous couvert de prise en compte de « *circonstances locales particulières* », c'est bien la menace de troubles à l'ordre public au sens matériel qui fonderait, dans la jurisprudence pertinente, l'intervention du maire. Tout honorable que soit la conception libérale qui sous-tend cette interprétation, il n'en demeure pas moins que la jurisprudence aboutit à permettre que les conceptions morales de l'opinion publique, du moins de la part la plus bruyante de l'opinion publique locale, s'impose au détriment de l'exercice d'une liberté. Remarquons, à titre de comparaison, que l'interdiction faite aux Etats membres de justifier d'une atteinte à la libre circulation pour des motifs économiques est absolue et que la Cour n'admet jamais qu'un Etat membre puisse se retrancher derrière le protectionnisme de son opinion publique, aussi violemment exprimée soit-elle : v. par exemple CJCE, 29 janvier 1985, *Cullet*, C-231/83, Rec. p. 305 ; CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France* (affaire dite de la « *guerre des fraises* »), C-265/9, Rec. p. 6959.

¹⁰⁸⁷ Dans la jurisprudence du Conseil d'Etat, v. l'arrêt fondateur : CE, ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, Rec. 372, qui consacre explicitement le respect de la dignité de la personne humaine comme étant l'« *une des composantes de l'ordre public* », et, plus récemment, les ordonnances en référé rendues dans l'« *affaire Dieudonné* » : CE, 9 janv. 2014, n^o 374508 ; 10 janv. 2014, n^o 374528 ; 11 janv. 2014, n^o 374552.

¹⁰⁸⁸ Baptiste BONNET, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », *op. cit.*, spéc. p. 118.

une formulation positive, qu'il recouvre la conception, propre au groupe social considéré, et valable à un instant « t », de ce que sont « *les exigences minimales de la vie en société*¹⁰⁸⁹. »

Autrement dit, il est douteux qu'existe une différence de nature entre ce que la doctrine publiciste appelle l'« *ordre public matériel* » et, par opposition l'« *ordre public immatériel* », de même qu'il est douteux qu'existe une frontière objective entre une « sphère publique » policée par le droit et une « sphère intime » qui serait, par nature, rétive à l'intervention publique. La détermination de l'ampleur de l'intervention nécessaire au développement de la vie sociale est au contraire intrinsèquement subjective, du ressort d'une décision politique.

Étudions maintenant les occurrences de la notion d'ordre public, pris dans le sens de la police des comportements en droit de l'Union.

Chapitre II : La police des comportements à la lumière du droit de l'Union

308. Le Traité fait plusieurs références à la notion d'« *ordre public* ». On localisera ces clauses dans la systématique du droit primaire (Sec. I), avant de montrer que le droit de l'Union rend compte, à sa manière, de l'objet spécifique de l'ordre public pris au sens de la police des comportements (Sec. II).

Section I : L'ordre public visé dans les Traités

309. Les Traités font référence à l'« *ordre public* », soit pour permettre aux États membres de déroger à leurs obligations en vertu du droit de l'Union (Par. I), soit, différemment, pour rappeler la permanence de la compétence étatique en matière de police des comportements (Par. II)¹⁰⁹⁰. Aussi bien, on étudiera d'abord les « *clauses d'ordre public* » qui se présentent

¹⁰⁸⁹ En ce sens, v. CE, Section du rapport et des études, 25 mars 2010, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral*, p. 26 et s. ; Cons. const., 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n° 2010-613 DC.

¹⁰⁹⁰ Pour une présentation proche, v. Stéphanie FRANCO, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 224-225. V. aussi Yves GAUTHIER, V° « Ordre public », *Rép. dr. eur.*, août 2004, spéc. n° 7 et 42 ; Caroline PICHERAL, « Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public », *J.-Cl. Europe Traité*, fasc. 650, 5 février 2007, spéc. n° 16.

comme des « *motifs dérogatoires*¹⁰⁹¹ » puis celles qui jouent plutôt comme « *limite au pouvoir des institutions*¹⁰⁹² ».

Paragraphe I : L'ordre public comme motif dérogatoire

310. On peut, parmi les clauses axées sur l'idée de maintien de l'ordre ayant une fonction dérogatoire, opposer les clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation et les articles 346 et 347 TFUE, qui, parce qu'ils permettent aux Etats membres de « *moduler leurs obligations*¹⁰⁹³ » pour des raisons tirées des exigences de la sécurité nationale, peuvent être regroupées sous le nom de « *clauses de sécurité* ».

311. Les clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation. – Les dérogations explicitement admises par le TFUE à la prohibition des entraves à la libre circulation, prise dans ses quatre composantes, font toutes référence à la notion d'ordre public¹⁰⁹⁴.

Du point de vue de ces dérogations, il est d'ailleurs plus pertinent de substituer à la division quaternaire du Traité une distinction binaire, entre d'une part, la *dimension physique de la circulation*, c'est-à-dire le déplacement et le séjour des personnes, connecté ou non à l'exercice d'une activité économique¹⁰⁹⁵, et, d'autre part, la *dimension proprement*

¹⁰⁹¹ Georges KARYDIS, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *op. cit.*, p. 3.

¹⁰⁹² Stéphanie FRANCO, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », *op. cit.*, p. 225.

¹⁰⁹³ Pour reprendre l'expression de Hugues HELLIO, *L'organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l'environnement. Recherches sur la technique de l'exception*, Th. dactyl. Univ. Panthéon-Assas Paris II.

¹⁰⁹⁴ Les dispositions applicables aux différentes composantes se distinguent cependant, mais cela est logique compte tenu des domaines différents auxquels elles s'appliquent, par le nombre et la teneur des chefs de dérogation spécifiques admis conjointement à l'ordre public. V. ainsi : en matière de libre circulation des marchandises, l'art. 36 TFUE qui autorise les « *interdictions ou restrictions d'importation, d'exportation ou de transit, justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public, de sécurité publique, de protection de la santé et de la vie des personnes et des animaux ou de préservation des végétaux, de protection des trésors nationaux ayant une valeur artistique, historique ou archéologique ou de protection de la propriété industrielle et commerciale* » ; en matière de libre circulation des travailleurs, l'art. 45-3° qui admet les « *limitations justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité publique et de santé publique* » (sur la portée générale de cette disposition, permettant de faire exception, tant au principe de non-discrimination contenu au paragraphe 2 de l'article 45, qu'au droits spécifiques énumérés au paragraphe 3, qui la contient, v. Denis MARTIN, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006, spéc. n° 37; *idem*, « Libre circulation des travailleurs », *J.-Cl. Europe*, fasc. 601, juillet 2010, spéc. n° 83 ; Ulrich WÖLKER, in Hans von den Groeben, Jochen Thiesing et Claus-Dieter Elherman (dir.), *Kommentar zum EU-/EG- Vertrag*, vol. I : *Artikel A-F EUV, Artikel 1-84 EGV*, 5^e éd., Nomos, 1997, p. 1094-1183, spéc. n° 92) ; en matière de libre établissement, l'art. 52-1° TFUE selon lequel les dispositions relatives à cette liberté « *ne préjugent pas de l'applicabilité des dispositions législatives, réglementaires et administratives prévoyant un régime spécial pour les ressortissants étrangers, et justifiées par des raisons d'ordre public, de sécurité et de santé publique* », qui s'applique également, par renvoi de l'art. 62 TFUE, en matière de libre prestation de services ; en matière de libre circulation des capitaux, l'art. 63-1° , lit. b) reconnaît le droit qu'ont les Etats membres « *de prendre toutes les mesures indispensables pour faire échec aux infractions à leurs lois et règlements, notamment en matière fiscale ou en matière de contrôle prudentiel des établissements financiers, de prévoir des procédures de déclaration des mouvements de capitaux à des fins d'information administratives ou statistiques ou de prendre des mesures justifiées par des motifs liés à l'ordre public ou à la sécurité publique* ».

¹⁰⁹⁵ V. Art. 21 TFUE qui consacre le droit à la mobilité du citoyen. Introduite par le Traité de Maastricht, cette disposition n'est pas directement assortie d'une exception d'ordre public, mais renvoie aux « *limitations et conditions prévues par les*

économique de celle-ci, recouvrant à la fois le volet professionnel de la libre circulation des personnes, y compris des personnes morales, et la libre circulation des biens¹⁰⁹⁶.

Le terrain privilégié d'application de cette notion d'ordre public concerne en effet les mesures, par essence discriminatoires, d'éloignement et d'expulsion d'étrangers communautaires (ou des membres de leur famille)¹⁰⁹⁷, dont le régime est désormais unitairement fixé par la directive 2004/38¹⁰⁹⁸. Les applications de la notion affectant la dimension économique de la libre circulation sont plus rares¹⁰⁹⁹, tandis que les éventuelles précisions de leur régime doivent être recherchées dans les différents actes sectoriels adoptés dans chaque matière¹¹⁰⁰.

312. Les clauses de sécurité. – Les articles 346 et 347 TFUE permettent tous deux aux Etats membres de « *moduler leurs obligations* ¹¹⁰¹ » pour des raisons tirées « *des exigences de la sécurité nationale* »¹¹⁰², conformément à la pratique qui prévaut, plus généralement, dans les traités bilatéraux et multilatéraux¹¹⁰³.

A vrai dire, seul l'art. 347, qui prévoit implicitement la possibilité pour les États membres de déroger, virtuellement, à l'ensemble de leurs obligations en vertu des Traités vise expressément la notion d' « *ordre public* », en limitant cette autorisation aux temps de crise,

traités et par les dispositions prises pour leur application », c'est-à-dire, s'agissant de l'ordre public, aux dispositions de la directive 2004/38 (*op. cit.*).

¹⁰⁹⁶ Sur cette présentation, Laurence IDOT et Anne RIGAUX, « Introduction sur le principe de libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 140, novembre 2007, n° 140-20.

¹⁰⁹⁷ Sur ce sujet, v. notamment Emmanuelle NÉRAUDAU D'UNIENVILLE, *Ordre public et droit des étrangers en Europe : la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, préf. François Julien-Laferrère, Bruylant, 2006 ; Christine BERTRAND, « Les étrangers et l'ordre public en droit de l'Union européenne », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 297-308.

¹⁰⁹⁸ Préc.

¹⁰⁹⁹ Pour des exemples d'application, v. : en matière de libre circulation des marchandises : CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, aff. 7/78 (protection du droit de frappe) ; en matière de libre circulation des capitaux, CJCE, 14 mars 2000, *Eglise de scientologie*, C-54/99 (régime d'autorisation préalable pour les investissements directs étrangers) ; en matière de prestation de services : v. CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609, qui constitue l'équivalent fonctionnel de l'arrêt *Commune de Morsang sur Orge*, dans le cadre du marché intérieur, l'autorité administrative allemande ayant en l'espèce pris un arrêté d'interdiction d'exploiter un jeu simulant des actes d'homicide, en se fondant sur le respect dû à la dignité humaine ; ou encore, CJUE, 16 décembre 2010, *Josemans*, C-137/09 (interdictions faite aux non-résidents d'accéder aux coffee-shops).

¹¹⁰⁰ En matière de libre prestation de services, v. par exemple les exceptions d'ordre public prévues par l'article 3, paragraphe 4 de la directive *commerce électronique* (sur lequel, v. *infra* n° 443) et l'article 16, paragraphe 1 de la directive *services* (directive 2006/123 du 12 décembre 2006).

¹¹⁰¹ Hugues HELLIO, *op. cit.*

¹¹⁰² Soulignant cette unité, v. Joe VERHOEVEN, « Article 223 CEE », in *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1395-1402, spéc. n° 1 ; *ibidem*, « Article 224 CEE », p. 1403-1413, spéc. n° 2 : « *Compte tenu des termes et de l'esprit de ces articles, il paraît raisonnable de considérer que l'article 223 [devenu article 346 TFUE] se réfère aux mesures générales qu'un État prend en temps 'normal' pour sauvegarder sa sécurité, alors que l'article 224 [devenu article 347 TFUE] se rapporte aux mesures particulières que requiert une situation de crise, née et actuelle* ».

¹¹⁰³ Sur le caractère traditionnel de ces clauses, v. Joe VERHOEVEN, « Article 223 CEE », *loc. cit.* et à propos de l' « *exception de sécurité* » du GATT (art. XXI), de contenu semblable, v. Dominique CARREAU et Patrick JULLIARD, *Droit international économique*, 5^e éd., Dalloz, Précis, 2013, spéc. n° 807.

désignés, selon une gradation, comme les hypothèses « *de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public* », « *de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre* », ou encore celles où l'État membre concerné doit « *faire face aux engagements contractés par lui en vue du maintien de la paix et de la sécurité internationale* »¹¹⁰⁴.

L'art. 346 prévoit quant à lui deux exceptions de portée plus limitée, et axées sur la notion, proche mais plus spécifique, de « *sécurité publique* »¹¹⁰⁵, plus exactement pour la protection « *des intérêts essentiels de la sécurité* » de l'État membre considéré¹¹⁰⁶. La lettre a) de l'alinéa 1 confère ainsi aux États membres un droit au secret, en leur permettant de déroger pour cette raison aux obligations, générale¹¹⁰⁷ ou spéciales, d'information qui pèsent sinon sur eux. La dérogation prévue par la lettre b), sans être limitée, du point de vue de ses effets, à l'éviction d'une obligation en particulier, ne permet de justifier du point de vue de son domaine que des mesure concernant la production et le commerce de matériels de guerre, dont la liste

¹¹⁰⁴ Cette possibilité résulte de l'interprétation combinée de l'article 347, qui, de prime abord, se borne à prescrire une consultation entre États membres pour remédier aux effets éventuels qu'auraient les mesures prises par l'État membre concerné sur le fonctionnement du marché intérieur (« *Les États membres se consultent en vue de prendre en commun les dispositions nécessaires pour éviter que le fonctionnement du marché intérieur ne soit affecté par les mesures qu'un État membre peut être appelé à prendre en cas de troubles intérieurs graves affectant l'ordre public, en cas de guerre ou de tension internationale grave constituant une menace de guerre, ou pour faire face* »), et de l'article 348 alinéa 2 TFUE, qui, prévoyant, dans l'hypothèse où un autre État membre ferait « *un usage abusif* » de ces « *pouvoirs* », la possibilité pour la Commission et tout État membre de saisir, par dérogation à la procédure ordinaire du recours en manquement, directement la Cour de justice, qui statue à huis-clos, suggère ainsi que l'art. 347 « *a voulu autoriser l'adoption de mesures nationales qui, autrement, seraient illégales* » (Francis G. JACOBS, conclusions présentées le 8 mai 1991 dans l'affaire *Richardt et Les Accessoires scientifiques*, C-367/89, Rec. p. I-4621, spéc. pt. 32). Pour la Cour de justice cependant, cette faculté implicite ne saurait aller jusqu'à autoriser « *une dérogation aux principes de la liberté, de la démocratie ainsi que du respect des droits de l'homme et des libertés fondamentales consacrés à l'article 6, paragraphe 1, UE en tant que fondement de l'Union* » (v. CJCE, gde ch., 3 septembre 2008, *Kadi*, aff. jtes C-402/05 P et C-415/05 P, pts 302 et 303).

¹¹⁰⁵ L'articulation de la notion d'« *ordre public* », d'une part, et de « *sécurité publique* » d'autre part, est relative, car fonction de la formulation de la norme habilitant l'autorité publique. Lorsque ainsi les notions sont mentionnées conjointement, comme c'est par exemple le cas dans le cadre des exceptions expressément admises à la libre circulation, les deux notions doivent en principe être distinguées (en ce sens v. CJCE, 10 juill. 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, spéc. pt. 33, au sujet de mesure visant à sécuriser l'approvisionnement de l'Irlande en produits pétroliers), la seconde apparaissant comme plus spécifique que la première, et tendant à être comprise comme visant la protection de la collectivité contre un type identifié de menace, tandis que la première aurait, par contraste, une vocation résiduelle, s'opposant à un type indéterminé de désordres, ou plus largement, ce que l'on répugne à nommer autrement. Lorsque la norme habilitante, singulièrement une norme non-écrite, est axée sur la notion d'ordre public, la seconde se subsume sous la première, comme c'est le cas en droit administratif et droit constitutionnel français.

¹¹⁰⁶ « § 1er.- *Les dispositions des traités ne font pas obstacle aux règles ci-après:*

a) *aucun État membre n'est tenu de fournir des renseignements dont il estimerait la divulgation contraire aux intérêts essentiels de sa sécurité,*

b) *tout État membre peut prendre les mesures qu'il estime nécessaires à la protection des intérêts essentiels de sa sécurité et qui se rapportent à la production ou au commerce d'armes, de munitions et de matériel de guerre; ces mesures ne doivent pas altérer les conditions de la concurrence dans le marché intérieur en ce qui concerne les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires.*

§. 2. - *Le Conseil, statuant à l'unanimité sur proposition de la Commission, peut apporter des modifications à la liste, qu'il a fixée le 15 avril 1958, des produits auxquels les dispositions du paragraphe 1, point b), s'appliquent.*

¹¹⁰⁷ On rattache traditionnellement au principe de coopération loyale, et plus particulièrement à l'obligation de faciliter l'accomplissement par l'Union de sa mission (article 4 § 3, alinéa 3 TUE), celle de fournir toute information aux institutions. L'obligation de mettre à la disposition de la Commission les documents nécessaires à la vérification de la régularité du transfert des ressources propres de la Communauté en est un exemple (pour une application v. CJUE, 1^{re} ch., 4 mars 2010, *Commission c. Portugal*, C-38/06, pt. 70).

(exhaustive¹¹⁰⁸) a été fixée par la décision du Conseil 15 avril 1958¹¹⁰⁹. Il s'agira en pratique de faire échec aux règles européennes de concurrence, aux dispositions relatives aux marchés publics ou encore à la politique commerciale commune¹¹¹⁰, étant néanmoins précisé que, pour « *les produits non destinés à des fins spécifiquement militaires* » les conditions de la concurrence dans le marché intérieur doivent être préservées¹¹¹¹.

Des clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation et des clauses de sécurité des articles 346 et 347 qui permettent, lorsque leurs conditions sont remplies, aux Etats membres de faire échec à leurs obligations en vertu du droit primaire et du droit dérivé, se distinguent, fonctionnellement, les clauses d'ordre public qui marquent une limite au pouvoir des institutions européennes.

¹¹⁰⁸ TPICE (3ème ch. élargie), 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni Spa c. Commission*, T-26/01, Rec. p. II-3951, spéc. pt. 61.

¹¹⁰⁹ Cette décision n'a pas été publiée, mais son contenu a été dévoilé dans la réponse à la question écrite posée par le député européen Bart STAES au Conseil à propos de l'article 296, paragraphe 1, point b) CE (JOCE, n° C 364 E, du 20 déc. 2001, p. 85). Les matériels en question sont les suivants : « § 1^{er}.- *Armes à feu portatives et automatiques, telles que fusils, carabines, revolvers, pistolets, mitraillettes et mitrailleuses, à l'exception des armes de chasse, pistolets et autres armes à petit calibre, d'un calibre inférieur à 7 mm.* § 2.- *Matériel d'artillerie et lance-fumées, gaz, flammes, tels que ; a) canons, obusiers, mortiers, pièces d'artillerie, armes antichars, lance-roquettes, lance-flammes, canons sans recul ; b) matériel militaire pour le lancement des fumées et des gaz.* § 3. - *Munitions destinées aux armes reprises aux points 1 et 2 ci-dessus.* § 4.- *Bombes, torpilles, roquettes et engins guidés : a) bombes, torpilles, grenades, y compris les grenades fumigènes, pots fumigènes, roquettes, mines, engins guidés, grenades sous-marines, bombes incendiaires ; b) appareils de détection à usage militaire, spécialement conçus pour la manutention, l'amorçage, le désamorçage, la détonation ou la détection des articles repris sous a) ci-dessus.* § 5.- *Matériel de conduite du tir à usage militaire : a) calculateurs de tir et appareils de pointage en infrarouges et autre matériel de pointage de nuit ; b) télémètres, indicateurs de position, altimètres ; c) dispositifs d'observation électroniques, gyroscopiques, optiques et acoustiques ; d) viseurs de bombardement et hausses de canons, périscopes pour les articles repris dans la présente liste.* § 6.- *Chars et véhicules spécialement conçus pour l'usage militaire : a) chars ; b) véhicules de type militaire, armés ou blindés, y compris les véhicules amphibies ; c) trains blindés ; d) véhicules militaires semi-chenillés ; e) véhicules militaires de dépannage des chars ; f) remorques spécialement conçues pour le transport des munitions énumérées aux points 3 et 4.* § 7.- *Agents toxiques ou radioactifs : a) agents toxiques biologiques ou chimiques et agents radioactifs adaptés pour produire en cas de guerre des effets destructifs sur les personnes, les animaux ou les récoltes ; b) matériel militaire pour la propagation, la détection et l'identification des substances reprises sous a) ci-dessus ; c) matériel de protection contre les substances reprises sous a) ci-dessus.* § 8.- *Poudres, explosifs et agents de propulsion liquides ou solides : a) poudres et agents de propulsion liquides ou solides spécialement conçus et fabriqués pour le matériel repris aux points 3, 4 et 7 ci-dessus ; b) explosifs militaires ; c) compositions incendiaires et gélifiants pour usage militaire.* § 9.- *Navires de guerre et leurs équipements spécialisés : a) navires de guerre de toutes espèces ; b) équipements spécialement conçus pour le mouillage, la détection et le dragage des mines ; c) filets sous-marins.* § 10.- *Aéronefs et leurs équipements à usage militaire.* § 11.- *Matériel électronique pour l'usage militaire.* § 12.- *Appareils de prise de vues spécialement conçus pour l'usage militaire.* § 13.- *Autres équipements et matériel.* § 14.- *Parties et pièces spécialisées du matériel repris dans la présente liste pour autant qu'elles ont un caractère militaire.* § 15.- *Machines, équipement et outillage exclusivement conçus pour l'étude, la fabrication, l'essai et le contrôle des armes, munitions et engins à usage uniquement militaire repris dans la présente liste* ».

¹¹¹⁰ V. les exemples cités par Luc WEITZEL, « Art. 296 CE », in Isabelle Pingel (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, 2010, p. 1821-1826.

¹¹¹¹ Par conséquent, l'achat d'hélicoptères « à double usage » doit respecter les règles communautaires relatives à la passation des marchés publics : CJCE (grande chambre), 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Augusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173, spéc. pts 45-48. Sur l'interprétation restrictive que reçoit aujourd'hui l'article 346, paragraphe 1, lettre b, v. plus largement Gillian ARNOUX, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de défense*, Th. dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, spéc. p. 21-149.

Paragraphe II : L'ordre public comme limite au pouvoir des institutions

313. Ayant toutes deux pour objet de préserver la compétence étatique en matière d' « *ordre public* », la réserve de l'article 72 TFUE, qu'il faut lire en lien avec l'article 276 TFUE qui vient limiter la compétence juridictionnelle de la Cour à l'égard des actes des États membres en matière de coopération répressive, et la clause d'identité nationale de l'article 4, paragraphe 2 TUE doivent néanmoins être distinguées.

314. L'article 72 TFUE. – Dès lors que les questions formant l'objet l'actuel « *espace de liberté, de sécurité et de justice* », pris dans son versant publiciste, ayant trait au franchissement des frontières intérieures, à l'immigration des ressortissants d'États tiers et à la coopération répressive se sont trouvées « *mises en commun* » dans le cadre du 3^e pilier de l'Union, pour certaines, et « *communautarisées* », pour d'autres, les rédacteurs des Traités ont éprouvé le besoin de signifier formellement que, ce qu'on peut désormais indubitablement qualifier d'attribution de compétences à l'Union¹¹¹², laissait néanmoins intacte la compétence des États membres en matière de police des comportements.

Trouvant son origine dans les dispositions, successivement, des Traités de Maastricht et d'Amsterdam, l'art. 72 TFUE énonce ainsi que « [les dispositions du Traité relatives à l'ELSJ] *ne port[ent] pas atteinte à l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure.* »

A la différence des clauses d'ordre public et de sécurité précédemment exposées, qui ont pour objet d'autoriser les États membres à déroger à leurs obligations en vertu des Traités, l'art. 72 TFUE opère, en amont, au stade de la répartition des compétences.

A ce titre, il n'est jamais que l'expression sous une forme synthétique (et voulue énergique) de la répartition qui s'infère déjà des dispositions aménageant la compétence de l'Union relativement au versant sécuritaire de l'ELSJ. Car si cette compétence est « *partagée*¹¹¹³ » et

¹¹¹² C'est en effet une émergence progressive que celle de l'ELSJ. Antérieurement, ces questions, auxquelles il faut ajouter la coopération en matière civile, relevaient partiellement du droit de l'Union au sens ancien de droit intergouvernemental et partiellement du droit communautaire. Si le Traité de Maastricht n'avait inclus que la politique des visas dans le pilier communautaire, le restant formant l'objet du troisième pilier de l'Union, intitulé « Justice et affaires intérieures », le Traité d'Amsterdam, qui marque formellement la naissance du concept de l'ELSJ, avait, ainsi qu'il est bien connu, procédé à un vaste mouvement de « communautarisation » de la matière, laissant seulement demeurer la coopération policière et judiciaire en matière pénale dans le pilier intergouvernemental. Faisant disparaître la structuration en piliers et attribuant à l'Union la personnalité juridique, le Traité de Lisbonne place unitairement l'ELSJ dans le giron de la compétence européenne, et le soumet à un régime normalisé du point de vue institutionnel (sur cette banalisation relative, v. Henri LABAYLE, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt *van Gend en Loos* ? », in Cour de justice de l'Union européenne, Actes du colloque organisé le 13 mai 2013 à l'occasion du 50^e anniversaire de l'arrêt *van Gend en Loos*, Office des Publications de l'Union européenne, 2013, p. 197-203).

¹¹¹³ Comme l'indique expressément l'art. 4 § 2, lit. j TFUE.

limitée, c'est l'objet même de l'institution de l'ELSJ que de doter l'Union de pouvoirs normatifs en matière de police des comportements ou, si l'on veut, « *d'ordre public*¹¹¹⁴ ».

Le Professeur LABAYLE l'a clairement exprimé à propos de l'ex. art. 64 § 1 CE, qui constituait l'antécédent de l'actuel art. 72 TFUE dans le pilier communautaire : « *Il s'agit donc bien d'un critère de délimitation entre la compétence nationale et la compétence communautaire, quelle qu'en soit pourtant la perméabilité. Paradoxalement en effet, un certain nombre de questions touchant à l'ordre public national sont d'ores et déjà directement ou indirectement saisies par la législation communautaire. [...] Il s'agit en réalité moins d'interdire la règle communautaire que d'en affirmer la fragilité et le caractère secondaire au regard du droit interne* »¹¹¹⁵.

Comme exemple d'intervention européenne en matière de police, il citait, en matière migratoire, la fixation commune d'une liste de pays soumis à visas, dont il a déjà été question dans l'introduction¹¹¹⁶. Très symbolique, compte tenu de la « *fonction expressive* » du droit pénal¹¹¹⁷, est encore la compétence attribuée à l'Union pour « *établir des règles minimales relatives à la définition des infractions pénales et des sanctions* », à titre autonome (ce sont les « *eurocrimes* » de l'article 83-1° TFUE) ou à titre accessoire, en vue d'assurer la mise en œuvre efficace d'une politique européenne substantielle (article 83-2° TFUE)¹¹¹⁸. Toute symbolique qu'elle soit, cette compétence en matière pénale requiert néanmoins

¹¹¹⁴ V. Yves GAUTIER V° « Ordre public », *Rép. dr. eur.*, août 2004, spéc. n° 72 et s., qui parle d'une « *européanisation de l'ordre public* ». Cette attribution de compétence n'exclut cependant pas les discussions sur le choix de la base juridique adéquate pour un instrument participant de la police des comportements. V. à ce titre les solutions contraires retenues au sujet de la directive facilitant l'échange transfrontalier d'informations concernant les infractions en matière de sécurité routière par la Cour de justice (article 91 TFUE, relatif à la politique des transports) et l'Avocat général BOT (article 87 TFUE, relatif à la coopération en matière policière) : CJUE gde ch., 6 mai 2014, *Commission c. Parlement européen et Conseil*, C-43/12 et les obs. critiques de Valérie Michel, *Europe* 2014, comm. 290.

¹¹¹⁵ Henri LABAYLE, « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in Marianne Dony et Emmanuelle Bribosia (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles : éd. de l'ULB, 2002, p. 73-105, spéc. p. 88-89. V. aussi, à propos de l'ex art. 33 UE, Jean-Marie DELARUE, « Titre VI Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale », in Isabelle Pingel (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, 2010, p. 127-212, spéc. p. 159 : « [Cet article] *donne une précision qui n'est pas juridiquement utile* ».

¹¹¹⁶ *Supra* n° 67.

¹¹¹⁷ Sur laquelle v. Audrey DARSONVILLE, « L'ordre public en droit pénal », *op. cit.*, spéc. p. 288 : par cette fonction « *le droit pénal expose à la société quelles sont les valeurs sociales dont il souhaite assurer la conservation au moyen de la sanction pénale* ».

¹¹¹⁸ Sur la distinction entre ces deux types d'harmonisation, v. les contributions au colloque Geneviève GIUDICELLI-DELAGE et Christine LAZERGUE (dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du Traité de Lisbonne*, SLC, 2012.

l'intermédiation matérielle et, surtout, structurelle des États membres¹¹¹⁹, ces derniers se montrant soucieux de conserver leur monopole de la contrainte légitime sur leur territoire¹¹²⁰.

En pratique, la volonté exprimée par les États membres de conserver leur compétence intacte, en dépit de l'attribution opérée au bénéfice de l'Union, s'est traduite par l'aménagement, dans les actes adoptés dans le cadre de l'ELSJ, de limitations axées sur la notion d'ordre public ou d'autres qui lui sont proches. Comme l'a écrit Mme PICALER à propos de l'ex. article 64 CE, cette disposition « *semble devoir être comprise comme s'adressant au législateur communautaire exclusivement* », lequel « *n'a d'ailleurs pas manqué d'insérer des réserves d'ordre public dans la quasi-totalité des règlements ou directives dérivés du titre IV du traité CE* »¹¹²¹.

Pour s'en tenir à des dérogations ayant fait l'objet d'une interprétation jurisprudentielle, on citera l'article 21, sous a), du règlement 562/2006, dit « *code frontières Schengen* », qui dispose que la suppression du contrôle aux frontières intérieures ne porte pas atteinte à l'exercice des compétences de police par les autorités compétentes de l'État membre en vertu du droit national, dans la mesure où l'exercice de ces compétences n'a pas un effet équivalent à celui des vérifications aux frontières¹¹²².

Opérant, selon la doctrine au stade de la répartition des compétences entre l'Union et ses États membres, l'article 72 TFUE ne paraît pas avoir lui-même d'effet dérogatoire propre, en ce sens qu'il pourrait servir de fondement aux États membres pour déroger à leurs obligations en vertu du droit de l'Union, au-delà de ce que prévoient les mécanismes spécifiquement aménagés à cette fin par le droit dérivé¹¹²³ ou le droit primaire¹¹²⁴.

¹¹¹⁹ Sur cette idée, v. *supra* nos 238-243.

¹¹²⁰ V. encore récemment les réticences des parlements nationaux suscitées par la proposition de règlement instituant un Parquet européen (17 juillet 2013, COM (2013) 534 final) : sur ce point, v. Stefano MANACORDA, « Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen », *RSC* 2013, p. 927.

¹¹²¹ « Ordre public et droit communautaire. - Communautarisation des réserves d'ordre public », *J.-Cl. Europe Traitée*, fasc. 650, 5 février 2007, spéc. n° 96. *Adde*, en matière de politique des transports, le règlement (CE) n° 549/2004 du 10 mars 2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen (JO L 96 du 31 mars 2004, p. 1) dont le préambule met particulièrement en lumière l'idée que l'interaction inéluctable des compétences nationales en matière de police et, plus largement, de sécurité et des compétences de l'Union a vocation à se résoudre par l'aménagement de dispositifs dérogatoires dans les actes de droit dérivé. Ainsi, le considérant 22 de ce règlement affirme sa volonté de ne pas porter atteinte « à la compétence qu'ont les États membres d'adopter des dispositions relatives à l'organisation de leurs forces armées », mais constate dans le même temps que cette compétence pourrait amener ces derniers « à prendre des mesures permettant à leurs forces armées de disposer d'un espace aérien suffisant pour maintenir un niveau de formation et d'entraînement adéquat », mesures susceptibles d'interférer avec le règlement pour en tirer la conclusion qu'« il convient donc de prévoir une clause de sauvegarde pour permettre l'exercice de cette compétence », prévue en l'occurrence à l'article 13 du dispositif.

¹¹²² Sur cette disposition : CJUE, 2^e ch., 19 juill. 2012, *Adil*, C-278/12 PPU ; CJUE, gde ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Rec. p. I-5667.

¹¹²³ *Comp.* la position plus nuancée de M. Hans-Holger HERRNFELD, « Art. 72 TFUE », in Jürgen Schwarze (dir.), *EU-Kommentar*, 3^e éd., Nomos/Helbing Lichtenhahn/falcutas.wuv, 2012, p. 999-1004, spéc. p. 1000-1001. L'auteur estime,

Si l'article 72 paraît dénué d'effet dérogatoire propre, en revanche, l'expression, dans cette disposition, de la volonté des États membres de préserver leur compétence en matière de police des comportements, conduit à attribuer à cette dernière le qualificatif de « réservée », au sens que nous avons défini plus haut, d'une compétence tout à la fois retenue et formellement reconnue comme telle dans les Traités¹¹²⁵. C'est en ce sens qu'il faut comprendre, nous semble-t-il, la qualification par la Cour de justice de l'article 72 TFUE de « réserve » d'ordre public¹¹²⁶. Surtout, et à la différence des autres compétences nationales réservées par le Traité, la compétence en matière de police des comportements a ceci de spécifique qu'elle est corrélée à une limitation de la compétence juridictionnelle de la Cour prévue par l'article 276 TFUE¹¹²⁷. Aux termes de cette disposition, la Cour de justice n'est pas, dans le cadre de ses attributions concernant la mise en œuvre de l'aspect pénal de l'espace de liberté, de sécurité et de justice, « compétente pour vérifier la validité ou la proportionnalité d'opérations menées par la police ou d'autres services répressifs dans un État membre, ni pour statuer sur l'exercice des responsabilités qui incombent aux États membres pour le maintien de l'ordre public et la sauvegarde de la sécurité intérieure. »

Déjà réservée par les ex-articles 33 UE et 64 CE, la compétence étatique en matière de police des comportements se trouve en outre, depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne, comme sublimée par la clause d'identité nationale de l'article 4, paragraphe 2 TUE.

d'une part, que l'art. 72 TFUE pourrait exceptionnellement (« *im Ausnahmefall* ») fonder des dérogations aux actes adoptés dans le cadre de l'ELSJ, lorsque les exigences du « *maintien de l'ordre public et de la sauvegarde de la sécurité intérieure* » l'exigeraient. Confirmant ce caractère exceptionnel, il affirme d'autre part, que l'article 72 TFUE ne saurait, d'une manière générale, justifier que les États membres substituent leur propre appréciation des exigences de l'ordre public aux décisions prises par l'Union dans le cadre de ces compétences en s'abstenant de mettre en œuvre les actes adoptés ou en prétendant maintenir des dispositions plus protectrices alors que l'harmonisation opérée serait maximale (« *Die Vorschrift berechtigt die Mitgliedstaaten auch nicht dazu, generell eigene Bewertungen der Frage, ob gesetzgeberische Maßnahmen im Hinblick auf die Aufrechterhaltung der öffentlichen Ordnung und den Schutz der inneren Sicherheit erforderlich sind, an die Stelle der von der Union im Rahmen ihrer Kompetenzen getroffenen Entscheidungen zu stellen und unter der Berufung auf den « ordre public » etwa auf de Umsetzung von EU-Gesetzgebungsakten zu verzichten oder – soweit ein Unionsrechtsakt eine Frage abschließend regelt- weitergehende eigene Regelungen zu treffen* » (c'est l'auteur qui souligne). Les deux affirmations sont difficilement conciliables, sauf à admettre que l'art. 72 TFUE pourrait être invoqué à l'appui du « *jeu subsidiaire* » des mécanismes d'ordre public abductif, sur lequel v. *infra* n° 455 et s.).

¹¹²⁴ Il faut à cet égard comparer les conclusions de l'avocat général BOT et la motivation de la Cour dans l'affaire *Josemans* (CJUE, 16 déc. 2010, *Josemans*, C-137/09 : *Europe* 2011, comm. 2, obs. Anne RIGAUX), dont on se souvient qu'elle concernait la mesure du maire de Maastricht réservant l'accès des « *coffee-shops* » de la ville aux résidents néerlandais, dans le but de lutter contre le tourisme de la drogue. Alors que l'avocat général fondait explicitement cette mesure sur le droit reconnu à l'État membre, voire l'obligation faite à ce dernier, de maintenir son ordre public par l'article 72 TFUE et la considérait à ce titre comme justifiée, la Cour a choisi une ligne d'argumentation plus classique, en examinant la justification de cette entrave à la libre prestation de services aux regards des dérogations propres à la libre circulation, sans se référer aux dispositions générales des Traités.

¹¹²⁵ V *supra* n. 816.

¹¹²⁶ *Melki et Abdeli*, préc., pt. 64.

¹¹²⁷ V. Géraldine BACHOUÉ-PEDROUZO, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, préf. Henri Labayle, Institut universitaire Varenne, 2013, spéc. n° 398, qui voit dans cette restriction la « *traduction judiciaire* » de l'art. 72 TFUE.

315. La clause d'identité nationale. – Alors que, dans son ancienne version, l'exigence de respecter l'identité nationale s'énonçait sèchement (« *l'Union respecte l'identité nationale de ses États membres* ») à l'alinéa 3 de la disposition « *fourre-tout* » de l'article 6 UE¹¹²⁸, le nouvel article 4 UE, dont la rédaction est reprise, peu ou prou, de l'art. I-5 TECE, traduit une certaine conception de la nature de la construction européenne¹¹²⁹, où la clause d'identité nationale de l'alinéa 2 est articulée au principe de compétence attribuée ou peut-être plus exactement à son double négatif, la *Kompetenz-kompetenz* des États membres, contenu à l'alinéa 1¹¹³⁰ et au principe de coopération loyale, contenu à l'alinéa 3.

Surtout, les éléments constitutifs de l'identité nationale ont été précisés, à l'initiative du Groupe de travail V « *Compétences complémentaires* » de la Convention sur l'avenir de l'Europe¹¹³¹, et plus particulièrement de son président Henning CHRISTOPHERSEN¹¹³², dans le but de « *rassurer les citoyens* » face à une Union qui donnerait le sentiment de « *ne fai[re] qu'accroître ses compétences*¹¹³³ ». Outre la référence à l'identité nationale, dont il est suggéré qu'elle renvoie, strictement considérée, aux « *structures fondamentales politiques et constitutionnelles* » des États membres, « *y compris [...] l'autonomie régionale* »¹¹³⁴, il est ainsi affirmé que l'Union respecte « *les fonctions essentielles de l'État, notamment celles qui ont pour objet d'assurer son intégrité territoriale, de maintenir l'ordre public et de*

¹¹²⁸ V., au sujet de l'art. F UE, tel qu'il résultait du Traité de Maastricht, qui a introduit la clause, Yves DOUTRIAUX, *Le Traité sur l'Union européenne*, Armand Colin, 1992, spéc. p. 96.

¹¹²⁹ En ce sens, v. Marc BLANQUET, « Article I-5 », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 96-106., spéc. n° 5, qui estime que cette disposition a une signification « *essentielle* », dans la mesure où elle participe de la définition de la nature juridique de l'Union. V. aussi Armin HATJE, « Art. 4 TUE », in Jürgen Schwarze (dir.), *EU-Kommentar, op. cit.*, p. 73-100, spéc. n° 3 : « *Zugleich verdeutlicht die Norm den föderalen Charakter der Union, ohne dabei ein bestimmtes Föderalismuskonzept zugrunde zu legen [...]. Vielmer soll die Bestimmung grundlegende Konflikte in einem politischen Mehrebenensystem moderieren, welches auf eine enge Kooperation der beteiligten Akteure angewiesen ist.* [Dans le même temps, cette disposition [l'article 4, alinéa 2 TUE] met en lumière le caractère fédéral de l'Union, sans pour autant prendre parti pour un concept déterminé du fédéralisme (...). Cette disposition a davantage pour objet d'arbitrer les conflits constitutifs d'un système politique multi-niveaux, lequel dépend d'une étroite coopération des acteurs impliqués (traduction libre)] ».

¹¹³⁰ L'alinéa 1, qui dispose que « *conformément à l'article 5, toute compétence non attribuée à l'Union dans les traités appartient aux États membres* ». Notons qu'il s'agit d'un ajout par rapport à l'art. I-5 TECE, significatif de l'attachement, martelé, des États membres à leur compétence et au cantonnement corrélatif de celle de l'Union.

¹¹³¹ Travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, Rapport final du Groupe de travail V « *Compétences complémentaires* », 31 octobre 2002, CONV 375/02, spéc. p. 10-12.

¹¹³² Sur cette genèse, v. Valérie MICHEL et Jean-Paul DE LA RICA, « Les compétences dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad Constantinesco, Yves Gautier et Valérie Michel (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et Commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, p. 281-310, spéc. p. 307-308.

¹¹³³ Travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, Note de synthèse de la réunion du 17 juillet 2002, CONV 209/02, p. 3. Dans ce but, l'alternative a été préférée à celle d'une liste de compétences des États membres (qui suggérerait, à rebours du droit positif, que c'est l'Union qui attribue les compétences nationales) ou d'une charte des droits des États membres (Note de synthèse de la réunion du 6 septembre 2002, CONV. 251/02, p. 3).

¹¹³⁴ Pour une utilisation, v. les arguments du gouvernement espagnol dans l'arrêt du CJUE 2^e ch., 3 septembre 2014, *Commission c. Espagne*, C-127/12.

sauvegarder la sécurité nationale ». Et la dernière phrase de cet alinéa 2 de marteler « *en particulier, la sécurité nationale reste de la seule responsabilité de chaque État membre*¹¹³⁵. »

Placée dans les dispositions liminaires du TUE, ce nouvel hommage aux « *fonctions essentielles* » de l'État peut être vu comme la matrice des autres références faites dans le TFUE, à l' « *ordre public national* », pris au sens de la police des comportements¹¹³⁶.

A vrai dire, c'est cependant moins le respect proclamé pour les seules « *fonctions essentielles* » de l'État qui retient l'attention de la doctrine que la « *clause d'identité nationale* » tout entière, voire la seule référence à l' « *identité constitutionnelle* » des États membres, laquelle a fait l'objet de nombreuses études¹¹³⁷. Ainsi pris dans son ensemble, il semble exclu que l'article 4-2° TUE puisse constituer, *per se*, un moyen pour les États membres de déroger à leurs obligations en vertu des Traités¹¹³⁸. La disposition n'en est pas moins dépourvue de toute portée. La doctrine y voit en effet un principe régulateur des compétences de l'Union, à l'instar du principe de subsidiarité¹¹³⁹, dont le non respect pourrait fonder l'illégalité d'un acte de droit dérivé¹¹⁴⁰. Surtout, les auteurs soulignent que la mise en cause des structures ou valeurs constitutionnelles joue, de longue date et le plus souvent de manière implicite, une fonction de modulation du contrôle par la Cour de justice de la compatibilité du droit national¹¹⁴¹. C'est tout particulièrement le cas dans le cadre du contentieux des entraves à la libre circulation, où, les États membres évoquant de plus en plus souvent expressément l'article 4-2 TUE¹¹⁴², la référence sert soit à établir le caractère

¹¹³⁵ Il s'agit, là aussi, d'un ajout de la CIG, opéré sur demande du Royaume-Uni. Sur cet ajout, v. Gilles DE KERCHOVE, « Quels progrès pour la sécurité ? », in Christine Kaddous et Marianne Dony (dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne : dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2010, p. 103-111, spéc. p. 110.

¹¹³⁶ La filiation, paradoxalement rétrospective, est fréquemment soulignée. V. par exemple Rafaëlle MAISON, « Les fonctions essentielles de l'État », *op. cit.*, spéc. p. 227.

¹¹³⁷ Une thèse vient d'ailleurs d'y être consacrée : v. François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, av.-propos Jean-Louis Debré, préf. Bruno de Witte et Gérard Marcou, LGDJ, Bibliothèque constitutionnelle et de sciences politiques, 2013. V. aussi son étude sur « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des États membres dans les traités sur l'Union européenne », *RAE* 2013/2, p. 329-343.

¹¹³⁸ Explicitement en ce sens v. Valérie MICHEL et Jean-Paul DE LA RICA, « Les compétences dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe », *op. cit.* p. 308. V. aussi le Rapport final (CONV 375/02) du Groupe de travail V « Compétences complémentaires » de la Convention sur l'avenir de l'Europe, selon lequel cette disposition « *ne constitu[e] pas une clause dérogatoire. Les États membres demeurent tenus de respecter les dispositions du Traité* » (p. 11).

¹¹³⁹ V. François-Xavier MILLET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, p. 173 et s.

¹¹⁴⁰ La jurisprudence en admet la possibilité à tout le moins théorique en répondant au moyen tiré de l'insuffisante considération apportée à l'identité constitutionnelle nationale, sans que, à notre connaissance, elle ne l'ait jamais trouvé fondé : v. CJUE, ord., 1^{er} octobre 2010, *Affatato*, C-3/10, Rec. p. I-121, spéc. pt. 41 ; CJUE, gde ch., 17 juillet 2014, *Torresi*, aff. jtes C-58/13 et C-59/13, spéc. pts 55-59.

¹¹⁴¹ En ce sens, v. Dominique RITLENG, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in Jean-Christophe Barbato et Jean-Denis Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux États membres de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2010, p. 21-47 ; Denys SIMON, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pédone, 2011, p. 27-43.

¹¹⁴² Pour un exemple récent de cette invocation, parfois un peu trop prompt, v. CJUE 2^e ch., 3 septembre 2014, *Commission c. Espagne*, C-127/12, spéc. pts 42 et 61-62.

« *légitime* » du but poursuivi par la mesure nationale¹¹⁴³, soit au stade de l'appréciation de la proportionnalité de cette dernière¹¹⁴⁴.

Les clauses d'ordre public des Traités recensées, il convient d'examiner comment, à sa manière, le droit de l'Union rend compte de l'objet spécifique de l'« *ordre public* » au sens de la police des comportements.

Section II : L'objet spécifique de l'ordre public visé

316. A sa manière, le droit de l'Union rend compte de l'objet propre de l'ordre public pris au sens de la police des comportements ou, plus largement (car il faut y inclure, à l'échelle de l'État, la dimension externe de la sécurité), opérant dans l'ordre des faits.

317. Dans les Traités constitutifs, l'existence de cette distinction, à laquelle correspond d'ailleurs la dualité difficilement réductible de l'ELSJ entre un versant public et un versant privé, se manifeste à la lecture conjointe des articles 67 et 72 TFUE, placés tous deux dans les « *dispositions générales* » relatives à l'ELSJ.

318. En effet, alors que l'article 72, dont le contenu vient d'être exposé, vise l'ordre public au sens de la police des comportements, l'article 67 TFUE, selon lequel « [l]'Union constitue un espace de liberté, de sécurité et de justice dans le respect des droits fondamentaux et des différents systèmes et traditions juridiques des États membres » peut être vu comme le fondement constitutionnel de l'exception d'ordre public, pris au sens, cette fois, de la limite à l'effet donné dans un ordre juridique à une norme étrangère, insérée dans les instruments de droit dérivé adoptés en matière de conflit de lois et de juridictions.

La distinction entre les versants public et privé de l'ELSJ, et, corrélativement, entre les deux types de mécanismes d'ordre public qui trouvent à y jouer, était d'ailleurs mieux reflétée dans la systématique de l'ancienne version des Traités puisque, nonobstant l'écartèlement du

¹¹⁴³ Sur la question de savoir si la notion d'« *intérêt légitime* », apparue dans la jurisprudence récente constitue ou non un concept autonome, concurrent des motifs de justification des entraves traditionnellement admis, dérogations textuelles et exigences impératives ou raisons impérieuses d'intérêt général, v. Brunessen BERTRAND, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe* 2012, Etude 1, spéc. n^{os} 7-13.

¹¹⁴⁴ Pour des références explicites, v. : s'agissant de la protection de la langue nationale, CJUE, 2^e ch., 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, Rec. p. I-3787, spéc. pt. 86 et s. ; CJUE, gde ch., 24 mai 2011, *Commission c. Luxembourg (notaires)*, C-51/08, Rec. p. I-4231, spéc. pt. 124 ; CJUE, gde ch. 16 avril 2013, *Anton Las*, C-202/11, pts 25-27 ; s'agissant de l'interdiction, de rang constitutionnel, de l'utilisation de titres de noblesse, CJUE, 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, Rec. p. I-13693, spéc. pt. 92 ; s'agissant de la répartition des compétences, entre le *Bund* et les *Länder* allemands, CJUE, 3^e ch., 12 juin 2014, *Digibet*, C-156/13, spéc. pt. 34.

versant public entre les 1^{er} et 3^e pilier¹¹⁴⁵, la réserve d'ordre public de l'ancien article 64 § 1 CE, faisait immédiatement suite aux dispositions relatives à la politique migratoire (art. 62 et 63), laissant comme en dehors celles relatives à la coopération judiciaire en matière civile (art. 65)¹¹⁴⁶.

319. La distinction entre les mécanismes d'ordre public visant à appréhender des comportements matériels et ceux visant à assurer la cohérence de l'ordre juridique, appréhendé dans sa dimension normative, est encore reflétée par la jurisprudence de la Cour de justice relative à la mise en œuvre des clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation. La systématique des libertés de circulation exige en effet qu'une mesure nationale qui serait discriminatoires ne peut se trouver justifiée que par un recours aux dérogations expressément prévues par le Traité, à l'exclusion de la théorie jurisprudentielle des raisons impérieuses/impératives d'intérêt général¹¹⁴⁷. Il en résulte une relative mais nécessaire délimitation de la notion d'ordre public. Ainsi, par exemple, dans le cadre du bloc contentieux relatif au détachement de travailleurs, les mesures nationales relatives au contrôle de l'entrée et du séjour des travailleurs ressortissants d'États tiers, qui appréhendent la circulation en ce qu'elle a de matériel, relèvent, aux yeux de la Cour, de l'ordre public au sens de l'art. 62 par renvoi à l'art. 52-1^o TFUE¹¹⁴⁸. En revanche, l'application des lois de police sociales de l'État d'accueil, qui appréhende le phénomène dans son aspect normatif, elle, ne peut se revendiquer de cette dérogation, et peut seulement se prévaloir, à condition d'opérer sans discrimination, de la raison impérieuse tenant à la protection des travailleurs et la lutte contre la concurrence déloyale¹¹⁴⁹.

¹¹⁴⁵ Dans ce cadre, qui concernait, rappelons-le, la coopération répressive, la réserve d'ordre public était prévue à l'art. 33 UE.

¹¹⁴⁶ D'une façon un peu différente, la structure de l'art. 4-2^o TUE reflète l'existence d'une distinction entre les choix axiologiques et téléologiques opérés, indépendamment des mécanismes juridiques qui en rendent compte, par les Etats membres (« *les structures fondamentales politiques* ») et les valeurs prises en charge par le biais des mécanismes d'ordre public du droit public (« *les fonctions essentielles de l'État* »).

¹¹⁴⁷ Sur la systématique des libertés de circulation, v. les références citées *supra* n. 354.

¹¹⁴⁸ V. par exemple, CJCE, 21 sept. 2006, *Commission. c. Autriche*, C-168/04, la justification ayant en l'espèce été rejetée, en raison de son automaticité.

¹¹⁴⁹ V. CJCE gde ch., 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, spéc. pt. 118. V. toutefois l'arrêt *Sayn Wittgenstein* (préc.), où la Cour opère une confusion conceptuelle entre ces deux types d'ordre public. Rappelons que, dans cette affaire, la Cour a jugé que le refus des autorités autrichiennes de reconnaître un jugement allemand d'adoption en ce qu'il attribuait à l'adoptée, ressortissante autrichienne, le titre nobiliaire de l'adoptant allemand, quoique constitutif d'une entrave à la libre circulation du citoyen (art. 21 TFUE) était néanmoins justifié par des considérations d'ordre public (pt. 84 et disp.). C'est naturellement d'ordre public pris comme limite à l'effet d'une norme externe, non d'ordre public au sens de la police des comportements qu'il était question ici, l'entrave résultant de la mise en œuvre par les autorités autrichiennes de leur exception d'ordre public, au sens du droit international privé. Mais, sans doute abusée par l'homonymie, la Cour reprend dans ce cadre la définition des conditions de recours à la clause d'ordre public qu'elle a forgée, à propos de mesures de haute police, dans le cadre de la libre circulation des personnes, selon laquelle « *l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société* ». Étant entendu que la notion justificative pertinente dans le cadre de l'art. 21 TFUE est, en l'absence de référence

320. Conclusion du Titre. – Au terme ce double exposé de droit national et de droit de l'Union, il apparaît que la notion d' « *ordre public* » visée par les Traités constitutifs renvoie à des phénomènes juridiques que l'on regroupe souvent sous l'intitulé « *ordre public sécuritaire* » en droit public. Ainsi, les mesures que le droit constitutionnel et le droit administratif interne regardent comme participant de l'objectif de « *sauvegarde de l'ordre public* », sont appréhendées en droit de l'Union comme relevant de l'exercice d'une compétence réservée et comme éventuellement constitutives de dérogations expressément admises dans son champ d'application. En droit public, comme en droit de l'Union, cet « *ordre public* » est compris comme renvoyant à un état de fait qu'il convient de préserver afin de permettre le développement de la vie sociale.

expresse des dispositions relatives à la citoyenneté à celle d'ordre public, celle de « *considérations objectives indépendante de la nationalité* », une citation de la définition de l' « *ordre public* » donnée dans le cadre de l'espace judiciaire européen (v. *Krombach*, préc.) eût été, à tout prendre, plus appropriée. La confusion, cependant, est traditionnelle : v. par exemple Guy CHESNÉ, *L'établissement des étrangers en France et la Communauté européenne*, préf. Yvon Loussouarn, LGDJ, 1962, p. 156 et s.

321. Conclusion de la première Partie. – Cette première partie avait pour objet, selon la démarche progressive qui est la nôtre, d'étudier de manière analytique les différents phénomènes juridiques habituellement désignés sous l'expression « *ordre public* » ayant fait l'objet d'une européanisation.

Conformément aux directives méthodologiques que nous nous sommes fixées, nous avons, à cette fin, procédé aux regroupements que l'expérience interne paraissait suggérer.

322. Ainsi, dans un premier titre, nous avons rendu compte du mode opératoire des mécanismes où la notion d' « *ordre public* » joue le rôle de charnière entre des normativités d'origines différentes, à titre principal, en droit international privé, en droit civil et en droit de l'arbitrage. Dans le titre suivant, nous avons rendu compte de l'usage de la notion d'ordre public dans le cadre de la délimitation de l'office du juge, c'est-à-dire du très fuyant « *moyen d'ordre public* ». Enfin, dans un dernier titre, nous avons abordé les phénomènes désignés par l'expression « *ordre public* » qui, en droit français, relèvent du droit de la police administrative, du droit pénal et du contrôle de constitutionnalité des lois restrictives des libertés publiques et qui, dans l'ordre juridique de l'Union, peuvent se revendiquer des clauses d'ordre public contenues dans les Traités constitutifs.

323. La confrontation de la longue tradition interne et du regard plus neuf que porte le droit de l'Union sur ces phénomènes juridiques aura été riche d'enseignements. Au-delà de ces catégories, que nous n'avions admises que comme point de départ, de nouvelles lignes de force se dégagent, créant de l'unité là où l'on semblait devoir distinguer et, au contraire, suggérant de nouvelles oppositions là où l'on pensait devoir regrouper.

Ainsi, sous la distinction initialement opérée entre des ordres publics qui s'opposent à ce que les organes de l'ordre juridique attachent un effet de droit à une situation jugée contraire aux valeurs ou aux objectifs sociétaux de ce dernier et un ordre public conçu comme état de paix propre à permettre le développement harmonieux de la vie sociale, n'y-a-t-il pas, au fond, le seul et même souci du droit de rendre la réalité conforme à ce qu'il estime désirable ?

Au contraire, à l'aune de cet impératif très général, des oppositions se dessinent. Tantôt, il s'agira pour l'organe de l'ordre juridique de réagir à une situation qui se présente à lui. C'est, par exemple, l'appréciation menée par le juge de la conformité de la loi étrangère déclarée applicable au litige à l'ordre public international du for. C'est encore l'appréciation par l'autorité de police administrative générale des risques de troubles à l'ordre public que représente la tenue d'un spectacle. Tantôt, au contraire, le droit aura pris les devants et inscrit

au cœur de la règle l'état de fait qu'il entend réaliser. C'est, par exemple, la loi de police qui impose la rédaction dans la langue nationale des contrats de travail à exécuter sur le territoire de l'État. C'est encore l'incrimination pénale qui condamne un comportement très précisément défini.

Ainsi, nourrie de la double expérience du droit national et du droit de l'Union, l'approche analytique de l'ordre public aura rempli sa mission. De ces éléments pour le moment encore relativement disparates, dont se dégage surtout une impression, il convient désormais d'opérer la synthèse.

Partie II : L'approche synthétique de l'ordre public

324. Objet de la partie. Division. – Les différents mécanismes d'ordre public pris dans l'orbite du droit de l'Union viennent d'être décrits individuellement. Nous voudrions maintenant en présenter un exposé global qui rende compte de leur fonction, au sens usuel du terme, dans l'ensemble « *droit* »¹¹⁵⁰ et, ce faisant, questionner la spécificité qu'on leur reconnaît généralement.

Pour mener à bien cette synthèse, il sera nécessaire de nous placer à un niveau conceptuel propre à rendre compte, en deçà du contenu prescriptif propre à chaque règle de droit, du substrat de cette dernière¹¹⁵¹ et, sous les différentes techniques choisies pour réaliser ces conceptions, de la nature du raisonnement que la mise en œuvre de ces dernières appellent. A cette fin, les concepts propres de la science juridique devront être relayés par d'autres relevant plus largement des sciences humaines¹¹⁵².

Ce travail de réduction permettra de constater que, à l'instar du restant du phénomène juridique, les mécanismes d'ordre public protègent les valeurs consacrées dans un ordre juridique et que cette protection appelle, de la part de l'agent de la réalisation, un raisonnement de nature soit plutôt déductive, soit, et par contraste, plutôt abductive. L'opposition faite entre des mécanismes d'ordre public axés sur un raisonnement déductif et des mécanismes axés un raisonnement abductif, c'est-à-dire ceux dans le cadre duquel la référence à l'« *ordre public* » signe le recours à la technique dite du « *standard* », conduira cependant à souligner la fonction particulière de ces derniers, en tant que point d'affleurement le plus direct des valeurs en droit, au sein des différentes méthodes employées pour la réalisation de ces valeurs.

¹¹⁵⁰ *Le nouveau Petit Robert*, 2014, V° « Fonction », sens B – 1 : « *Rôle caractéristique que joue une chose dans l'ensemble dont elle fait partie* ».

¹¹⁵¹ Selon la définition qu'en donne le LALANDE (*Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2006, V° « Substrat » ou « Substratum »), l'expression « *substrat* » ou « *substratum* » désigne « *ce qui sert de support à une autre existence, considérée comme un mode ou un accident* ». En ce sens, « *l'idée exprimée par ce mot est très voisine de l'idée de substance [...]* ». Cependant, « *substance se dit plutôt de l'être complet, ou du moins de l'être déterminé, déterminé par quelques attribut ; substratum d'une réalité dont on affirme rien si ce n'est sa présence 'derrière' ou 'sous' les phénomènes* ».

¹¹⁵² Sur cette nécessité, v. *supra* n. 293.

Aussi bien, reprenant la distinction entre contenu et contenant¹¹⁵³, nous rendrons compte de cette spécificité relative des mécanismes d'ordre public en les envisageant d'abord dans leur dimension matérielle (Titre I), puis dans leur dimension méthodologique (Titre II).

¹¹⁵³ V. *supra* n^{os} 12-20.

TITRE I : LA SPÉCIFICITÉ MATÉRIELLE RELATIVE DE L'ORDRE PUBLIC

325. Objet du chapitre. Division. – Nous voudrions ici démontrer que, pris dans leur dimension matérielle, les mécanismes d'ordre public ne se distinguent pas fondamentalement du restant du phénomène juridique : ils visent comme toute règle ou procédé à protéger les valeurs consacrées dans un ordre juridique.

326. Cette idée d'une absence de spécificité des mécanismes d'ordre public quant à leur contenu peut sembler *a priori* insolite, tant est ancrée dans les esprits la conviction que l'« *ordre public* » exprime « *l'essence d'une société*¹¹⁵⁴ » et, par conséquent, viserait à protéger seulement certaines considérations, à l'exclusion d'autres.

327. Aussi surprenante puisse-t-elle paraître, cette idée n'est cependant pas totalement inédite. En droit des actes juridiques par exemple, la démonstration a été faite par Mme PÉRÈS que la règle supplétive était tout autant que la règle impérative l'« *expression d'un modèle axiologique* », le « *reflet des vues idéales de l'ordre juridique*¹¹⁵⁵ », et qu'aucun « *critère matériel* » ne permettait de distinguer ces deux catégories de normes¹¹⁵⁶, le choix entre ces deux qualifications procédant « *d'une œuvre pratique d'opportunité consistant à se demander s'il est souhaitable de reconnaître aux sujets de droits telle(s) ou telle(s) forme(s) de liberté individuelle plutôt qu'une autre*¹¹⁵⁷ ». En droit international privé, l'idée d'une distinction seulement technique et non matérielle entre règle impérative et règle supplétive est d'ailleurs attestée par la circonstance que, comme il est trop peu souvent souligné, au bénéfice de la métaphore des « *cercles concentriques*¹¹⁵⁸ », une règle supplétive peut bel et bien étayer le recours à l'exception d'ordre public international¹¹⁵⁹, de même qu'elle peut être qualifiée de loi de police¹¹⁶⁰.

¹¹⁵⁴ François TERRÉ, « Rapport introductif », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3-12, spéc. p. 4.

¹¹⁵⁵ Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, préf. G. Viney, LGDJ, 2004, n° 593, p. 577.

¹¹⁵⁶ *Ibid.*, n°s 332-335, p. 300-303

¹¹⁵⁷ *Ibid.* n° 335, p. 303.

¹¹⁵⁸ Selon l'analyse doctrinale classique, l'impérativité d'une règle, son caractère d'« *ordre public interne* », constitue une condition absolument nécessaire mais non suffisante pour être qualifiée d'« *ordre public international* », de telle sorte que « *si l'on veut exprimer en une figure géométrique l'ordre public en droit interne et en droit international privé, il faut les schématiser non en deux cercles sécants, mais en deux cercles concentriques, le premier étant représenté par le plus grand cercle et le second par le plus petit* » (Yvon LOUSSOUARN, Pierre BOUREL et Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, Précis, 2013, n° 378, p. 357).

¹¹⁵⁹ En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 434, p. 244-245, qui s'appuie sur l'arrêt *Consorts Vialaron* de la Cour de cassation (Cass. I^{re} civ., 24 fév. 1998, *op. cit.*) ayant écarté, au nom du principe d'égalité entre époux contenu à l'article 5 du protocole n° 7 à la CEDH, l'application des dispositions de l'ancien régime légal suisse dit « *d'union des biens* », imposant de déclarer le mari propriétaire de tous les biens matrimoniaux à l'exception des apports de la femme, alors pourtant que, ainsi que l'avait souligné la Cour d'appel, les dispositions correspondantes de la loi française « *autoris[ai]ent*

Dans le même ordre d'idée a été avancé, dans la doctrine internationaliste, que la règle de conflit, d'une part, et les mécanismes dérogatoires que sont l'exception d'ordre public et les lois de police, d'autre part, ont un même substrat, appelé « *but social des lois* », et que le recours à ces mécanismes constitue une étape transitoire avant la correction d'une règle de conflit insuffisamment adaptée aux exigences du droit matériel du for et des États étrangers poursuivant un but similaire¹¹⁶¹.

328. Il devient alors urgent de prendre position sur la nature des considérations protégées par les mécanismes d'ordre public. Nous mènerons cette démonstration en deux temps.

Dans un premier temps, nous montrerons que, nonobstant la pluralité des termes généralement employés (« *valeurs* », « *objectifs* », « *intérêts* »), avec ou sans autres précisions, pour désigner les considérations protégées par le droit en général et par les mécanismes d'ordre public en particulier c'est bel et bien la notion de « *valeur* » qui, en ultime ressort, au stade où la réduction n'est plus possible, rend compte de la réalité sous-jacente à la règle de droit. À l'état élémentaire, les valeurs se présentent ainsi comme le « *substrat*¹¹⁶² » du droit (Chap. I).

Ceci établi, il nous faudra encore réfuter l'idée selon laquelle les mécanismes d'ordre public se distingueraient des autres techniques juridiques en ce qu'ils ne protégeraient *que certaines valeurs*, singulièrement les plus importantes. Une telle conception procède d'une compréhension erronée de ce que peut être la (ou plus généralement une) « *hiérarchie des valeurs* ». La démonstration de l'absence de spécificité matérielle des mécanismes d'ordre public passe donc, dans un second temps, par une étude de l'articulation des valeurs entre elles (Chap. II).

les parties à déroger au partage égal » et s'affirmaient ainsi comme supplétives. V. aussi Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance*, op. cit., spéc. n. 69, p. 35-36, qui remarque que « *la technique de la supplétivité est loin d'être aussi bénigne qu'on le dit parfois. En effet, le bénéfice de la règle qui en est dotée pourrait faire l'objet d'un renoncement négocié en possible contrepartie d'un avantage équivalent. Cet aspect de la supplétivité montre bien ce que pourrait avoir de choquant une disposition étrangère imposant une inégalité à titre impératif lorsque la lex fori ne permettait cette inégalité qu'à titre de dérogation conventionnelle à une règle supplétive* ».

¹¹⁶⁰ V. *supra* n° 189.

¹¹⁶¹ Andreas BUCHER, « L'ordre public et le but social des lois », *RCADI* 1993, t. 239, p. 9-116. Sur la fonction correctrice de la méthode des lois de police, en vue de permettre la réalisation des « *objectifs généraux du droit des conflits de lois* », v. aussi Vincent HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », in *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, in *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, Tome I, Livre II, 30 décembre 2008, spéc. n° 70.

¹¹⁶² V. la définition de cette notion *supra* n. 1151.

Chapitre I : Les valeurs à l'état élémentaire

329. Position du problème. Objet de la démonstration – L'idée selon laquelle les valeurs forment le soubassement du droit est plus souvent incidemment formulée¹¹⁶³ ou implicitement postulée¹¹⁶⁴ que frontalement revendiquée¹¹⁶⁵. Bien plus, dès lors qu'elle est énoncée explicitement, l'affirmation que, non seulement l'ordre public, mais plus généralement tout le droit serait la traduction de valeurs à l'honneur dans la société, suscite des réserves, de différents ordres¹¹⁶⁶.

330. La première tient à ce que la référence aux valeurs éveille immédiatement « *un soupçon de jusnaturalisme* »¹¹⁶⁷. A cet égard, il nous faut tout de suite préciser que notre propos n'est pas de nous demander si une règle de droit pourrait voir sa validité remise en cause du fait de sa non conformité à certaines valeurs jugées hautement désirables en dehors des procédures ménagées à cet effet par le droit positif, mais simplement de dire que les normes juridiques procèdent des valeurs.

Ces réserves tiennent ensuite essentiellement à ce que les juristes, à la suite des sociologues, tendent à réserver le qualificatif de valeurs uniquement aux « *idéaux collectifs* »¹¹⁶⁸, aux « *principes régulateurs des meilleures fins humaines* »¹¹⁶⁹, à l'exclusion de considérations plus triviales. Ainsi, est-on porté à ne voir de valeurs que dans certaines règles,

¹¹⁶³ V. par exemple Jean-Louis BERGEL (*Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012, n° 23, p. 31) qui, se proposant de recenser les « *finalités du droit* », observe en préalable qu'« *on est tenté de renoncer à l'examen des valeurs que poursuit et consacre le droit, tant elles sont multiples, diverses, fuyantes et subjectives, de crainte de masquer les éléments essentiels, constants et permanents de la pensée et de la techniques juridique* ». Nous soulignons.

¹¹⁶⁴ Traditionnellement, la question de la place des valeurs en droit était traitée sous l'angle des rapports du droit et de la morale, laquelle renvoie, historiquement, à des valeurs spécifiques : les valeurs chrétiennes. A ce sujet, v. les ouvrages classiques de Georges RIPERT, *Les forces créatrices de droit*, LGDJ, 1955 ; *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949. Plus récemment, v. Dominique BUREAU, France DRUMMOND et Dominique FENOUILLET (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011 et spécialement les propos introductifs du Professeur FENOUILLET (p. 1-26), qui constate que, si la référence à la morale chrétienne décline, de nouvelles « *valeurs* » apparaissent en droit contemporain.

¹¹⁶⁵ V. cependant Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2^e éd., Sirey, 1951 (rééd. préf. David Deroussin, Dalloz, 2005) ; Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préf. Michel Villey, LGDJ, 1982.

¹¹⁶⁶ Comp. Mouloud BOUMGHAR, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. Emmanuel Decaux, Pédone, 2010, spéc. n° 210, qui relève que, si les sociologues s'accordent à considérer les valeurs comme « *le soubassement des normes de conduite* », l'attitude des juristes est plus ambivalente, la référence aux valeurs en droit n'étant pas toujours acceptée.

¹¹⁶⁷ Pour reprendre l'expression du Professeur Stéphane PIERRÉ-CAPS (« *La constitution comme ordre de valeurs* », in *La constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283-296, spéc. p. 287). Cette défiance est ancienne : ainsi RIPERT écrivait-il à propos la volonté du positivisme normativiste de rejeter toutes les données de la vie sociale dans le « *méta-juridique* » que « *peut-être obscurément la crainte demeur[ait] dans certains esprits que la valeur de la loi ne soit discutée par la considération de forces antérieures à sa création et qui subsisteraient contre elle* » (*Les forces créatrices*, op. cit., n° 27).

¹¹⁶⁸ V° « Valeurs », in Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd., PUF, Quadrige, 2004, p. 663-670, spéc. p. 662.

¹¹⁶⁹ Phillippe PHARO V° « Valeurs (sociologie) », in *Encyclopedia Universalis* [en ligne], consulté le 11 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/valeurs-sociologie>.

singulièrement constitutionnelles¹¹⁷⁰ ou pénales, à l'exclusion d'autres, dont le contenu paraît de prime abord strictement technique, telle que les règles de la circulation routière¹¹⁷¹. Sur la base de cette conception élitiste des valeurs on sera encore poussé à distinguer les règles animées de considérations matérielles, économiques, d'une part, et celles qui seraient par contraste inspirées de valeurs plus nobles, d'autre part¹¹⁷².

331. Tout ancrée dans les esprits qu'elle soit, cette conception élitiste des valeurs n'est pas justifiée. Afin de la repousser, nous prendrons pour point de départ le travail de M. REMY¹¹⁷³. En effet, ayant remarqué que la doctrine recourait aux notions de « valeur » et d'« objectif » pour rendre compte des considérations à l'œuvre dans le cadre de l'exception d'ordre public international et du mécanisme des lois de police, l'auteur a été amené à proposer une analyse de portée générale du rapport de ces notions au droit, d'une part, et de leur articulation mutuelle, d'autre part.

332. A ces deux premières méta-notions, il faut cependant en ajouter une troisième, celle d'« intérêt », que nous avons déjà rencontrée dans le cadre de l'étude analytique des mécanismes d'ordre public¹¹⁷⁴ et dont il est plus largement fait usage pour rendre compte des « forces sociales » sous-jacentes à la règle de droit¹¹⁷⁵. C'est, singulièrement, le programme de l'*Interessenjurisprudenz* en Allemagne que d'avoir promu la notion comme grille de

¹¹⁷⁰ Le thème des valeurs est récurrent en droit constitutionnel. En Allemagne, la Cour constitutionnelle a de longue date qualifié la Loi fondamentale d'« ordre objectif de valeurs » (*Wertordnung*) : BVerfG, 24 fév. 1971, *Mephisto* : BVerfGE, 30, p. 173 ; BVerfG, 25 fév. 1975, *Schwangerschaftsabbruch I* : BVerfGE, 39, p. 1. En droit de l'Union, on ne compte plus les publications dont le titre fait référence aux « valeurs de l'Union », depuis que, le Traité de Lisbonne ayant en cela repris une innovation du Traité établissant une constitution pour l'Europe, celles-ci sont proclamées à l'article 2 TUE, là où le Traité ne visait antérieurement que des « principes fondateurs ». En droit constitutionnel français, la thématique des valeurs tend à se diffuser, ainsi qu'en atteste par exemple l'intitulé « *La constitution et les valeurs* » donné aux *Mélanges Lavroff* précités.

¹¹⁷¹ Ainsi, si Mme FABRE-MAGNAN (*Introduction générale au droit*, 2^e éd., PUF, Licence, 2011) pose en principe que le droit « repose nécessairement sur des choix de valeurs » (p. 159), l'affirmation ne concerne que certaines règles : certes, « la plupart expriment des valeurs présentes dans la société à un moment donné », mais d'autres « n'ont rien à voir avec le bien et le mal (conduire à droite par exemple) » (p. 25).

¹¹⁷² C'est dans cette veine que se situe la dénonciation selon laquelle le droit de l'Union, en faisant du « libre-échange » le principe et en reléguant, *via* les dérogations qu'il prévoit au principe de libre circulation « la défense d'interdits » au niveau national a provoqué « un renversement de la hiérarchie des valeurs » : v. Jean-Sylvestre BERGÉ, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas *Blood* », *Europe* 1999, chron. 12, qui cite à cet égard Marie-Ange HERMITTE, « L'illicite dans le commerce international des marchandises » in Philippe Kahn et Catherine Kessedjian (dir.), *L'illicite dans le commerce international*, Litec, CREDIMI, 1996, p. 109-175, spéc. p. 163.

¹¹⁷³ *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, *op. cit.*

¹¹⁷⁴ Nous avons vu, particulièrement, que l'opposition entre « intérêt privé » et « intérêt public » ou encore « général » était au cœur du débat sur la qualification d'une disposition comme étant une loi de police (v. *supra* n° 183 et s.) ou d'un moyen comme étant d'ordre public (v. *supra* Part. I, Titre II).

¹¹⁷⁵ Pour reprendre l'expression des Professeurs KEGEL et SCHURIG (*Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 133) : « *Interessen sind [...] die hinter einer Rechtsnorm stehenden, teils parallelen, teils gegensätzlichen, einander verstärkenden oder dämpfenden abstrakten gesellschaftlichen 'Kräfte', sozusagen die Vektoren der Rechtsbildung* [Les intérêts sont ces « forces » sociales abstraites sous-jacentes à la norme juridique qui, tantôt convergentes, tantôt contradictoires, se renforcent et se neutralisent mutuellement, en un mot, les vecteurs de l'élaboration de la norme] » (ce sont les auteurs qui soulignent).

lecture de la réalité sociale envisagée, à l'usage de l'auteur ou de l'interprète de la règle de droit¹¹⁷⁶.

333. Le droit de l'Union, précisément, fait un usage remarquable de ces trois notions de « valeur », « objectif » et « intérêt », que ce soit dans les Traités ou dans la motivation des actes de droit dérivé ou des décisions de la Cour de justice. Pour s'en tenir, à ce stade, aux dispositions proéminentes des Traités, on mentionnera l'article 2 TUE, qui proclame les « valeurs » de l'Union¹¹⁷⁷ et l'article 3 TUE qui contient une longue énumération des « buts » (« objectifs » aux termes de l'ex-article 2 UE)¹¹⁷⁸, de cette dernière, constituant chacun une déclinaison de l'objectif général d'intégration¹¹⁷⁹ et eux-mêmes précisés dans les dispositions matérielles du TFUE, qui listent les objectifs spécifiquement poursuivis dans le cadre de l'exercice des compétences attribuées¹¹⁸⁰. La notion d'« intérêt » apparaît elle aussi à plusieurs reprises, dans les Traités, pour désigner, alternativement, ceux de l'Union, des États membres et des citoyens. Opérant la synthèse des trois notions, on citera à cet égard l'article 13 TUE, relatif au cadre institutionnel de l'Union, qui assigne aux institutions la tâche de « promouvoir [les] valeurs [de l'Union], poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres [...] ».

¹¹⁷⁶ Pour des références en français sur cette méthode, v. Miche FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. I : *Les fondements*, Cujas, 1977, spéc. p. 210 et s.; Michel BUERGISSE et Jean-François PERRIN, « *Interessenjurisprudenz*, Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1 : *Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint Louis, 1990, p. 327-353.

¹¹⁷⁷ Soit le « respect de la dignité humaine », la « liberté », l'« égalité », la « démocratie », l'« Etat de droit », le « respect des droits de l'homme, y compris des personnes appartenant à des minorités ». Sur cette disposition, v. Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Article I-2 TECE », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade et Fabrice Picod (dir.), *Traité établissant une constitution pour l'Europe. Partie I et IV « Architecture institutionnelle »*. *Commentaire article par article*, Bruylant, 2007, p. 50-59. Plus largement, sur les valeurs de l'Union, v. Laurence POTVIN-SOLIS (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2014.

¹¹⁷⁸ Sur cette disposition, v. Loïc AZOULAI, « Art. I-3. Les objectifs de l'Union », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 60-77. Plus largement, sur les objectifs de l'Union, v. Eleftheria NEFRAMI (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne, 2013.

¹¹⁷⁹ Ce que rappelle la formulation (plus) synthétique de l'avis 2/13 (préc.) de la Cour de justice : « La poursuite des objectifs de l'Union, tels que rappelés à l'article 3 TUE, est, pour sa part, confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence. Ces dispositions, s'insérant dans le cadre d'un système propre à l'Union, sont structurées de manière à contribuer, chacune dans son domaine spécifique et avec ses caractéristiques particulières, à la réalisation du processus d'intégration qui est la raison d'être de l'Union elle-même » (point 172, nous soulignons).

¹¹⁸⁰ Par exemple, selon des termes inchangés depuis 1957, l'intervention du législateur au titre de la politique agricole commune se doit de chercher à « accroître la productivité de l'agriculture en développant le progrès technique, en assurant le développement rationnel de la production agricole ainsi qu'un emploi optimum des facteurs de production, notamment de la main-d'œuvre », « assurer ainsi un niveau de vie équitable à la population agricole, notamment par le relèvement du revenu individuel de ceux qui travaillent dans l'agriculture », « stabiliser les marchés », « garantir la sécurité des approvisionnements, et enfin « assurer des prix raisonnables dans les livraisons aux consommateurs » (article 39, al. 1 TFUE).

Dans le cadre du droit de l'Union, le recours à ces méta-notions s'explique aisément, compte tenu des caractères spécifiques de ce dernier. « *Droit sans passé, aux origines et aux auteurs multiples*¹¹⁸¹ », et, pourrait-on ajouter, aux « *auditoires* » multiples¹¹⁸², l'auteur de la norme européenne se trouve en effet incité, d'une part, à justifier particulièrement les solutions qu'il retient, au regard du principe de compétence attribuée¹¹⁸³, et, d'autre part, à mettre à jour, pour ce faire, les considérations élémentaires protégées par la règle de droit, en deçà des concepts juridiques attachés à l'une ou l'autre des traditions juridiques des États membres.

334. Sur ces bases, la réfutation de l'idée selon laquelle seules certaines règles de droit seraient porteuses de valeurs s'opérera en deux temps. Tout d'abord, nous montrerons la nécessité d'opter pour une définition compréhensive de la notion, qui restaure le jugement de valeur dans sa fonction de *medium* entre la perception de la réalité matérielle et la formulation d'une norme. Ensuite, nous montrerons que les notions d' « *objectif* » et d' « *intérêt* » ne font que dériver, à des titres différents, de cette appréciation fondamentale.

Nous envisagerons ainsi, successivement les valeurs dans leur statut de substrat du droit (Sec. I) et les objectifs et les intérêts dans leur statut de dérivés des valeurs (Sec. II).

Section I : Les valeurs comme substrat irréductible du droit

335. Sociologues définissant les valeurs comme des « *idéaux collectifs*¹¹⁸⁴ » ou juristes faisant des « *valeurs sociales* » la fin ultime du droit¹¹⁸⁵, tous se situent à l'échelle du groupe. Pourtant, afin de saisir la nature des valeurs enchâssées dans la norme juridique, il est nécessaire de distinguer entre valeurs collectives, imputables au groupe social, et valeurs individuelles, celles de tout un chacun, comme celles de celui qui prend part à l'élaboration de la norme.

¹¹⁸¹ Loïc AZOULAI, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in Pascal Mbongo et Antoine Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne, Colloques, 2009, p. 153-169, spéc. p. 161.

¹¹⁸² Sur la notion d'auditoire, empruntée à PERELMAN, v. *infra* n^{os} 347-349 et *infra* n^o 414 et s.

¹¹⁸³ Ce principe, ajouté à celui d'équilibre institutionnel, rend particulièrement aigu le problème dit du « *choix de la base juridique* » des actes de droit dérivé, lequel s'effectue, selon la célèbre formule de l'arrêt dit « *Dioxyde de titane* » (CJCE, 17 mars 1993, *Commission c/ Conseil*, C-155/91: *GACJUE*, t. I, n^o 26) à la lumière « *du but et du contenu* » de l'acte (pt. 10). Sur cette jurisprudence toute en subtilités, v. Anne WACHSMANN, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe* 1993, étude 1, p. 1-5 ; Christian KOHLER et Jean-Charles ENGELS, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe* 2007, étude 1.

¹¹⁸⁴ V. Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, V^o « Valeurs », *loc. cit.*, les auteurs attribuant cette définition à la « *sociologie classique* ».

¹¹⁸⁵ V. Paul ROUBIER, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, *op. cit.*

De ce point de vue, de la même manière que la relation entre valeurs individuelles et valeurs collectives est à double sens (Par. I), il existe un rapport dialectique entre valeurs individuelles et collectives dans le cadre du processus de décision juridique (Par. II).

Paragraphe I : La distinction entre les valeurs individuelles et valeurs collectives

336. Approfondissant l'analyse des rapports des valeurs au droit, M. GRZEGORCZYK¹¹⁸⁶ et à sa suite M. REMY ont fourni une définition à double détente, de celles-ci, envisageant le phénomène d'abord au plan individuel, puis au plan collectif¹¹⁸⁷. Nous reprendrons cette approche progressive, en précisant successivement et les modalités d'existence des valeurs individuelles (A) et des valeurs collectives (B).

A. La notion de valeurs individuelles

337. Valeurs individuelles.— Assurément, les valeurs individuelles constituent la manifestation la plus tangible du phénomène. On peut rendre compte du processus d'« acquisition » des valeurs par un individu¹¹⁸⁸. Le système axiologique propre à chacun se forme ainsi, tout le long de la vie, par l'expérimentation directe des situations et, plus encore, sous l'influence des différentes instances socialisatrices avec lequel le sujet interagit¹¹⁸⁹. La pluralité de ces dernières et le caractère plus ou moins interactif des différents modes de socialisation permettent ainsi d'expliquer, d'une part, que les valeurs d'un même individu puissent évoluer dans le temps et, d'autre part, la divergence qui peut exister entre les valeurs d'un individu donné et les valeurs dominantes dans la société auquel il appartient¹¹⁹⁰.

Ainsi acquises, les valeurs se manifestent au plan individuel de manière « *quasi-physiologique*¹¹⁹¹ » ; on parle de « *reflexe axiologique*¹¹⁹² ». Selon la définition qu'en a donnée Benjamin REMY, les valeurs individuelles ne sont en effet rien d'autre que « *les sensations positives que le sujet associe à la représentation d'un certain type d'état des*

¹¹⁸⁶ Christophe GRZEGORCZYK, *La théorie générale des valeurs et le droit*, op. cit.

¹¹⁸⁷ Benjamin REMY, op. cit..

¹¹⁸⁸ *Ibid.*, p. 181-184.

¹¹⁸⁹ Les sociologues distinguent à ce titre deux grands types de socialisation, correspondant à différentes instances socialisatrices : la *socialisation primaire*, qui est le fait de la famille et de l'école, dans les premiers âges de la vie, et la *socialisation secondaire*, qui est le fait des différents groupes d'appartenance de l'individu au cours de la vie (milieu professionnel, associations...) et des médias. Sur ce sujet, v. Claude DUBAR, V° « Socialisation », in Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui et Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Puf, Quadriges, 2005, p. 647-650.

¹¹⁹⁰ *Hiatus* que les sociologues appellent, « *déviance* » ou, à un degré moindre, « *variance* ».

¹¹⁹¹ Benjamin REMY, op. cit., n° 335.

¹¹⁹² Christophe GRZEGORCZYK, op. cit., p. 144.

*choses*¹¹⁹³ ». A ce titre, la notion a une portée tout à fait générale : pour un individu donné, les « *vacances au ski* » seront tout autant une valeur que la « *démocratie* », par exemple. Virtuellement, il y a autant de valeurs, ou, dans le cas d'une sensation négative, de rejet comme valeur, que d'objets sur lequel une évaluation est portée¹¹⁹⁴.

Phénomène observable de façon tangible au niveau individuel, les valeurs ont cependant également un mode d'existence, plus difficile à concevoir, au plan collectif.

B. La notion de valeurs collectives

338. Après avoir établi l'existence des valeurs collectives comme « *fait social* » (1) nous verrons cependant que, en tant que tel, il n'est possible d'en rendre compte qu'au travers du prisme nécessairement déformant de révélateurs. (2).

1) *L'existence des valeurs collectives*

339. Les valeurs collectives comme fait social. – N'étant pas un organisme, un groupe social n'est pas lui-même capable de ces sensations positives ou négatives qui manifestent le phénomène axiologique au plan individuel. Néanmoins, pour M. GRZEGORCZYK et M. REMY, l'existence de valeurs imputables non plus à l'individu, mais à un groupe social déterminé se conçoit bel et bien, sous cette modalité d'existence particulière qui est celle des « *faits sociaux* »¹¹⁹⁵.

Les valeurs collectives se présentent ainsi, si l'on se réfère à la définition durkheimienne du fait social, comme un phénomène lié à l'existence du groupe mais distinct de la somme des consciences individuelles¹¹⁹⁶. Avec l'antropomorphisme qui les caractérise très souvent,

¹¹⁹³ Benjamin REMY, *loc. cit.*

¹¹⁹⁴ Pour le Professeur GRZEGORCZYK (*op. cit.*), le concept de valeurs recouvre d'ailleurs aussi bien les évaluations « *intellectualisées* » (p. 136 et s.), que les sensations qui ont une composante organique plus marquée, voire qui procèdent de réflexes, qu'il appelle, par contraste, « *valeurs vitales* » (p. 127 et s.). Dans cette perspective, sont constitutives de valeurs, aussi bien la sensation positive qu'un individu attache au fait de se sustenter lorsqu'il a faim, que la préférence qu'il accorde à tel plat par rapport à un autre.

¹¹⁹⁵ V. Christophe GRZEGORCZYK, *op. cit.*, p. 161 et s ; Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 336-337.

¹¹⁹⁶ DURKHEIM, à qui l'on doit l'introduction du concept dans les sciences sociales, définissait plus exactement les faits sociaux comme « *des manières d'agir, de penser et de sentir* » caractérisées, d'une part, par leur extériorité par rapport « *aux consciences individuelles* » et, d'autre part, par la « *force coercitive* » qu'ils exercent ou sont susceptibles d'exercer sur ces consciences (Emile DURKHEIM, *Les règles de la méthode sociologique*, Félix Alcan, 1895, spéc. p. 6). Ce dernier élément, tenant au caractère contraignant des faits sociaux, mérite d'être relativisé. S'il a une indéniable part de vérité, *via* le processus de socialisation, on reproche à DURKHEIM de méconnaître, en faisant systématiquement primer le social sur l'individu, la part proprement humaine des activités sociales, et de s'interdire par là d'expliquer les processus d'innovation. Sur ces aspects v. Claude JAVEAU, V° « *Fait social* », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 1^{er} novembre 2013. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/fait-social> ; Philippe BESNARD et Raymond BOUDON, V° « *Durkheim Emile (1858-1917)* », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 12 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/emile-durkheim/>.

beaucoup de développements consacrés à l'ordre public procèdent de l'intuition de ce niveau d'existence des valeurs. Ainsi, l'invitation du Doyen CARBONNIER à deviner, sous l'ordre public, « *la société* », « *une femme, nous dit-il, une mère, Durkheim l'a rencontrée*¹¹⁹⁷ ». Ou encore la comparaison faite par le Professeur STRUYCKEN entre « *communautés juridiques* », c'est-à-dire, chez lui, l'ordre juridique en tant qu'il est « *organiquement lié* » à la société¹¹⁹⁸, et les hommes : « *Les communautés juridiques ressemblent à des hommes [...]. Tout comme les hommes, elles ont le sens de l'honneur et du respect de soi-même [...]. Elles ont déterminé les valeurs et les principes auxquels elles attribuent un haut rang et d'autres de moindre rang [...]. Ces valeurs et principes sont déterminants pour leur conscience de soi et pour leur identité, dans leurs propres yeux et dans les yeux des autres. Ces valeurs de haut rang constituent leurs points d'honneur*¹¹⁹⁹ ».

340. Les valeurs collectives comme phénomène « auto-transcendant ». – Si, comme l'affirmait le Professeur CARBONNIER, un « *brin d'antropomorphisme* » aide à « *mieux faire couler les concepts* »¹²⁰⁰, il paraît cependant plus satisfaisant pour l'esprit d'expliquer l'existence des valeurs collectives en recourant à la notion d'« *auto-transcendance* » mise en avant dans sa thèse par le Professeur MEKKI pour rendre compte du caractère, selon lui, à la fois « *transcendant* » et « *immanent* » de l'intérêt général¹²⁰¹. Comme celle de transcendance, la notion d'auto-transcendance permet en effet de rendre compte la différence de nature existant entre le phénomène collectif, ici les valeurs collectives, et la somme des phénomènes individuels, ici les jugements de valeur propres à chacun, tout en soulignant opportunément que ce bond qualitatif n'est pas le fruit d'une intervention extérieure, à l'existence douteuse, mais, précisément, le résultat du jeu social lui-même¹²⁰².

¹¹⁹⁷ Jean CARBONNIER, « Exorde », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XXème siècle*, Dalloz, 1996, p. 1-2, spéc. p. 2.

¹¹⁹⁸ « L'ordre public de la Communauté européenne », *op. cit.* p. 620.

¹¹⁹⁹ « *L'ordre public c'est cela* », conclut-il (*ibid.*).

¹²⁰⁰ Jean CARBONNIER, « Exorde », *loc. cit.*

¹²⁰¹ Notion qu'il emprunte lui-même à François OST (« Les lois conventionnellement formées tiennent lieu de convention à ceux qui les ont faites », in Philippe GÉRARD, François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *Droit négocié, droit imposé*, Pub. fac. univ. St Louis, 1998, p. 17, spéc. p. 28 et s.) : Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. Jacques Ghestin, LGDJ, 2004, spéc. n° 57.

¹²⁰² La notion d'« *ordre spontané* » de HAYEK (*Droit, législation et liberté*, préf. Philippe Nemo, PUF, Quadrige, 2013) qui lui sert à analyser, entre autres, le système axiologique propre à une société est décrite en termes d'auto-transcendance : « *Ce qu[e] la théorie de l'organisation] néglige de voir [...] est que la seule possibilité du cerveau individuel [pour s'adapter à l'imprévisible] est de s'appuyer sur ces forces supra-personnelles et « auto-organisatrices » qui créent les ordres spontanés* » (p. 155) ; « [les] règles [de conduite se sont] développées parce qu'elles menaient à la formation d'un ordre des activités du groupe comme totalité, ordre qui doit nettement être distingué des régularités dans les actions individuelles bien qu'il résulte de celles-ci » (p. 192). Nous soulignons.

341. Sous cette forme d'existence particulière, les valeurs collectives n'en ont pas moins, ainsi que le souligne le Professeur REMY, une structure identique à celle des valeurs individuelles¹²⁰³ et il est permis de les définir comme *la connotation positive associée par un groupe social déterminé à la représentation d'un état des choses donné*¹²⁰⁴.

2) Les révélateurs des valeurs collectives

342. Si l'on peut ainsi admettre l'existence de valeurs imputable au groupe, comme tout fait social, compte tenu du caractère auto-transcendant du phénomène, celles-ci se laissent cependant difficilement saisir. On peut appliquer ici à la notion de « valeurs collectives » ce que DURKHEIM disait du fait social « domination » : « C'est un phénomène tout moral qui, par lui-même ne se prête pas à l'observation exacte, ni, surtout à la mesure (...) pour [y] procéder, il faut donc substituer au fait interne qui nous échappe, un fait extérieur qui le symbolise et étudier le premier au travers du second¹²⁰⁵ ». Autrement dit, il faut se résigner à ce que, à défaut de pouvoir être identifiées exactement, les valeurs collectives soient seulement approchées au moyen de ce qui ne seraient que des *révélateurs*. Et puisque ces révélateurs ne sauraient rendre compte exactement des valeurs collectives, ce qui importe est moins la netteté de l'image qu'ils livrent de ces dernières que la *pertinence* qui leur est reconnue.

Ainsi, lorsqu'il est question de valeurs « communes¹²⁰⁶ », de valeurs « majoritaires¹²⁰⁷ » ou encore de valeurs « dominantes¹²⁰⁸ », c'est implicitement à des principes de légitimité distincts qu'il est renvoyé. « Valeurs communes » et « valeurs majoritaires » renvoient ainsi à une forme de légitimité statistique : des valeurs partagées par tous les membres du groupe fussent-elles leur plus petit dénominateur commun, pour les premières, et, à défaut d'unanimité, des valeurs partagée par le plus grand nombre, pour les secondes. Quant à l'adjectif « dominant », il renvoie moins à un seuil quantitatif que qualitatif : sont dominantes les valeurs de ceux qui, en fait ou en droit, sont en mesure d'imposer leur opinion aux autres.

¹²⁰³ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 337, p. 186

¹²⁰⁴ *Comp.* la définition du Professeur REMY (*loc. cit.*), pour les valeurs collectives procèdent de « l'association partagée par plusieurs individus (...) entre la représentation d'un état des choses et la représentation d'un sentiment donné ».

¹²⁰⁵ Emile DURKHEIM, *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, 1991, p. 28.

¹²⁰⁶ Ainsi, les valeurs « communes aux Etats membres », de l'article 2 TUE précité.

¹²⁰⁷ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 330.

¹²⁰⁸ Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, V° « Valeurs », *op. cit.*, p. 667.

En pratique, deux grands instruments paraissent s'imposer comme révélateurs des valeurs collectives¹²⁰⁹ : il s'agit de la référence aux règles de droit et de la référence à l' « *opinion publique* ».

343. Règles de droit positif. – Pour DURKHEIM, la règle de droit le révélateur par excellence des faits sociaux en général, en raison de sa fixité et de la garantie d'objectivité qu'elle représente pour le chercheur¹²¹⁰. Edictée par les organes constitutionnellement habilités à le faire cette dernière peut en outre se réclamer d'une légitimité rationnelle-légale¹²¹¹. A ce titre, elle s'impose naturellement, ainsi que nous l'avons constaté plus haut, comme référence au juge lorsqu'il met en oeuvre l'exception d'ordre public¹²¹². Le Professeur REMY souligne la fonction de révélateur assumé par la règle de droit dans ce cas : « [L]orsqu'il est fait référence, dans une décision qui met en oeuvre l'exception d'ordre public à une règle de droit [...], [c'est] de valeurs collectives, et plus précisément des valeurs collectives cristallisées dans cette règle qu'il s'agit¹²¹³ ».

Il arrive cependant que les juristes eux-mêmes pointent le décalage susceptible d'exister, précisément en raison de sa généralité et de sa fixité, entre la règle de droit et avec « *l'évolution des mentalités* »¹²¹⁴. Les développements des manuels de droit international privé consacrés aux « *composantes* » de l'ordre public international en fournissent un exemple. En effet, outre, pour reprendre la célèbre formule de l'arrêt *Lautour*, la « *défense des principes de justice universels considérés dans l'opinion comme doués d'une valeur absolue*¹²¹⁵ », les auteurs relèvent généralement que l'exception d'ordre public international a vocation à sauvegarder les « *politiques législatives du for ne faisant pas l'unanimité dans le corps social*¹²¹⁶ ». L'exemple classique de ce type d'intervention de l'ordre public est le refus le refus de prononcer, jusqu'à la réforme intervenue en 1975, un divorce par consentement

¹²⁰⁹ Il faudrait préciser : s'imposent *hic et nunc*, car la perception de ce qui est susceptible de rendre compte légitimement des valeurs collectives varie certainement en fonction des lieux et des époques.

¹²¹⁰ *Les règles de la méthode sociologique*, *op. cit.*, p. 55 et s. ; et pour une application au fait social « *solidarité* » : *idem*, *De la division du travail social*, *op. cit.*, p. 28.

¹²¹¹ Mise en lumière par Max WEBER : « Les trois types purs de la domination légitime », trad. fr. Elisabeth Kauffmann, *Sociologie*, 3/2014 [vol. 5], p. 291-302 ; *idem*, *Economie et société*, trad. fr. Julien Freund, Pierre Kamnitzer, Pierre Bertrand *e. a.*, sous la dir. de Jacques Chavy et Éric de Dampierre, Plon, Pocket, 1995, t. 1, p. 285-290.

¹²¹² *V. supra* n^{os} 135-137.

¹²¹³ Benjamin REMY, *op. cit.*, n^o 337, p. 185.

¹²¹⁴ Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n^o 372. Déjà, CARBONNIER (*Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2004), tout en reconnaissant l'impact du conseil méthodologique de DURKHEIM sur la sociologie française (p. 12) le nuancait fortement, en soulignant la conception legaliste de celui-ci, qui ne considérait qu'une « *règle de droit coupée de son effectivité, isolée de l'intervention au cas par cas des tribunaux* » (p. 102).

¹²¹⁵ Cass. civ., 25 mai 1948 : *S.* 1949, I, p. 21 ; *GA*, n^o 19. Nous soulignons.

¹²¹⁶ Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *op. cit.*, spéc. n^o 370.

mutuel entre époux dont la loi nationale commune l'aurait permis, alors que, ainsi que le soulignent MM. MAYER et HEUZÉ, l'opinion publique était à l'époque « *probablement moins heurtée par une loi étrangère admettant le divorce par consentement mutuel que par bien des lois françaises*¹²¹⁷ ». C'est admettre, quoique négativement, que les règles de droit ne sont pas tenues comme le révélateur exclusif des valeurs collectives.

344. Opinion publique. – Défini comme l' « *ensemble des représentations de ce qu'est censé penser l'ensemble de la population sur une question d'actualité*¹²¹⁸ », l'opinion publique, telle qu'elle s'incarne l'action collective, les médias ou les sondages¹²¹⁹, se présente alors comme le révélateur alternatif des valeurs collectives.

Il serait cependant naïf de croire que les différentes représentations de l'opinion publique puissent être identifiées aux valeurs effectivement majoritaires. Les sociologues admettent en effet unanimement que, même (et peut-être surtout) dans son incarnation voulue la plus scientifique, les sondages d'opinion, l'opinion publique n'existe pas en tant que réalité objective : tout le monde n'a pas une opinion sur toute question, et quand bien même un avis serait exprimé, ces appréciations de nature et d'intensité variables ne sauraient être sérieusement agrégés¹²²⁰.

Pour cette raison et à la différence de ce qui est valable pour le révélateur « règles de droit », ce qui importe ici, ce n'est pas tant de savoir de quelle légitimité la référence à l'opinion peut se réclamer, que de constater qu'elle est utilisée en pratique comme un outil de légitimation. Philippe BRAUD écrit ainsi : « [I] *opinion publique est un concept né de la nécessité pour le*

¹²¹⁷ *Droit international privé*, 10^e éd., Montchrestien, 2010, n° 200.

¹²¹⁸ Philippe BRAUD V° « Opinion publique », in Guy Hermet, Bertrand Badie, Pierre Birnbaum et Philippe Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8^e éd., Armand Colin, 2015, p. 213-214, spéc. p. 213.

¹²¹⁹ Sur les différentes « instances » de l'opinion publique, dont la détermination dépend de la structuration et le fonctionnement du champ politique, v. Patrick CHAMPAGNE V° « Opinion publique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 13 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/opinion-publique/>.

¹²²⁰ V. le célèbre article de Pierre BOURDIEU : « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes* 1973, p. 1292-1309, reproduit in *Questions de sociologie*, Les Éditions de Minuit, coll. Reprise, 2002, p. 222-235. Dans cet article, Pierre BOURDIEU s'attache à réfuter les trois postulats implicitement engagés dans tout sondage d'opinion et « dans ce type particulier d'enquête d'opinion qu'est la consultation électorale » (p. 234), à savoir 1^o/ que toute le monde peut avoir une opinion, 2^o/ que toutes les opinions se valent et 3^o/ qu'il y a consensus sur les questions qui mérite d'être posées (p. 222). En imposant une problématique et en agrégeant des réponses de force et de sens réels différents, les enquêtes d'opinion créent au contraire « un artefact pur et simple » (p. 224). En ce sens l' « *opinion publique n'existe pas* », pas « *sous la forme en tout cas que lui prêtent ceux qui ont intérêt à affirmer son existence* » (p. 234) et le sondage d'opinion n'est qu'un « *instrument d'action politique* » dont la fonction consiste à imposer « *l'illusion* », « *l'idée qu'il existe quelque chose qui serait comme la moyenne des opinions ou l'opinion moyenne* » (p. 224). Néanmoins, il existe bel et bien quelque chose : il y a « *d'une part, des opinions constituées, des groupes de pression mobilisés autour d'un système d'intérêts explicitement formulés ; et d'autre part, des dispositions qui, par définition, ne sont pas des opinions si on entend par là [...] quelque chose qui peut se formuler en discours avec une certaine prétention à la cohérence* » (p. 234). Ces « *dispositions* » du tout-venant, c'est ce que BOURDIEU appelle, dans cet article, l' « *ethos de classe* », c'est-à-dire « *un système de valeurs implicite que les gens ont intériorisés depuis l'enfance et à partir duquel ils engendrent des réponses à des problèmes extrêmement différents* » (p. 228). Ce sont, autrement dit, des valeurs collectives.

pouvoir (politique) ou au contraire ses contestataires, de mobiliser à leur profit un acquiescement supposé afin d'en tirer une légitimité supérieure [...]»¹²²¹. L'usage fait par la Commission européenne des consultations et des sondages d'opinion au sujet de l'harmonisation du droit des contrats ou des règles de conflits de lois, à propos desquelles la compétence de l'Union est discutée, illustre excellemment cette fonction de légitimation : l'appel à l'opinion publique vise à compenser, sinon à occulter, un défaut de légitimité légale-rationnelle, qui réel ou simplement prétendu, en fonction de l'interprétation que l'on retient du TFUE, n'en est pas moins perçu comme tel¹²²².

Révélateurs tous deux imparfaits d'un fait social qui se présente de toute façon, en raison de sa nature, comme insaisissable, la règle de droit et l'opinion publique constituent indicateurs tantôt concurrents, tantôt complémentaires de ce que sont les valeurs collectives.

345. Conclusion du paragraphe. – Au terme de cette définition en deux temps de la notion de valeurs, d'abord dans sa manifestation individuelle, puis dans sa manifestation collective, la relation entre ces deux modalités d'existence se présente comme étant à double sens, sans qu'il apparaisse nécessaire d'attribuer une primauté chronologique ou conceptuelle à l'une ou l'autre de ces manifestations. Produit du processus de socialisation, les valeurs individuelles subissent l'influence des valeurs collectives sans s'y réduire, compte tenu de l'unicité, par définition, de chaque trajectoire individuelle. Phénomène auto-transcendant, les valeurs collectives résultent des appréciations individuelles, sans s'y identifier¹²²³.

Compte tenu de l'ambivalence de cette relation, il est maintenant nécessaire de préciser l'articulation des valeurs individuelles et des valeurs collectives dans le cadre du processus d'élaboration de la norme juridique. Il importe en effet de garder à l'esprit que c'est le statut de la norme par aux valeurs qui est lui-même dual : appréhendée jusqu'ici comme un des révéléteurs possibles des valeurs collectives, la norme n'en procède pas moins, et plus fondamentalement, de ces dernières.

¹²²¹ Philippe BRAUD V° « Opinion publique », *loc. cit.*

¹²²² En matière de droit des contrats, v. très significativement le point 8 du plan d'action publié en 2003, selon lequel l'intérêt suscité par le processus de consultation « donne à la Commission un mandat pour poursuivre dans ce domaine » (Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, *Un droit européen des contrats. Un plan d'action*, COM (2003) 68 final). De manière plus nuancée : v. Bénédicte FAUVARQUE-COSSON, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007, chron., p. 96-103, spéc. p. 100 : « Si le vaste processus participatif mis en oeuvre confère une certaine forme de légitimité au projet, celle-ci est de peu de poids face aux obstacles institutionnels ».

¹²²³ *Comp.* le désaccord entre M. REMY, qui attribue primauté au phénomène individuel (*op. cit.*, n. 555 : « L'élément premier reste la valeur individuelle ») et M. GRZEGORCZYK (*op. cit.*), qui, tout en se défendant de déterminisme (p. 120), place son travail sous les auspices d'une « priorité épistémologique » attribuée au groupe sur l'individu (p. 161).

Paragraphe II : L'interaction des valeurs individuelles et des valeurs collectives dans le processus de décision juridique

346. Pour exercer les fonctions d'organe de l'ordre juridique considéré, toute personne prenant part, fût-ce collectivement, au sein d'un collège ou d'une assemblée, au processus d'élaboration du droit n'en reste pas moins un individu. Il est donc nécessaire d'expliquer comment valeurs individuelles et valeurs collectives s'articulent dans le processus de décision juridique¹²²⁴.

347. A cette fin, les travaux du Professeur REMY s'avèrent particulièrement utiles. En effet, dans les développements de sa thèse consacrés à la notion de valeurs en général, M. REMY a mis en lumière que toute appréciation portée sur une situation mettait en cause, en réalité, deux systèmes axiologiques : les valeurs propres à l'individu, d'une part, et les valeurs collectives, d'autre part.

Les valeurs individuelles tiennent premier rôle : s'imposant comme un « *réflexe*¹²²⁵ », le jugement de valeur, l'appréciation de la situation à proprement parler, s'opère dans le for intérieur de l'individu, à l'aune de ses valeurs¹²²⁶. Les valeurs collectives exercent cependant une influence en amont et en aval du jugement de valeur individuel.

Tout d'abord, compte tenu du poids du groupe, *via* les instances socialisatrices, dans la structuration du système de valeurs individuel¹²²⁷, il existe une bonne probabilité que les valeurs propres à un individu coïncident dans une large mesure avec les valeurs à l'honneur dans la société dans laquelle ce dernier évolue¹²²⁸.

M. REMY attribue ensuite une « *fonction d'appoint*¹²²⁹ » aux valeurs collectives, qui se manifeste postérieurement au jugement de valeur, au moment de « *son extériorisation*¹²³⁰ », c'est-à-dire dès lors qu'il s'agira pour l'individu de communiquer à autrui son sentiment sur une situation donnée. Ici, M. REMY utilise avec profit la théorie de l'argumentation de Chaïm

¹²²⁴ Et du reste, plus largement, dans le processus de décision de tout individu un tant soit peu soucieux d'adapter son comportement aux normes prévalant dans son milieu social.

¹²²⁵ V. *supra* n° 337.

¹²²⁶ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 340 : « *Tous les jugements de valeurs trouvent leur siège dans la conscience d'un individu donné* ».

¹²²⁷ V. *supra* n° 337.

¹²²⁸ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 334, p. 183 et n° 341, p. 187.

¹²²⁹ *Ibidem*, n° 339

¹²³⁰ *Loc. cit.*

PERELMAN¹²³¹, plus particulièrement l' « *idée générale selon laquelle on adapte son discours à son auditoire*¹²³² », pour expliquer que les valeurs collectives, ou plutôt ce que l'individu perçoit comme étant les valeurs collectives, seront utilisées comme « *argument rhétorique*¹²³³ », destiné à convaincre ses interlocuteurs du bien fondé de son sentiment, en même temps qu'elles exerceront une « *contrainte argumentative*¹²³⁴ », pouvant éventuellement pousser l'agent, lorsqu'il constate une divergence, à un infléchir son appréciation initiale.

348. Cette fonction rhétorique des valeurs collectives trouve, dans la thèse de M. REMY, une application particulière dans le cadre de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international par le juge. Compte tenu du caractère quasi-physiologique du jugement de valeur, l'appréciation de l'acceptabilité de la situation, telle que configurée par la norme étrangère, s'opère à l'aune des valeurs individuelles du juge. Néanmoins, celui-ci doit compter avec la nécessité de convaincre ses différents auditoires du bien fondé de la mise en œuvre ou, au contraire, du refus de mettre en œuvre l'exception d'ordre public. Dans le cas d'une décision collégiale, ce sont tout d'abord ses pairs qu'il doit convaincre, au cours de la délibération¹²³⁵, puis les parties et, surtout, les autres organes de l'ordre juridique, particulièrement sa hiérarchie judiciaire : la décision doit être façonnée de telle manière à ne pas être infirmée ou cassée par la juridiction supérieure¹²³⁶. A cette fin, le juge pourra, lors de la délibération et dans la motivation de la décision mobiliser ces révélateurs des valeurs collectives que sont les règles et principes généraux du for.

M. REMY souligne la fonction rhétorique assumée par cette référence aux normes juridiques du for : il s'agit de « *lieux communs* », d'arguments rhétoriques que le juge sait être ou pense être reçu par son auditoire et à l'aide desquels il cherche à obtenir l'adhésion de ce dernier¹²³⁷. La plupart du temps, relève M. REMY, le juge n'aura cependant pas conscience de cette fonction particulière des valeurs collectives, car ses valeurs individuelles coïncideront avec ces dernières¹²³⁸. Il n'insiste pas moins sur leur dimension contraignante, en cas de *hiatus* avéré entre l'appréciation personnelle du juge et ce que ce dernier perçoit comme étant les valeurs collectives. Il prend à cet égard l'exemple d'un juge confronté à une norme étrangère

¹²³¹ V. en particulier Chaïm PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, préf. Michel Meyer, 6^e éd., ULB, 2008.

¹²³² Benjamin REMY, *op. cit.*, n^o 451.

¹²³³ *Ibidem*, n^o 341, p. 187.

¹²³⁴ *Ibid.*, n^o 342, p. 188

¹²³⁵ *Ibid.* n^o 453.

¹²³⁶ *Ibid.* n^o 452.

¹²³⁷ *Ibid.* n^o 341 et n^o 454.

¹²³⁸ *Ibid.*, n^o 341.

qui traduirait l'idée d'une infériorité de la femme à l'homme. A la différence, dit-il, d'un juge qui attache une valeur positive à l'idée d'égalité entre homme et femme, un juge persuadé d'une supériorité de l'homme ne trouvera aucune norme française lui permettant d'étayer son diagnostic d'acceptabilité de la norme étrangère. Confronté à l'argumentaire de la partie intéressée à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international, soutenant que la norme étrangère en cause est choquante au regard des valeurs françaises ou ayant connaissance d'une jurisprudence constante condamnant les normes étrangères du même type, le juge subira une très forte contrainte argumentative et « *cèdera le plus souvent sous l[a] pression* »¹²³⁹.

349. L'idée d'une interaction entre les valeurs individuelles et les valeurs collectives semble pouvoir être généralisée à l'ensemble du processus de décision juridique. « [L]égislateur, magistrat ou administrateur », toute personne amenée, pour reprendre les mots de PERELMAN, à « *prendre une décision en droit* »¹²⁴⁰, est incitée, compte tenu de la nécessité de susciter l'adhésion de ses auditoires, à ménager une certaine cohérence entre la décision effectivement prise et les valeurs collectives. Le droit, écrit PERELMAN, « *ne peut pas se désintéresser de la réaction des consciences* » devant ce qui serait perçu comme l'iniquité de la décision¹²⁴¹.

Plus exactement, il nous semble que ce sont les règles institutionnelles concrétisant, dans un système juridique donné, le principe de l'Etat de droit¹²⁴² et, à vrai dire, plus largement l'impossibilité pour un régime quel qu'il soit de se maintenir uniquement par la contrainte¹²⁴³, qui, à la fois, permettent d'identifier les auditoires de l'auteur de la norme et obligent ce dernier à prendre en compte ce qu'il perçoit comme étant les valeurs collectives, qu'il cherche à les renforcer, les faire évoluer ou qu'il cède à leur pression¹²⁴⁴.

¹²³⁹ *Ibid.*, n° 342.

¹²⁴⁰ Chaïm PERELMAN, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1979, n° 6, p. 6.

¹²⁴¹ *Ibid.*, n° 8, p. 9. De façon encore plus nette, Chaïm PERELMAN évoque plus loin dans son ouvrage « *l'évolution du droit, à laquelle collaborent, d'une façon variable, selon les cas, la législation et la jurisprudence, sous l'influence d'une réflexion orientée par la doctrine, qui cherche à adapter les situations juridiques, sans les bouleverser, au sens de l'équité, telle qu'elle est ressentie par les membres de la société* » (n° 93, p. 172).

¹²⁴² Ou, s'agissant des institutions européennes, le principe de la « *Communauté de droit* » (CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p. 1339) ou, désormais, de l'« *Union de droit* » (v. par exemple : CJUE gde ch., 3 oct. 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625). Sur ce sujet, v. Vincent HEUZÉ et Jérôme HUET (dir.), *Construction européenne et État de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012.

¹²⁴³ V. Patrick CHAMPAGNE, V° « *Opinion publique* », *op. cit.* : « [L]e gouvernement des hommes ne passe pas seulement par l'usage de la force pure ou même par le respect des lois ; il repose fondamentalement sur l'acceptation des dirigeants et de leur politique par les gouvernés, c'est-à-dire sur la reconnaissance de leur droit à gouverner ».

¹²⁴⁴ Pour une application de cette idée dans le cadre de la concrétisation du standard « *ordre public* », dans ses différentes occurrences, v. *infra* n°s 414 et s.

350. Conclusions du Paragraphe et de la Section – A la lumière de l’articulation entre valeurs individuelles et valeurs collectives dans le processus de décision juridique, il apparaît qu’il existe, dans la perspective de déterminer la place des valeurs en droit non pas seulement deux, mais trois manifestations de la notion de valeur : les jugements de valeur individuels, menés dans le for intérieur de tout un chacun, les valeurs collectives comme système axiologique propre à la société considérée et les valeurs enchâssées dans la norme juridique, qui, par le jeu des contraintes institutionnelles pesant sur l’auteur de cette dernière, procèdent de l’interaction des valeurs individuelles et des valeurs collectives.

351. Dans ces trois occurrences, la valeur présente cependant une unité fondamentale. En tant qu’elle est la « *sensation* »¹²⁴⁵ ou, plus abstraitement, la « *connotation* »¹²⁴⁶ positive associée à la représentation d’un certain état des choses, la valeur se présente comme l’intermédiaire nécessaire entre le fait (ce qui est) est la norme (ce qui doit être)¹²⁴⁷. Le Professeur GRZEGORCZYK a souligné ce rôle d’interface : « *Les faits naturels bruts ne peuvent jamais servir d’explication des phénomènes juridiques, car ils ne sont jamais en eux-mêmes, des raisons suffisantes de la praxis humaine. Ils doivent être perçus, appréciés, devenir causes finales des comportements en passant par la grille de perception des sujets*¹²⁴⁸ » ; « *la théorie des valeurs semble fournir le cadre explicatif pour le passage entre le fait brut et la finalité, pour l’interprétation rationnelle des comportements humains*¹²⁴⁹ ».

Qualifier les valeurs de substrat du droit, c’est ainsi dire qu’à l’origine de toute règle ou de tout procédé juridique il y a nécessairement la reconnaissance d’un certain état des choses comme désirable, ou, autrement dit, que toute règle ou tout procédé juridique vise, directement ou indirectement, à réaliser un état des choses reconnu comme désirable¹²⁵⁰.

¹²⁴⁵ V. la définition des valeurs individuelles donnée *supra* n° 337.

¹²⁴⁶ V. la définition des valeurs collective donnée *supra* n° 341.

¹²⁴⁷ Juridique ou non d’ailleurs.

¹²⁴⁸ *Op. cit.*, p. 26.

¹²⁴⁹ *Ibidem* p. 27.

¹²⁵⁰ Mme FABRE-MAGNAN l’écrit expressément : « *Le droit n’est pas neutre. Il repose nécessairement sur des choix de valeurs (...). Le droit n’est pas de l’ordre de l’être mais du devoir-être (...). Il contient donc une axiologie (...), c’est-à-dire un système de valeurs* » (*Introduction générale au droit, op. cit.*, p. 159). Il en est ainsi également de l’obligation de conduire à droite, que Mme FABRE-MAGNAN semble pourtant écarter du domaine des valeurs (v. *supra* n. 1171). En effet, assigner à la conduite un côté déterminé tend, indirectement, à réaliser une valeur que l’on peut désigner comme étant « *la sécurité routière* », ou encore, exprimée à un degré plus haut de généralité, « *la sécurité des personnes et des biens* ». Il est même permis de penser qu’une étude approfondie de la question révélerait que le choix entre la gauche et la droite procède, du moins lorsqu’il est décidé d’autorité, du souci de réaliser un certain état des choses reconnu comme désirable, comme par exemple celui de faciliter les relations avec les Etats limitrophes.

Reste cependant à exposer ce qu'expriment en propre, à partir de cette appréciation fondamentale, les notions d'objectif et d'intérêt, qui sont également utilisées pour rendre compte du substrat du droit.

Section II : Les objectifs et les intérêts comme éléments dérivés des valeurs

352. Que la détermination d'un objectif ou d'un intérêt procède d'un jugement de valeur, cela ressort de la définition même de ces notions (Par. I). Pour rendre justice à la charge sémantique propre de ces expressions, il faut cependant apporter des précisions supplémentaires sur les différents types d'objectifs et d'intérêts susceptibles d'être protégés en droit (Par. II). Cette typologie revient à isoler, peut-être moins d'ailleurs en raison du contenu qu'elles protègent effectivement que du contenu *qu'on leur prête*, une catégorie particulière de règle, désignées comme étant les « *lois de police* » en droit international privé, mais dont la spécificité matérielle à une portée méthodologique sans doute plus vaste.

Paragraphe I : La définition des objectifs et des intérêts

353. En se reportant aux définitions courantes de ces notions, on peut définir très simplement l'objectif comme étant *le but assigné à une action*¹²⁵¹ et l'intérêt comme ce qui importe à quelqu'un¹²⁵², *ce qui est avantageux pour un agent déterminé*¹²⁵³.

Contrairement à la notion de valeurs qui a une dimension éminemment abstraite, dans la mesure où la consécration ou le rejet d'une valeur se suffisent de la « *représentation d'un état des choses donné* »¹²⁵⁴, la détermination d'un objectif ou d'un intérêt suppose une projection dans une situation concrète, à des titres différents cependant. L'objectif a une dimension opérationnelle marquée, il est la valeur en acte, la valeur sur le pied de guerre pourrait-on dire, tandis que la notion d'intérêt revêt un tour incarné : la détermination d'un intérêt suppose l'existence d'un titulaire doté d'une consistance suffisante¹²⁵⁵. Il n'en demeure pas

¹²⁵¹ « *Le but précis que se propose l'action* », selon *Le nouveau petit Robert*, 2014, V° « Objectif ».

¹²⁵² *Ibid.*, V° « Intérêt ».

¹²⁵³ André LALANDE, *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, *op. cit.*, V° « Intérêt ».

¹²⁵⁴ V. les définitions données *supra* n°s 337 et 341.

¹²⁵⁵ Benjamin REMY (*op. cit.*, spéc. n°s 84 et 86, p. 44.), qui, cherchant à identifier les intérêts pris en compte lors de la formulation des règles de droit international privé, insiste sur la nécessité de déterminer le sujet, pris comme être qui a ou à qui l'on prête une conscience de lui-même, de l'intérêt pris en considération. En Allemagne, v. aussi la critique formulée par les tenants de « jurisprudence des valeurs » (*Wertungsjurisprudenz*) à l'encontre la jurisprudence des intérêts (*Interessenjurisprudenz*), les premiers reprochant à la seconde de ne pas délimiter assez strictement la notion d'« intérêt », qu'ils définissent pour leur part comme l'avantage escompté par une partie à un litige, d'une part, et la notion de « valeur », qui, seule, pourrait dénoter des idées générales et abstraites telle que la « sécurité juridique », ou encore

moins que, les valeurs assumant la fonction d'interface entre la perception de la réalité et la formulation d'un devoir-être, la détermination d'un objectif comme celle d'un intérêt procèdent nécessairement d'un jugement de valeur.

Nous expliquerons ainsi pour chacune de ces notions comment elle peut être vue comme un dérivé des valeurs (A), avant de conclure par l'observation qu'il existe, dans une certaine mesure, une fongibilité des analyses d'une situation en termes de valeurs, d'objectifs ou d'intérêts (B).

A. Le caractère dérivé des objectifs et des intérêts par rapport aux valeurs

354. Si, quand on y réfléchit, l'idée que la réalisation d'un certain état des choses puisse être identifiée comme étant un objectif digne d'être poursuivi ou être vue comme étant de l'intérêt d'un sujet déterminé, suppose nécessairement, en amont, qu'un jugement de valeur positif ait été porté sur cet état des choses, paraît aller de soi, établir le caractère dérivé des objectifs par rapport aux valeurs (1) se heurte cependant à moins d'obstacles que la revendication de la même filiation à l'égard des intérêts (2).

1) Les objectifs comme dérivés des valeurs

355. Remarquant que les notions d'objectif et de valeur étaient soit confondues, soit opposées dans la littérature, M. REMY¹²⁵⁶, a mis en exergue la nécessité d'opter pour une voie médiane : les objectifs dérivent des valeurs. Cette idée, qu'il dit emprunter à WEBER¹²⁵⁷ est, dit-il, « confirmée par le sens commun¹²⁵⁸ » : « *Le sens commun conduit [...] à penser qu'un objectif et retenu par un agent en ce qu'il vaut, c'est-à-dire en ce qu'il a une valeur pour cet agent donné*¹²⁵⁹ ». On retrouve là la fonction d'interface minimale du jugement de valeur.

356. M. REMY décrit plus précisément le processus de dérivation des objectifs par rapport aux valeurs. Les objectifs sont « dérivés » des valeurs en ce sens que la détermination d'un objectif suppose l'adjonction de deux éléments à cette appréciation fondamentale qu'est le jugement de valeur¹²⁶⁰. En effet, la formulation d'un objectif suppose, d'une part, la

« l'équité ». Sur ce débat, v. Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, op. cit., p. 132-133 ; Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. I, op. cit., p. 214.

¹²⁵⁶ Op. cit., n^{os} 323-325.

¹²⁵⁷ *Ibidem*, n^o 324. Plus en détail sur ce point : v. *infra* n. 1281.

¹²⁵⁸ *Ibid.*, n^o 325.

¹²⁵⁹ *Ibid.*, n^o 324. C'est l'auteur qui souligne.

¹²⁶⁰ V. la démonstration, *ibid*, n^{os} 344-347, p. 189-191.

confrontation des valeurs à « *une réalité déterminée*¹²⁶¹ », laquelle est vécue en décalage par rapport à au moins l'une des valeurs de l'agent¹²⁶² et, d'autre part, « *l'implication*¹²⁶³ », le sentiment d'être partie prenante de ce dernier à cette réalité, laquelle le conduit à souhaiter agir sur cet état des choses¹²⁶⁴. La notion d'objectif suppose ainsi un passage à l'acte : l'adoption (au moins envisagée) d'une mesure destinée à conformer la réalité aux valeurs de l'agent.

357. Si elle n'est pas toujours aussi précisément explicitée, l'idée d'une dérivation des objectifs par rapport aux valeurs est bel et bien présente dans la littérature juridique. Dans sa contribution à un colloque récemment consacré aux *objectifs dans le droit*, le Professeur MONTALIVET soulignait le « *caractère opérationnel*¹²⁶⁵ » des objectifs et faisait ainsi observer que cet « *élément 'actif'*¹²⁶⁶ » se retrouvait dans la formulation utilisée par le Conseil constitutionnel lorsque ce dernier consacre un « *objectif de valeur constitutionnelle* »¹²⁶⁷. « *Le Conseil constitutionnel, remarquait-il, parle, à propos des objectifs de valeur constitutionnelle de la sauvegarde de l'ordre public et non de l'ordre public, du respect de la liberté d'autrui et non dans la liberté d'autrui, de la préservation du caractère pluraliste des courants d'expression des courants d'expression socio-culturels plus que du caractère pluraliste des courants d'expression socio-culturels*¹²⁶⁸ ».

Ces différences de formulation sont effet significatives : « *ordre public* », « *liberté d'autrui* » et « *caractère pluraliste des courants d'expression* » constituent l'expression de valeurs, ou d'état de faits valorisés, à l'état abstrait¹²⁶⁹, tandis que « *sauvegarde de l'ordre public* », « *respect de la liberté d'autrui* » et « *préservation du caractère pluraliste des courants d'expression* » marquent la volonté de réaliser, *via* la consécration d'un objectif et l'édiction de mesures subséquentes, les valeurs en cause dans la réalité. De même, dénotant une action non plus de protection, mais de répression, cet autre objectif de valeur constitutionnelle qu'est

¹²⁶¹ *Ibid.*, n° 344.

¹²⁶² *Ibid.*, n° 346, p. 190.

¹²⁶³ *Ibid.*, n° 346, p. 189

¹²⁶⁴ *Ibid.*, n° 347. En sous-ordre, l'auteur propose, dans le but de mettre en lumière les différences existant entre l'exception d'ordre public international et le mécanisme des lois de police, une distinction fondée sur le type d'implication de l'auteur de la norme dans la réalité en question. Nous y reviendrons *infra* n. 1360.

¹²⁶⁵ Pierre DE MONTALIVET, « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in Bertrand Faure (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 47-61, spéc. p. 60.

¹²⁶⁶ *Loc. cit.*

¹²⁶⁷ Sur ces objectifs, v. Pierre DE MONTALIVET, *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préf. Michel Verpeaux, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006.

¹²⁶⁸ Pierre DE MONTALIVET, « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », *loc. cit.*

¹²⁶⁹ Sur cette dimension abstraite des valeurs, v. *supra* n° 353. Sur l'articulation des valeurs dans l'ordre abstrait, v. aussi *infra* n°s 391-392.

la « *lutte contre la fraude fiscale* », exprime la volonté de rendre la réalité conforme au rejet de la fraude comme valeur.

Ainsi que nous le montre cet exemple, il suffit, pour formuler un objectif, d'accoler un verbe, exprimant l'action à entreprendre, à la valeur sollicitée par la situation envisagée. L'objectif est la valeur faite acte.

Qu'en est-il, maintenant, du rapport des intérêts aux valeurs ?

2) *Les intérêts comme dérivés des valeurs*

358. Comme pour les objectifs, l'idée que la détermination d'un intérêt procède d'un jugement de valeur paraît *a priori* conforme au « *bon sens*¹²⁷⁰ » : lorsqu'un individu identifie un certain état des choses comme étant de son intérêt, à son avantage, cela ne suppose-t-il pas qu'il considère cet état des choses positivement ? De la même façon, lorsqu'un intérêt est consacré en droit, cela ne signifie-t-il pas que l'auteur de la norme l'a jugé digne de protection, qu'il l'a pris en compte en ce qu'il « *vaut* »¹²⁷¹ ?

359. Ici, cependant, l'idée d'une dérivation par rapport aux valeurs se heurte à la connotation péjorative généralement associée à la notion d'intérêt, laquelle est souvent assimilée, suite à l'usage qui en a été fait par la doctrine utilitariste¹²⁷², à des considérations sinon exclusivement économiques, du moins égoïstes, à l'exclusion de considérations conçues, par contraste, comme étant plus « *morales* ». Dans leur avant-propos à l'importante étude interdisciplinaire consacrée aux relations entre *droit et intérêt*, MM. GÉRARD, OST, VAN DE KERCHOVE et STROWEL soulignaient cette tendance en prévenant du « *danger que, cédant à des habitudes mentales bien ancrées et à la pente naturelle de l'argumentation, l'intérêt ne soit chargé d'une manière d'opprobre qui tiendrait dans la dénonciation de la forme de complicité naturelle qu'il entretiendrait avec l'égoïsme et le matérialisme*¹²⁷³. »

¹²⁷⁰ *Comp.* l'analyse de M. REMY à propos des objectifs, exposée *supra* n° 355.

¹²⁷¹ On remarque incidemment que, contrairement à ce qui se passe à l'échelle individuelle d'un agent cherchant à déterminer son intérêt, la consécration (explicite ou implicite) d'un intérêt en droit implique une dissociation du point de vue de l'auteur de la norme qui procède au jugement de valeur, d'une part, et du point de vue du sujet auquel l'auteur de la norme impute cet intérêt, d'autre part. Ce point sera abordé plus en détail, *infra* n°s 382-383, au titre de l'exposé des types d'intérêts pris en compte en droit.

¹²⁷² En particulier par l'utilitarisme de BENTHAM, sur lequel v. Pierre DEMEULENAERE, V° « Utilitarisme », in Sylvie Mesure et Patrick Savidan, *Dictionnaire des sciences humaines*, PUF, Quadrige, 2006, p. 1206-1208.

¹²⁷³ Philippe GÉRARD, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE et Alain STROWEL, « Avant-propos », in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1 : *Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint Louis, 1990, p. 7-24, spéc. p. 9.

Autrement dit, selon la tendance pointée du doigt par ces auteurs, loin d'entretenir un rapport de dérivation, valeurs et intérêts s'opposeraient ; il y aurait les valeurs d'un côté et les intérêts de l'autre.

360. Une telle opposition, cependant, n'est pas justifiée, ainsi que le suggère la critique qu'a faite Ludwig VON MISES de la distinction entre rationalité « *en finalité* » ou « *instrumentale* » et la rationalité « *en valeur* » ou « *axiologique* »¹²⁷⁴.

Selon cette distinction, que l'on doit à WEBER¹²⁷⁵, une action rationnelle « *en finalité* » ou « *du point de vue instrumental* » est celle que l'agent effectue après avoir soigneusement pesé les différentes fins qu'il pourrait poursuivre, les différents moyens dont il dispose et toutes les conséquences, directes et indirectes, de son action¹²⁷⁶. Au contraire, une action rationnelle « *en valeur* » est celle qui se conforme strictement à des critères éthiques, esthétiques ou religieux, sans considération du résultat, « *quoi qu'il en coûte à l'agent*¹²⁷⁷ ». A ce titre, disait WEBER, « *la rationalité en valeur reste toujours affecté d'une irrationalité*¹²⁷⁸ ».

Une telle distinction, estime MISES, repose sur un malentendu¹²⁷⁹. On ne peut pas distinguer strictement entre ce que WEBER appelle « *action rationnelle en finalité* » et « *action rationnelle en valeur* ». Les « *fins* » que se donne le premier type d'action sont également des « *valeurs* » et, comme telles, ne sont pas rationnelles¹²⁸⁰. Comme WEBER le suggérait d'ailleurs lui-même¹²⁸¹, l'« *action rationnelle en finalité* » ne l'est en réalité que dans ses moyens¹²⁸². Inversement, les considérations qui, chez WEBER, guident l'action rationnelle en valeur sont des « *fins* » comme les autres. « *Vouloir gagner sa vie* » tout court, ou vouloir

¹²⁷⁴ Sur cette distinction et sa critique, v. Renaud FILLIEULE : V^o « Rationalité », in Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui et Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Puf, Quadriges, 2005, p. 586-594.

¹²⁷⁵ Cette typologie est exposée aux pages 55-57 du premier tome d'*Economie et société* (op. cit.).

¹²⁷⁶ Selon la définition synthétique qu'en donne Renaud FILLIEULE, op. cit., p. 591.

¹²⁷⁷ *Ibid.*

¹²⁷⁸ *Economie et société*, op. cit., p. 57. C'est l'auteur qui souligne

¹²⁷⁹ Ludwig VON MISES, *Epistemological Problems of Economics*, 3^e éd. de la traduction angl. par Georges Reisman de *Grundprobleme der Nationalökonomie: Untersuchungen über Verfahren und Inhalt der Wirtschafts- und Gesellschaftslehre*, Ludwig von Mises Institute, 2003, spéc. p. 90-91. Ludwig VON MISES est le chef de file de l'école autrichienne d'économie et le maître de HAYEK.

¹²⁸⁰ *Ibid.*, p. 90 : « *To begin with, it is quite clear that what Weber calls 'valuational' behavior cannot be fundamentally distinguished from 'rational' behavior. The results that rational conduct aims at are also values and, as such, they are beyond rationality. To use Weber's expression, they have 'unqualified intrinsic value.'* »

¹²⁸¹ En effet, tout distinguant strictement « *action rationnelle en finalité* » et « *action rationnelle en valeur* », dans la mesure où, n'ayant pas égard aux « *résultats* », la seconde demeurerait, à la différence de la première, affectée d'« *irrationalité* » (*Economie et société*, op. cit., p. 57), WEBER admettait néanmoins que ces deux types de rationalité, qu'il ne concevait que comme des idéaux-types, puissent être en pratique hybridées et que la « *décision entre fins et conséquences concurrentes ou antagonistes p[uisse], de son côté, être orientée de façon rationnelle en valeur* ». « [D]ans ce cas, disait-il, l'activité n'est rationnelle en finalité qu'au plan des moyens » (*loc. cit.*, c'est l'auteur qui souligne). C'est précisément l'admission de cette possible sélection des « *finalités* » au regard des « *valeurs* » qui a suggéré à M. REMY l'idée que les objectifs sont « *dérivés* » des valeurs (v. *supra* n^o 355).

¹²⁸² Ludwig VON MISES, op. cit., p. 90 : « *Rational action is 'rational' only in its means* ».

gagner sa vie « *respectablement* » ou encore « *sans renoncer à ses opinions politiques* », il s'agit dans tous les cas de fins que l'agent aura à hiérarchiser, fait remarquer MISES¹²⁸³. Par sa distinction, WEBER reproduit, au moins terminologiquement¹²⁸⁴, une vieille erreur, perpétuée par l'utilitarisme, qui consiste à ne considérer comme « *fins* » que des considérations matérielles¹²⁸⁵.

Ici la démonstration rejoint la proposition que nous avons faite plus haut d'adopter, à l'encontre de l'habituelle conception élitiste, une définition large des valeurs¹²⁸⁶ : il n'y a pas de raison de réserver le vocable « *valeurs* » à des considérations a-matérielles, ni d'exclure les considérations plus triviales du monde des valeurs. Ceci affirmé, c'est aussi l'opposition sédimentée dans le langage entre « *valeurs morales* » et « *intérêts matériels et égoïstes* » qui tombe. Quoiqu'indéniablement imputé à l'avantage d'un sujet déterminé, l'intérêt n'en procède pas moins d'un jugement de valeur¹²⁸⁷.

L'obstacle théorique à la conception aussi bien des intérêts que des objectifs comme des dérivés des valeurs levé, nous allons maintenant constater que, en pratique, ces trois notions sont utilisées de manière relativement équipollente.

B. L'équipollence relative des notions de valeur, d'objectif et d'intérêt

361. Usage syncrétique des notions. – Sous réserve de la charge sémantique propre aux notions d'objectif (valeur en acte) et d'intérêt (valeur incarnée), « *valeur* », « *objectif* » et

¹²⁸³ *Ibid.* : « *If someone not only wants to earn his livelihood in general, but also in a way which is 'respectable' and 'in accordance with his station in life' - let us say as a Prussian Junker of the older stamp, who preferred a government career to the bar - or if someone forgoes the advantages that a Civil Service career offers because he does not want to renounce his political convictions, this is in no way an action that could be termed nonrational. Adherence to received views of life or to political convictions is an end like any other, and like any other it enters into the rank order of values* ». On remarquera que, conformément à la tendance mise en lumière par M. REMY (v. *supra* n° 355) « *finalités* » et « *valeurs* » tendent ici à être employées comme synonymes.

¹²⁸⁴ *Ibid.*, p. 90-91 : « *When Weber holds that*

'whoever acts, without consideration of the consequences to be anticipated, in the service of his conviction of what duty, honor, beauty, religious instruction, filial love, or the importance of an 'issue' no matter of what kind, seem to dictate to him [acts] in a purely valuational manner'

he employs an inappropriate mode of expression to describe this state of affairs. It would be more accurate to say that there are men who place the value of duty, honor, beauty, and the like so high that they set aside other goals and ends for their sake. Then one sees rather easily that what is involved here are ends, different, to be sure, from those at which the masses aim, but ends nevertheless, and that therefore an action directed at their realization must likewise be termed rational ».

¹²⁸⁵ *Ibid.*, p. 90 : « *Weber here falls into the old misunderstanding which the basic idea of utilitarianism repeatedly encounters, namely, that of regarding as an 'end' only values that are material and can be expressed in money* ».

¹²⁸⁶ V. *supra* spéc. n°s 330, 331, 337 et 351.

¹²⁸⁷ *Comp.* Philippe GÉRARD, François OST, Michel VAN DE KERCHOVE et Alain STROWEL, *op. cit.*, p. 11, qui doutent de la possibilité d'identifier un « *intérêt purement factuel, non qualifié, non valorisé, affranchi de tout jugement de valeur* ».

« *intérêt* » se présentent chacune comme des instruments utiles pour rendre compte du substrat du droit, pour « isoler » les différentes considérations que la règle de droit cherche à protéger. A ce titre, ces notions présentent une relative équipollence. Nous illustrerons cette idée en prenant essentiellement des exemples tirés du droit de l'Union, dont les caractéristiques particulières poussent, on l'a vu, à ce qu'il soit rendu compte de son contenu en des termes méta-juridiques¹²⁸⁸.

Tout d'abord, il faut remarquer que toute norme peut être présentée comme ayant pour objectif la réalisation de valeurs, dans la mesure où il suffit, pour formuler un objectif, d'accoler un verbe, exprimant l'action à entreprendre, à la valeur sollicitée¹²⁸⁹, on ne s'étonnera pas de trouver à l'article 3 TUE l'affirmation selon laquelle « *l'Union a pour but de promouvoir ses valeurs* »¹²⁹⁰.

Plus généralement, quoique ne se situant pas sur le même plan les analyses en termes de valeurs, d'objectifs et d'intérêts sont très souvent articulées. Topique est à cet égard la définition de l'« *intégration* » donnée par le juge PESCATORE, selon laquelle, cette dernière tire son origine de « *l'acceptation par un groupe d'États de valeurs qui leurs sont communes et qui leur fournissent dès lors un objectif et une idée d'ordre à laquelle les participants sont disposés à subordonner leurs intérêts nationaux et leur hiérarchie nationale des valeurs* »¹²⁹¹.

362. Attractivité particulière de la notion d'intérêt.— Parmi ces trois notions, la notion d'intérêt, cependant, présente une attractivité particulière, dans la mesure où, compte tenu de son tour incarné, elle est utile pour rendre compte de points de vue différents. Pour identifier le conflit d'intérêts sous-jacent à une relation horizontale, par exemple, ce qui explique le succès de l'*Interessenjurisprudenz* en droit privé¹²⁹² et international privé¹²⁹³. Ou encore, dans le cadre du droit de l'Union, pour rendre à chacune des deux puissances publiques articulées,

¹²⁸⁸ V. *supra* n° 333.

¹²⁸⁹ V. *supra* n° 357.

¹²⁹⁰ Sur la portée de cette disposition, v. *infra* n° 377 et s.

¹²⁹¹ Pierre PESCATORE, *Le droit de l'intégration*, réimpression de l'ouvrage publié chez A. W. Sijthoff-Leiden en 1972, Bruylant, 2005, p. 50. En complément, rappellera que l'article 13 TUE confie aux institutions de l'Union la tâche de « *promouvoir ses valeurs, poursuivre ses objectifs, servir ses intérêts, ceux de ses citoyens, et ceux des États membres* ».

¹²⁹² Sur la diffusion de cette méthode, v. Michel BUERGISSER et Jean-François PERRIN, « *Interessenjurisprudenz*, Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », *op. cit.*, spéc. p. 348.

¹²⁹³ On doit en particulier au Professeur KEGEL (« *Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht* », in *Festschrift Hans Lewald*, 1953, Helbing & Lichtenhahn, p. 259-288), d'avoir acclimaté cette méthode en droit international privé. Sur la pertinence et la pérennité de la méthode dans ce cadre, v. Klaus SCHURIG, « *Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR. Anmerkungen zu Flessners Thesen* », *RebelsZ* 1995, p. 229-244.

européenne et nationale, ce qui lui revient. On mentionnera ici de nouveau à l'article 13 TFUE, qui distingue clairement entre les intérêts de chacune de ces entités¹²⁹⁴.

363. Primauté conceptuelle de la notion de valeur. – Équipollence relative ne veut cependant pas dire fongibilité totale. Objectif et intérêt ne sont que dérivés des valeurs qui restent « *conceptuellement première[s]*¹²⁹⁵ », en ce sens qu'un jugement de valeur est toujours nécessaire, d'abord pour consacrer l'objectif ou l'intérêt comme étant digne d'être réalisé, ensuite pour décider, parmi toutes les considérations sollicitées par la situation appréhendée, du coefficient pondérateur affecté à chacune.

Ainsi, le législateur ou le juge intervenant en droit privé auront beau avoir déterminé que, dans le cadre de la dissolution de la communauté matrimoniale, ils devaient veiller à satisfaire à la fois les intérêts de chacun des époux et les intérêts des tiers créanciers, à lui seul ce découpage ne leur indiquera pas quelle conciliation doit être choisie comme équitable. En effet, en soi, cette grille de lecture est neutre. Elle tourne à vide, n'est en elle-même porteuse d'aucune solution, si on ne fait pas appel à un critère matériel extérieur, c'est-à-dire aux valeurs¹²⁹⁶.

Cette nécessaire référence aux valeurs sera approfondie ultérieurement, au titre de l'exposé de l'articulation des valeurs entre elles¹²⁹⁷. Pour le moment, il importe de tirer les conséquences de la charge sémantique propre de ces notions, en précisant quels sont les différents types d'objectifs et d'intérêts susceptibles d'être promus en droit.

Paragraphe II : La typologie des objectifs et des intérêts

364. La typologie des intérêts promus en droit relève du patrimoine commun des juristes : elle renvoie aux notions d'intérêt général, d'intérêt privé et d'intérêt public, qui, pour être familières, demeurent cependant obscures, lorsqu'on les considère sous l'angle de leur relations mutuelles. L'idée d'une différence de nature entre les d'objectifs susceptibles d'être poursuivis par l'auteur de la norme est en revanche moins souvent énoncée comme telle : nous

¹²⁹⁴ Cité *supra* n° 333.

¹²⁹⁵ Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 325.

¹²⁹⁶ C'est le sens de la critique formulée par les tenants de la « jurisprudence des valeurs » (*Wertungsjurisprudenz*), qui à cet égard prolonge plus qu'elle ne contredit la « jurisprudence des intérêts » v. Michel FROMONT et Alfred RIEG, *Introduction au droit allemand*, t. I : *Les fondements*, *op. cit.*, p. 213-215 ; Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht*, *op. cit.*, p. 132-133.

¹²⁹⁷ V. *infra* spéc. n° 294.

l'empruntons à Benjamin REMY, dont la distinction entre « *objectif sociétal* » et « *objectif normatif* » a déjà été mentionnée, à l'occasion de l'étude des lois de police.

L'exposé de la typologie des objectifs (A) permettant, à certains égards, d'éclaircir l'articulation entre les différents types d'intérêts (B), nous exposerons celle-ci après avoir étudié celle-là.

A. Objectifs normatifs et objectifs sociétaux

365. L'exposé de la typologie des objectifs n'est pas seulement importante pour étudier la question de la spécificité matérielle des mécanismes d'ordre public (1), elle l'est aussi dans le cadre de la réflexion sur la « *nature juridico-politique* », qui est déterminante pour la question de savoir qui a la charge principale de la réalisation des valeurs dans l'Union européenne (2).

1) La typologie des objectifs et la spécificité matérielle des mécanismes d'ordre public

366. Afin d'éclaircir la question de l'identification des considérations portées par les mécanismes d'ordre public, du « *contenu* » de ces mécanismes, il est tout d'abord, nécessaire d'approfondir la définition des objectifs sociétaux et des objectifs normatifs (a), avant d'envisager la consistance exacte de la distinction (b).

a) L'exposé de la distinction

367. Benjamin REMY a montré que ces objectifs poursuivis par l'auteur de la norme pouvaient être réduits à deux types : les « *objectifs simplement normatifs* » et les « *objectifs sociétaux* »¹²⁹⁸. Afin de les distinguer, il utilise un critère tiré de la « *conception de la société* » qu'adopterait l'auteur de la norme au moment de l'élaboration de cette dernière.

L'auteur de la règle, se situant au niveau de la relation interindividuelle qu'il envisage, peut, tout d'abord, n'avoir que pour but de procéder à une conciliation équilibrée des valeurs en présence, ou, en droit privé, une conciliation équitable des intérêts des parties : c'est l'objectif simplement normatif.

¹²⁹⁸ V. la présentation exposée *supra* n° 193, sous l'angle de la qualification d'une disposition comme loi de police.

L'auteur de la règle peut alternativement, en considérant non plus la relation interindividuelle mais la société dans son ensemble, avoir pour but d'y imprimer une conception prédéterminée du bien commun : c'est l'objectif « *sociétal* ».

368. Il est permis de penser que ce critère tiré de la conception de la société que se fait l'auteur de la norme en contient implicitement un autre¹²⁹⁹, tiré de la *conception du droit*, ou plus exactement de la perception du mode de formation de la règle de droit, que se fait l'auteur de la règle, ou l'interprète de celle-ci.

On peut en effet opposer, pour reprendre une expression de Mme MUIR WATT, une conception « *jusnaturaliste* » à une conception « *régulatoire* » du droit¹³⁰⁰. Dans la première, les normes sont vues comme procédant (au premier chef) de ce qu'on appelle parfois « *le sentiment commun du juste* », ou encore « *la nature des choses* », c'est-à-dire, dans notre terminologie, un agencement typique de valeurs¹³⁰¹, que l'auteur de la règle se borne à reprendre à son compte, en le cristallisant dans la règle¹³⁰². Dans la seconde, les normes (dont on peut dire qu'elles servent la réalisation d'un objectif sociétal) sont au contraire perçues comme le fruit d'une volonté délibérée de l'auteur d'atteindre un objectif précisément déterminé¹³⁰³.

¹²⁹⁹ Le lien est implicitement fait au n° 171 de la thèse de M. REMY (*op. cit.*) où l'auteur démontre, en faisant référence à la théorie de l'ordre spontané de HAYEK (*op. cit.*) l'existence de règles étatiques plus ou moins inspirées de normes spontanées et pour lesquelles il est en conséquence difficile d'identifier un objectif autre que de juridiciser cette proposition normative (c'est l'objectif « *normatif* ») et, dans l'ordre international, l'existence d'un intérêt étatique à l'application de la disposition (comme « *loi de police* », donc).

¹³⁰⁰ Horatia MUIR WATT, compte rendu de la thèse de Benjamin REMY (*Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé, op. cit.*), *Rev. crit. DIP* 2008, p. 717-720, spéc. p. 719. V. aussi Fabrizio CAFAGGI et Horatia MUIR WATT, *The Making of European Private Law : Regulation and Governance design*, European Governance Papers, 2007, spéc. p. 5. On aurait également pu parler d'une conception « *libérale* » par opposition à « *interventionniste* » de la règle de droit (*comp.* Louis D'AVOUT, *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. H. Synvet, Paris : Economica, 2006, n° 555 et s.). Toutefois, cela supposerait qu'il existe une délimitation précise et unique du champ assigné à la puissance publique par les différentes variantes du libéralisme, ce qui n'est pas le cas (à ce sujet Catherine AUDARD, *op. cit.*). Aussi, nous avons préféré éviter d'utiliser des expressions trop dogmatiquement chargées.

¹³⁰¹ Sur cette notion, v. *infra* n° 395-396.

¹³⁰² C'est le « *droit naturel antique* » de Michel VILLEY (« La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, vol. XII (1964), p. 69-90), ou encore, l'« *ordre spontané* » de HAYEK (*Droit, législation et liberté*, Part. I : *Règles et ordres, op. cit.*). Pour une synthèse des doctrines du droit spontané, v. Paul DUBOUCHET, *Le droit spontané au XX^e siècle*, L'Hermès, 2002.

¹³⁰³ Cette opposition implicite permet en outre de comprendre que le juge soit en général vu comme n'étant pas légitime, à la différence du législateur démocratiquement élu, pour formuler des objectifs ayant une portée à l'échelle de la société considérée comme un tout. On retrouve, l'opposition classique en droit des actes juridiques, entre un ordre public « *virtuel* » ou « *judiciaire* » conçu comme « *conservateur* » (Jacques Ghestin, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77-97, spéc. p. 80) et un ordre public « *législatif* » qui serait par contraste « *révolutionnaire* » (selon la formule de Philippe MALAURIE, *L'ordre public et le contrat, op. cit.*, n° 49). En effet, nous dit M. GHESTIN « *le juge n'a ni la compétence technique, ni les moyens d'action qui lui permettraient de faire du dirigisme jurisprudentiel. De façon générale, la jurisprudence, gardienne de la cohérence du droit positif, est retenue par une certaine inertie du passé, qui continue de faire partie de l'ordre public actuel* » (*loc. cit.*). M. REMY, y voit en s'appuyant sur les « *figures* » de l'autorité isolées par Alexandre KOJÈVE (*La notion d'autorité*, édité et présenté par François Terré, Gallimard, 2004) une question de « *mode de sélection* » : le juge est choisi pour ses talents de pondération des intérêts, tandis que le gouvernant est sélectionné à raison d'un programme soumis aux électeurs (*op. cit.*, n° 489).

L'idée que, sous-jacente à la distinction entre objectif simplement normatif et objectif sociétal, se trouve une opposition entre différentes manières de concevoir le droit est de nature à conférer à la typologie une portée des plus larges, bien que M. REMY, pour les besoins de son étude, n'ait eut qu'à l'envisager comme une distinction applicable au droit privé. En droit pénal international, la distinction exploitée par M. CHILSTEIN entre infractions « *naturelles* » et droit pénal accessoire, pour lequel les critères du droit pénal international classiques se révèlent inadaptés et qui supposeraient l'adoption d'un raisonnement calqué sur la méthode des lois de police connue du droit international privé¹³⁰⁴, nous paraît devoir accréditer cette idée d'une portée tout à fait générale de la distinction¹³⁰⁵.

Si la distinction entre objectif sociétal et objectif simplement normatif paraît ainsi jouir d'une vocation tout à fait générale, il est néanmoins nécessaire de bien se figurer la consistance exacte de cette distinction.

b) La consistance de la distinction

369. Au titre de l'examen de la consistance de la distinction entre objectif sociétal et objectif normatif, il convient d'insister sur l'idée que, comme les différentes conceptions du droit qui sous-tendent ces objectifs, la différence établie entre ces derniers est moins de l'ordre de la réalité objective que de la manière, toute subjective, de l'auteur de la règle ou de son interprète de se représenter la fonction de cette règle¹³⁰⁶. En conséquence, deux règles de substance analogues pourront, en fonction du contexte dans lequel elles s'inscrivent, être considérées soit comme poursuivant un objectif sociétal, soit comme n'ayant en vue qu'un objectif simplement normatif de conciliation équilibrée des valeurs sollicitées par la situation envisagée. Réversiblement, une règle de droit qui, quoiqu'étant pensée par son auteur (ou son interprète) comme devant imprimer à la société un modèle d'organisation prédéterminé, peut toujours être présentée comme n'ayant immédiatement en vue qu'une conciliation équitable des intérêts privés en présence. Ces deux aspects seront examinés successivement.

¹³⁰⁴ V. *supra* n. 658.

¹³⁰⁵ Dans le même ordre d'idées, Michel VILLEY (*op. cit.*, p. 87) souligne que, dans le droit naturel antique, les institutions politiques sont vues comme tout aussi « *naturelles* » que les institutions de droit privé.

¹³⁰⁶ Ainsi, des deux conceptions du droit précitées, la conception régulatoire tend aujourd'hui à s'imposer, corrélativement à la diffusion de l'analyse économique du droit, et particulièrement du droit de l'Union, qui porte à découvrir des objectifs stratégiques dans toute règle de droit privé, même la plus traditionnelle, dès lors qu'il est possible de reconstruire un lien causal entre celle-ci et le fonctionnement du marché. Pour une remise en cause radicale de l'idée selon laquelle un droit privé vierge d'objectifs régulatoires ait jamais existé, v. Nils JANSEN et Ralf MICHAELS, « Private Law and the State. Comparative Perception and Historical Observations », *RechtsZ* 2007, p. 345-397, spéc. p. 351.

370. Détermination du type d'objectif poursuivi et *ethos*. – La distinction entre objectif sociétal et objectif simplement normatif étant davantage affaire de représentation que de différence objective, deux règles de substance analogue peuvent être différemment qualifiées, en fonction de leur contexte respectif. Dans cette perspective, c'est pour ne pas avoir pris la mesure de la mutation téléologique qu'entraînait la reprise de la substance du droit national antérieur par la directive *agents commerciaux*¹³⁰⁷, que la Cour de cassation a, dans un premier temps, maintenu sa jurisprudence traditionnelle selon laquelle le statut protecteur de l'agent, en particulier l'indemnité compensatrice, ne constituait qu'une règle de protection individuelle et non une loi de police¹³⁰⁸, en opposition avec la jurisprudence *Ingmar* de la Cour de justice, laquelle estime que les dispositions de transposition de la directive doivent trouver application dès lors que l'agent commercial a exercé son activité dans un État membre, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat¹³⁰⁹.

Cette contradiction ne s'analyse pas, il faut y insister, comme un conflit de normes susceptible d'être résolu par application du principe de primauté, mais comme ce qu'on peut appeler un « *conflit d'ethos*¹³¹⁰ » : agissant dans sa fonction de « *juge communautaire de droit commun* », le juge national, ici la Cour de cassation, tarde à faire siennes les conceptions sous-jacentes au droit de l'Union et continue d'agir conformément aux habitudes de pensée liées à sa fonction première de juge national^{1311 1312}.

Néanmoins, une règle de droit privé assignée à la réalisation d'un objectif sociétal peut toujours être présentée comme n'ayant en vue qu'une conciliation équilibrée des intérêts en présence, l'idée de règle « *à objectif médiate*¹³¹³ » aide à mieux saisir ce phénomène.

¹³⁰⁷ Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants.

¹³⁰⁸ Cass. com., 28 nov. 2000, *Sté Allium* : *JDI* 2001, p. 511-533, note Jean-Michel Jacquet.

¹³⁰⁹ CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, C-381/98 : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 107-120, note Laurence Idot.

¹³¹⁰ Notion d'usage classique en sociologie (sur ce point v. Bernard FUSELIER, « Le concept d'ethos. Des usages classiques à ses usages renouvelés », *Recherches sociologiques et anthropologiques* 2011, p. 97-119), on peut, à l'instar de Pierre BOURDIEU (*Question de Sociologie, op. cit.*), définir l'*ethos* comme un « système de valeurs implicite » (p. 228), ou « un ensemble objectivement systématique de dispositions à dimension éthique, de principes pratiques » (p. 133) intériorisé par l'agent, lié à son appartenance à un groupe social déterminé et venant en retour orienter son comportement. Pour une utilisation de la notion en droit de l'Union, v. Constantinos KAKOURIS, « La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l' 'ethos' du juge », *RAE* 1994, p. 25-41.

¹³¹¹ *Comp.* Guy CANIVET, Discours à l'occasion de l'Audience solennelle de rentrée de la Cour de cassation, 8 janvier 2007, *LPA*, 15 janvier 2007, n°11, p. 6 : « Saisissant mal les rapports entre le projet et la règle [...] se sentant de l'intérieur, peu encouragé sinon désavoué dans son office communautaire, [le juge national] ne sera enclin à ne trouver dans ce droit qu'une réglementation [...] étrangère, gênante, hétérogène, dérogoire à la tradition interne dont il est gardien. [...] « Entre les textes et leur mise en oeuvre, il y a la lourde épaisseur des réalités psychologiques, des pesanteurs sociales et des habitudes professionnelles. »

¹³¹² Pour une application de cette grille de lecture à l'affaire *Eco Swiss* (préc.), v. *supra* n. 275.

¹³¹³ Pour reprendre l'expression de Louis PERREAU-SAUSSINE, note sous Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008, n° 06-14.641 et Cass. 3^e civ., 8 avr. 2008, n° 07-10763, *JDI* 2008, p. 1076-1087, spéc. p. 1078.

371. Les règles « à objectif médiat » – Les règles dites « à objectif médiat » réalisent l’objectif sociétal qu’elles se donnent prioritairement par le *medium* de la protection offerte à une catégorie déterminée d’agents. Il y a donc deux objectifs, l’un immédiat de protection individuelle ou catégorielle, l’autre médiat de réalisation à l’échelle de la société d’un modèle prédéterminé d’organisation. Ces règles à objectif médiat caractérisent le droit privé de l’Union¹³¹⁴.

L’exemple du mécanisme de dédommagement prévu au bénéfice de l’agent commercial à la cessation du contrat à l’initiative du mandant, l’illustre excellemment. On peut, à l’instar d’un auteur, souligner l’objectif de protection commun à la directive européenne et aux législations nationales antérieures : « *La vulnérabilité de l’entreprise d’agence commerciale tient dans le fait qu’elle se consacre, comme instrument commercial d’autres firmes, à la négociation de produits qui ne sont pas les siens. La fin du contrat prive l’agent de la part de marché qu’il avait acquise ou fidélisée à la marque du commettant. L’équité, consacrée depuis longtemps par les usages, exige que la perte, au détriment de l’agent, de cette part de marché soit compensée par une indemnisation*¹³¹⁵ ». Pourtant, placé dans le contexte du Marché intérieur, cet objectif de protection n’est que médiat, ainsi qu’il ressort du célèbre arrêt *Ingmar*¹³¹⁶ rendu sur le fondement de la directive européenne : « *Le régime prévu par les articles 17 à 19 de la directive a ainsi pour objectif de protéger, à travers la catégorie des agents commerciaux, la liberté d’établissement et le jeu d’une concurrence non faussée dans le marché intérieur* »¹³¹⁷.

¹³¹⁴ Sur l’évolution des finalités premières des dispositifs protecteurs de la « *partie faible* » sous l’influence du droit de l’Union, v. Judith ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel ‘de protection de la partie faible’ : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l’homme », in *Mél. Geneviève Viney*, Dalloz, 2008, p. 835-866, spéc., n^{os} 8-12.

¹³¹⁵ Jean-Marie LELOUP V^o « Agences commerciales », *Rép. dr. eur.*, juin 2012, n^o 33. On notera avec intérêt la référence à l’« *équité* » et aux « *usages* » révélatrice d’une conception jusnaturaliste de la règle.

¹³¹⁶ Préc.

¹³¹⁷ Pt. 24 ; nous soulignons. Récemment, la Cour de justice a admis que les dispositions belges allant au-delà de la protection offerte par la directive pouvaient éventuellement s’appliquer, comme lois de police, au détriment de la loi d’un État membre choisie par les parties (CJUE, 3^e ch., 17 oct. 2013, *Unamar*, *op. cit.*). C’est là tirer les conséquences du caractère minimal de l’harmonisation opérée par la directive. Reste cependant à s’assurer que le surcroît de protection belge entre bien dans la définition autonome des lois de police que la Cour fait prévaloir dans le cadre de l’article 7 de la Convention de Rome, alors applicable. Or, cette définition implique, précisément, d’identifier un objectif pris à l’échelle de la société propre au législateur national. À cet égard, la Cour est plus mesurée que son avocat général, qui proposait de fonder la qualification de loi de police sur le constat du seul objectif de protection poursuivi (v. le point 60 des conclusions présentées par l’avocat général WAHL), et laisse à la juridiction de renvoi le soin de constater « *de façon circonstanciée que, dans le cadre de cette transposition, le législateur de l’État du for a jugé crucial, au sein de l’ordre juridique concerné, d’accorder à l’agent commercial une protection allant au-delà de celle prévue par ladite directive, en tenant compte à cet égard de la nature et de l’objet de telles dispositions impératives* » (pt. 53), lui demandant particulièrement de prendre en compte, dans le cadre de cette appréciation, que la loi évincée est « *celle d’un autre État membre qui (...) a correctement transposé la directive* » (pt. 52). En effet, si aucun objectif de cette sorte ne pouvait être identifié, l’éviction de la loi bulgare ne pourrait se concevoir qu’en cas de contrariété à l’ordre public international belge, c’est-à-dire, pratiquement, d’une iniquité crasse, en l’hypothèse exclue du fait de l’harmonisation, même minimale, opérée.

L'exemple du droit européen de la consommation, qui poursuit médiatement l'objectif de compenser le déséquilibre en terme d'information et de pouvoir de négociation existant entre le profane et le professionnel, en vue d'assurer le bon fonctionnement du marché intérieur, vient cependant attester de la primauté conceptuelle donnée à l'objectif sociétal¹³¹⁸, lequel peut se trouver réalisé au prix d'une diminution de la protection du consommateur. À tel point, d'ailleurs, que le besoin s'est fait sentir d'isoler, dans les textes récents, une catégorie spéciale de « *consommateurs vulnérables* » pour lesquels l'équilibre défini à titre de principe entre les valeurs en présence (« marché », « protection de la partie faible ») se révèle trop sévère¹³¹⁹.

372. Conclusion du 1). – Quoiqu'étant affaire de représentation, la distinction entre objectif sociétal et objectif simplement normatif n'en est pas moins une réalité, dotée d'une portée très tangible dans la mise en œuvre des mécanismes d'ordre public. Parce que son auteur ou son interprète est convaincu de la nécessité que cet objectif soit réalisé coûte que coûte, la règle porteuse d'un objectif sociétal a une incidence méthodologique. L'exemple le plus connu de cette incidence est le mécanisme des lois de police, qui constitue une application partielle de l'unilatéralisme, par dérogation à la méthode conflictuelle classique¹³²⁰. En droit processuel, on peut aussi imputer à la présence d'un objectif sociétal – le « *relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'Union* » qu'ambitionnerait, selon la Cour de justice, le droit européen de la consommation – l'obligation faite, dans l'arrêt *Mostaza Claro*, au juge national de relever d'office l'application de ce dernier¹³²¹.

La distinction entre l'objectif (normatif) d'assurer une conciliation équilibrée entre les valeurs en présence et l'objectif (sociétal) de réaliser un dessein précis ne permet pas seulement de mieux comprendre le fonctionnement de certains des mécanismes d'ordre public analysés dans la première partie, elle est aussi, de manière plus inattendue, féconde dans l'optique de déterminer la « *nature politico-juridique* » de l'Union.

¹³¹⁸ Sur cette primauté donnée à « *l'intérêt collectif, macroéconomique* » sur l'intérêt individuel privé, v. Judith ROCHFELD, « Du statut du droit contractuel 'de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. n° 8.

¹³¹⁹ Marine FRIAND-PERROT, « Le consommateur vulnérable à la lumière du droit européen de la consommation », *RTD eur.* 2013, p. 483.

¹³²⁰ Mécanisme analysé *supra* n° 182-208.

¹³²¹ V. *supra* n°s 284, 291-292 et 303.

2) *La typologie des objectifs et la nature juridico-politique de l'Union*

373. Sans chercher à remettre ici en cause la qualification d'ordre juridique de l'Union, dont on a vu qu'elle pouvait être admise¹³²², la distinction entre objectif sociétal et objectif normatif invite en outre à reprendre la réflexion sur la « *nature politico-juridique* » de l'Union, en posant comme déterminante la capacité d'organes ou, plus largement, de pôles producteurs de normes *de concrétiser des valeurs génériques* (ou matricielles)¹³²³ afin de répondre aux différents problèmes que posent la vie sociale¹³²⁴. Sur la base d'un tel critère, se dessine un spectre qui va du contrat, qui serait assurément disqualifié à l'État, qui seul le réaliserait parfaitement, en passant par l'organisation internationale.

374. Au degré zéro du caractère matriciel, on trouve le contrat, dans la mesure où les parties ne mettent en commun que des objectifs, l'exécution des prestations promises, à l'exclusion de valeurs¹³²⁵. Le contrat est dans une certaine mesure stérile¹³²⁶ : une fois l'approfondissement de ces objectifs épuisé, par la recherche de la « *volonté des parties* », la solution des problèmes non ou mal réglés par les parties devra être trouvée dans les valeurs concrétisées par le droit étatique ou plus généralement les valeurs collectives. C'est la distinction proposée par MM. TERRÉ, SIMLER et LEQUETTE entre méthode subjective d'interprétation du contrat, fondée sur la recherche de la commune intention, et une méthode objective où, outre l'application des dispositions légales impératives et supplétives, la référence faite par le code à la « *bonne foi*¹³²⁷ », à l'« *équité* » et aux « *usages* »¹³²⁸ se voit reconnaître une portée autonome¹³²⁹.

¹³²² V. *supra* n^{os} 32 et 35.

¹³²³ Sur ces notions, v. *infra* n^o 392.

¹³²⁴ Il s'agit au fond d'une reformulation du critère de complétude de l'ordre juridique.

¹³²⁵ On remarquera à cet égard qu'aussi généreuse que soit la définition de l'ordre juridique, assimilé à l'« *institution* », posée par Santi ROMANO (sur cette définition, v. *supra* n^o 32), celui-ci n'y fait pas explicitement rentrer le contrat : une file d'attente peut-être (*L'ordre juridique, op. cit.*, p. 25, n. 1), mais le contrat, on ne le trouvera écrit nulle part. Pourtant, les critères très lâches de l'« *institution* » ne condamnent pas formellement cette subsumption : v. à cet égard Georges RENARD, *La théorie de l'institution, essai d'ontologie juridique*, Sirey, 1930, p. 436 : « *il n'existe pas de frontière brutale entre le contrat et l'institution* » (cité par David MARTEL, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, préf. Philippe Stoffel-Munck, IRJS éditions, 2012, spéc. n. 87, qui propose pour sa part une acclimatation de la théorie romaniennne en droit privé, à propos des « *communautés de personnes* »).

¹³²⁶ Encore qu'il faudrait probablement distinguer entre les contrats organisant une « *commutation* » et les contrats organisant une « *distribution* » : dans les premiers, les parties procèdent à une stricte conciliation de leurs intérêts antagoniques, dans les seconds, elles poursuivent une authentique finalité commune : v. François CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. Alain Ghozi, Economica, 2008, spéc. n^{os} 49-57.

¹³²⁷ Art. 1134 al. 3 c. civ.

¹³²⁸ Art. 1135 c. civ.

¹³²⁹ V. *Les obligations*, spéc. n^{os} 448 et s. dans la 10^e éd. Adde, sur la fonction complétive de l'art. 1135 c. civ. : Yves-Marie LAITHIER, note sous Cass. soc., 18 oct. 2006, n^o 04-48.612, *RDC* 2007, p. 714.

375. Système matriciel le plus achevé, l'ordre juridique étatique poursuit ponctuellement des objectifs sociétaux, en édictant des lois de police¹³³⁰ et en prenant part à l'institution d'organisations internationales, qui constituent à ce titre une dérivation dans le processus de décision. Il ne saurait cependant se réduire à la réalisation de ces objectifs concrets et précis. La raison d'être du droit étatique est plus largement le développement pacifique des rapports sociaux, objectif qui correspond à l'échelle de l'ordre juridique à ce qu'est l'objectif « *normatif* » pour une disposition déterminée et que l'on peut qualifier d'abstrait, par opposition aux objectifs déterminés et concrets que sont les objectifs sociétaux¹³³¹.

Qu'en est-il de la place de l'Union dans ce schéma ? Comme toujours, le droit positif est ambivalent.

376. La situation devrait *a priori* être claire, du moins elle l'était initialement. Comme organisation internationale, la Communauté occupe une position intermédiaire : régie par le principe de spécialité, elle n'a de compétence pour édicter du droit dérivé que dans le cadre des objectifs qui lui sont assignés. Ceux-ci, par leur large portée, ont certes, dès l'origine, une portée matricielle remarquable. Comme l'a très bien dit Pierre PESCATORE : « *Sous ce rapport, [l]es traités ont constitué des actes de confiance mutuelle de la part des États membres puisque des engagements de durée illimitée ont été pris sur des objectifs qui, s'ils ne sont pas dépourvus de toute précision, ont exigé, cependant, depuis, un effort continu de création. Ce fut, dans une large mesure, un saut dans l'inconnu*¹³³² ». Néanmoins, ces objectifs étaient initialement circonscrits au domaine économique. On peut, là encore se référer au juge PESCATORE, et plus spécialement à la distinction qu'il a proposé entre objectifs « *immédiats et intermédiaires* », qui sont d'ordre économique et objectifs « *éloignés* » qui sont d'ordre politique¹³³³. Seuls les objectifs politiques font l'objet « *d'engagement formels*¹³³⁴ », tandis que l'objectif « *d'une plus grande unité politique* », quoique fondant assurément la raison d'être de la construction entreprise¹³³⁵, demeure du « *domaine des*

¹³³⁰ V. *supra* n^{os} 183, 193 et 367-372.

¹³³¹ *Comp.* HAYEK, *op. cit.*, p. 241, à propos de la fonction du juge : « *Il lui sera assigné un objectif précis, bien que ça ne soit pas une fin concrète particulière : le but sera d'améliorer un ordre des activités donné, en établissant une règle qui pourra prévenir le retour des conflits qui se sont produits.* » ; p. 262-263, sur la « *finalité* » du droit (les guillemets sont de l'auteur) : « *Mais, concevoir comme but un ordre abstrait, dont personne ne peut prédire de quelle façon il se manifestera, un ordre défini par des propriétés que l'on ne peut exprimer avec précision, cela serait par trop étranger à ce que la plupart des gens considéreraient comme un objectif convenable d'action rationnelle.* »

¹³³² *Le droit de l'intégration, op. cit.*, p. 25. Nous soulignons.

¹³³³ *Ibidem*, p. 25-29.

¹³³⁴ *Ibid.*, p. 29.

¹³³⁵ *Ibid.*, p. 28 : « *Je suis convaincu d'exprimer une conviction commune à tous ceux qui s'occupent de la construction européenne en disant que celle-ci n'a de sens et un dynamisme qu'à la condition d'évoluer vers une plus grande unité politique de l'Europe occidentale* »

*virtualités*¹³³⁶ ». Autrement dit la consécration formelle de ces objectifs politiques est reportée à un « *moment constituant* » ultérieur.

Cette configuration initiale suggère ainsi l'image d'une répartition des compétences : à l'Union les objectifs (économiques), aux États membres les valeurs. Ce schéma originaire a cependant pu paraître évoluer.

377. Tout d'abord, l'ampleur des objectifs poursuivis, leur dimension matricielle, a rendu nécessaire d'intégrer les valeurs, ou plutôt d'autres valeurs¹³³⁷, à l'équation européenne. En effet, comme l'écrivent les Professeurs BLUMANN et DUBOIS, « *l'extension constante des activités de l'Union [...]'ouverture du marché intérieur, le développements de politique communes dans les secteurs les plus variés conduit mécaniquement à augmenter le risque d'atteinte aux droits fondamentaux*¹³³⁸ ». Utilisant le *medium* des principes généraux du droit communautaire, la Cour de justice s'est ainsi faite fort d'assurer que la réalisation des objectifs européens s'opérait en conformité avec les droits fondamentaux. Se trouvaient ainsi soumis à un contrôle de conformité, d'abord les actes des institutions¹³³⁹, puis les mesures nationales de mise en œuvre du droit communautaire¹³⁴⁰.

De façon peut-être encore plus significative, au fil des révisions des traités, les finalités de la construction se sont diversifiées au-delà de la sphère économique. Aussi bien, l'objectif d'intégration, conçu comme un simple objectif de décloisonnement des espaces nationaux¹³⁴¹, peut-il paraître de moins en moins limitatif, pour se rapprocher de plus en plus de l'objectif « *abstrait* » de faire société. Emblématique est à cet égard l'article 3 TUE, qui affirme de manière inédite que l'Union a pour but de promouvoir, non seulement la paix, mais également le « *bien-être de ses peuples* »¹³⁴².

¹³³⁶ *Ibid.*, p. 29. V. aussi *ibid.*, p. 28 : « *On doit à l'objectivité de dire [...] que ces finalités politiques, à la différence de ce qui est le cas des finalités économiques, ne font pas l'objet d'un engagement, ni en ce qui concerne l'objectif, ni en ce qui concerne les modalités* ».

¹³³⁷ En effet, tous les objectifs, y compris ceux de l'Union, sont des dérivés des valeurs, plus exactement des « *valeurs en action* » (v. *supra* n^{os} 353, 354-357, 361 et 363).

¹³³⁸ Claude BLUMANN et Louis DUBOIS, *Droit institutionnel*, *op. cit.*, n^o 156.

¹³³⁹ CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125. Sur les circonstances de cette introduction, v. *supra* n^o 28.

¹³⁴⁰ CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, Rec. p. 2609. Sur ce point, v. *supra* n^{os} 41-43.

¹³⁴¹ Le sens profond de l'objectif d'intégration a notamment été mis en avant à l'occasion des discussions sur l'opportunité d'étendre l'application du principe de libre circulation aux situations internes. V. singulièrement les conclusions de l'avocat général TESAURO dans l'affaire *Hünernund* (CJCE, 15 décembre 1993, C-292/92), Rec. p. I-6787 et les conclusions de l'avocat général POIARES MADURO dans l'affaire *Carbonati Apuani* (CJCE, 9 septembre 2004, C-72/04), Rec. p. I-8027.

¹³⁴² Sur le caractère inédit de ce couple, v. Loïc AZOULAI, « Art. I-3. Les objectifs de l'Union », *op. cit.*, spéc. p. 63 et s.

378. Mais les choses ont-elles vraiment changé ? Quel est l'axiome du droit de l'Union ? Est-ce *la réalisation de certains objectifs sociétaux*, de telle sorte que sa nature politico-juridique reste fondamentalement identique ? Est-ce au contraire *la conciliation équilibrée des valeurs en général* ?

379. Le récent avis 2/13 rendu par la Cour de justice sur l'adhésion de l'Union à la Convention européenne des droits de l'homme¹³⁴³ illustre la claudication de cette construction fédérale demeurée, pour l'heure, à l'état de « *virtualité* », pour reprendre le terme du juge PESCATORE.

Dans ses « *considérations liminaires* », la Cour commence en effet par affirmer que la construction européenne « *repose sur la prémisse fondamentale selon laquelle chaque État membre partage avec tous les autres États membres, et reconnaît que ceux-ci partagent avec lui, une série de valeurs communes sur lesquelles l'Union est fondée, comme il est précisé à l'article 2 TUE*¹³⁴⁴ » et rappelle ensuite que les droits fondamentaux « *figurent au cœur de cette construction*¹³⁴⁵ », donnant ainsi le sentiment que le centre de gravité de l'Union pourrait s'être déplacé des objectifs vers les valeurs. Impression de courte durée, car la Cour réaffirme tout de suite que « *l'autonomie dont jouit le droit de l'Union par rapport aux droits des États membres ainsi que par rapport au droit international impose que l'interprétation de ces droits fondamentaux soit assurée dans le cadre de la structure et des objectifs de l'Union*¹³⁴⁶ » et, de manière encore plus énergique, que « *c'est dès lors dans le respect de ce cadre constitutionnel [...] que les droits fondamentaux, tels que reconnus en particulier par la Charte, doivent être interprétés et appliqués au sein de l'Union* ».

Au-delà des implications majeures de l'adhésion au plan institutionnel, il faut bien voir que la menace perçue par la Cour pour l'autonomie de l'ordre juridique de l'Union a aussi une dimension matérielle. A l'audience, les débats se sont noués, à la suite d'une question orale posée par le juge TIZZANO, en termes d'atteinte éventuelle à l'« *ordre public de l'Union*¹³⁴⁷ ». Dans cette perspective, a été citée, notamment, l'éventualité d'une remise en cause par la Cour EDH des mécanismes de reconnaissance mutuelle en matière civile¹³⁴⁸.

¹³⁴³ *Op. cit.*

¹³⁴⁴ Pt. 168.

¹³⁴⁵ Pt. 169.

¹³⁴⁶ Pt. 170.

¹³⁴⁷ Ce dont la prise de position de l'avocat général KOKOTT se fait furtivement l'écho (pt. 168).

¹³⁴⁸ *Comp. CEDH*, 2^e sect., 12 juillet 2011, *Šneerson and Campanella v. Italy*, n° 1437/09 et *CEDH*, 1^{re} sect., 18 juin 2013, *Povse v. Austria*, n° 3890/11.

Sur ce point, les objections de la Cour paraissent *a priori* de mauvais ton : pourquoi l'Union ne se soumettrait-elle pas au même standard que les États membres ? L'objectif d'intégration justifie-t-il qu'il soit porté atteinte aux droits fondamentaux ? Sans discuter ici davantage l'opportunité et les modalités techniques d'une telle soumission, il nous semble qu'il faut voir dans la réticence de la Cour la manifestation de l'intuition fondamentale que, dans l'Union et à la différence de ce qui se passe pour un État, les objectifs jouissent d'une primauté par rapport aux valeurs¹³⁴⁹. Les valeurs ne sont prises en considération en tant que telles que « dans le cadre » de la réalisation des objectifs nous dit la Cour, qui prend en outre soin de détailler ces objectifs au point 172 de l'avis¹³⁵⁰ et de conclure par l'affirmation remarquable que « la réalisation du processus d'intégration est la raison d'être de l'Union. » Dans le « cadre de » et dans la perspective de la réalisation des objectifs¹³⁵¹. Finalement, ce qui justifie que l'Union ne soit pas soumise au même régime de protection des droits fondamentaux que les États, c'est que l'Union n'est pas un État.

Intéressante à la fois au plan substantiel et au plan institutionnel, la détermination de la nature de l'objectif poursuivi par la règle, est étroitement liée à l'identification des titulaires, individuels ou collectif, des intérêts promus, au-delà des valeurs, par cette dernière. Il est temps d'envisager les intérêts pris en considération par l'auteur de la règle de droit.

¹³⁴⁹ Plus exactement, et puisque ces objectifs sont eux-mêmes réductibles en valeurs, les valeurs dont procèdent ces objectifs ont primauté sur les autres valeurs consacrées. Il s'agit de ce que nous appelons un agencement typique de valeurs (v. *infra* n^{os} 395-396) : dans les situations entrant dans le champ d'application de l'Union les valeurs correspondant aux objectifs du Traité se voient par principe affectées d'un coefficient pondérateur plus important que les autres. C'est bel et bien une question d'identification d'« axiome », au sens où l'entendait HAYEK (*op. cit.*) Celui-ci opposait en effet un régime authentiquement libéral, où la liberté constitue un axiome (p. 168 : « La liberté ne prévaudra que si l'on admet comme axiome qu'elle constitue un principe dont l'application aux cas particulier n'appelle aucune justification »), aux politiques se voulant « réalistes » ou « pragmatiques », rejetant « toutes les valeurs générales » au bénéfice d'« objectifs explicitement définis » (p. 163). Il ne faut cependant pas s'y tromper : dans les deux cas, les valeurs sont à l'œuvre, simplement, dans le second, la prémisse de départ est occultée (p. 164 : « [cela] montre combien peu on a compris l'importance des principes dans la détermination d'une politique ; plus particulièrement cela indique que l'on a complètement perdu de vue un fait fondamental, à savoir que par nos actions politiques, nous faisons involontairement accepter des principes qui rendront de nouvelles interventions nécessaires »).

¹³⁵⁰ « La poursuite des objectifs de l'Union, tels que rappelés à l'article 3 TUE, est, pour sa part, confiée à une série de dispositions fondamentales, telles que celles prévoyant la liberté de circulation des marchandises, des services, des capitaux et des personnes, la citoyenneté de l'Union, l'espace de liberté, de sécurité et de justice ainsi que la politique de concurrence ».

¹³⁵¹ Cette subordination des valeurs par rapport aux objectifs explique encore qu'on a pu douter de l'existence d'une « compétence » de l'Union en matière de droits fondamentaux (sur ce sujet, v. Edouard DUBOUT, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », *op. cit.*). A cet égard, on rappellera que l'art. 6 § 1 TUE, quoique attribuant à la Charte même valeur juridique qu'aux Traités (al. 1) rappelle que les décisions de cette dernière « n'étendent en aucune manière les compétences de l'Union européenne telles que définies dans les Traités » (al. 2).

B. Intérêts privés, intérêts publics et intérêt général

380. En doctrine et en droit positif, il est très souvent rendu compte du processus d'élaboration (et d'interprétation) de la règle de droit en termes de promotion et de pondération d'intérêts. Cette présentation est, on l'a déjà mentionné, le ressort de la « *science des intérêts* » ou « *Interessenjurisprudenz* ». Trois types d'intérêts sont généralement mis en avant : les intérêts privés, l'intérêt public et l'intérêt général.

Cependant, ainsi que Mustapha MEKKI l'a démontré dans sa thèse, ces notions ne se situent pas sur le même plan¹³⁵² : tandis que les notions d'intérêt privé et d'intérêt public permettent de schématiser, en isolant ses composantes, la réalité sociale soumise à l'appréciation par l'auteur de la norme, l'intérêt général constitue, ainsi que nous allons le voir, le produit de cette appréciation. Nous étudierons ainsi successivement les intérêts privés et public objets de l'appréciation (1) et l'intérêt général résultat de l'appréciation (2).

1) Les intérêts objets de l'appréciation

381. Division. – Les intérêts susceptibles d'être pris en considération par l'auteur de la norme sont soit privés, soit publics, ces deux catégories épuisant à elles seules la réalité sociale appréhendée par l'auteur de la norme¹³⁵³. Cependant, alors que la notion d'intérêt privé renvoie toujours à des intérêts individuels, ceux de personnes privées, éventuellement appréhendés en masse (c'est ce qu'on appelle les « *intérêts catégoriels* »¹³⁵⁴), la notion d'intérêt public renvoie soit à un intérêt individuel, celui d'une personne publique partie à la relation juridique envisagée, soit à un intérêt collectif, celui de la société comme un tout distinct de la somme des individualités qui la composent. Il convient donc d'envisager ces deux catégories successivement.

a) Les intérêts privés

382. S'agissant de déterminer l'intérêt d'une personne privée, il convient de distinguer les points de vue. L'intérêt, l'avantage, qu'un individu considérera comme étant le sien, à la

¹³⁵² *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. J. Ghestin, LGDJ, 2004.

¹³⁵³ *Comp.* Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat, op. cit.*, n° 73 : « le choix de ces deux catégories d'intérêts est purement descriptif. Ces deux catégories regroupent à elles seules toutes les manifestations de la notion d'intérêt ».

¹³⁵⁴ Par exemple ceux des « consommateurs » ou des « agriculteurs », identifiés à raison de l'identité (supposée) des intérêts des membres du sous-groupe ainsi identifié. Si, à l'échelle du groupe en question, par exemple pour les organes de décision d'une association de consommateurs ou d'un syndicat agricole, l'intérêt catégoriel revêt un caractère collectif et transcendant, en revanche, du point de vue de l'auteur de la règle de droit, dont la légitimité a pour assiette la société dans son ensemble, l'intérêt catégoriel n'est qu'une somme d'intérêts individuels.

lumière de son système de valeurs, dans une situation déterminée est distinct de celui que l'auteur de la norme lui attribuera/imputera et prendra en compte dans son appréciation. Cet intérêt là, en effet, est nécessairement *présomptif* et constitue, du fait même de cette prise en compte, une *dérivation des valeurs consacrées dans l'ordre juridique*¹³⁵⁵.

383. Intérêts typisés. – Ce ne sont pas les intérêts des sujets de droit, tels qu'eux mêmes les définissent, que prend en considération l'auteur de la norme, mais une représentation « *typisée*¹³⁵⁶ », c'est à dire objective et abstraite, de ces derniers. Un exemple aidera à le comprendre : dans le cadre de la vente d'un immeuble, on dira que l'intérêt typisé du vendeur consiste à percevoir le prix et celui de l'*acheteur* à acquérir la propriété du bien, en laissant de côté les mobiles personnels qui ont pu les guider l'un et l'autre¹³⁵⁷ - le souci, par exemple, du vendeur de réunir assez d'argent pour doter sa fille ou l'intention de l'acheteur d'installer dans son acquisition une maison de tolérance. Les intérêts privés promus par l'auteur de la norme sont ainsi énoncés de manière objective : ils sont ce que l'on peut raisonnablement présumer être l'avantage attendu de l'opération ; ils le sont également d'une manière *abstraite*, à la fois quant à leur titulaire, qui est appréhendé au travers d'une qualité juridique, et dans leur objet, qui sera le même pour toute personne placée dans une situation du même type.

b) Les intérêts publics

384. Souvent employée comme synonyme de la notion d'intérêt général, la notion d'intérêt public doit pourtant, ainsi que l'a démontré Mustapha MEKKI¹³⁵⁸, en être distinguée. Pris comme objet de l'appréciation de l'auteur de la norme, l'intérêt dit « *public* » peut avoir deux sens. Tout d'abord, on peut parler d'« *intérêt public* » à raison d'un « *critère organique* » tenant à la qualité de personne publique de son titulaire. Il s'agit alors d'un intérêt qui, pour être public n'en est pas moins individuel. Il est également parfois référé à la notion d'« *intérêt public* » dans un sens plus matériel, pour désigner l'intérêt de la société prise

¹³⁵⁵ Sur cette dérivation, v. *supra* nos 353 et 358-360. Cette distinction n'a en principe pas lieu d'être faite pour la détermination de l'intérêt public, pris comme intérêt individuel (v. *infra* n° 385). Comme construit social, une personne publique ne peut légalement avoir d'intérêt que typisé et conforme aux valeurs collectives. Toute déconnexion entre cet intérêt là et les mobiles personnels de l'auteur de la décision caractériserait un détournement de pouvoir (v. René CHAPUS, *Droit administratif général, op. cit.*, n° 1242). Par exemple, un maire qui utilise son pouvoir de police, non pour maintenir l'ordre public mais pour mettre fin à la concurrence qu'un établissement de danse fait à son débit de boisson (CE, 14 mars 1934, *Dlle Raut*, Rec. p. 337).

¹³⁵⁶ *Comp.* Gerhard KEGEL et Klaus SCHURIG, *Internationales Privatrecht, op. cit.*, p. 134 : « *Die Normenbildung geht aus von vorgestellten, typisierbaren, präsumtiven Interessen* [l'élaboration de la norme prend pour base des intérêts qui ne sont que représentés, reproductibles (« typisables ») et présomptifs] » (ce sont les auteurs qui soulignent).

¹³⁵⁷ V. à cet égard François CHÉNÉDÉ, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. Alain Ghazi, Economica, 2008, n° 50, p. 57, qui fait le parallèle avec l'opposition, connue en droit français, entre cause objective et cause subjective.

¹³⁵⁸ *L'intérêt général et le contrat, op. cit.*, spéc. n° 40.

comme un tout ; « intérêt public » désigne dans ce cas un intérêt qui, pour avoir un titulaire à qui « l'on prête une conscience de lui-même¹³⁵⁹ », n'en est pas moins collectif¹³⁶⁰. Détaillons ces deux acceptions.

385. L'intérêt public comme intérêt individuel. – L'intérêt public peut d'abord s'entendre, dans une situation de droit public, de celui qui a pour titulaire la personne publique partie à la relation juridique envisagée. Pris en ce sens, « *intérêt public* » renvoie à l'un des intérêts individuels pondérés par la norme. Dans cette perspective, la règle exorbitante de droit public exigeant une faute lourde pour la mise en jeu de la responsabilité d'une entité administrative, peut être vue comme le résultat de la conciliation entre les intérêts de la personne publique en cause et ceux, moins fortement pondérés, de la victime. Dans le même ordre d'idée, la décision favorable à l'autonomie procédurale nationale rendue par la Cour de justice dans l'affaire *Heemskerk*, analysée dans la première partie¹³⁶¹, procédait d'une mise en balance de l'intérêt (financier) public de l'Union et de l'intérêt privé de l'opérateur à ne pas voir sa situation aggravée par l'exercice d'un recours qu'il a lui-même introduit¹³⁶².

386. L'intérêt public comme intérêt collectif. – Il n'est pas illégitime, en présence d'une règle poursuivant un « *objectif sociétal* »¹³⁶³ de qualifier aussi d'« *intérêt public* » celui que l'on attribue à la société prise comme un tout. Dans ce cas, « intérêt public » renvoie à un intérêt collectif (authentiquement) transcendant. Le droit de l'Union offre des exemples d'un tel emploi de la notion. C'est la seconde partie de la motivation de l'arrêt *Mostaza Claro*, qui délaissant une analyse classique en termes d'effectivité de la protection du consommateur, axé sur la prise en compte de l'intérêt privé de ce dernier, fait référence à l'intérêt « *public* » tenant au relèvement du niveau et de la qualité de vie dans l'Union. C'est encore le

¹³⁵⁹ Pour reprendre l'expression de Benjamin REMY (v. *supra* n. 1255).

¹³⁶⁰ Nous nous séparons ici de M. MEKKI (*L'intérêt général et le contrat, op. cit.*) qui, après avoir envisagé la possibilité de définir l'intérêt public à raison d'un critère soit « *organique* », soit « *matériel* », le premier renvoyant à l'intérêt de l'Etat ou de l'Union européenne, et le second à une conception transcendante de l'intérêt général, préfère quant à lui s'en tenir à un critère strictement organique (n° 40). En revanche, la double acception de la notion d'intérêt public présentée ici recoupe la distinction opérée par Benjamin REMY (*op. cit.*, n° 360), entre l'« *implication juridique* » de l'Etat (ou d'une émanation de l'Etat) dans la relation juridique envisagée, qui caractérise les règles de droit public, et l'« *implication conceptuelle* » du gouvernant dans la situation qu'il se propose de régir, qui caractérise différemment les règles adoptées dans le souci de réaliser un objectif sociétal.

¹³⁶¹ V. *supra* n° 287.

¹³⁶² En revanche, la dimension « *bien-être animal* » de l'affaire *Heemskerk* montre les limites d'une analyse en termes d'intérêts. En effet, parce que la notion suppose de pouvoir identifier un titulaire à qui l'on prête une « *conscience de lui-même* », on peut sérieusement hésiter à parler de l'intérêt des animaux à voir leur santé protégée. Cette considération là, qui entrerait certainement dans l'opération de pondération menée par la Cour, ne peut être adéquatement exprimée qu'en termes de valeurs (ou d'objectifs).

¹³⁶³ Sur lesquelles, v. *supra* spéc. n°s 193 et 367-372.

considérant n° 37 du règlement *Rome I*, qui paraît réserver la qualification de lois de police aux règles protectrices d'un « *intérêt public* »¹³⁶⁴.

Pris en ce sens, l'intérêt public tend à éclipser tous les autres. Comme l'explique Benjamin REMY, « *si l'on adopte [une telle] conception dans ses conséquences extrêmes, il n'y a plus qu'un intérêt, celui de la société ; il ne s'agit pas de l'adjonction d'un troisième intérêt mais de la substitution de l'intérêt de la société à l'intérêt des parties*¹³⁶⁵ ». A ce titre, cet emploi particulier de la notion emporte une confusion entre l'objet et le résultat de l'appréciation.

Privés ou publics, y compris dans un sens collectif, les intérêts qui viennent d'être envisagés forment l'objet de l'appréciation qui préside à l'élaboration de la norme, les intrants du jugement de valeur, tandis que l'intérêt général est le résultat de cette appréciation.

2) *L'intérêt général résultat de la conciliation*

387. Définition. – Souvent confondus, intérêt public et intérêt général doivent pourtant être distingués¹³⁶⁶. Si l'on veut lui attribuer une signification utile, l'expression d'« *intérêt général* » doit être réservée pour désigner le résultat de la pondération opérée par l'auteur de la norme, entre les intérêts, privés ou publics, qu'il identifie dans la situation qui lui est soumise¹³⁶⁷. A cet égard, nous épousons pleinement la conception « *méthodique* » et « *procédurale* » de l'intérêt général adoptée par Mustapha MEKKI, qui définit ce dernier comme étant le résultat d'un « *arbitrage* » ou « *hiérarchie* » des intérêts publics et/ou privés impliqués dans la situation¹³⁶⁸.

¹³⁶⁴ Intérêt public dont l'arrêt *Unamar* (préc.), en n'excluant pas d'emblée que le surcroît de protection offert par la loi belge à l'agent commercial, a implicitement admis qu'il pouvait être réalisé par *le medium* d'intérêts privés. Cette interprétation, qui concerne une loi de police *nationale* est cohérente avec la conception des lois de police d'origine *européenne* que l'arrêt *Ingmar* (préc.) a imposée (anticipant cette solution v. Vincent HEUZÉ, « La loi des contrats internationaux », in *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, Tome I, Livre II, 30 décembre 2008, spéc. n°71, p. 46).

¹³⁶⁵ *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, n° 359.

¹³⁶⁶ V., encore récemment : Maryse DEGUERGUE, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *Mél. Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 131-142.

¹³⁶⁷ En revanche, il est clair que le découpage de la réalité sociale en intérêts individuels ou collectif, ni même d'ailleurs en valeurs élémentaires, ne fournit pas par lui-même le *critère* d'appréciation, qui reste irrémédiablement subjectif (sur ce point, v. *infra* n° 394). L'objection n'a pas manqué d'être soulevée par les détracteurs de l'*Interessenjurisprudenz* qui lui ont reproché de se vouloir une « *méthode de production rationnelle des jugements de valeur* », ce qui est une contradiction dans les termes puisque le monde des valeurs n'est pas régi par la raison : v. Michel BUERGESSER et Jean-François PERRIN, « *Interessenjurisprudenz*, Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement » (*op. cit.*, p. 351), citant Hermann ISAY, « Die Methode der Interessenjurisprudenz. Eine kritische Betrachtung », *AcP* 1933, p. 33-46.

¹³⁶⁸ *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, *op. cit.*, spéc. n° 78.

388. Transition. – Dans l’optique d’établir l’absence de spécificité matérielle des mécanismes d’ordre public, ce premier chapitre s’est donné pour objet de démontrer que les valeurs constituent le substrat du droit, c’est-à-dire son élément matériel irréductible. Toutefois, pour ne pas se distinguer du restant du phénomène quant au *type* d’éléments (les valeurs) qu’ils protègent, les mécanismes d’ordre public pourraient néanmoins se démarquer par une sélectivité quant aux *espèces* d’éléments protégés : ils ne protégeraient que certaines valeurs, les « *plus importantes* » et pas d’autres. Cette manière de présenter les choses est cependant problématique en ce qu’elle suggère l’existence d’une hiérarchie *a priori* et intangible des valeurs et, à ce titre, ne rend pas compte de la nature exacte des rapports que les valeurs entretiennent entre elles.

Chapitre II : Les complexes de valeurs

389. Objet du Chapitre. – Il s’agit, dans ce chapitre de tirer les conséquences du caractère, déjà signalé¹³⁶⁹, a-hiérarchique des valeurs, et plus particulièrement des valeurs pertinentes dans le champ du droit, quant à leur rapports mutuels : toutes également telles, les valeurs ne sont pas liées, contrairement à l’opinion (très) généralement reçue, par un rapport hiérarchique¹³⁷⁰, mais par un double rapport de dérivation et d’agencement mutuel.

390. Remarque méthodologique. – Pour mener à bien cette démonstration, nous nous appuierons essentiellement sur la littérature relative aux droits fondamentaux et, singulièrement, aux conflits de droits fondamentaux (*Grundrechtskollisionen*)¹³⁷¹.

Sur ce point, on pourrait nous reprocher un paradoxe, puisque ces droits sont précisément ceux que l’on place généralement au sommet des hiérarchies formelle et matérielle de l’ordre juridique. Il convient donc de répondre à cette possible objection.

Tout d’abord, nous n’entendons nullement nier que certaines règles cristallisant des valeurs doivent se voir reconnaître primauté sur d’autres, ayant tout autant des valeurs pour substrat,

¹³⁶⁹ V. *infra* n° 148.

¹³⁷⁰ Ce qui se manifeste dans l’usage d’expression telles que « hiérarchie » ou « échelle » de valeurs, ou encore par l’identification de valeurs « fondamentales », par opposition à d’autres qui ne le seraient pas.

¹³⁷¹ Sur cette problématique en droit allemand, v. la thèse de référence d’Herbert BETHGE : *Zur Problematik von Grundrechtskollisionen*, Franz Vahlen Verlag, 1977 ; et pour une actualisation : Herbert BETHGE, « Grundrechtskollisionen », in Detlef Merten et Hans-Jürgen Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III : *Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren* II, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 667-716. En droit français, v. Virginie SAINT-JAMES, *La conciliation des droits de l’homme et des libertés en droit public français* PULIM, 1995. En droit conventionnel européen des droits de l’homme, v. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l’homme*, Bruylant, 2011.

mais placées plus bas dans la hiérarchie des normes. Ensuite, indépendamment de cette hiérarchisation formelle, les droits fondamentaux ou droits de l'homme, quel que soit le sens précis attribué à ces expressions, présentent cette caractéristique, par rapport aux « autres droits », d'être l'expression à l'état élémentaire de valeurs dans une règle de droit¹³⁷². Ils constituent donc un objet d'observation idéal pour découvrir, en son tréfonds, l'articulation des valeurs entre elles.

Ces bases étant posées, nous étudierons les deux types de relations qui s'établissent entre les valeurs : un rapport de dérivation lorsque les valeurs sont envisagées abstraitement (Sec. I), un rapport de pondération lorsqu'il s'agit de les appliquer à une situation concrète (Sec. II).

Section I : La dérivation des valeurs dans l'ordre abstrait

391. Au plan abstrait qui est le leur¹³⁷³, les valeurs sont toutes également telles, de celle *que l'on dit* la plus sacrée¹³⁷⁴, aux plus triviales¹³⁷⁵. Les valeurs sont par définition a-hiérarchiques¹³⁷⁶.

392. Si les valeurs ne sont pas liées par un rapport hiérarchique, en revanche, elles entretiennent un rapport de dérivation, de la plus générique, c'est-à-dire dans le champ que s'assigne le droit, la dignité humaine¹³⁷⁷, à la plus spécifique à un domaine donné¹³⁷⁸. Par

¹³⁷² En ce sens, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, spéc. n. 693.

¹³⁷³ Michel VILLEY souligne ce caractère abstrait lorsqu'il rend compte du processus d'émancipation des valeurs de leur support matériel ou psychologique dans l'histoire de la pensée, au terme duquel « [les valeurs] *ne sont plus le désiré (fait scientifiquement constaté) mais le désirable, le digne en soi d'être désiré* » (préf. à la thèse préc. de Christophe Grzegorzyczek, spéc. p. 7).

¹³⁷⁴ V. par exemple la motivation de la Cour d'appel de Paris dans l'affaire *Huston* (CA Paris, 4^e ch. B, 6 juill. 1989, *Soc. Turner Entertainment Co c. consorts Huston et al.* : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 706-720, note Pierre-Yves Gautier ; *JDI* 1989, p. 979-1005, note Bernard Edelman), citée supra n. 553.

¹³⁷⁵ V. par exemple Herbert BETHGE, *Verfassungsrecht*, 2^e éd., Franz Vahlen Verlag, 2004 : « *Zu den von Art. 2 Abs 1 GG 'aufgefangenen' Tätigkeiten zählen auch banale und triviale Aktivitäten. Grundrechtsschutz erschöpft sich nicht in elitären Verhaltensweisen. Zum Grundrechtsschutz der Beliebigkeit gehört z. B. das Reiten im Wald.* [Parmi les activités protégées subsidiairement par l'article 2, alinéa 1 du *Grundgesetz* (qui institue le droit au « libre épanouissement de la personnalité ») comptent également des actions banales et triviales. La protection des droits fondamentaux ne s'épuise pas dans des pratiques élitistes. À la liberté générale d'agir constitutionnellement garantie appartiennent par exemple les promenades à cheval en forêt] » (v. BVerfG, 6 juin 1989, *Reiten im Walde*, BVerfGE 80, 137).

¹³⁷⁶ *Comp.* Virginie SAINT-JAMES, V^o « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 378-381, spéc. p. 380, qui doute de la pertinence des tentatives doctrinales de hiérarchisation des droits de l'homme.

¹³⁷⁷ Si l'on en croit la doctrine qui attribue à cette dernière valeur d'axiome pour le système juridique : Muriel FABRE-MAGNAN, V^o « Dignité humaine », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin et Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 226-230, spéc. p. 227 : « *La dignité est [...] apparue aussi parce que les couches juridiques successives ont été tellement déconstruites qu'on en arrive désormais aux fondements* » ; *eadem*, « La dignité en droit : un axiome », in Anne-Marie Dillens et Bernard Van Meenen (dir.), *La dignité aujourd'hui. Perspectives philosophiques et théologiques*, Facultés universitaires Saint Louis, 2007, p. 53-84. V. aussi François RIGAUD, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, t. 213, spéc. p. 97 : « *La dignité de la personne humaine (...) doit être tenue pour le postulat fondamental de la science du droit* ».

exemple, de la dignité humaine dérive, entre autres, le principe de liberté et celui d'égalité, qui lui-même se ramifie en fonction des domaines : égalité entre hommes et femmes¹³⁷⁹, puis égalité entre époux, et encore, dans un autre domaine, égalité entre créanciers du débiteur failli... La tentation de leur attribuer une valeur « plus haute » mise à part, c'est du constat de cette distinction que procède la doctrine qui identifie des principes « *matriciels* » en matière de protection des droits fondamentaux¹³⁸⁰.

Section II : La pondération des valeurs dans l'ordre concret

393. Cohérentes lorsqu'on les appréhende au plan abstrait¹³⁸¹, les valeurs se révèlent en pratique contradictoires¹³⁸². Aussi, le passage à la réalité, fût-il virtuel dans le cas du

Cependant, cette doctrine n'a pu prétendre rendre exactement compte du droit positif qu'aussi longtemps que le droit est demeuré anthropocentré, ce qui n'est plus le cas, précisément sous l'influence du droit européen, en particulier de l'Union. Depuis l'entrée en vigueur du Traité d'Amsterdam, une clause de cohérence oblige en effet à prendre en compte « *les exigences du bien-être des animaux* » dans la formulation et la mise en œuvre de certaines politiques de l'Union, notamment la PAC (Protocole n° 33 annexé au Traité CE *sur la protection et le bien-être des animaux*), et depuis l'entrée en vigueur du Traité de Lisbonne « *les exigences du bien-être des animaux en tant qu'êtres sensibles* » (art. 13 TFUE ; sur ce point v. Jean-Pierre MARGUÉNAUD, « La promotion des animaux au rang d'être sensibles dans le traité de Lisbonne », *Revue semestrielle de droit animalier* n° 2009, p. 13-18). La Cour s'assure du respect de cette exigence dans le cadre du contrôle de proportionnalité des actes de droit dérivé (CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes*, C-189/01, spéc. pt. 79). Si, certes, le « *bien-être animal* » ne compte ni parmi les objectifs généraux de l'art. 3 TUE, ni parmi les objectifs spécifiques de la politique agricole commune (art. 39 TFUE), ni ne constitue, comme l'a à juste titre affirmé la Cour, « *un principe général du droit au contenu [normatif] bien déterminé* » (*Ibidem*, pt. 73), il s'agit incontestablement d'une valeur brute, ayant vocation à être conciliée avec d'autres par le législateur. Cette évolution du droit de l'Union est sans doute un indice : si l'on se représente plus aisément l'articulation des valeurs, sous les traits d'une dérivation arborescente, celles-ci ont probablement un développement « *rhizomique* », sans point origine ni fin (sur les « *caractères approximatifs du rhizome* », v. l'introduction à l'ouvrage de Gilles DELEUZE et Félix GUATTARI, *Mille Plateaux*, Les Éditions de Minuit, 1980).

¹³⁷⁸ En ce sens, au sujet des droits de l'homme, v. Patrice MEYER-BISCH, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Éditions Universitaires de Fribourg, 1991, p. 97-120. Le Professeur MEYER-BISCH défend l'idée selon laquelle « *une hiérarchisation doit se faire non entre les droits, mais entre des aspects fondamentaux et des aspects dérivés d'un droit de l'homme* » (p. 98). Il adopte en conséquence une définition que l'on pourrait qualifier de structurelle de la fundamentalité. Pour lui, « *un droit est fondamental dans la mesure où il est directement garant et porteur d'une dimension nécessaire de la dignité humaine* ». Au contraire « *un droit de l'homme serait dit non fondamental –mais non pas secondaire– dans la mesure où sa compréhension et sa mise en œuvre renverrait de fait à un droit fondamental, dont il serait en quelque sorte une extension, comme l'accident est porté par la substance qu'il exprime, selon la terminologie d'Aristote* ». Cependant, « *ce second droit garde toute son importance, dans la mesure où il est une des expressions du droit fondamental auquel il renvoie* » (p. 105). Nous soulignons.

¹³⁷⁹ *Comp.* Laurence BURGORGUE-LARSEN, « Article I-2 TECE », *op. cit.*, spéc. p. 56 et 58, pour qui la proclamation à l'article 2 TUE de l'égalité, d'une part, et de l'égalité homme-femme, d'autre part, fait « *doublon* ».

¹³⁸⁰ Bertrand MATHIEU, « Pour une reconnaissance des principes matriciels en matière de protection constitutionnelle des droits de l'homme », *D.* 1995, chron. p. 211-212.

¹³⁸¹ Sur le degré minimal de cohérence impliqué par la notion même de « *système* » de valeurs collectives, v. V° Valeurs, in Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd. PUF, Quadrige, 2004, p. 663-670, spéc. p. 668.

¹³⁸² V. Philippe PHARO V° « Valeurs (sociologie) », *op. cit.* : « [c]ette concurrence des valeurs est une conséquence inévitable du contenu abstrait de la valeur qui, en tant que meilleure fin possible, reste fondamentalement sous-déterminée au regard de ses applications concrètes. »

législateur, qu'implique l'élaboration d'une norme juridique destinée à régir une situation donnée nécessitera de concilier, ou peut-être mieux, de pondérer les valeurs en présence¹³⁸³.

Ainsi, si les valeurs ont été jusqu'à présent, et dans un souci de progressivité de l'exposé, envisagées essentiellement à l'état élémentaire, en pratique, et en droit en particulier, les valeurs se présentent sous une forme agencée. On peut parler d'« *agencements de valeurs* », pour reprendre une expression utilisée incidemment par M. REMY¹³⁸⁴.

394. Irréductible subjectivité de l'opération de pondération. – Aussi loin pousse-t-on l'effort de rationalisation, par le recours à la notion de « *proportionnalité* » ou l'idée, dans une certaine mesure équivalente, de « *mise en balance* »¹³⁸⁵, l'opération de pondération comporte une irréductible part de subjectivité¹³⁸⁶.

On ne peut, en effet, rendre compte objectivement du bond qualitatif lui-même (c'est le jugement de valeurs) qui s'opère entre l'objet de l'appréciation (valeurs en présence, circonstances factuelles envisagées ou en cause) et le résultat de l'appréciation (la solution perçue comme la plus « *juste* », « *équilibrée* » ou « *équitable* »). CARBONNIER disait ainsi « *l'équité se sent, elle ne se définit pas*¹³⁸⁷ ».

¹³⁸³ Si l'expression « conciliation », souvent utilisée pour désigner la méthode de résolution des conflits de droits fondamentaux, marque l'égalité qui est *a priori* reconnue aux éléments de part et d'autre (v. par exemple Loïc AZOULAI, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *CMLR* 2008, p. 1335-1356), il est fait remarquer qu'elle occulte la dimension nécessairement inégalitaire du résultat de l'opération, qui aboutit, sinon à sacrifier totalement l'un des droits en présence, du moins à nécessairement donner la priorité à l'un par rapport à l'autre : v. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 6 et 384, ; *adde* : Herbert BETHGE, « Grundrechtskollisionen », *op. cit.*, n° 85, qui évoque le caractère « *douillet* » (« *anheimelnd* ») ou encore « *apaisant* » (« *Beschwichtigungsformeln* ») des formules en usage dans la littérature allemande pour désigner le mode de résolution de ces conflits (« *schonender Ausgleich* », « *praktische Konkordanz* », « *Optimierung* »).

¹³⁸⁴ *Op. cit.*, n° 347, où M. REMY écrit que l'objectif procède de la volonté « *de faire correspondre la réalité à une valeur ou un agencement de valeurs* ».

¹³⁸⁵ Dans sa séquence ultime, dite « *test de proportionnalité stricto sensu* », qui consiste à vérifier le caractère « raisonnable », ou peut-être plus exactement « non-déraisonnable » de la conciliation opérée, la mise en œuvre du principe de proportionnalité constitue une opération de mise en balance. Sur cette équivalence, v. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, *op. cit.*, p. 391 et s. *Adde*, pour une analyse récente de ces deux notions : Antonio MARZAL YETANO, *La dynamique du principe de proportionnalité*, *op. cit.*

¹³⁸⁶ Qui tient au caractère « *quasi-physiologique* » du jugement de valeur, qui s'opère dans le chef de l'individu (v. *supra* n° 337), aussi bien pour sélectionner les valeurs à l'état élémentaire (la « sécurité juridique », c'est « bien »), que pour déterminer la pondération optimale de ces valeurs dans une situation déterminée (ne sanctionner que l'erreur sur la personne ou les qualités substantielles de la chose objet du contrat est une « bonne » conciliation de la « sécurité juridique », et de la protection de l'« intégrité du consentement »). *Adde* : Mustapha MEKKI, *L'intérêt général et le contrat*, *op. cit.*, n° 65 : c'est le constat du caractère irréductiblement subjectif de l'intérêt général, pris comme résultat de l'appréciation qui conduit l'auteur à « *modifier l'angle d'analyse* » et à opter pour une définition « *méthodique* » de ce dernier.

¹³⁸⁷ « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 99-112, spéc. p. 106. Et de la même manière que l'art est probablement le seul moyen de rendre compte de l'indicible, la beauté de la règle de droit constitue « *la médiation métaphysique du juste* » (Jean CARBONNIER, *Droit civil. Introduction*, *op. cit.*, n° 21, p. 62, avec un renvoi à Alexis PHILONENKO, « Le juste et le Beau chez Kant », *Arch. phil. dr.* 1995, t. 40, p. 56-63).

395. Notion d' « agencement typique ». – Pour autant, subjectif n'est pas nécessairement arbitraire¹³⁸⁸. Si, comme nous l'avons vu, le jugement de valeur s'opère en premier lieu dans le for intérieur de l'individu prenant part à l'élaboration de la norme, le système de valeurs collectives influe sur cette dernière¹³⁸⁹.

Plus exactement, l'auteur de la norme sera incité à mettre sa décision en cohérence avec ce qu'on peut appeler, pour compléter la formule précitée de M. REMY, les *agencements typiques de valeurs*, c'est-à-dire *une pondération de valeurs que l'on s'accorde, dans un groupe donné, à juger comme optimale, dans un type plus ou moins précisément déterminé de circonstances*¹³⁹⁰.

Ces agencements typiques sont nécessairement, à l'échelle collective qui est la leur et en raison de la dépendance dans laquelle ils se trouvent vis-à-vis des circonstances, *flous*¹³⁹¹. Il faut se les figurer sous la forme d'un « *noyau dur* » formé de cas nettement tranchés, et d'une périphérie ou « *halo*¹³⁹² », qui appelle la prise en considération d'un ensemble complexe de circonstances susceptibles de faire varier « *le point idéal de médiation de valeurs concrètes*¹³⁹³ ».

¹³⁸⁸ Du reste, ainsi qu'un auteur l'a pertinemment fait remarquer, la subjectivité, voire l'arbitraire de l'opération n'est dénoncée que lorsqu'elle est le fait du juge, perçu comme un pouvoir non-, voire anti-démocratique, *a fortiori* lorsqu'il s'agit d'un juge supranational (v. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., n^{os} 574 et 582 et s.).

¹³⁸⁹ V. supra n^o 346-349.

¹³⁹⁰ La formule « agencement typique » est inspirée de la pratique allemande, qui regroupe en « *typische Fallgruppen* » les solutions prises dans des cas d'espèces analogues ou comparables. V. spéc. Herbert BETHGE, « Grunrechtskollisionen », op. cit., n^o 88 qui, à propos de la résolution des conflits de droits fondamentaux opérée par le juge écrit : « *Die 'falltypische Gestaltung', die 'besonderen Umstände des Einzelfalles' sind maßgeblich. Dem drohenden Rationalitätsverlust als Folge einer 'Abwägungsrabulistik' läßt sich dadurch begegnen, daß für typische Konstellationen von Grundrechtskollisionen typologische Entscheidungsmuster und Argumentationsschemata herausgearbeitet werden* [La 'configuration typique', 'les circonstances particulières du cas d'espèce' sont décisives. Le déficit de rationalité dont il est craint qu'il soit la conséquence de l'utilisation de la méthode de la mise en balance peut être combattu par l'élaboration, pour des constellations typiques de conflits de droits fondamentaux, de typologies de patrons de décisions ou de schémas d'argumentation] ».

¹³⁹¹ Comp. Peggy DUCOULOMBIER (« Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Laurence Potvin-Solis (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 319-349, spéc. p. 325), : « *Une intuition naturelle amènerait à classer au sommet [d'une] hiérarchie [des droits fondamentaux] les droits qui garantissent la protection physique de l'individu, mais en dehors de ce principe le reste de la hiérarchie apparaît bien flou* ».

¹³⁹² Nous reprenons ici la distinction classiquement faite dans la littérature allemande entre le « *noyau* » (*Kern*) et le « *halo* » (*Hof*) d'une notion ou d'un principe, et dont la paternité est attribuée à HECK (à ce sujet, v. Anne RÖTHEL, *Normkonkretierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2004, p. 26).

¹³⁹³ Jacques VERHAEGEN, « Les notions à contenu variable en droit pénal », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 7-19, spéc. p. 13, qui souligne ainsi le caractère contingent des agencements typiques, ou « *l'incidence des éléments de fait qui modifient constamment le point idéal de médiation de valeurs concrètes rendant impossible l'établissement d'une échelle (...) unilinéaire de valeurs, valable pour toutes les circonstances* ».

Par exemple, s'il est admis, en France, que la justice, au sens institutionnel du terme, ne saurait user de châtiments corporels et donc *a fortiori* de la peine de mort¹³⁹⁴, en revanche, il est des hypothèses où le respect dû à l'intégrité physique et, plus largement, à la vie humaine cède devant l'exigence de ménager les conditions de paix nécessaires à la vie sociale, par exemple en cas de légitime défense ou de guerre¹³⁹⁵. Outre l'illusion d'optique créée par le contraste entre une valeur générique et son prolongement dans un domaine particulier, ce ne sont jamais que ces agencements de valeurs typiques que l'on agglomère derrière l'idée qu'il existerait une échelle de valeurs propres à une société donnée, à un instant donné¹³⁹⁶. Autrement dit, il n'y a pas de hiérarchie abstraite des valeurs collectives, il n'existe que des agencements de valeurs collectivement admis dans des situations typiques, ou, si l'on veut, des hiérarchies concrètes, ou encore *a posteriori*¹³⁹⁷.

En droit de l'Union, c'est la présence d'un tel agencement typique que signale la position procédurale de principe de la libre circulation, par rapport aux valeurs non marchandes susceptibles de justifier une entrave. *Plutôt favorable* à la libre circulation, cet agencement typique n'en est pas moins susceptible de glisser en fonction des circonstances : c'est le cas toutes les fois que la mesure nationale se trouve gratifiée d'un brevet de conformité.

396. Exemple de synthèse : l'avortement. – L'exemple du régime juridique de l'avortement illustre l'idée de nécessaire pondération des valeurs dans l'ordre concret et de l'incidence, dans ce cadre, des agencements typiques. Ainsi, qualifier le recours à l'interruption volontaire de grossesse de « *droit fondamental* » de la femme comme l'ont récemment fait les députés français, dans leur pouvoir de résolution¹³⁹⁸, ou, à l'inverse, consacrer constitutionnellement le « *droit à la vie de l'enfant à naître*¹³⁹⁹ » comme l'ordre

¹³⁹⁴ La conciliation entre les valeurs en présence se trouve ainsi circonscrite à une situation, « la sanction étatique du respect du droit objectif » qui, pour l'être largement, n'en est pas moins déterminée.

¹³⁹⁵ Ce sont là d'autres situations concrètes.

¹³⁹⁶ A cet égard, les critères, multiples et présentés sous réserve de décisions jurisprudentielles contraires, proposés par les auteurs qui identifient une hiérarchie des droits fondamentaux ne sont, au fond, qu'un essai de typisation des circonstances d'espèces permettant de justifier la prévalence accordée : v. pour un essai récent : Peggy DUCOULOMBIER, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », *op. cit.*, qui évoque, entre autres, les circonstances de crises permettant, dans le système de la convention, de déroger ou non à certains droits, la diversité de statuts des titulaires de certains des droits consacrés, ou encore, s'agissant de la liberté d'expression, le type d'information rendue publique.

¹³⁹⁷ Telles qu'en constate, par exemple, Mme SAINT-JAMES, V^o « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », *op. cit.*, spéc. p. 381.

¹³⁹⁸ Résolution du 26 novembre 2014 *réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe*, XIV^e Législature, Texte adopté n^o 433.

¹³⁹⁹ Au terme de l'article 40.3, al. 3 de la Constitution irlandaise, « *L'Etat reconnaît le droit à la vie de l'enfant à naître et, compte dûment tenu du droit égal de la mère à la vie, s'engage à le respecter dans ses lois et, dans la mesure du possible, à le protéger et à le défendre par ses lois. Le présent alinéa ne peut limiter la liberté de se rendre dans un Etat étranger. Le présent alinéa ne peut limiter la liberté d'obtenir ou de transmettre, sur le territoire irlandais, des informations relatives à des services légalement disponibles dans un autre Etat, sous réserve des conditions prévues par la loi* ».

juridique irlandais, n'est pas en soi porteur d'une solution concrète. Les différentes valeurs que sollicite la résolution de cette question doivent être pondérées, à savoir, pour reprendre les formules utilisées en droit français, « *le respect de l'être humain dès le commencement de sa vie*¹⁴⁰⁰ », que le Conseil constitutionnel rattache à la « *la sauvegarde de la dignité de la personne humaine*¹⁴⁰¹ », d'une part, et la « *la liberté de la femme*¹⁴⁰² », d'autre part. Il faut placer le curseur entre les différentes valeurs identifiées. La part plus ou moins grande accordée à l'une ou l'autre se traduira, au premier chef, dans le choix de n'admettre d'interruption de grossesse que « *causée* », pour des motifs précis dont la réalisation est contrôlée par les autorités compétentes, ou, au contraire, d'autoriser l'avortement pour « *convenance personnelle* »¹⁴⁰³, puis, en sous-ordre, par la détermination du délai dans lequel l'intervention doit être pratiquée, la procédure à suivre à cette fin suivie à cette fin, *etc.*

Si l'enjeu de la décision, dans ce qu'elle a de politique, réside dans l'opération de pondération des valeurs davantage que dans l'opération d'identification de ces dernières, les affirmations solennelles, en France, du droit à l'interruption volontaire de grossesse, et, en Irlande, du droit à la vie de l'enfant à naître, manifestent indéniablement l'existence, ou, ce qui revient au même, la conviction de l'existence, d'agencements de valeurs typiques. Naturellement, ces agencements de valeurs typiques sont flous. Traduisant l'existence d'un agencement typique *plutôt favorable* au recours à l'avortement, l'idée française d'un « *droit à* » l'avortement a récemment justifié la disparition de la référence, il est vrai jusque là essentiellement symbolique, à l'état « *de détresse* » de la femme qui demande l'interruption de sa grossesse¹⁴⁰⁴ et le projet de supprimer le délai de réflexion de sept jours actuellement imposé entre deux rendez-vous médicaux¹⁴⁰⁵. Traduisant l'existence d'un agencement typique *plutôt*

¹⁴⁰⁰ Art. 16-4° c. civ. ; art. L 2211-1 c. santé publ.

¹⁴⁰¹ Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n° 94-343/344 DC.

¹⁴⁰² Qui, selon le Conseil constitutionnel, découle de l'article 2 DDHC : Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 2001-446 DC.

¹⁴⁰³ Sur cette alternative, v. Sophie PARICARD, « La consécration d'un droit à l'avortement ? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à l'avortement sans risque et légal en Europe », *Dr. fam.* 2009, étude 25.

¹⁴⁰⁴ Loi n°2014-873 du 4 août 2014. Cette disparition n'a pas été jugée contraire à la Constitution : Cons. const. 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, n° 2014-700 DC, qu'il faut lire avec le commentaire de la décision publié sur le site du Conseil.

¹⁴⁰⁵ Tel que l'envisage le projet de loi « *santé* », adopté en première lecture par l'Assemblée nationale le 14 avril 2015 (TA n°515) et, à l'heure où nous écrivons, en discussion au Sénat.

défavorable à l'avortement, la consécration dans la Constitution irlandaise d'un « *droit à la vie de l'enfant à naître* » abrite l'une des législations les plus restrictives d'Europe¹⁴⁰⁶.

397. Conclusion du Titre. – Dans leur dimension matérielle, les mécanismes d'ordre public présentent par rapport aux autres techniques juridiques une spécificité relative. En effet, tout le droit, toute règle ou tout procédé peut s'analyser comme participant, directement ou indirectement, à la réalisation des valeurs à l'honneur dans une société donnée. Dans ce cadre, l'idée dominante selon laquelle les mécanismes d'ordre public opéreraient de manière matériellement sélective trouve son origine dans deux circonstances.

Tout d'abord, elle s'explique par l'existence d'une distinction entre un droit d'origine spontanée et un droit d'origine délibérée, ou peut-être plus exactement par la perception de certaines règles par leur auteur ou par leur interprète comme devant réaliser un objectif précis et concret, par opposition à la finalité générale et abstraite du droit qui est de rendre possible la vie en société. Cette distinction se fait particulièrement ressentir dans la mise en œuvre de ces méta-règles que sont le droit international privé et le droit processuel, où la nécessité ressentie de devoir réaliser l'objectif sociétal en question joue comme élément perturbateur. Il n'en reste pas moins que ces règles procèdent tout autant de valeurs que les autres, celles que l'auteur de la norme aura estimé comme étant insuffisamment réalisées et qui auront, en conséquence présidé à la détermination de l'objectif.

Ensuite, la représentation des mécanismes d'ordre public comme opérant de manière matériellement sélective tient à la circonstance que, en effet, toutes également telles dans l'ordre abstrait, les valeurs consacrées dans une société donnée doivent nécessairement être pondérées à l'épreuve de la réalité, ce qui légitime l'idée d'une hiérarchie *a posteriori* ou encore *concrète* des valeurs. C'est ce que nous avons appelé, pour notre part « *agencement typique de valeurs* ». Ce qui pourrait n'apparaître ici que comme une simple reformulation sans portée autre que terminologique a cependant une importante conséquence pratique. En effet, les agencements de valeurs collectivement admis sont, par essence, flous, variables dans le temps et sensibles aux circonstances concrètes. Dans ce contexte, une alternative fondamentale se présente à qui voudrait résoudre la question du choix de la technique juridique adéquate pour réaliser ces valeurs : soit l'agencement de valeurs à réaliser est déterminé précisément et une fois pour toute dans une règle à contenu déterminé, soit

¹⁴⁰⁶ Et néanmoins conforme à la CEDH, en vertu de la théorie de la « *marge d'appréciation* » : CEDH, gde ch., 16 déc. 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05. Sur la protection de ce dispositif dans le cadre de l'Union européenne, comme « *élément de l'identité constitutionnelle nationale* », v. François-Xavier MILET, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, *op. cit.*, p. 198-200 et p. 211-212.

l'opération de pondération est déléguée à l'agent de la réalisation, et reportée à ce moment. Là apparaît la véritable césure entre les mécanismes d'ordre public, entre des règles (« *d'ordre public* ») ayant vocation à être appliquées telles quelles par l'agent de la réalisation, d'une part, et des mécanismes axés sur un standard, le standard « *ordre public* », invitant l'agent de la réalisation à procéder lui-même à l'opération de pondération des valeurs sollicitées par la situation qui se présente à lui. A ces techniques seules, d'ailleurs, convient réellement la désignation de « *mécanisme* », dans la mesure où, le « *contenu* », c'est-à-dire les valeurs sollicitées par la situation et la pondération qui doit leur être donnée, restant indéterminé jusqu'à l'opération de réalisation, ces techniques, le « *contenant* », apparaît à nu¹⁴⁰⁷. Là aussi apparaît la véritable spécificité de ces derniers mécanismes, axés sur le standard « *ordre public* », par rapport au restant du phénomène juridique, dans la mesure où ce standard constitue l'appel le plus direct et le moins prédéterminé aux agencements de valeurs typiques. Les caractéristiques déterminantes des mécanismes d'ordre public apparaissent alors de nature méthodologique.

C'est cet aspect méthodologique que nous allons maintenant approfondir.

¹⁴⁰⁷ De la même manière que l'on est porté, pour désigner les différentes techniques de droit international privé qui ressortent du procédé de « *réglementation indirecte des relations privées internationales* », à parler de « *mécanismes* » dans la mesure où la règle substantielle effectivement appliquée aux parties ne sera connue qu'à ce moment.

TITRE II : LA DUALITÉ MÉTHODOLOGIQUE DE L'ORDRE PUBLIC

Division. – Une approche des mécanismes d'ordre public par la méthode invite à distinguer selon qu'ils appellent de la part du destinataire institutionnel de la règle qui en est le support un raisonnement abductif ou déductif, c'est-à-dire, conformément à une terminologie plus usuelle mais qui n'épuise pas totalement la réalité décrite, selon que le mécanisme est axé sur un « *standard* » ou une règle préformée. L'exposé, dans un premier temps, de la spécificité technique des mécanismes d'ordre public abductifs permettra, dans un second temps, de mettre en lumière la fonction particulière qu'ils occupent par rapport, aux mécanismes d'ordre public déductifs et, plus largement, par rapport au restant du phénomène juridique.

Aussi, à l'analyse de la distinction entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs (Chap. I), succèdera l'analyse de l'articulation entre ces deux types de mécanismes (Chap. II).

Chapitre I : La distinction entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs

398. La dualité méthodologique des mécanismes d'ordre public ressort clairement si on expose synthétiquement les mécanismes usuellement désignés sous l'expression « *ordre public* » analysés dans la première partie sous forme de règle, de structure hypothétique.

1°/ *Si* l'application de la *lex contractus* compromet la réalisation de l'objectif de préservation d'une concurrence non faussée dans le Marché intérieur poursuivi par l'instauration, dans le cadre de la directive 86/653, d'un régime harmonisé de dédommagement de l'agent commercial à la cessation du contrat, *alors* les dispositions de transposition de la directive du for devront être appliquées en lieu et place de la loi étrangère¹⁴⁰⁸.

2°/ *Si* un contrat de travail à exécuter au moins partiellement en France n'a pas été rédigé en langue française, *alors* le salarié est en droit d'exiger qu'il soit procédé à la refaction de l'*instrumentum*¹⁴⁰⁹.

3°/ *Si* la fin de non-recevoir tirée de la tardiveté de l'appel n'a pas été soulevée par l'intimé, *alors* le juge doit la relever d'office¹⁴¹⁰; *si* le moyen tiré du caractère abusif d'une clause contractuelle n'a pas été soulevé par le consommateur défendeur, *alors* le juge doit le relever

¹⁴⁰⁸ *Ingmar*, préc. (sur lequel v. *supra* n° 370)

¹⁴⁰⁹ Anc. art. L 121-1 c. trav., tel qu'interprété par l'arrêt *Géoservices*, préc. (sur lequel, v. n. 840).

¹⁴¹⁰ Art. 125 al. 1 c. proc. civ.

d'office, sauf si le comportement de ce dernier indique que celui-ci se désintéresse de ses droits, de telle sorte que l'objectif de stimulation de la consommation poursuivi par la directive n'est pas compromis¹⁴¹¹.

4°/ *Si* une personne a donné volontairement la mort à autrui, *alors* elle pourra être condamnée à trente ans de prison¹⁴¹².

5°/ *Si* l'effet de droit substantiel qu'une partie demande au juge ou à l'autorité administrative de faire produire à une norme étrangère/sentence arbitrale, ou si la procédure selon laquelle la décision étrangère/sentence arbitrale à laquelle il est sollicité de donner effet, est contraire à « *l'ordre public international français* », *alors* cet effet doit être refusé.

6°/ *Si* un acte juridique privé a un objet ou une cause contraire à l' « *ordre public et aux bonnes mœurs* », *alors* cet acte juridique est nul et de nul effet.

7°/ *Si* un comportement, ou plus largement, un état de fait est de nature à troubler l' « *ordre public* », *alors* le législateur/l'autorité administrative est habilité(e) à prendre les mesures restrictives de liberté nécessaires pour mettre fin/éviter ce trouble.

En présence d'une loi de police (1°), quelles que soient ses modalités d'intervention dans la relation juridique en cause, d'une règle impérative (2°), de certains moyens d'ordre public (3°), ou encore de l'application d'une incrimination pénale (4°)¹⁴¹³, l'agencement de valeurs ou l'objectif sociétal protégé par le mécanisme, le contenu que l'on vise sous l'expression « *ordre public* », est déterminé *a priori* et une fois pour toutes, puis séquencé et enchâssé dans une authentique règle, au sens structural du terme, dont le mécanisme se fait le véhicule¹⁴¹⁴, voire avec laquelle il se confond¹⁴¹⁵. L'usage linguistique reflète d'ailleurs cette spécificité méthodologique puisque dans la locution « *lois d'ordre public* », utilisée pour désigner les

¹⁴¹¹ V. la jurisprudence *Océano Grupo-Cofidis* (préc.) telle que nuancée par *Asturcom*, préc. (sur ces arrêts, v. *supra* n^{os} 282 et s., n^{os} 298 et s.).

¹⁴¹² Art. 221-1 c. pén.

¹⁴¹³ On pourrait ajouter : en présence d'un régime de police administrative spéciale

¹⁴¹⁴ Cette règle véhiculée peut, pour reprendre les exemples dans l'ordre dans lequel ils ont été cités être ainsi exprimée : *s'il est mis fin au contrat d'agence commercial à l'initiative du mandant, alors l'agent a droit à un dédommagement* (art. 17 et 18 de la directive *agents commerciaux*) ; *si un contrat de travail se trouve au moins partiellement exécuté en France, alors il doit être rédigé en français* (anc. art. L 121-1 c. trav.) ; *si l'appel n'est pas formé dans le délai d'un mois à compter de la notification du jugement de première instance alors il est irrecevable* (art. v. l'art. 528 c. proc. civ. en lien avec l'art. 120 c. proc. civ.). Cette règle peut elle-même être axée sur un (ou plusieurs) standard(s) spécifiques (sur la spécification du standard « *ordre public* » v. *infra* spéc. n^{os} 442 et 445), ainsi que l'atteste l'exemple du relevé d'office de la règle selon laquelle *si, dans un contrat conclu entre un professionnel et un consommateur, une clause a pour objet ou pour effet de créer au détriment de ce dernier un déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties, alors, cette clause doit être réputée non écrite* (art. L 132-1 c. cons.).

¹⁴¹⁵ Dans le cas de l'infraction pénale.

lois impératives et (plus rarement) les lois de police ou « *moyen d'ordre public* », « *ordre public* » à valeur de complément de nom spécifiant une règle.

Au contraire, dans le cadre du recours à l'exception d'ordre public international (5°), de l'appréciation de la conformité d'un acte juridique à « *l'ordre public et aux bonnes mœurs* » (6°) par l'agent de la réalisation ou dans le cadre de l'exercice par le législateur ou l'autorité de police générale de leurs compétences en matière de sauvegarde de l' « *ordre public* » (7°), l'agencement de valeurs est, au moment où l'agent se propose de mettre le mécanisme d'ordre public en œuvre, encore dans les limbes, la locution « *ordre public* », d'ailleurs souvent tournée de manière négative, sous la forme d'une exigence d' « *absence d'atteinte à l'ordre public* » a une valeur autonome : elle n'apporte pas de précision sur les qualités d'une règle déterminée, mais constitue une condition d'application de la règle support du mécanisme d'ordre public considéré, que la doctrine appelle tantôt « *notion à contenu variable*¹⁴¹⁶ », tantôt, utilisant une terminologie d'inspiration allemande, « *notion à contenu indéterminé* » (*unbestimmte Rechtsbegriff*)¹⁴¹⁷ ou encore, selon une terminologie d'inspiration américaine,

¹⁴¹⁶ Sur ce sujet, v. Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

¹⁴¹⁷ Sur ce sujet, v. l'importante thèse d'Anne RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2004 ; eadem, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », in Karl Riesenhuber (dir.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 1^{re} éd., De Gruyter Recht, 2006, p. 273-291.

En droit privé allemand, la notion d'*unbestimmter Rechtsbegriff* est rapprochée de celle, difficilement traduisible, de « *Generalklausel* » (sur ce concept, v. Stephan GRUNDMANN et Denis MAZEAUD, *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006 ; v. aussi Michel FROMONT et Alfred RIEG (dir.), *Introduction au droit allemand*, t. III : *Droit privé*, éd. Cujas, 1991, p. 22-23 ; Claude WITZ, *Le droit allemand*, 2^e éd., Dalloz, *Connaissance du droit*, 2013, p. 89). Historiquement, les *Generalklauseln* sont des dispositions générales du BGB, initialement pensées comme n'ayant pas de contenu normatif autonome, mais dont le juge allemand s'est saisi pour insuffler au texte un « *souffle social* » (Camille JAUFFRET-SPINOSI, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in *General Clauses and Standards in European Contract Law*, *op. cit.*, p. 23-39, spéc. p. 27). Les exemples typiques sont le § 138 BGB, qui est l'équivalent fonctionnel de notre mécanisme abductif d'ordre public en droit des actes juridiques (v. *supra* n^{os} 265-267) et qui frappe de nullité l'acte portant atteinte aux « *bonnes mœurs* » (« *ein Rechtsgeschäft, das gegen die guten Sitten verstösst, ist nichtig* ») et le § 242 qui exige du débiteur qu'il fournisse sa prestation « *selon la bonne foi* » (« *der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern* »).

Les définitions et l'articulation des notions d'*unbestimmter Rechtsbegriff* et de *Generalklausel* sont discutées en doctrine. Selon l'opinion dominante, la distinction est non pas qualitative mais quantitative : là où la règle contenant simplement une notion indéterminée ne l'est que ponctuellement, l'essentiel du contenu prescriptif de la *Generalklausel* est indéterminé. On peut citer ici les propos d'Anne RÖTHEL (*Normkonkretisierung im Privatrecht*, *op. cit.*, spéc. p. 34) : « *Unterschiede zwischen Generalklauseln und normativ-unbestimmten Rechtsbegriffen lassen sich auf normstruktureller Ebene ausmachen. Zwar sind 'Zumutbarkeit' oder 'Billigkeit' oder 'wichtiger Grund' nicht minder ausfüllungsbedürftig als die 'guten Sitten', doch bedeutet es einen Unterschied, ob ein Rechtssatz nur an einer Stelle normativ-unbestimmt ist, oder seine wesentliche Regelung in normativen Begriffen verkörpert ist. Generalklauseln lassen sich daher umschreiben als Rechtssätze, deren zentraler Inhalt in normativen Begriffen verkörpert ist* » [Les différences entre « *clauses générales* » et les notions à contenu indéterminé « *normatives* » (*i. e.* : celles qui appellent un jugement de valeur, v. *infra* n. 1420) se situent au plan de la structure de la norme. Certes les notions de « *caractère supportable* », d' « *équité* » ou de « *motif grave* » ne sont pas moins indéterminées que celle de « *bonnes mœurs* », toutefois la différence est significative entre une disposition qui n'est que ponctuellement normativement indéterminée et celle dont l'essentiel du contenu prescriptif est exprimé par une notion (indéterminée) normative. Les *Generalklauseln* se caractérisent ainsi en cela que l'essentiel de leur contenu normatif est indéterminé].

« *standard*¹⁴¹⁸ ».

On voit là l'ébauche d'une catégorisation des différentes techniques juridiques usuellement désignées sous l'expression « *ordre public* » : dans certains cas, les exigences de l'« *ordre public* », c'est-à-dire la pondération jugée optimale entre les valeurs sollicitées par un type de situations défini abstraitement, sont déterminées une fois pour toutes et coulées dans une règle qu'il s'agira pour l'agent de la réalisation d'appliquer, tandis que dans d'autres cas, ces exigences ne seront précisées qu'au stade de la réalisation du droit, dans la situation à laquelle l'agent se trouve concrètement confronté.

Manifestement la tâche de l'agent sera très différente dans l'un ou l'autre cas : ici, sa mission est de réaliser des valeurs, telles que l'auteur de la règle les a conciliées, là, il lui reviendra de procéder lui-même à l'opération de conciliation entre les valeurs. Aussi bien, estimons-nous que la distinction fondamentale à opérer entre les mécanismes d'ordre public est d'ordre méthodologique en ce qu'elle tient à la nature du raisonnement mis en œuvre par l'agent de la réalisation : dans un cas ce raisonnement sera déductif, dans l'autre il sera abductif.

Nous rendrons compte de la spécificité des mécanismes d'ordre public abductifs et, en creux, des caractéristiques des mécanismes d'ordre public déductifs, de manière progressive, en prenant pour point de départ l'exposé des implications du recours, dans le cadre des premiers, à la technique dite du « *standard* » (Sec. I), avant de compléter l'analyse par l'introduction de la notion plus inhabituelle d'« *abduction* », seule à même de rendre compte parfaitement de l'opération intellectuelle que constitue la concrétisation du standard « *ordre public* » (Sec. II).

Section I : L'ordre public comme standard

399. Définition. – L'insertion du standard « *ordre public* » dans une règle a pour effet d'*habiliter* l'agent chargé de la mettre en œuvre à *apprécier le caractère « socialement acceptable*¹⁴¹⁹ » ou non de la situation à lui soumise, ce qu'il ne peut faire, sauf à rencontrer la *désapprobation de ses auditoires*, qu'au regard des *agencements de valeurs typiques*

¹⁴¹⁸ Sur la technique du standard, v. particulièrement : Stéphane RIALS, *Le juge administratif et la technique du standard*, préf. Prosper Weil, LGDJ, 1980 ; *idem*, « Les standards, notions critiques du droit », in Chaïm Perelman (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39-53 ; Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, préf. Denys Simon, Bruylant, 2010. *Adde* : Céline BLOUD-REY, V° « Standard », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadriga, 2003, p. 1439-1441.

¹⁴¹⁹ *Comp.* Camille JAUFFRET-SPINOSI (« Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », *op. cit.* p. 32) pour qui le standard, comme technique, « *correspond à des critères fondés sur ce qui apparaît acceptable à un moment dans une société* ».

collectivement admis, tel qu'ils s'infèrent du *droit positif* ou d'autres types de normes sociales.

400. Division. – Effet d'habilitation et invitation à se référer, en-deça des normes juridiques, aux valeurs, ce sont là des thèmes récurrents de la littérature consacrée à la concrétisation du standard « *ordre public* », et, plus largement, aux standards en général ou à ce que les Allemands appellent les « *notions indéterminées normatives* » (*normativ-unbestimmten Rechtsbegriffe*), c'est-à-dire les notions dont la concrétisation appelle un jugement de valeur¹⁴²⁰. Ces deux aspects invitent à considérer, dans un premier temps, les implications institutionnelles du recours à la technique du standard (Paragraphe I) et, dans un second temps, les implications argumentatives de la concrétisation du standard « *ordre public* » (Paragraphe II).

Paragraphe I : Les implications institutionnelles du recours à la technique du standard

401. Division. – Dans ses diverses occurrences, la fonction d'habilitation du standard « *ordre public* » se subdivise. Tantôt ce standard habilite l'agent de la réalisation à émettre un jugement de valeur sur la situation concrète à laquelle il se trouve confronté ; tantôt il permet au juge, pris dans sa fonction de contre-pouvoir, d'exercer un contrôle sur une opération de pondération de valeurs d'ores et déjà effectuée, en amont, par une autre instance (A). Dans les deux cas, le recours au standard répond à une logique identique, dont on rendra compte en envisageant l'intérêt du recours à cette technique (B) et l'originalité de l'opération intellectuelle, dite de « *concrétisation* », qu'appelle sa mise en œuvre (C).

¹⁴²⁰ Par opposition aux notions dites « *descriptives* » qui font référence à des données qui pourraient être « *simplement perçues ou expérimentées* » (sur cette distinction, que l'on doit à Karl ENGISCH, v. Chaïm PERELMAN, *Logique juridique*, *op. cit.*, n° 90, p. 165 ; Anne RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, *op. cit.*, spéc. p 27-29). Madame RÖTHEL (*ibid.*, p. 28) précise que les notions normatives contiennent une « *habilitation implicite à opérer un jugement de valeur* » (*eine implizite Wertungsermächtigung*). A ce titre, la « *notion indéterminée normative* » peut être tenue pour un équivalent du « *standard* », plus connu de la doctrine française : *comp.* Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, qui soutient que si le standard constitue bien une « *notion indéterminée* », ses particularités en font cependant un « *concept plus étroit* » (n°s 70-75), caractérisé par un critère d'« *intention* » (n°s 50-57), d'abord : l'auteur de la règle contenant un standard a laissé délibérément le soin à l'interprète d'en déterminer le contenu ; un critère de « *normalité* » (n°s 32-43), ensuite : le standard implique un « *jugement en termes de normalité* » (n° 43, p. 43), d'apprécier le caractère normal ou anormal d'un comportement ou d'une situation ; et enfin un critère d'« *exogénéité* » (n°s 44-49) : l'appréciation du caractère normal ou anormal de la situation implique une référence à « *des critères qui ne sont pas fixés par les règles de droit, et relèvent d'autres ordres que l'ordre juridique* » (p. 44).

A. La dualité de fonctions du standard

402. Division. – En doctrine, il est généralement rendu compte des implications institutionnelles du recours à la technique du standard en termes de « *délégation de pouvoir* ». Pour être très évocatrice, l'utilisation de la notion appellera cependant certaines précisions. De plus, si elle recouvre certainement la fonction du standard « *ordre public* » la plus significative au plan de la technique juridique, l'idée de délégation n'en épuise pas toutes les occurrences. En complément à une fonction principale, qui consiste à habilitier l'agent de la réalisation à apprécier lui-même le caractère acceptable de la situation concrète à laquelle il se trouve confrontée (1), doit être mentionnée la fonction complémentaire qu'assume le standard « *ordre public* » dans le contrôle par le juge d'opérations de pondération de valeurs menées par d'autres instances (2).

1) La fonction principale du standard « *ordre public* »

403. L'idée selon laquelle l'insertion d'un standard (ou *normativ-unbestimmte Rechtsbegriff*) dans le présumé d'une règle opérerait une « *délégation de pouvoir* » de l'auteur de cette dernière en direction de l'agent chargé de l'appliquer est courante. Ainsi, pour M. BACH, lorsqu'il utilise une notion à contenu indéterminé, « *le législateur sait que la règle qu'il édicte est incomplète, mais il charge le juge, par la disposition lacunaire même, et par une sorte de délégation de pouvoir, de la compléter*¹⁴²¹ ». De façon plus précise encore, pour Mme BERNARD, « *dans tous les ordres juridiques, le standard est l'instrument qui permet une délégation de pouvoir intentionnelle, de l'auteur d'une disposition à son interprète*¹⁴²² ». L'idée a été tout particulièrement exploitée par la doctrine allemande, friande de questions de méthode (*Methodenlehre*) et consciente de la dimension constitutionnelle, en termes de répartition de pouvoirs, de ces questions¹⁴²³.

404. De fait, la notion est évocatrice. Supposant d'identifier un *délégant déterminé*, d'une part, et un *pouvoir transféré qui ne serait pas originairement celui du délégataire*¹⁴²⁴, d'autre

¹⁴²¹ Louis BACH, V° « Jurisprudence », *Rép. civ.* 2009, spéc. n°s 125 et 126.

¹⁴²² Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, n° 353, p. 343.

¹⁴²³ Sur la « doctrine de la délégation » (« *Delegationsgedanke* ») v. Anne RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, *op. cit.* p. 48 et s. ; *eadem*, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », *op. cit.*, p. 274.

¹⁴²⁴ Sur ce point, v. Anne RÖTHEL, *Normkonkretisierung im Privatrecht*, *op. cit.*, p. 51. En outre, elle supposerait également de prendre position sur le point de savoir si la délégation a pour objet, précisément, un pouvoir (*Zuständigkeit*) ou une compétence (*Kompetenz*), notions qui, pour le sujet qui nous intéresse ici, semblent être assez indifféremment utilisées. Sur la nécessité de distinguer et son incidence sur l'analyse de la délégation en droit public, v. Olivier BEAUD, *La puissance de l'Etat*, PUF, 1994.

part, la notion de délégation porte en elle l'image d'un mouvement descendant du *niveau de conception* de la règle, à celui de *la réalisation de cette dernière*.

405. Utilisée au sens technique et précis du terme, la notion de délégation paraît cependant ne bien convenir qu'à la mise en œuvre par *le juge* de standards contenus dans une règle écrite¹⁴²⁵. Ainsi, si la notion rend parfaitement compte du mécanisme à l'œuvre dans l'article 21 du règlement Rome I qui autorise le juge à écarter l'application de la *lex contractus* lorsque celle-ci produirait des effets « *manifestement contraire[s] à l'ordre public du for* »¹⁴²⁶. Elle paraît déjà moins appropriée pour rendre compte du jeu de l'exception d'ordre public international du droit français des conflits de lois, qui, pour ne pouvoir être rattachée au vénérable article 3 du code civil sans une part d'artifice¹⁴²⁷, n'en assume pas moins une fonction équivalente à celle de son homologue de source européenne.

406. Aussi bien, la notion de délégation ne doit-elle être ici comprise que dans un sens large, voire métaphorique, permettant de saisir le mécanisme fondamental à l'œuvre dans le recours à la technique du standard. De façon plus exacte, l'implication institutionnelle principale du recours au standard « *ordre public* » peut être décrite comme *l'habilitation faite à l'agent de la réalisation d'apprécier le caractère socialement acceptable de la situation concrète à laquelle il se trouve confronté*, par opposition au cas où les valeurs sollicitées par la situation, envisagée au travers de caractéristiques générales et abstraites, auraient été pondérées par le législateur lui-même.

Cette fonction d'habilitation ou de délégation *lato sensu* au bénéfice de l'agent de la réalisation, ne constitue pas, cependant, l'unique fonction du standard « *ordre public* ». Ce dernier assume également une fonction complémentaire, comme instrument de contrôle juridictionnel.

¹⁴²⁵ Et ceci, devrait-on ajouter, dans les systèmes où, comme c'est le cas en France et en Allemagne, le juge n'est pas traditionnellement conçu comme titulaire d'un pouvoir normatif *de conception*.

¹⁴²⁶ Remarquons que, compte tenu de l'origine européenne de la règle, au problème de répartition de compétence entre législateur et juge inhérent à l'utilisation de la technique du standard, s'ajoute ici un problème de répartition de compétences entre l'ordre juridique de l'Union, qui élabore et contrôle l'application de la règle, et l'ordre juridique national, où s'opère la concrétisation du standard (sur ce double problème de répartition de compétence, v. Anne RÖTHEL, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », *op. cit.*). La remarque est de nature à éclairer les débats sur la nature « *nationale* » ou « *européenne* » de la notion d'« *ordre public* » (v. *supra* n° 7) au sens des dérogations admises à la libre circulation des biens et des personnes ou des règlements adoptés en matière de droit international privé. Dans ces hypothèses, la notion est « *mixte* » car constitutive d'un standard.

¹⁴²⁷ Sur le développement jurisprudentiel cette disposition, v. Bertrand ANCEL, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1-18.

2) Fonction complémentaire

407. L'examen des différentes hypothèses d'utilisation du standard « *ordre public* » suggère que ce dernier est susceptible d'assumer une autre fonction, où il ne s'agit pas tant pour le juge de se prononcer *in concreto* sur l'acceptabilité sociale d'une situation que d'exercer un contrôle sur la pondération des valeurs sollicitées par la situation envisagée effectuée en amont par une autre instance. Le juge n'apparaît plus, alors, dans sa fonction d'agent de la réalisation, mais dans *sa fonction de contre-pouvoir*.

408. Les deux fonctions, principale et complémentaire, du standard « *ordre public* » seront souvent liées, leur exercice successif. C'est le cas lorsque le juge administratif contrôle l'usage fait par une autorité de police administrative générale de son habilitation de maintenir l'ordre public, ou encore lorsque la Cour de cassation exerce un contrôle sur la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international par le juge du fond.

409. Toutefois, la fonction d'instrument du contrôle juridictionnel du standard « *ordre public* » peut trouver à s'exercer à titre autonome. C'est le cas en droit constitutionnel français, où l'« *objectif de valeur constitutionnelle de sauvegarde de l'ordre public* » emporte, nous semble-t-il, moins une habilitation faite au législateur de concilier des exigences constitutionnelles contradictoires – c'est là sa mission *en général*, comme en atteste au demeurant l'absence de « *clause générale d'ordre public* » dans la Constitution¹⁴²⁸ – qu'un standard consacré par le Conseil constitutionnel lui-même et utilisé par ce dernier pour contrôler de manière plus ou moins poussée l'opération de pondération de valeurs, de conciliation entre les exigences de l'ordre public et des libertés constitutionnellement garanties, menée par le législateur¹⁴²⁹.

C'est encore le cas en droit de l'Union, où l'on peut hésiter à voir dans les clauses d'ordre public adjointes aux libertés de circulation de l'Union une habilitation faite aux États membre de prendre des mesures pour maintenir l'ordre sur leur territoire, puisqu'il s'agit là, comme pour toute compétence étatique, d'une compétence appartenant originellement aux États membres¹⁴³⁰, dont le Traité souligne en outre le caractère préexistant¹⁴³¹. Le standard permet

¹⁴²⁸ V. *supra* n° 306.

¹⁴²⁹ Un contrôle variable selon les libertés en cause, mais globalement limité selon la doctrine la plus récente : v. Pauline GERVIER, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, av.-propos Jean-Louis Debré, préf. Ferdinand Mélin-Soucramanien, LGDJ, 2014 qui parle de « *déférence* » (n° 1450, p. 432) du Conseil constitutionnel à l'égard de la conciliation opérée par le législateur.

¹⁴³⁰ En tout cas, est-il exclu d'y voir une « *délégation* ». Pour une acclimatation de la théorie des normes d'habilitation (sa théorie des normes d'habilitation : v. Guillaume TUSSEAU, *Les normes d'habilitation, op. cit.*) en droit de l'Union, v. cependant Guillaume TUSSEAU, « Theoretical Deflation : The EU Order of Competences and Power-conferring Norms Theory », in Loïc Azoulay (dir.) *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, p. 39-62. Situant sa

en revanche à la Cour d'exercer un contrôle, là encore d'intensité variable¹⁴³², sur l'activité normative des Etats membres, exercée d'ailleurs à quelque niveau que ce soit et quelles qu'en soient les modalités. Par le biais du standard « *ordre public* » contenu dans le Traité, la Cour de justice appréhende aussi bien une règle législative visant elle-même le standard « *ordre public* »¹⁴³³, que la mise en œuvre d'une habilitation formulée par le législateur en terme d'« *ordre public* » par une autorité locale¹⁴³⁴, ou encore sur des dispositions d'incrimination on ne peut plus précises et déterminées, mais néanmoins prises dans le souci de maintenir l'ordre¹⁴³⁵.

Dans ses deux fonctions, habilitation de l'agent de la réalisation et habilitation du juge, pris dans sa fonction de contre-pouvoir, le standard « *ordre public* » répond à une nécessité unique. C'est ce dont on rendra compte en envisageant l'intérêt du recours à la technique du standard.

B. L'intérêt du recours à la technique du standard

410. Position du problème. – Pris dans sa fonction d'habilitation de l'agent de la réalisation, le recours au standard « *ordre public* » a pour intérêt fondamental d'épouser le caractère doublement mouvant des agencements typiques de valeurs. En effet, définis comme *la pondération de valeurs que l'on s'accorde, dans un groupe social déterminé, à juger comme optimale, dans un type plus ou moins précisément défini de situations*¹⁴³⁶, ces agencements sont en effet susceptibles de varier à la fois *selon l'époque, et les circonstances concrètes de la situation* dont il s'agit d'apprécier l'acceptabilité.

De façon intrinsèquement liée, pris dans sa fonction d'instrument de contrôle juridictionnel, la plasticité du standard « *ordre public* », permet au juge de ménager une « *marge*

construction au niveau strictement théorique (p. 47 et 55), voire « *méta-théorique* » (p. 62), l'auteur voit ainsi (et par exemple) dans l'article l'article 4, paragraphe 1 TUE une opération de « *coordination* » entre deux normes d'habilitation, l'une « *spéciale* », déterminant la « *compétence d'attribution* » de l'Union, et l'autre « *générale* », qui définit la « *compétence de principe* » des Etats membres, (p. 56).

¹⁴³¹ Article 4 paragraphe 2 TUE et 72 TFUE, analysés *supra* n^{os} 313-315.

¹⁴³² Sur ce point, v. Elsa BERNARD, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, *op. cit.*, p. 223 et s.

¹⁴³³ Comme dans l'arrêt *Eglise de Scientologie* : CJCE, 14 mars 2000, C-54/99.

¹⁴³⁴ Comme dans l'arrêt *Omega* : CJCE, 14 octobre 2004, C-36/02.

¹⁴³⁵ On retrouve une fonction de contrôle identique dans la mise en œuvre par la Cour européenne des droits de l'homme des « *clauses d'ordre public* » de la CEDH. Sur cette mise en œuvre, v. Caroline PICHERAL, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, *op. cit.* ; *eadem*, « L'ordre public dans les droits européens », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 103-115.

¹⁴³⁶ C'est la définition que nous en avons donnée *supra*, n^o 395.

d'appréciation » à l'autorité contrôlée, dès lors du moins que ce dernier ne se sentirait pas légitime à substituer purement et simplement sa propre appréciation de l'acceptabilité de la situation envisagée à l'opération de pondération de valeurs constitutive de la mesure contrôlée.

On rendra compte de cet intérêt fondamental au regard de chacun de ces deux facteurs de variation des agencements typiques de valeurs.

411. Epouser la variabilité des agencements typiques de valeurs dans le temps. – C'est un intérêt communément souligné du recours à la technique du standard que de permettre de rendre compte de la variabilité dans le temps des valeurs¹⁴³⁷. Au contraire du législateur qui effectue *a priori* et *une fois pour toutes*, du moins jusqu'à l'adoption d'une nouvelle loi, l'opération de pondération de valeurs qu'appelle le règlement de la situation qu'il envisage, l'agent de la réalisation peut, au jour où il décide, prendre en compte une éventuelle évolution des valeurs dans la société. C'est cette variabilité dans le temps des agencements typiques qu'assume, par exemple, le principe dit de « *l'actualité* » de l'ordre public en droit international privé.

412. Epouser le caractère contingent des agencements typiques de valeurs. – Ensuite, et surtout, la délégation permet de rendre justice à la *contingence des agencements de valeurs*.

En effet, le point jugé optimal de conciliation entre les valeurs sollicitées par une situation dépend étroitement des caractéristiques de cette dernière. Ainsi, si le législateur peut fixer ce point optimal à l'égard de certaines situations *prédéterminées*, il ne peut rationnellement prévoir toutes les situations susceptibles de se présenter concrètement, et dont les

¹⁴³⁷ En revanche, le traitement de la variabilité des valeurs et, corrélativement, de l'ordre public *dans l'espace* donne lieu à des appréciations très différentes en doctrine. Par exemple, en droit international privé, la question est débattue de savoir si le juge qui met en œuvre l'exception d'ordre public international ne devrait pas se référer, plutôt qu'aux valeurs à l'honneur dans la société du for, à des valeurs admises mondialement. C'est le plébiscite en faveur d'un ordre public « *réellement international* » (pour une contribution récente sur cette théorie, v. Mathias FORTEAU, « L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international' », *JDI* 2011, p. 3-49). Un débat similaire existe en droit administratif, où se pose la question de savoir si le maire, par exemple, pourrait utiliser ses pouvoirs de police administrative générale pour imposer une conception proprement locale des exigences de l'ordre public ou si le caractère « *indivisible* » de la République française n'imposerait pas, au contraire, qu'il se réfère toujours à une conception nationale, « *uniforme* », de ce dernier (v. Charles-André DUBREUIL, « Ordre public et collectivité territoriales », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 217-225, spéc. p. 220, qui se prononce sans ambages pour cette seconde solution). En un mot, se pose la question de la détermination du « *groupe de référence* », pour reprendre une expression de PERELMAN (Chaim PERELMAN et Lucie OLBRECHTS-TYTECA, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, *op. cit.* p. 97 et s.), dont les valeurs doivent être prise en considération dans le cadre de la concrétisation du standard « *ordre public* ». Dans sa thèse, M. REMY (*op. cit.*, n^{os} 451 et s.), suggère que cette question relève, essentiellement, de ce que nous avons appelé les implications argumentatives du recours à la technique du standard (v. *infra* n^{os} 414 et s.) et doit être résolue comme étant celle de l'identification de l'auditoire que l'agent de la réalisation doit convaincre du bien fondé de son appréciation. Il y aurait là une clé possible des variations de l'intensité du contrôle de la Cour de justice sur l'utilisation par les Etats membres des clauses d'ordre public ménagées en leur faveur : plus la Cour se sent légitime et donc susceptible de convaincre les autorités nationales du bien fondé de son appréciation, plus est-elle susceptible de substituer sa propre appréciation à la pondération de valeurs effectuées par les autorités nationales.

caractéristiques peuvent faire « *glisser* » l'agencement retenu. A l'inverse, l'administrateur ou le juge, plus directement confronté à la « *matérialité d'une situation de fait*¹⁴³⁸ », est mieux placé pour tracer cette limite¹⁴³⁹. L'exception d'ordre public du droit international privé, comme corollaire nécessaire au « *saut dans l'inconnu* » (*Sprung ins Dunkel*¹⁴⁴⁰) que constitue le principe d'efficacité des normes étrangères, illustre excellemment la fonction d'« *adaptation à l'imprévu*¹⁴⁴¹ » qu'assume de ce point de vue le recours à la technique du standard¹⁴⁴².

L'intérêt du recours à la technique du standard exposé, il convient de voir que la mise en œuvre de cette technique appelle, de la part de l'agent, une opération originale que, en suivant l'usage allemande, on peut appeler de « *concrétisation* » (*Konkretisierung*).

C. *L'originalité de l'opération de concrétisation du standard*

413. La mise en œuvre du standard « *ordre public* » appelle de la part de l'agent de la réalisation (ou de juge qui exercerait un contrôle « *plein* » au titre de l'ordre public, pris dans sa fonction d'instrument de contrôle juridictionnel) une opération originale, dont la doctrine peine à rendre compte. C'est ce que manifeste l'emploi de formules vagues, selon lesquelles l'agent de la réalisation se verrait déléguer la charge de « *compléter* » l'œuvre du

¹⁴³⁸ Etienne PICARD « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *op. cit.*, p. 64.

¹⁴³⁹ On voit, au passage, ce qui distingue l'opération de concrétisation du standard « *ordre public* », de l'appréciation *in concreto* d'une atteinte à l'objectif sociétal poursuivi, qu'il est proposé de mener dans le cadre de la mise en œuvre des lois de police (v. *supra* n° 200 et la n. 699) et que l'application du principe d'effectivité conduit à opérer dans le cadre de la détermination de l'office du juge (*supra* nos 281 et 298-302). Dans l'opération de concrétisation, l'indétermination affecte aussi bien l'objet du contrôle, c'est-à-dire la situation concrètement soumise à l'agent, que, corrélativement, le référent du contrôle, c'est-à-dire l'agencement de valeurs, dont les contours ne pourront être précisés qu'à ce moment. Tandis que, dans le cadre de l'appréciation *in concreto* d'une atteinte à l'objectif social poursuivi, seul reste à déterminer, au moment pour l'agent de la réalisation de se prononcer, l'objet du contrôle, le référent du contrôle est étant fixé une fois pour toutes et *a priori* par le législateur.

¹⁴⁴⁰ Leo RAAPE, *Internationales Privatrecht*, 4^e éd, Franz Vahlen Verlag, 1955, p. 87.

¹⁴⁴¹ Pour reprendre l'expression de Gérard LYON-CAEN, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTD eur.* 1966, p. 693-705, spéc. p. 694.

¹⁴⁴² Il faut cependant remarquer que la double mutabilité des agencements de valeurs soulignée au texte constitue le défi lancé à toute règle de droit qui, par sa fixité, risque de se trouver à un moment en décalage avec les aspirations de l'« *opinion* », et, par sa généralité, peut trouver à s'appliquer à une situation qui n'avait pas été envisagée, sans que, pour autant, le législateur éprouve le besoin de toujours recourir à la technique du standard. La doctrine souligne ainsi généralement qu'il n'est recouru aux standards que dans les matières affectées d'un degré particulièrement haut d'incertitude, soit du côté du référent du contrôle (ce qui est surtout vrai pour les standards techniques, qui impliquent de faire appel à des connaissances scientifiques), soit du côté de la situation objet du contrôle. Cependant, cette incertitude qualifiée n'est qu'un élément objectif à prendre en compte dans l'opération de pondération de valeurs que constitue, en soi, le choix entre une technique (plus ou moins) déductive et un standard qui appelle un raisonnement (plus ou moins) abductif, qui exige de mettre en balance l'exigence de souplesse d'une part, et le souci d'assurer au justiciable un traitement prévisible et le plus exempt possible de subjectivité. Par exemple, les comportements humains susceptibles de porter atteinte à l'« *ordre public* » ne sont pas plus imprévisibles lorsqu'ils sont envisagés du point de vue de la police administrative que lorsqu'ils le sont du point de vue de la police judiciaire. Cependant, la gravité des atteintes à la liberté individuelle que suppose la répression pénale rend cependant la matière *a priori* rétive à l'usage des notions « *souples* ».

législateur¹⁴⁴³, ou encore les débats existant dans la littérature (d'inspiration) germanique sur la classification de l'opération de « *concrétisation* » parmi les fonctions reconnues à la jurisprudence¹⁴⁴⁴.

On peut hésiter à y voir l'exercice d'un authentique pouvoir normatif pour la raison que l'agent n'élabore pas positivement une norme de comportement, mais se contente de dire, négativement, si la situation à lui soumise est ou non acceptable, ce qui n'est tout de même pas la même chose¹⁴⁴⁵.

Ainsi, pour prendre l'exemple de standards appelant un jugement de valeurs autres que celui d'« *ordre public* », le juge ne dit pas quel contenu doit avoir le contrat conclu entre un consommateur et un professionnel pour être équitable – ce sont les règles impératives et supplétives du droit commun et spécial des contrats qui le disent, mais il se contente de détecter la présence d'une clause « *abusive* » ou plus exactement la présence d'un « *déséquilibre significatif entre les droits et obligations des parties au contrat*¹⁴⁴⁶ ». De même, nonobstant la formulation apparemment positive du standard de la « *faute* » civile, le juge ne dit pas précisément quel doit être le comportement la « *personne normalement prudente et diligente* », mais se contente de constater, négativement, que le responsable n'a pas agi conformément à ce modèle.

La dimension irréductiblement négative et inachevée de l'opération de concrétisation se vérifie d'ailleurs également lorsqu'elle est, comme cela arrive parfois, le fait du législateur lui-même¹⁴⁴⁷, qui procède en ce cas toujours par voie d'énumération non limitative des situations jugées inacceptables. C'est ainsi, que, lorsque le règlement Rome III prévoit

¹⁴⁴³ V. par exemple Louis BACH, V° « Jurisprudence », *op. cit.*, spéc. n° 125.

¹⁴⁴⁴ Qui vont de l'interprétation au sens strict (*Auslegung i. e. S.*) à la création du droit « *au-delà de la loi* » (*gesetzesübersteigendes Richterrecht*), en passant par la création « *liée* » (*gebundenes Richterrecht*) : sur ce triptyque, v. Ernst A. KRAMER, *op. cit.* La distinction entre ces différentes catégories tient moins, du reste, à l'intensité du pouvoir créateur exercé par le juge qu'à « *l'identité et la nature des sources d'inspiration méta ou extralégales* » (Jean-François PERRIN, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 201-236, p. 211) qui lui sont ouvertes, c'est-à-dire à la composante argumentative du recours à la technique du standard que nous étudierons *infra* spéc. n° 419 et s.

¹⁴⁴⁵ *Comp.*, à propos des différentes expressions, positive ou négative, du principe de proportionnalité : Detlef MERTEN, « *Verhältnismäßigkeitsgrundsatz* », in Detlef Merten et Hans-Jürgen Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III : *Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren* II, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 517-567, spéc. p. 546 : « *Darüber hinaus ist ein Prinzip in seiner negativen Funktion leichter zu handhaben als in seiner positiven, so dass es schwieriger ist, das richtige Mass oder die richtige Proportion zu finden, während es einfacher ist festzustellen, was 'unverhältnismäßig' oder 'übermäßig' ist* [En outre, un principe est plus facilement maniable dans sa conception négative que dans sa conception positive, de telle sorte qu'il est plus difficile de déterminer quelle est la juste mesure ou la juste proportion, que de dire que quelque chose est 'disproportionné' ou 'excessif']. »

¹⁴⁴⁶ Article L 132-1 c. cons. Sur le lien entre dispositions supplétives, prises comme modèle axiologique, et contrôle du caractère abusif des clauses contractuelles, v. Cécile PÉRÈS-DOURDOU, *La règle supplétive*, *op. cit.*, p. 534 et s.

¹⁴⁴⁷ C'est une hypothèse de « *spécification* » étudiée *infra* n°s 443-444.

l'application de la *lex fori* en lieu et place de la *lex causae*, lorsque cette dernière « ne prévoit pas le divorce ou n'accorde pas à l'un des époux, en raison de son appartenance à l'un ou l'autre sexe, une égalité d'accès au divorce ou à la séparation de corps »¹⁴⁴⁸, il réserve cependant le jeu de la clause générale d'ordre public¹⁴⁴⁹. De même l'existence de listes, dites respectivement « noire » et « grise », de clauses irréfragablement¹⁴⁵⁰ et simplement¹⁴⁵¹ présumées abusives ne prive pas le juge d'appliquer « la définition générale »¹⁴⁵² de l'art. L 132-1 c. cons. Et si enfin, la méconnaissance par le défendeur d'un texte exprès, singulièrement la réalisation d'une infraction pénale, caractérise « *ipso facto* » l'existence d'une faute civile, elle n'épuise la « variété infinie » de cette catégorie¹⁴⁵³.

Cette difficulté est probablement significative de l'intensité ou, mieux encore, des modalités variables de l'exercice du pouvoir normatif, et, corrélativement, de l'intérêt de traiter la « concrétisation » des standards en général et de l'ordre public en particulier comme catégorie méthodologique à part entière¹⁴⁵⁴.

¹⁴⁴⁸ Art. 10, qui constitue ce que la doctrine appelle, suivant une terminologie très allemande, une « clause spéciale d'ordre public ».

¹⁴⁴⁹ Art. 12 dudit règlement.

¹⁴⁵⁰ Art. R 132-1 c. cons.

¹⁴⁵¹ Art. R 132-2 c. cons.

¹⁴⁵² Selon la formule de Mme FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. I : *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2012, p. 403.

¹⁴⁵³ Alain BÉNABENT, *Droits des obligations*, 14^e éd., LGDJ Lextenso, 2014, n^{os} 546-547 ; adde : François TERRÉ François, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, op. cit., n^o 718, p. 778 : « De telles dispositions, en précisant, de quelque manière, le modèle de référence, facilitent la tâche du juge ».

¹⁴⁵⁴ En ce sens, v. Anne RÖTHEL, *Normkonkretierung im Privatrecht*, op. cit. p. 14 et s. Mme RÖTHEL relève que, dans la littérature juridique allemande le terme concrétisation « *Konkretisierung* » est employé en trois sens différents. Dans un sens « large et formel », « concrétisation » renvoie à la mise en œuvre de la norme au cas concret, ce qui correspond à ce que nous avons défini plus haut comme étant la « réalisation » de cette dernière. Dans une acception maximaliste, la « concrétisation » est l'acte créateur qui caractériserait tout acte d'application. Reposant sur une conception « post-positiviste » de la norme selon laquelle la *lex ante casum* n'existe pas et la norme proprement dite, au-delà du texte législatif, n'est créée que dans l'acte d'application, cette acception demeure cependant isolée. Dans son acception dominante, « concrétisation » renvoie à cette activité particulière du juge qui consiste à mettre en œuvre les *normativ-unbestimmten Rechtsbegriffe* et les *Generalklauseln*, qui tend à s'imposer comme un objet d'étude autonome de la méthodologie juridique (« *Methodenlehre* »), et dont Mme RÖTHEL, précisément, se propose de bâtir la théorie. Mme RÖTHEL souligne cependant le caractère « conventionnel » de la délimitation de cet objet d'étude (p. 21 et s.). En effet, si la conception « post-positiviste » de la norme juridique ne s'est pas imposée dans son plein développement, la doctrine reconnaît aujourd'hui unanimement le caractère plus ou moins indéterminé de toute notion législative et, corrélativement, le caractère plus ou moins créateur de tout acte d'interprétation. L'activité du juge n'est donc jamais purement déductive, et, inversement, à l'ère de l'Etat de droit constitutionnel, l'activité du législateur lui-même se trouve subordonnée (v. p. 22 et p. 125, n. 7 : « *Unter dem Grundgesetz ist die Rechtsbildung immer gebundene Rechtsbildung* », c'est l'auteur qui souligne). Dans ce contexte, la concrétisation des *normativ-unbestimmten Rechtsbegriffe* et des *Generalklauseln* se situe, selon Mme RÖTHEL, au « point optimal » où, d'un côté, la dimension créatrice du travail du juge est particulièrement accentuée et où, de l'autre, les contraintes pesant sur ce dernier sont néanmoins supérieures à celles qui pèsent sur le législateur. Sur l'opération de concrétisation, v. aussi les ouvrages classiques de *Methodenlehre* : Karl LARENZ et Claus-Wihlem CANARIS, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., Springer, 1995, spéc. p. 215, 223 et s., 283 et s. ; Ernst A. KRAMER, *Juristische Methodenlehre*, 1^{re} éd., Stämpfli, 1998, p. 198

Appelant, de la part de l'agent de la réalisation (ou du juge qui exerce un contrôle juridictionnel au titre de l'ordre public « *plein* »), l'opération de concrétisation appelle un jugement de valeur et, à ce titre, est soumise à des contraintes argumentatives puissantes.

Paragraphe II : Les implications argumentatives du recours à la technique du standard

414. Le jugement de valeur qu'appelle, de la part de l'agent, la concrétisation du standard « *ordre public* » s'opère nécessairement *foro interno*, à l'aune du système de valeurs propre à l'agent¹⁴⁵⁵. Néanmoins, ce dernier ne peut cependant pas se borner à faire triompher ses préférences subjectives. En effet, ainsi qu'il a été vu plus haut, les règles institutionnelles concrétisant, dans un système donné, l'idéal de l'État de droit placent l'agent de la concrétisation face à une pluralité d'auditoires qu'il lui appartient de convaincre que la solution qu'il consacre est la « *bonne* », ou, peut-être plus modestement, n'est pas « *mauvaise* »¹⁴⁵⁶, au risque sinon de se heurter à leur désapprobation, matérialisée par une sanction institutionnelle plus ou moins directe¹⁴⁵⁷.

Compte tenu de cette nécessité de ne pas susciter la désapprobation, la concrétisation du standard « *ordre public* » s'opérera par référence ou « *prise en considération* » d'une norme sociale existante, y compris juridique¹⁴⁵⁸.

¹⁴⁵⁵ V. *supra* n° 347.

¹⁴⁵⁶ Comp. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., n° 577, qui parle de nécessité pour le juge de « *produire une jurisprudence la moins contestable possible* ».

¹⁴⁵⁷ V. *supra*, n°s 347-349. Dans les cas où l'agent de la concrétisation est un juge les interlocuteurs à convaincre sont au premier chef ses pairs, dans le cadre d'une décision collégiale les parties, les juridictions supérieures qui pourraient être amenées à connaître d'un recours contre la décision, et le législateur, toujours à même de briser une jurisprudence, singulièrement sous l'influence de l'opinion publique. Dans les cas où l'agent de la concrétisation est un organe politique, à l'instar, en droit français, de l'autorité administrative investie de pouvoir de police générale, les interlocuteurs à convaincre sont les destinataires de la norme, ou les personnes dont cette dernière affecterait les intérêts, ainsi que le juge qui pourrait connaître d'un recours contre cette décision. Dans tous les cas, l'agent de la concrétisation aura aussi à compter avec l'*opinion publique*, ce qui est évident pour les autorités politiques, plus ou moins directement connectées au suffrage universel, mais concerne également le juge, à l'occasion de litiges de portée sociétale. S'agissant d'instances nationales, les juridictions européennes, Cour de justice et Cour européenne des droits de l'homme, sont également des interlocuteurs obligés.

¹⁴⁵⁸ Nous nous séparons ici d'Elsa BERNARD (*La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, op. cit., p. 44) qui, considère que « *le standard favorise une référence non seulement à la règle qui le contient, mais aussi au système juridique au sein duquel il apparaît [et] implique [...] une mesure [...] des situations ou des comportements [...] par référence à des critères qui ne sont pas fixés par les règles de droits et relèvent d'autres ordres que l'ordre juridique* ». Pour étayer cette affirmation, Mme BERNARD envisage l'hypothèse où la notion de « *consommateur moyen* » aurait été concrétisée, non comme elle l'est dans la jurisprudence de la Cour de justice par référence à des éléments extra-juridique, mais par renvoi aux ordres juridiques nationaux, étant précisé que ces derniers auraient « *donné un contenu à la notion [...] grâce à des règles de droit précises* ». « *Dans ce cas*, écrit Mme BERNARD, « *cette notion ne pourrait être considérée comme un standard. L'absence de référence exogène au domaine du droit induit, en effet, la disparition du critère de normalité* ». A vrai dire, l'exemple ne prouve rien. En effet, le renvoi à un droit national qui aurait précisément défini la notion de « *consommateur moyen* » ferait effectivement perdre à l'opération sa nature de concrétisation d'un standard. Mais il faut observer que si le droit national auquel il serait renvoyé laissait au juge le soin de concrétiser la notion, alors l'opération relèverait bel et bien de la technique du standard, simplement celui-ci serait, non plus d'origine européenne,

Cette prise en considération assume une fonction particulière, qu'il convient d'exposer (A), avant de présenter dans le détail quels types de normes sont susceptibles, au regard de cette fonction, d'être prises en considération (B).

A. Fonction de la prise en considération

415. Dualité de fonction. – En deçà de sa fonction *rhétorique*, destinée à convaincre du bien-fondé de sa décision, qui suppose que l'agent extériorise son raisonnement¹⁴⁵⁹, ce qui n'est pas automatique, la prise en considération par ce dernier d'une norme sociale existante à l'occasion de l'opération de concrétisation est destinée, plus fondamentalement, à identifier ou « révéler¹⁴⁶⁰ » l'agencement de valeurs collectivement consacré pour les situations de ce type, ce que nous avons appelé plus haut un « *agencement typique* ».

On peut parler de fonction de « *rationalisation* » ou encore d'« *objectivation* », destinée à s'assurer de la cohérence de la décision effectivement prise avec ces agencements typiques.

Le commentaire du Professeur BROUELLE sur les ordonnances en référé du Conseil d'État ayant admis l'absence d'illégalité manifeste des arrêtés d'interdiction de spectacle dans la très médiatique « *affaire Dieudonné* » en janvier 2015¹⁴⁶¹ souligne l'autonomie de cette fonction d'objectivation de la prise en considération. En présence d'un spectacle contenant des propos à caractère antisémite, le Conseil d'État a en l'espèce concrétisé le standard « *ordre public* » au sens de la police administrative par référence à la valeur générique « *dignité humaine* » et aux dispositions incriminant la provocation à la discrimination et à la haine, qui en aménagent la conciliation avec la « *liberté d'expression* ». Répondant aux critiques selon lesquelles « *derrière la dignité s'abriterait le 'politiquement correct' du juge* » Mme BROUELLE affirme ainsi que « *si le juge tient les propos tenus dans le spectacle « Le mur » pour attentatoires à*

mais d'origine nationale. Bien plus, la jurisprudence qui concrétise le standard « *ordre public* » en prenant en considération de préférence des règles de droit (v. *infra* n° 421), apporte un cinglant démenti à l'affirmation de Mme BERNARD. En réalité, le « *critère d'exogénéité* » ne doit pas s'apprécier uniquement par rapport au système juridique, mais plus fondamentalement par rapport à la règle appliquée, ce qui permet d'englober la prise en considération à la fois de règles juridiques en tant que telles inapplicables à la situation et d'autres types de normes sociales. Cela dit, la contradiction est peut-être plus dans la présentation que dans le fond. Mme BERNARD précise plus loin que les standards, du moins certains, et auxquels appartient l'« *ordre public* », « *appellent une référence en termes de valeurs sociales* » (p. 46). Simplement, faut-il comprendre, pour Mme BERNARD les « *valeurs sociales* » sont radicalement extérieures au droit, tandis que nous y voyons le substrat du droit (v. *supra* n°s 329-331 et 335-351).

¹⁴⁵⁹ Soit que l'agent soit soumis, comme c'est le cas pour les décisions de justice (en droit français v. l'art. 455 c. proc. civ) ou, en France, l'adoption de mesures de police administrative individuelles (v. la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979), à une obligation de motivation, soit que, indépendamment d'une obligation de ce type, il ressente le besoin de se justifier auprès de l'opinion publique, qu'il soit autorité politique ou juge : v. par exemple, les communiqués du Conseil d'État sur son site et les explications données dans la presse par son vice-président, Jean-Marc SAUVÉ (« *Affaire Dieudonné, le Conseil d'État répond aux critiques* », *Le Monde*, 11 janv. 2014), suite aux ordonnances rendues dans l'« *affaire Dieudonné* », préc.

¹⁴⁶⁰ Sur les révélateurs des valeurs collectives, v. *supra* n° 342-344.

¹⁴⁶¹ CE, ord., 9 janv. 2014, n° 374508 ; 10 janv. 2014, n° 374528 ; 11 janv. 2014, n° 374552.

la dignité, ce n'est pas au nom de son propre standard de la dignité mais au nom d'un principe dont les contours ont été tracés par le législateur. La loi a prohibé les propos constitutifs d'une provocation à la discrimination et à la haine (art. 24 de la loi du 29 juill. 1881 sur la liberté de la presse qui incrimine la provocation à la discrimination et à la haine). Soutenir, comme le fait le juge du Conseil d'État (Ord. des 10 et 11 janv.), que ces « propos pénalement répréhensibles » sont « de nature à porter de graves atteintes au respect de valeurs et principes tels que la dignité de la personne humaine et à provoquer à la haine et la discrimination raciales » ne revient pas, de la part du juge, à imposer comme norme de conduite humaine son propre code de comportement. Le Conseil d'État se contente de se référer au standard défini par la loi^{1462 1463}. »

Cela dit, cette œuvre de rationalisation sera cependant plus ou moins consciente, selon deux paramètres tenant 1°/à la difficulté qui peut exister à identifier l'agencement typique pertinent, d'une part et 2°/ le degré de convergence existant entre le jugement de valeurs intuitivement opéré dans le for intérieur de l'agent¹⁴⁶⁴ et cet agencement typique, d'autre part.

416. Distinction des « cas faciles » et des autres. – Identifier le caractère *collectivement* acceptable ou non d'une situation peut être délicat.

Tout d'abord, l'appréciation de la situation soumise à l'agent peut ne pas faire consensus. Cependant, le caractère controversé de la question posée affecte moins le principe d'une rationalisation de l'opération de concrétisation qu'il ne pose la question du choix de la source de référence, ce qui sera étudié dans la division suivante.

Cet aspect temporairement écarté, la difficulté tient au caractère flou, déjà souligné¹⁴⁶⁵, des agencements typiques, lui-même lié à la sous-détermination de ces derniers et à la dépendance dans laquelle se trouvent, d'une manière générale, les agencements de valeurs vis-à-vis des circonstances. A l'opposition entre le « cœur » et le « halo » de l'agencement typique

¹⁴⁶² Camille BROUELLE, « Retour sur Dieudonné », *RFDA* 2014, p. 521 (nous soulignons).

¹⁴⁶³ La fonction particulière de la prise en considération est encore attestée, en droit de l'Union, par le fait que les autorités européennes chargées, par exception, de concrétiser la notion d'« ordre public national » contenue dans un instrument de droit dérivé se sentent obligées de préciser, pour parer à l'accusation de remettre en cause l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, que les éléments de droit national mentionnés à cette fin sont « pris en considération non en raison de leur valeur normative mais en tant qu'indices factuels » révélant l'existence d'un agencement typique de valeurs : v. *Couture Ltd*, analysé *infra* n° 421).

¹⁴⁶⁴ Notons que, pour être intuitif, le jugement de valeur peut néanmoins être plus ou moins *laborieux*, en fonction de la difficulté que l'agent aura à dégager de la situation qui lui est soumise les circonstances qu'il identifiera comme « opérantes ». Pour un exemple où la difficulté pour le juge tenait moins à identifier l'agencement typique pertinent, qu'à dégager ces circonstances v. Cass. com., 13 sept. 2011, *Belvédère*, n°s 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908 : *D.* 2011, 2518, note Louis d'Avout et Nicolas Borga, qui admet la conformité à l'ordre public international de la *lex contractus* étrangère validant un engagement qui, pris à lui seul, paraissait sans cause, mais qui, replacé dans le très complexe montage financier litigieux, avait bien une contrepartie.

¹⁴⁶⁵ *Supra* n° 395.

correspondent ainsi des « *cas faciles* », qui se laissent sans hésitation comparer aux cas d'ores et déjà tranchés, et des « *cas difficiles* », dont les caractéristiques sont telles qu'elles rendent la référence à ces cas « typiques » pertinente, tout en étant susceptibles de faire glisser l'agencement admis¹⁴⁶⁶. Relevait de ces « *cas difficiles* » la question récemment posée au juge de l'admissibilité des dommages et intérêts punitifs au regard de l'ordre public international français¹⁴⁶⁷.

Il s'agissait en l'espèce d'un litige en matière contractuelle. Les acheteurs américains d'un bateau de plaisance avaient assigné devant le juge californien leur vendeur français en responsabilité, à raison d'avaries subies par l'embarcation avant sa livraison, dont ce dernier leur aurait dissimulé l'existence.

Conformément au droit californien choisi par les parties pour régir leur contrat, le juge américain, relevant la gravité du comportement du vendeur en l'espèce, a condamné ce dernier à payer en sus de dommages-intérêts compensatoires, couvrant les frais de remise en état (1 391 650 \$) et les honoraires d'avocat (402 084 \$), des dommages-intérêts punitifs, pour un montant de 1 460 000 \$, soit un rapport d'à peu près 1/1¹⁴⁶⁸.

Immédiatement, une telle situation évoque des normes virtuellement contradictoires, ainsi qu'en attestent les solutions partiellement divergentes adoptées en l'espèce par la Cour d'appel et la Cour de cassation et les débats auxquels cette question a pu donner lieu en doctrine.

¹⁴⁶⁶ L'idée d'une gradation des litiges des « *cas faciles* » aux « *cas difficiles* », en passant par des « *cas intermédiaires* », appelant une part croissante d'interprétation judiciaire est récurrente dans la doctrine constitutionnaliste (sur ce point, v. Peggy DUCOULOMBIER, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, op. cit., spéc. n° 582, p. 385-386). On doit bien sûr à Ronald DWORKIN d'avoir proposée une théorie renouvelée des « *cas difficiles* » (*Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995, p. 153 et s. ; adde : Christian ATIAS, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 2012, p. 163), qui surviennent « lorsqu'une affaire judiciaire particulière ne peut pas être soumise à une règle de droit claire » (*ibid.*, p. 153). L'introduction du standard « *ordre public* » ayant précisément pour effet d'obliger l'interprète à chercher le modèle de référence à l'aune duquel la situation sera appréciée en dehors de la règle qui le contient, en la matière les « *cas difficiles* » constituent davantage le principe et les cas, par opposition, « *faciles* » l'exception.

¹⁴⁶⁷ V. CA Poitiers, 1^{re} ch. civ., 26 fév. 2009, *Epoux Schlenzka. c. SA Fontaine Pajot*, n° 07/02404 : *JDI* 2010, comm. 18, note François-Xavier Licari et, sur pourvoi, Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, *Epoux Schlenzka. c. Sté Fontaine Pajot*, n° 09-13.303 : *JDI* 2011, comm. 14, note Olivera Boskovic ; *RCDIP* 2011, p. 93, note Hélène Gaudemet-Tallon ; *D.* 2011, p. 423, note François-Xavier Licari ; *RDC* 2011, p. 459, note Suzanne Carval ; *RTD civ.* 2011, p. 317, note Pauline Remy-Corlay.

¹⁴⁶⁸ Si la matière délictuelle est le domaine d'application privilégié des dommages-intérêts punitifs, le droit californien permet par exception, de prononcer une telle condamnation en matière contractuelle, lorsque le manquement contractuel constitue en même temps un *tort* susceptible, aux termes de la loi, de justifier l'octroi de *punitive damages* . Pour les éléments de droit comparé, v. la note sous l'arrêt de la Cour d'appel très documentée de François-Xavier LICARI (préc., spéc. n° 6).

D'un côté, ainsi que l'a relevé la Cour d'appel, aussi bien le droit commun des obligations que le droit de la vente internationale de marchandises¹⁴⁶⁹ consacrent le principe du caractère strictement compensatoire des dommages-intérêts alloués à la victime. C'est le principe de la *restitutio in integrum* pris dans son aspect négatif : le montant des dommages-intérêts doit correspondre à l'entier préjudice de la victime, mais seulement à ce montant.

De l'autre, on ne peut ignorer que le droit français de la responsabilité civile, considéré plus globalement, consacre une pondération variable des objectifs d'indemnisation, de punition et de prévention que l'on attribue habituellement à celle-ci, selon les cas. Il est par exemple traditionnel de constater que, nonobstant l'interdiction qui leur est faite en principe, les juges du fond ont tendance, sous couvert d'évaluation du très subjectif préjudice moral, à moduler le montant des dommages-intérêts en considération du comportement du débiteur¹⁴⁷⁰. Au regard de telles « *consécration[s] ponctuelle[s] et inavouée[s]* »¹⁴⁷¹, il n'est pas surprenant que tous les projets de réforme du droit de la responsabilité posent aujourd'hui le principe d'une condamnation au paiement de dommages-intérêts non strictement compensatoires en présence d'une faute d'une particulière gravité, singulièrement d'une faute lucrative¹⁴⁷². Déplaçant le regard du responsable vers la victime, on pouvait cependant encore faire valoir, à l'instar, encore, de la Cour d'appel, que l'interdiction de l'enrichissement sans cause s'oppose à ce que celle-ci reçoive plus qu'elle n'a perdu. Pourtant, ce principe ne souffre pas de la multiplication, en droit français, de « peines privées », prononcées à l'initiative et au bénéfice du créancier¹⁴⁷³. Il n'y a qu'à citer les exemples traditionnels de la clause pénale et de l'astreinte. S'agissant en particulier des dommages-intérêts punitifs, on peut ajouter, argument auquel les oreilles européennes sont *a priori* sensibles, tant il vrai que le respect de la légalité

¹⁴⁶⁹ V. l'article 74 de la Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises. La discussion qui s'est élevée devant la Cour d'appel et dont les moyens du pourvoi se faisaient l'écho sur l'applicabilité de cette disposition en l'espèce procède d'une incompréhension de la fonction de la prise en considération des normes du for à l'occasion de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, qui ne sont pas à proprement parler appliquées à la cause, ce qui du reste n'aurait pas de sens dans le cadre d'une instance indirecte, mais sont visées à titre de raison écrite.

¹⁴⁷⁰ V. Muriel FABRE-MAGNAN, *Droit des obligations*, t. II : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2013, p. 54 et p. 424.

¹⁴⁷¹ V. Philippe BRUN, « Les peines privées. Rapport français », in *Trav. Ass. Capitant*, t. LIV, 2004, p. 155-172, spéc. p. 170.

¹⁴⁷² V. l'art. 1371 du projet CATALA (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*, La documentation française, 2006), auquel seul les juges du fond auraient pu, d'un point de vue chronologique, se référer, l'art. 1386-25 de la proposition *Béteille* du 9 juillet 2010 et l'art. 54 du projet de l'Académie des sciences morales et politiques de 2011 (reproduit in : François TERRÉ (dir.) *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011), publié après que la Cour de cassation ait rendu sa décision. Sur la possibilité d'utiliser, dans le cadre de l'opération de concrétisation, des arguments *de lege feranda*, pour peu qu'ils soient tenus pour refléter les valeurs dominantes, v. *infra* n° 424.

¹⁴⁷³ Pour une réfutation de l'idée selon laquelle les peines privées seraient constitutives d'un enrichissement sans cause ou même, tout simplement, injuste, v. Alexis JAULT, *La notion de peine privée*, préf. François Chabas, LGDJ 2005, spéc. n°s 278-309.

communautaire s'est historiquement appuyé sur les initiatives contentieuses des particuliers¹⁴⁷⁴, que loin de réaliser un enrichissement sans cause, ils devraient, selon certains, être vus comme une rétribution de la contribution de la victime à la sanction de l'illicite¹⁴⁷⁵.

Dans ce contexte, s'il y avait indéniablement matière à hésitation, on ne s'étonnera pas que, à rebours de la Cour d'appel qui en refusait le principe même, la Cour de cassation ait admis qu'une condamnation à des dommages-intérêts punitifs n'était pas contraire à l'ordre public, dès lors que le montant alloué n'est pas manifestement disproportionné, au regard du préjudice subi et du comportement du responsable.

Pour en décider ainsi, elle pouvait au demeurant s'appuyer, outre les agencements de valeurs précités, sur sa propre jurisprudence, admettant *l'exequatur* d'un jugement liquidatif d'astreinte compte tenu du caractère proportionné du montant liquidé¹⁴⁷⁶ et sur le considérant 32 du règlement Rome II, qui suggère au juge national qu'il peut, en fonction des circonstances de l'espèce, tenir pour contraire à l'ordre public du for, l'application d'une loi étrangère conduisant à l'octroi de dommages et intérêts exemplaires ou punitifs non compensatoires « *excessifs*¹⁴⁷⁷ ». Standard encadré dans le standard, l'appréciation de la proportionnalité implique, par une mise en abîme, d'identifier un nouvel agencement typique¹⁴⁷⁸.

417. En réalité, il n'y a d'opération de rationalisation à proprement parler que dans les « *cas difficiles* », ou en cas de divergence entre le jugement intuitivement porté par l'agent sur la situation et ce qu'il perçoit comme étant l'agencement typique collectif. Dans ces hypothèses, la prise en considération des normes existantes vient, soit intensifier et, si elle est explicitée,

¹⁴⁷⁴ Grâce à la consécration du principe de l'effet direct par l'arrêt *van Gend en Loos* (préc.). Pour autant, après avoir été un temps discutée, la possibilité d'allouer des dommages et intérêts non compensatoires à la personne ayant subi un préjudice causé par une infraction au droit de la concurrence a été repoussée par la directive *private enforcement* récemment adoptée (directive 2014/104/UE du 26 novembre 2014). L'article 3 du texte s'en tient ainsi au principe de la réparation intégrale, comprise comme consistant « à replacer [la victime] dans la situation où elle aurait été si l'infraction au droit de la concurrence n'avait pas été commise » (al. 2), à l'exclusion de toute « réparation excessive, que ce soit au moyen de dommages et intérêts punitifs ou multiples ou d'autres types de dommages et intérêts » (al. 3).

¹⁴⁷⁵ En ce sens, v. François-Xavier LICARI, *op. cit.*, n° 33.

¹⁴⁷⁶ Cass 1^{re} civ., 28 janv. 2009, *Blech*, n° 07-11.729 : *JDI* 2009, comm. 17, note Fabien Marchadier : à propos de l'astreinte assortissant l'injonction faite à l'auteur d'une escroquerie de coopérer à la reconstitution des actifs détournés. La proportionnalité est appréciée à l'aune des sommes détournées.

¹⁴⁷⁷ C'est en vain que l'on ferait valoir à l'encontre de cette référence, l'absence de portée contraignante du préambule des actes de droit dérivé (sur cette question, v. Sophie LEMAIRE, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157), compte tenu de la fonction, répétons-le, strictement rationnelle de celle-ci.

¹⁴⁷⁸ Notons à cet égard que le rapport existant en l'espèce entre les dommages-intérêts compensatoires et les dommages-intérêts punitifs est moins sévère que le *ratio* 2/1 prévu par la proposition *Bêteille* (*op. cit.*). A ce titre, on comprend que l'appréciation portée par la Cour de cassation, qui a approuvé la Cour d'appel d'avoir estimé, elle à titre surabondant, que le montant alloué était disproportionné ait été critiquée en doctrine, ne serait-ce que parce qu'elle paraît bien procéder d'une lecture erronée des motifs de l'arrêt d'appel (v. la note de Suzanne CARVAL, *RDC* 2011, p. 459).

justifier cette « *intuition incommunicable* » qu'est le jugement de valeur¹⁴⁷⁹, soit imposer une correction dans l'appréciation portée¹⁴⁸⁰.

En dehors de ces hypothèses, ces deux objets ne se laissent pas distinguer : l'agent a intégré l'agencement de valeurs collectif, qu'il fait sien. C'est particulièrement le cas lorsque le juge se contente de reproduire une jurisprudence constante¹⁴⁸¹.

418. Deux situations sont en effet susceptibles de se présenter.

Tout d'abord, dans des hypothèses qui confinent sans doute au cas d'école, le *hiatus* entre le système de valeurs individuel de l'agent et les agencements typiques collectifs peut être tel que l'agent éprouvera des difficultés à établir une analogie entre les normes du for et l'appréciation quant à l'acceptabilité de la situation sociale à laquelle il est intuitivement parvenu. Dans ce cas, il est probable, compte tenu des contraintes institutionnelles qui pèsent sur lui, qu'il sera conduit, purement et simplement, à changer de solution. En matière de droit international privé, M. REMY cite le cas extrême d'un juge français qui, quoiqu'étant à titre personnel convaincu de la supériorité de l'homme sur la femme, serait néanmoins contraint, ne serait-ce qu'en raison de l'existence d'une jurisprudence constante, à refuser de donner effet à une norme étrangère consacrant cette inégalité¹⁴⁸².

Dans une situation de convergence entre les valeurs individuelles de l'agent et les valeurs collectives, le « *réflexe axiologique* » qui s'impose avec la force de l'évidence et la proposition abductive que son « *inscription culturelle* » suggère à l'agent forment une seule et même chose. Ce n'est pas à dire qu'il n'y a pas place à la créativité. En effet, les agencements de valeurs sont suffisamment flous, en raison de leur variabilité dans le temps et de leur sensibilité aux circonstances¹⁴⁸³, pour laisser place à la discussion sur l'acceptabilité de la situation : ces « *premiers analogués* » sont-ils pertinents aujourd'hui ? Sont-ils pertinents dans les circonstances de l'espèce ? C'est là qu'intervient la dimension créatrice de l'analogie et, corrélativement, la fonction rhétorique du visa éventuel d'autres normes à l'occasion de l'opération de concrétisation du standard par l'agent. Par les liens d'analogie qu'il tisse avec des normes existantes, par la mise en lumière de telle ou telle circonstance comme opérante, l'agent convaincra ou non ses auditoires du bien-fondé de la solution qu'il consacre.

¹⁴⁷⁹ C'est ce que PERELMAN appelle la « *délibération avec soi-même* », qu'il traite comme un cas particulier d'argumentation : v. *Traité de l'argumentation*, p. 53 et s.

¹⁴⁸⁰ Sur la fonction rhétorique de la référence aux normes juridiques, prises comme révélateurs de valeurs collectives v. *supra* n° 348.

¹⁴⁸¹ Sur ce phénomène de reproduction, v. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 371.

¹⁴⁸² V. *supra* n° 348.

Reste précisément à examiner quels types de normes l'agent est susceptible de prendre en considération.

B. Type de normes prises en considération

419. Position du problème. – La question de l'identité et de la nature légale, « *méta ou extralégales*¹⁴⁸⁴ » des sources d'inspiration auxquels l'agent peut ou doit se référer lorsqu'il concrétise le standard « *ordre public* » fait naître des hésitations. Emboitant le pas du Professeur RIALS, le Professeur BERNARD s'est ainsi interrogée sur le caractère « *descriptif* », « *dogmatique* », voire « *subjectivement dogmatique* » de l'appréciation en termes de normalité qu'appelle la mise en œuvre des standards en général¹⁴⁸⁵, questionnement qui trouve une application particulière dans la doctrine civiliste qui oppose approche « *empirique* » ou « *idéaliste* » des « *bonnes mœurs* »¹⁴⁸⁶. L'hésitation concerne également le standard « *ordre public* », pourtant moins ouvertement conçu comme pouvant appeler une référence à des normes extra-juridiques, ainsi qu'en atteste, en France, la doctrine qui tend à assimiler atteinte à l'« *ordre public international* » au « *heurt de l'opinion*¹⁴⁸⁷ ». Il est alors important de comprendre que la question ne se pose pas en termes de légalité stricte puisque, précisément, la règle visant le standard « *ordre public* », d'ailleurs bien souvent jurisprudentielle, ne

¹⁴⁸⁴ Pour reprendre l'expression de Jean-François PERRIN, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 201-236, spéc. p. 211.

¹⁴⁸⁵ Selon les définitions qu'en donne Mme BERNARD, la « *normalité descriptive* » ou « *statistique* » renvoie « *au consensus social, à ce qui est considéré comme normal par la société, ou du moins par la partie de la société qui est à même de constituer une référence* » (*op. cit.*, n° 35, p. 37), tandis que la « *normalité dogmatique* » correspond « *non plus à ce qui est observable dans la réalité mais à des principes, à des valeurs, à des dogmes, qui permettent d'établir ce qui devrait être considéré comme un comportement ou une situation normale* », étant précisé qu'a priori « *ces principes et valeurs ne sont pas ceux auxquels un individu adhère, mais plutôt ceux que la société reconnaît en tant que principe et valeurs de référence* » (*loc. cit.*). Relevant cependant qu'« *il est pratiquement impossible de mettre en évidence ce 'qui doit être' tenu pour normal dans une société* », Mme BERNARD estime cependant qu'en fait de « *normalité dogmatique* », c'est « *généralement à sa propre conception de ce qui 'doit être' un comportement ou une situation normale que l'interprète aura recours* » et parle à ce titre de « *normalité dogmatique subjective* » (*ibid*, n° 36, p. 37, c'est l'auteur qui souligne). Ces définitions apparaissent quelque peu poreuses. Qu'est-ce qui distingue la normalité telle qu'elle s'induit du « *consensus social* » qui, selon Mme BERNARD, exprimerait la « *normalité descriptive* », de la normalité telle que la reconnaît « *la société* » qui constituerait la « *normalité dogmatique* » ? De même, y a-t-il une différence de nature entre la normalité telle que la conçoit « *une partie [seulement] de la société* », dont l'opinion serait, selon Mme BERNARD, susceptible d'établir la « *normalité descriptive* » et la normalité telle que la conçoit l'interprète de la règle, que Mme BERNARD appelle « *normalité dogmatique subjective* » ? En réalité, les définitions de Mme BERNARD procèdent, tout d'abord, d'une insuffisante prise de conscience que, derrière l'appréciation d'une situation comme étant « *normale* » ou « *anormale* », il y a toujours une appréciation en valeurs (sur la fonction d'interface entre le fait et la norme des valeurs v. *supra* spéc. n° 351) et, ensuite, d'une confusion entre les valeurs collectives propres à une société donnée et ce que nous avons appelé les « *révélateurs* » de ces dernières (v. *supra* n°s 338-344). Dans cette perspective, les normalités « *descriptive* » et « *dogmatique* » de Mme BERNARD renvoient à des moyens d'établir ce qui, dans une société donnée, est tenu pour normal ou anormal, autrement dit à des révélateurs de valeurs appréhendées au niveau collectif, tandis que la normalité « *subjectivement dogmatique* » renvoie au jugement de valeur mené dans le for intérieur du juge (sur l'articulation entre valeurs individuelles et valeurs collectives dans le processus de décision juridique, v. *supra* n° 346-349).

¹⁴⁸⁶ V. *infra* n° 423.

¹⁴⁸⁷ V. *supra* n° 152.

précise pas (ou bien peu¹⁴⁸⁸) quels éléments doivent être pris en considération par l'agent, mais en termes argumentatifs. L'enjeu consiste pour celui qui, directement ou indirectement, est appelé à apprécier la conformité d'une situation à l'ordre public, à rendre une décision qui ne rencontrera pas la désapprobation de ses auditoires.

A ce titre, on mettra d'abord en exergue les qualités que doivent remplir, afin de rendre justice à cet enjeu, les normes prises en considération par l'agent, ce qui permettra, ensuite, de déterminer quelles peuvent être ces normes.

420. Qualités requises. – La détermination des normes, l'expression étant prise ici au sens large de « *devoir être* », considérées à l'occasion de l'opération de concrétisation du standard « *ordre public* » doit s'opérer au regard de la double fonction, d'objectivation et rhétorique, qu'assume la prise en considération : le but est que l'agent d'abord, ses auditoires ensuite, soient convaincus que la solution retenue, à tout le moins se meut dans le « *halo* » d'un agencement typique collectif.

A ce titre, deux critères paraissent devoir guider ce choix, qui, comme tels, peuvent être chacun plus ou moins remplis : 1°/ un *critère de légitimité* d'abord : la norme doit être tenue pour susceptible de refléter les valeurs collectives du « *groupe de référence* »¹⁴⁸⁹ ; 2°/ un *critère de tangibilité* : la norme prise en considération sera de préférence formalisée, d'une manière ou d'une autre et, partant, clairement saisissable.

421. Règles de droit positif. – Au regard de ce double critère, la norme de référence par excellence est la règle de droit positif¹⁴⁹⁰.

Bénéficiant d'une légitimité rationnelle-légale, elle seule, parmi toutes les normes sociales, bénéficie d'une autorité, sinon de fait acceptée par tous, du moins officiellement reconnue comme telle, et de fait dominante, pour dire ce que sont les valeurs collectives et comment celles-ci doivent être agencées.

¹⁴⁸⁸ V. la réserve formulée *infra* n. 1529.

¹⁴⁸⁹ Sur la détermination duquel voir *supra*, n. 1437.

¹⁴⁹⁰ A la référence à la règle de droit positif écrit, il faut adjoindre la référence à la jurisprudence interprétant la règle et à la doctrine, prise dans sa fonction de présentation, éventuellement amplificatrice, du droit positif tel qu'il se présente à l'état brut. *Comp.* le statut « *d'autorité de facto, morale* » qui leur est reconnu à toutes deux : Jean CARBONNIER, *Introduction, op. cit.* n° 142.

Ecrite et publiée, elle réalise de plus pleinement le critère de tangibilité. On a vu que DURKHEIM faisait de la règle de droit le révélateur par excellence des faits sociaux en général, en raison de sa fixité et de la garantie d'objectivité qu'elle représente pour le chercheur¹⁴⁹¹.

Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que la motivation des décisions de justice concrétisant l'« *ordre public* » au sens du droit international privé¹⁴⁹², au sens du droit des actes juridiques¹⁴⁹³, et de la police administrative¹⁴⁹⁴, se réfèrent explicitement à des règles ponctuelles de droit écrit, ou, plus en aval, dans le raisonnement consistant à inférer de celles-ci des agencements de valeurs typiques, des principes généraux du droit.

Preuve du confort qu'apporte le maniement de la règle de droit par rapport à toute expression de la norme sociale, le juge s'y réfère également, alors même que la règle support du mécanisme paraît l'autoriser explicitement à se référer à des modèles de comportements extra-juridiques.

Didier BODEN a ainsi montré que, en matière de validité des actes juridiques, le juge français se référait aux règles de droit aussi bien lorsqu'il s'agissait pour lui de concrétiser la notion d'« *ordre public* » que, dans le champ matériel spécifique qui est attribué à cette notion en France¹⁴⁹⁵, pour concrétiser la notion de « *bonnes mœurs* »¹⁴⁹⁶.

En droit de l'Union, on peut également citer un arrêt très significatif du Tribunal, qui, ayant à se prononcer sur la contrariété à l'« *ordre public et aux bonnes mœurs* » au sens du règlement *marque communautaire*, et en l'occurrence à l'ordre public et aux bonnes mœurs « *en Hongrie* », de l'enregistrement d'un signe figuratif représentant le blason de l'URSS, a déclaré devoir se référer à « *la perception du consommateur moyen issu de ce public, possédant des seuils normaux de sensibilité et de tolérance* », ce qui renvoie *a priori* à une norme extrajuridique, et n'en a pas moins approuvé l'OHMI d'avoir pris en considération à cette fin les dispositions du code pénal hongrois incriminant l'« *usage de symboles de despotisme* », dont « *la faucille, le marteau et l'étoile rouge à cinq branches* »¹⁴⁹⁷. Pour parer

¹⁴⁹¹ V. *supra* n° 343.

¹⁴⁹² V. *supra* nos 134 et s.

¹⁴⁹³ V. *supra* nos 259 et s.

¹⁴⁹⁴ S'agissant des décisions relatives à l'ordre public « *immatériel* » : v. ainsi les ordonnances du Conseil d'Etat rendues dans l'affaire *Dieudonné*, préc.

¹⁴⁹⁵ V. *supra* n° 261-264.

¹⁴⁹⁶ Didier BODEN, *op. cit.*, n. 107, p. 64. Et de donner l'exemple de l'arrêt, déjà cité (*supra* n. 870), de la Cour d'appel de Pau, qui, à l'époque où ce type de questions était encore largement débattu décidait que « *la donation post mortem faite par un concubin à sa concubine ne saurait être annulée, pour cause illicite ou immorale alors que le concubinage est largement reconnu par la loi* » (CA Pau, 1^{re} ch., 9 avr. 1987, *Jalabert c. Valoti*, JurisData n° 041791; nous soulignons).

¹⁴⁹⁷ Trib., 20 sept. 2011, *Couture Tech. Ltd c. OHMI*, T-232/10.

à l'accusation de remise en cause de l'autonomie de l'ordre juridique communautaire, le Tribunal s'est senti obligé de préciser que ces éléments de droit hongrois avaient été « *pris en considération non en raison de leur valeur normative [comprendre : leur force obligatoire propre], mais en tant qu'indices factuels* ». On ne saurait mieux exprimer la fonction de la prise en considération dans le cadre de la concrétisation du standard : il ne s'agit pas d'appliquer des règles, mais de révéler l'existence d'un agencement typique de valeurs, de rechercher une éventuelle évolution des « mœurs » ou une éventuelle circonstance permettant de faire glisser cet agencement.

422. Autres normes sociales. – Les arguments axés sur le droit positif ne sont cependant pas les seuls susceptibles de convaincre.

Un espace s'ouvre à la prise en considération de normes extra-juridiques toutes les fois que, à première vue, aucune règle de droit ne semble pouvoir être pertinemment prise en considération pour répondre à la question posée, ou, s'il en existe une qui ne serait pas « hors-sujet », que cette dernière paraît en décalage avec l' « *opinion*¹⁴⁹⁸ ».

De ce point de vue, c'est vainement qu'on ferait valoir que l'agent de la concrétisation est, par hypothèse, soumis au principe de légalité ; là est l'intérêt d'articuler la logique de l'argumentation à la logique (formelle) de la légalité. On peut toujours déplorer que tel agent méconnaisse une règle de droit écrit, par exemple, qu'en décidant que n'était « *pas nulle comme ayant une cause contraire aux bonnes mœurs la libéralité consentie à l'occasion de la relation adultère* » la Cour de cassation ait contredit l'art. 212 du c. civ., qui fait de la fidélité un « *devoir* » des époux¹⁴⁹⁹. Seul compte *in fine* que la décision, sinon ait convaincu, du moins n'ait pas suscité la désapprobation au point de rencontrer la sanction institutionnelle disponible, soit, pour une juridiction statuant en dernier ressort, le « *bris de jurisprudence* »¹⁵⁰⁰.

Du reste, il nous paraît extrêmement improbable que l'on puisse jamais caractériser une antinomie véritable¹⁵⁰¹ entre la solution résultant de l'opération de concrétisation et le droit écrit. En effet, dès l'instant où l'on raisonne non plus en terme de légalité stricte, mais en termes de valeurs sous-jacentes aux règles, celles-ci étant, si on les considère globalement et

¹⁴⁹⁸ Sur l' « *opinion publique* » comme révélateur alternatif des valeurs collectives, v. *supra* n° 344.

¹⁴⁹⁹ Cass. ass. plén., 29 octobre 2004, Bull. civ. ass. plén., n° 12, p. 27 : *GA civ.*, t. I, n° 30.

¹⁵⁰⁰ Les arrêts les plus controversés de ces Cours dites suprêmes ont d'ailleurs généralement précisément pour but de susciter cette sanction. C'est ce qu'on appelle un arrêt « *de provocation* » ou « *d'appel au législateur* », dont les arrêts *Desmares* (Cass. 2° civ., 21 juillet 1982 : *GA civ.*, t. II, n° 215) et *Perruche* (Cass. ass. plén., 17 novembre 2000 : *GA civ.*, t. II, n° 190) en droit français de la responsabilité délictuelle forment les exemples typiques.

¹⁵⁰¹ Sur la notion d'antinomie, v. *supra* n. 841.

abstraitement, aussi virtuellement contradictoires entre elles que celles-là, on doit délaïsser une analyse en terme de conformité/contrariété, au profit d'une analyse en termes de « *cohérence*¹⁵⁰² ».

De ce point de vue, il en va de même pour la concrétisation du standard « *ordre public* » que pour cet autre objet d'étude de la méthodologie juridique qu'est la « *découverte de principes généraux du droit* », qui consiste pareillement en une inférence des agencements de valeurs typiques sous-jacents aux règles écrites¹⁵⁰³ : l'existence de principes généraux du droit véritablement « *contra legem* », apparaît comme douteuse, dans la mesure où les décisions citées comme ayant consacré un principe contredisant, effectivement, une disposition écrite déterminée, peuvent, si on considère le système juridique plus globalement, se revendiquer d'autres supports textuels¹⁵⁰⁴.

Ainsi, si la validité des « *libéralités consenties à l'occasion d'une relation adultère* » affirmée par la Cour de cassation contredit à première vue l'art. 212 c. civ., elle est en revanche cohérente avec l'évolution récente du droit positif dans le sens d'une protection accrue de la vie privée¹⁵⁰⁵, qui peut justifier que le juge civil se refuse à sonder le cœur du disposant¹⁵⁰⁶.

423. La référence à ces normes sociales autres que juridiques est néanmoins problématique, au regard du double critère de légitimité et de tangibilité poursuivi.

Si, bénéficiant d'une légitimité rationnelle-légale, la prise en considération d'une règle de droit positif jouit d'une force de conviction particulière, en revanche les autres types d'arguments laissent davantage place à la discussion sur leur légitimité à révéler les valeurs du groupe de référence. En atteste le débat, classique en droit civil, sur le point de savoir s'il convient d'avoir une conception « *empirique* » des « *bonnes mœurs* », comprises comme le

¹⁵⁰² *Comp.* Daniel GUTMANN, « 'Le juge doit respecter la cohérence du droit' Réflexion sur un imaginaire article 4½ du Code civil », in Georges Fauré et Geneviève Koubi (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 109-124.

¹⁵⁰³ Dans sa thèse, Didier BODEN (*op. cit.*) établit d'ailleurs un lien entre les occurrences de la notion d' « *ordre public* » dont nous avons dit ici qu'elles renvoyaient à un standard et ce qu'il appelle la « *technique des principes généraux du droit* » (v. spéc. n° 429, B. 14, p. 536), technique qu'il qualifie d' « *argumentative* » (n. 538, 6°, p. 266). Sur un plan strictement terminologique, nous préférons, pour notre part, réserver l'expression « *principes généraux du droit* » pour désigner non pas le raisonnement, la « *technique* », qui préside à la découverte de la norme, mais la norme découverte elle-même et même, plus exactement, la source formelle dont le juge se sert pour combler les lacunes du droit écrit ou à laquelle il fait parfois explicitement référence à l'occasion de la concrétisation du standard « *ordre public* ».

¹⁵⁰⁴ V. ainsi, à propos l'exemple classique des « *principes concernant l'attribution des souvenirs de familles* » (Cass. 1^{re} civ., 21 fév. 1978 : *GA civ.*, t. I, n° 99.), Dominique BUREAU, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Th. dactyl. Université Panthéon-Assas Paris II, 1992, n° 134, p. 91-92.

¹⁵⁰⁵ Sur cette dynamique, v. Dominique FENOUILLET, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mél. Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487-528, spéc. n° 8 et s.

¹⁵⁰⁶ Sur la *ratio* de cette jurisprudence v. le Rapport de la Cour de cassation pour l'année 2004, qui se revendique de l' « *évolution des mœurs* » pour faire de l'adultère un « *événement purement privé* » n'étant pas « *en soi susceptible d'altérer la validité des libéralités consenties à cette occasion* » (p. 175).

comportement de la majorité, ou une approche « idéaliste » de celles-ci, fondée sur l'opinion d'une « élite »¹⁵⁰⁷.

En outre, à supposer cette première question résolue, le caractère souvent plus « diffus » des normes sociales autres que juridiques¹⁵⁰⁸, laisse trop de place à la subjectivité dans la retranscription de ce qu'elles sont, ou peut-être surtout, trop de place à la suspicion de subjectivité : le Doyen CARBONNIER soulignait ainsi que les bonnes mœurs tendaient à s'identifier aux conceptions morales de la magistrature¹⁵⁰⁹.

424. En gardant à l'esprit que tout est ici affaire de conviction, on peut citer un certain nombre d'arguments extrajuridiques, ou du moins non axés sur le droit positif de l'ordre juridique en cause, qui réalisent, chacun à sa manière et selon une pondération variable, les critères de légitimité et de tangibilité¹⁵¹⁰, sans prétendre, naturellement, à l'exhaustivité.

Ainsi, la doctrine internationaliste a montré qu'il arrivait que le juge concrétise l'ordre public du for par référence à la loi ancienne ou, au contraire, à une réforme en cours d'adoption¹⁵¹¹, tenues pour mieux révéler l'« opinion » que la règle actuelle¹⁵¹².

Au sujet de l'ancienne infraction d'« outrage aux bonnes mœurs », on a également pu inviter le juge à se référer aux sondages d'opinion¹⁵¹³, qui peuvent se revendiquer d'une forme de légitimité scientifique.

¹⁵⁰⁷ V. François TERRÉ, Philippe SIMLER et Yves LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations, op. cit.*, n° 387 ; Jean HAUSER et Jean-Jacques LEMOULAND, V° « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015, n° 165 ; adde Stéphane RIALS, art. préc. p. 44, qui distinguant plus finement l'ordre des faits et l'ordre des valeurs oppose les standards qui imposent une référence à une « normalité descriptive », qui s'alimente de statistiques, aux « standards axés sur une « normalité dogmatique » qui s'appuie « sur ce qui est habituellement pensé (et qui est à l'évidence distinct de ce qui habituellement fait) ou sur ce que pensent certaines personnes plus exigeantes que ne l'est la société globalement » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁵⁰⁸ Sur le caractère diffus, dans le contenu et/ou la sanction des mœurs, v. V° « Normes », in Raymond BOUDON et François BOURRICAUD, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd. PUF, Quadrige, 2004, p. 415-423.

¹⁵⁰⁹ *Flexible droit*, 7^e éd., LGDJ, 1992, p. 291-292, cité par MM. HAUSER et LEMOULAND, *op. cit.*, n° 172.

¹⁵¹⁰ On peut faire la comparaison avec la concrétisation de cet autre standard normatif qu'est la « faute » civile, qui s'opère parfois par prise en considération de normes extra-étatiques, telles que les règles sportives ou déontologiques (sur ce point, v. Joël MORET-BAILLY, « Règles déontologiques et faute civile », *D.* 2002, p. 2820). Ces règles présentent en effet l'avantage d'être, comme les règles de droit étatiques, formalisées, mais ne seront cependant déterminantes dans la caractérisation de la faute que si le juge les tient pour « coïncider » avec l'agencement de valeurs qu'il estime devoir faire prévaloir : si « la règle sportive poursuit le même objectif d'intérêt général que la norme civile, c'est-à-dire un impératif de sécurité » (Frédéric BUY, note sous Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, n° 02-18.649, *JCP G* 2004, II, 10175), ou encore « à condition que la finalité de la règle déontologique corresponde aux objectifs poursuivis par le juge lorsqu'il définit les devoirs dont il entend assurer le respect » (Patrice JOURDAIN, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1998, *ODA c. Glogowsky*, *RTD civ.* 1999, p. 117-118).

¹⁵¹¹ V. Benjamin REMY, *op. cit.*, n° 470, qui s'appuie à cet égard sur des exemples jurisprudentiels recensés par M. BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique, op. cit.*).

¹⁵¹² En ce sens, v. Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n° 209 qui font remarquer, au bénéfice d'une relativisation du principe d'actualité de l'ordre public, que « le sentiment du juste et de l'injuste, les principes fondamentaux de notre civilisation ne se renversent pas du jour au lendemain ».

¹⁵¹³ V. Nicole LAHAYE, « Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 55-75, spéc. p. 57.

Mentionnant enfin l'argument de droit comparé, que l'on trouve dans certaines décisions concrétisant le standard « *ordre public* », et qui ne peut être compris que, soit comme procédant à une extension du groupe de référence au-delà de la communauté nationale, comme c'est le cas dans la théorie de l'« *ordre public réellement international* »¹⁵¹⁴, soit comme postulant, sinon la communauté, du moins la proximité de valeurs de l'ordre juridique en cause et de celui dont émane la norme prise en considération¹⁵¹⁵.

425. Conclusion du paragraphe : logique de la légalité et logique des valeurs.– La prise en considération de normes, essentiellement juridiques, à l'occasion de la concrétisation du standard « *ordre public* » ou de celui de « *bonnes mœurs* » qui lui est apparenté a une dimension argumentative : il s'agit pour l'agent de convaincre ses auditoires du bien fondé de son diagnostic sur l'acceptabilité sociale de la situation qui lui est soumise.

A ce titre, on ne saurait pleinement souscrire à l'affirmation du Professeur VAREILLES-SOMMIÈRES selon laquelle « *l'ordre public en général est doté d'une affinité évidente avec la notion de régularité*¹⁵¹⁶ », comprise comme la conformité à une règle¹⁵¹⁷, et, s'agissant d'apprécier la régularité d'un produit normatif, celle des parties au contrat ou celle d'un ordre juridique étranger, avec celle de « *hiérarchie des normes* »¹⁵¹⁸. En effet, il faut distinguer entre deux types de mécanismes d'ordre public, selon que l'expression « *ordre public* » manifeste le recours à la technique du standard ou non. En présence de règles impératives ou « *d'ordre public* »¹⁵¹⁹, il s'agira bel et bien d'apprécier la conformité du contrat à la règle étatique¹⁵²⁰. En effet, dans ce cas, l'agencement de valeurs qui établit le caractère acceptable ou non de la situation est déterminé *a priori* et coulé dans une règle qu'il s'agit d'appliquer. Tel n'est pas le cas, cependant, lorsque « *ordre public* » assume la fonction d'un standard. Dans ces hypothèses, il est certes parfaitement exact de décrire l'« *ordre public* » comme un

¹⁵¹⁴ Sur cette question, v. *supra* n. 1437.

¹⁵¹⁵ V. à ce titre *Gambazzi* (préc.), dans lequel la Cour de justice se réfère à une décision du Tribunal fédéral suisse concrétisant la clause d'ordre public de la Convention de Lugano. Cette présomption de proximité (d'ailleurs affirmée comme réfragable) n'est pas, dans ce cadre, purement argumentative : elle est institutionnellement imposée par les annexes à la Convention, aux termes desquels la Cour et les juridictions nationales doivent « *dûment tenir compte* » des principes issus de la jurisprudence des (autres) Etats contractants.

¹⁵¹⁶ Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *op. cit.*, n° 15, p. 176.

¹⁵¹⁷ *Ibid.*, n° 14, p. 16

¹⁵¹⁸ *Loc.cit.*

¹⁵¹⁹ Sur l'impérativité, voir *supra* n°s 256-258.

¹⁵²⁰ Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *op. cit.*, n° 15, p. 176 : « *En termes de hiérarchie des normes, cette présentation revient à placer le contrat et la loi d'ordre public dans une relation hiérarchique dans laquelle le contrat occupe le rang inférieur et la loi d'ordre public le rang supérieur* ».

« *mécanisme de filtrage*¹⁵²¹ » à l'endroit d'un contrat ou d'une norme étrangère, pouvant aboutir, en cas de contrariété avec les « *principes essentiels qui irriguent [le] droit [du for]*¹⁵²² » ou les « *valeurs fondatrices de la communauté dont le for à la charge*¹⁵²³ », à fulminer la nullité du premier ou l'« *inopposabilité*¹⁵²⁴ » de la seconde au for. Néanmoins, précisément, parce que ces « *principes essentiels* » et ces « *valeurs fondatrices* » sont susceptibles de concrétisations différentes en fonction des circonstances et de l'évolution des conceptions dominantes, il ne paraît pas approprié de voir dans cette appréciation un contrôle de la conformité au sens strict¹⁵²⁵ de la norme externe à une règle¹⁵²⁶. Comme l'écrivent MM. OST et VAN DE KERCHOVE à propos de l'ordre public du droit civil, lorsqu'il assume la fonction de standard, « *l'ordre public fait nécessairement l'objet d'une interprétation évaluative qui ne se ramène pas à une opération purement mécanique : il ne s'agit pas de constater l'antinomie évidente entre une norme supérieure qui commande une chose et une convention qui dispose le contraire ; il s'agit plutôt de se livrer à une appréciation de la légitimité de l'acte juridique au regard des valeurs protégées par l'ordre juridique*¹⁵²⁷ ».

Autrement dit, le recours à la technique juridique du standard impose d'articuler au raisonnement en termes de légalité stricte cette logique propre aux valeurs qu'est l'argumentation¹⁵²⁸. En présence du standard « *ordre public* », le principe de légalité épuise sa fonction par le constat que l'auteur de la règle n'a pas tracé lui même la frontière entre les situations acceptables et celles qui ne le sont pas¹⁵²⁹ et qu'il appartient à l'agent de la

¹⁵²¹ *Ibid.*, p. 206 et s.

¹⁵²² *Ibid.*, n° 68, p. 228.

¹⁵²³ *Ibid.*, n° 73, p. 233.

¹⁵²⁴ C'est ainsi que M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (*Ibid.*, n° 97, p. 256) caractérise la sanction de l'irrégularité de la loi étrangère ayant pour cause sa contrariété à l'ordre public international du for.

¹⁵²⁵ Pour la distinction entre la notion de « *compatibilité* » et celle, plus exigeante, de « *conformité* », qui implique un rapport d'identité entre les objets considérés, v. Charles EISENMANN, « Le droit administratif et le principe de légalité », reproduit in Charles Eisenmann, *Ecrits de droit administratifs*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2013, p. 241-271, spéc. p. 250 et s.

¹⁵²⁶ M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES (*ibid.*, n° 32, p. 191) échappe cependant à ce reproche en laissant ouverte la question de savoir si, l'appréciation de la régularité de la loi étrangère s'opère au regard de la « *la règle dite d'ordre public* » ou de « *la règle générale excluant l'applicabilité des lois étrangères porteuses de solutions susceptibles de troubler l'ordre public* ». On fera cependant observer que cette « *règle générale* », qui n'est autre que l'énoncé sous forme de règle de structure hypothétique de l'exception d'ordre public elle-même, n'est porteuse, considérée à elle seule, d'aucune « *base de déduction* » permettant d'effectuer ce contrôle de conformité.

¹⁵²⁷ François OST et Michel VAN DE KERCHOVE, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint Louis, 2002, spéc. p. 347.

¹⁵²⁸ C'est plus l'apport de PERELMAN et de l'« *Ecole de Bruxelles* » d'avoir démontré que les jugements de valeur constitutifs de la norme, pour être certes insusceptibles d'une analyse en termes de vérité/fausseté, sont néanmoins produits rationnellement, selon une logique qui leur est propre : celle de l'argumentation. Sur cet apport, v. en particulier Benoît FRYDMAN, « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », in Benoît Frydman et Michel Meyer (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012, p. 229-246, spéc. p. 237-238.

¹⁵²⁹ Ce constat doit être nuancé, en présence d'une clause « *colorée* » d'ordre public (v. *infra* n°s 443-444) par laquelle le législateur vient encadrer le travail de l'agent de la concrétisation.

réalisation de le faire, de révéler les contours de l'agencement de valeurs considéré, dans la société en cause, comme optimal dans les situations du type de celle à laquelle il se trouve confronté. Dans cette optique, l'annulation par la Cour de cassation d'un arrêt comme ayant faussement apprécié les exigences de l'ordre public au sens que prend l'expression en droit civil ou de l'ordre public international, doit s'analyser, au même titre que les critiques doctrinales émises à l'encontre d'un arrêt de la Cour de cassation elle-même prenant position sur ces exigences, l'échec de la décision à convaincre du bien fondé de la solution retenue¹⁵³⁰.

426. Conclusion de la section. – Nous avons, jusqu'à présent, rendu compte des implications, respectivement institutionnelles et argumentatives, de l'insertion du standard « *ordre public* » dans le présupposé de la règle support du mécanisme, en termes d'« *habilitation* » et de « *prise en considération* », qui sont des notions, sinon tout à fait classiques, du moins propres à la science du droit.

Cependant, les développements que nous venons d'achever ont pu déjà donner l'impression d'une insuffisance du langage juridique à décrire précisément l'opération de concrétisation du standard. En atteste, singulièrement, l'hésitation que l'on peut éprouver à voir dans cette opération de concrétisation l'exercice d'un pouvoir normatif « *plein* ». Ou encore la difficulté qui existe à rendre compte du référent à l'aune duquel la situation soumise à l'agent est appréciée, formé des agencements de valeurs qui s'infèrent des normes sociales existantes, en particulier des règles de droit, sans pour autant se réduire à ces dernières.

Dans ce contexte, l'introduction de la notion d'abduction, issue des sciences de la logique, nous semble nécessaire pour compléter la présentation du phénomène à l'œuvre dans le cadre de la concrétisation du standard « *ordre public* ».

¹⁵³⁰ L'analyse n'est pas fondamentalement changée par l'interférence de normes supranationales. En s'engageant, par exemple, à reconnaître à « *toute personne relevant de leur juridiction* » (art. 1) les droits et libertés garantis par la Convention européenne des droits de l'homme, les Etats parties s'obligent à faire leurs les agencements de valeurs précis qui s'infèrent du texte, tel qu'interprété par la Cour européenne des droits de l'homme. Cependant, sortis de solutions précises, lorsqu'il y a lieu de s'interroger sur la comparabilité de la situation soumise au juge avec celle qui aurait déjà fait l'objet d'une appréciation de la part de la Cour de Luxembourg ou lorsque cette dernière laisse aux Etats une « *marge d'appréciation* » quant à la nécessité des mesures restrictives, il devient nécessaire d'articuler la logique de la légalité avec celle de l'argumentation. La Cour européenne des droits de l'homme constitue, à ce titre, un auditoire supplémentaire pour le juge.

Section II : La concrétisation du standard « ordre public » comme abduction

427. L'usage de la notion d'abduction en science du droit est encore isolé. Cependant, seule cette figure logique nous semble apte à rendre compte adéquatement de la dimension tout à la fois créatrice et contrainte de l'opération de concrétisation du standard « *ordre public* ».

Il convient de revenir brièvement sur la définition de la notion telle qu'elle est utilisée en logique, et plus particulièrement dans le domaine de l'heuristique, c'est-à-dire la science des découvertes scientifiques (Paragraphe I), avant de voir l'usage qui en a été fait en science du droit (Paragraphe II).

Paragraphe I : L'abduction en logique

428. En logique, la notion d'abduction est attachée à deux noms : ARISTOTE et Charles-Sanders PEIRCE, un logicien américain de la fin du 19^e siècle¹⁵³¹.

ARISTOTE concevait l'abduction comme « *un mode d'inférence consistant à présenter ce qu'il faut démontrer (par exemple : C a la qualité de B) comme la conclusion d'une majeure avérée (par exemple : Tout A a la qualité de B) et d'une mineure (C est un A) non avérée, mais moins improbable que la conclusion ou semblant plus facile à démontrer que celle-ci*¹⁵³² ».

Charles-Sanders PEIRCE a approfondi l'analyse de la notion et en fait le fondement implicite de toute découverte scientifique¹⁵³³. Chez PEIRCE, l'abduction est un mode d'inférence qui conduit, à partir d'un résultat constaté, à avancer une hypothèse explicative.

Le raisonnement prend la forme suivante : « *Le fait surprenant C est observé. Mais si A était vrai, C irait de soit. Il y donc des raisons de soupçonner que A est vrai*¹⁵³⁴ ».

« *Cet enchaînement part d'une majeure qui présente un caractère certain (un événement inattendu mais réel) et mène à une conclusion simplement probable par l'entremise d'une mineure également conjecturale*¹⁵³⁵ », la proposition ou « *suggestion*¹⁵³⁶ » abductive.

¹⁵³¹ V. André LALANDE, V^o « Abduction », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, op. cit. ; v. aussi le compte rendu de la thèse de M. PAPAUX (analysée *infra* n^{os} 432-435) fait par Didier BODEN aux *Arch. phil.* t. 50 [2006], p. 459-462, spéc. p. 459-460.

¹⁵³² ARISTOTE, *Les Premiers analytiques (Organon III)*, trad. Jules Tricot, Vrin, 1992. Nous citons ici la définition de Didier BODEN, op. cit., p. 459.

¹⁵³³ V. Joan LE GOFF, « Charles Sanders Peirce. Fondation du pragmatisme et découverte de l'abduction », in Olivier Germain (dir.), *Les grands inspireurs de la théorie des organisations*, t. 1, éditions EMS, coll. Grands auteurs, 2012, p. 275-291.

¹⁵³⁴ Charles Sanders PEIRCE, *Œuvres philosophiques*, vol. I : *Pragmatisme et pragmatisme*, trad. fr. Claudine Tiercelin et Pierre Thibaud, Cerf, coll. Passages, 2002, p. 425. V. aussi Christiane CHAUVIRÉ, « Peirce, Popper et l'abduction. Pour en finir avec l'idée d'une logique de la découverte », *Revue philosophique de la France et de l'étranger* 1981, p. 441-459, spéc. p. 447.

La fonction de l'abduction est circonscrite : elle « *a pour vocation de proposer (ni plus, ni moins) une solution à la fois rationnelle et vraisemblable face à une interrogation imprévue. Il restera alors à éprouver l'explication à l'essai selon les canons de la logique de réfutation*¹⁵³⁷ ».

A se titre, elle se situe en amont de la déduction et de l'induction : « *c'est de sa proposition [...] que l'on peut construire, par un raisonnement déductif, une prédiction testable ensuite par induction*¹⁵³⁸. » La proposition abductive n'en est pas moins centrale : « *contrairement [à la déduction et à l'induction], elle est à la source de l'idée, elle permet d'élargir la connaissance*¹⁵³⁹ », d'où son nom d'ailleurs¹⁵⁴⁰.

L'abduction est, en somme, la figure logique qui permet d'assumer le bond qualitatif, l'« *eurêka inanalysable*¹⁵⁴¹ », qui préside à l'introduction de toute idée nouvelle.

C'est cette dimension créatrice qui la rend particulièrement intéressante en droit.

Paragraphe II : L'abduction en droit

429. L'usage de la notion d'abduction en droit a été préconisé, singulièrement, par M. PAPAUX, qui a consacré sa thèse de doctorat au caractère abductif de la qualification,

¹⁵³⁵ Joan LE GOFF, *op. cit.*, p. 285.

¹⁵³⁶ Charles Sanders PEIRCE, *op. cit.*, spéc. p. 401.

¹⁵³⁷ Joan LE GOFF, *op. cit.*, p. 285.

¹⁵³⁸ *Ibidem*. En effet, pour PEIRCE (*op. cit.*), l'induction est elle-même postérieure à la déduction. L'induction est « *le test expérimental d'une théorie* » (p. 380) et s'étend à « *tous les cas où, ayant établi par déduction qu'une théorie nous conduirait à anticiper dans certaines circonstances des phénomènes contraires à ceux auxquels nous nous attendrions si la théorie n'était pas vraie, nous examinons les cas de ce genre pour voir jusqu'où ces prédictions sont corroborées* » (p. 430-431). Elle « *commence par une théorie et elle mesure le degré d'accord de cette théorie avec le fait* » (p. 380-381). Dans ce cadre, la relations entre les trois opérations s'énonce ainsi : « *L'abduction est le processus qui consiste à former une hypothèse explicative. C'est la seule opération logique qui introduise la moindre idée nouvelle ; car l'induction ne fait rien si ce n'est déterminer une valeur, et la déduction se contente de dérouler les conséquences nécessaires d'une pure hypothèse. La Déduction prouve qu'une chose doit être, l'Induction montre que quelque chose est effectivement opérant. L'abduction suggère simplement que quelque chose peut être* ». C'est l'auteur qui souligne.

¹⁵³⁹ Joan LE GOFF, *op. cit.*, p. 285. PEIRCE (*op. cit.*) le répète : « *Toutes les idées de la science lui viennent par le biais de l'Abduction* » (p. 381) ; « *l'abduction est le seul processus par lequel un nouvel élément peut être introduit dans la pensée* » (p. 414). La suggestion abductive se manifeste « *comme en un flash* » : « *les différents éléments de l'hypothèse étaient présents en notre esprit auparavant ; mais c'est l'idée de réunir ce que nous n'avions jamais rêvé de réunir qui offre à notre contemplation comme en un flash la nouvelle suggestion* » (p. 418).

¹⁵⁴⁰ Puisque dans son sens premier, qui est anatomique, l'abduction désigne le « *mouvement qui écarte un membre ou une partie quelconque du plan médian du corps* » (*Le nouveau Petit Robert*, 2014, V° « Abduction »).

¹⁵⁴¹ Jean-Pierre CHRÉTIEN-GONI, V° « Heuristique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 16 septembre 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/heuristique/> consulté le 1er février 2014.

particulièrement de la qualification en droit international privé¹⁵⁴². On expliquera ce qu'est la qualification abductive (A) avant d'appliquer ce schéma de raisonnement à cette hypothèse particulière de qualification que constitue l'opération de concrétisation d'un standard contenu dans le présupposé d'une règle (B).

A. Abduction et qualification

430. Avant d'exposer la structure de la qualification abductive telle qu'elle a été décrite par M. PAPAUX (2), il est opportun de débiter par la définition de cette opération, telle qu'elle a été synthétisée par M. BODEN, dans son compte rendu de la thèse de M. PAPAUX (1).

1) *Définition de la qualification abductive*

431. Transposée en droit, l'abduction consiste, selon M. BODEN, « *en la recherche d'une qualification juridique apte à commander l'effet juridique recherché* »¹⁵⁴³. M. BODEN cite comme exemple de qualification abductive la qualification des circonstances entourant une vente conclue oralement, conformément à l'usage sur le marché en cause, d'« *impossibilité morale de se procurer un écrit* » au sens de l'art. 1348 du code civil, permettant au créancier de bénéficier de la liberté de la preuve¹⁵⁴⁴. La qualification abductive est donc un raisonnement reconstruit à partir de sa conclusion, trouvée intuitivement.

En effet, la qualification abductive ne se caractérise pas uniquement, ainsi que le suggèrent à première vue la définition et l'exemple donnés par M. BODEN, par la prédétermination du résultat recherché, mais également par le caractère analogique et la portée créative du raisonnement. En effet, selon Didier BODEN, « *une telle qualification témoigne d'une inventivité et sollicite des liens d'analogie entre ce qu'il s'agit de qualifier (la situation du vendeur sur un marché où les ventes se concluent oralement) et ce dont la qualification est habituellement admise (la situation du fils placé dans l'impossibilité morale de demander à*

¹⁵⁴² Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, LGDJ/Schulthess/Bruylant, 2003. V. aussi Danièle BOURCIER, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ? », *RIEJ* 1999, p. 125-142.

¹⁵⁴³ Didier BODEN, compte rendu préc., p. 460. Dans le « glossaire » qui clôt sa thèse (*op. cit.*) M. PAPAUX définit quant à lui l'abduction comme la « *démarche logique (au sens large) hypothétique (essai/erreur) consistant face à un résultat (« fait ») surprenant ; à inventer ou à découvrir simultanément une règle et un cas, de telle sorte que si le résultat est bien un cas de la règle, alors, il ne présente plus rien de surprenant, il est apprivoisé.* »

¹⁵⁴⁴ Par dérogation à l'art. 1341 c. civ., qui exige la production d'un écrit, au-delà de la somme, actuellement, de 1500 eur.

*son père de consigner par écrit l'engagement que le second vient de prendre au bénéfice du premier) »*¹⁵⁴⁵.

Autrement dit, en droit, l'abduction, c'est l'élargissement du connu, au sens d'extension de l'hypothèse de la règle appliquée à un nouveau cas, au moyen d'un saut effectué à partir du connu, c'est-à-dire les situations d'ores et déjà subsumées sous la règle.

La thèse de M. PAPAUX permet d'approfondir la structure de ce raisonnement.

2) *Structure de la qualification abductive*

432. Des éléments d'analyse proposés par M. PAPAUX tout au long de sa thèse, on peut retenir que la qualification juridique abductive procède d'un jugement d'analogie et a une portée créative. On exposera successivement ces deux points.

433. Ressort analogique de l'abduction. – La qualification abductive procède, selon M. PAPAUX, d'un « *jugement d'analogie* », lui-même permis par « *l'inscription culturelle* » de l'agent. Ce rôle reconnu à l'inscription culturelle de l'agent de la réalisation dans l'opération de qualification n'est pas sans rappeler ce que MOTULSKY appelait le « *syncrétisme juridique*¹⁵⁴⁶ », c'est-à-dire « *la réaction de l'esprit juridique devant l'amas de faits à lui soumis en vue de la réalisation du droit*¹⁵⁴⁷ », par laquelle « *son 'flair' lui fait pressentir avant tout examen approfondi, une solution que le raisonnement doit venir vérifier et, le cas échéant, corriger.* » L'étendue de ce syncrétisme, écrivait MOTULSKY, « *dépend, d'une part, de la structure même de l'esprit qui exerce cette activité, des forces intuitives, éminemment variables, dont il dispose, et d'autre part, de la préparation antérieure dont il a bénéficié, c'est à dire du fonds de connaissances et de l'expérience qui ont contribué à le former*¹⁵⁴⁸ ».

Pour M. PAPAUX, la « *culture* » de l'agent canalise à un double titre le jugement d'analogie qui préside à la qualification¹⁵⁴⁹. C'est elle, tout d'abord, qui lui suggère « *l'hypothèse à tester*¹⁵⁵⁰ », la proposition abductive proprement dite. C'est elle, ensuite, qui lui permet de

¹⁵⁴⁵ *Loc. cit.* Sur le caractère typique de cette situation, v. Pascale DEUMIER, obs. sous Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71.426, *RTD civ.* 2011, p. 491 : ce sont les relations de famille ou sentimentales qui caractérisent « *le plus fréquemment* » (p. 491) l'impossibilité de se procurer un écrit, tandis que l'existence d'un usage professionnel le justifiera « *souvent* » (p. 492) cette impossibilité ; Jean-Louis MOURALIS, V° « *Preuve (2° règles de preuve)* », *Rép. civ.*, 2011, qui parle des relations contractuelles entre parents et enfants comme d'un « *domaine de prédilection* » (n° 425) de l'article 1348 c. civ.

¹⁵⁴⁶ *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n°s 52-53.

¹⁵⁴⁷ *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé, op. cit.*, n° 52, p. 51.

¹⁵⁴⁸ *Loc. cit.*

¹⁵⁴⁹ Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé, op. cit.* spéc. p. 251-262.

¹⁵⁵⁰ *Ibidem.*, p. 299.

reconnaître, au terme d'une démarche dite de « *falsification*¹⁵⁵¹ », et procédant par « *va-et-vient*¹⁵⁵² », dans l'occurrence candidate à la qualification les propriétés jugées caractéristiques, l'« *intension*¹⁵⁵³ », du type auquel elle est ramenée. Autrement dit, son inscription culturelle permet à l'agent d'identifier dans la situation qui lui est soumise les circonstances que MOTULSKY appelait « *opérantes* ».

De la même manière que, chez PEIRCE, l'abduction est à l'origine de toute idée scientifique, chez M. PAPAUX, l'abduction préside à toute opération de qualification juridique. L'auteur admet cependant l'existence d'une différence entre les « *cas faciles* » et les autres¹⁵⁵⁴. Dans les cas faciles, que M. PAPAUX définit comme ceux où l'occurrence candidate à la qualification présente une similitude évidente avec le « *noyau* » de la catégorie, formé des occurrences prototypiques, des « *cas d'école*¹⁵⁵⁵ », l'automatisme du jugement d'analogie lui fait perdre, nous dit M. PAPAUX, « *la conscience de sa propre nature d'acte [...] d'interprétation*¹⁵⁵⁶. » Autrement dit, lorsque la qualification de la situation soumise à l'agent s'impose comme une évidence, le caractère abductif, analogique, de l'opération devient, du fait de ce sentiment d'évidence, imperceptible. Corrélativement, se renforce le sentiment que le raisonnement mené par l'agent est déductif, qu'il ne s'agit pour lui que de dérouler mécaniquement les propriétés du présupposé de la règle, telles qu'elles sont visées par cette dernière ou qu'elles s'infèrent de la jurisprudence existante.

On rejoint-là l'idée qu'il n'existe qu'une différence de degré entre les notions à « *contenu indéterminé* » et les règles « *déterminées* » et, corrélativement, du caractère créateur de toute opération de qualification¹⁵⁵⁷.

En effet, l'intérêt d'utiliser la notion d'abduction en droit ne se limite pas à éclairer la manière dont s'opère la qualification. Elle permet aussi de rendre compte de la portée nécessairement créatrice de l'opération.

434. Dimension créatrice de l'abduction.— M. PAPAUX rend compte de la dimension créatrice de l'abduction, en termes d'indissociabilité, d'« *établissement simultané et*

¹⁵⁵¹ *Ibidem*, p. 207.

¹⁵⁵² *Ibid.*, p. 382.

¹⁵⁵³ *Ibid.*, p. 260.

¹⁵⁵⁴ Sur cette idée, v. *supra* n^{os} 416-418.

¹⁵⁵⁵ Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, *op. cit.*, spéc. n. 962.

¹⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 257.

¹⁵⁵⁷ V. *supra* n. 1454.

*réciproque*¹⁵⁵⁸», de précedence mutuelle¹⁵⁵⁹ du type et de l'occurrence ou, si l'on préfère, de la règle et du cas. Les choses se passent ainsi : la catégorie légale ou, à défaut de précision de cette dernière, les occurrences prototypiques connues de l'agent canalisent le jugement d'analogie, au stade de la formulation de l'hypothèse à tester et de la vérification de sa pertinence, comme autant de « *premiers analogués*¹⁵⁶⁰ ». En retour cependant, le jugement d'analogie, la qualification validée, vient déplacer les frontières du concept¹⁵⁶¹. La catégorie est ainsi « *perméable au cas* », « *devient au gré des actualisations* »¹⁵⁶², sans pour autant se réduire, nous dit M. PAPAUX à un regroupement numérique d'application¹⁵⁶³. Autrement dit, le rattachement par un raisonnement analogique plus ou moins conscient du cas d'espèce à la règle fait évoluer le contenu de cette dernière lui-même.

435. Transition. – En soulignant la nécessaire « *inscription culturelle* » du jugement d'analogie et en mettant en lumière l'« *établissement simultané* » de la catégorie et du cas, la présentation de l'abduction faite par M. PAPAUX permet de résoudre mieux que ne le fait l'analyse classique, le paradoxe du caractère tout à la fois créateur et contraint de l'opération de concrétisation du standard « *ordre public* ». C'est ce que nous allons voir maintenant.

B. Abduction et concrétisation d'un standard

436. L'opération de concrétisation peut être vue, nous semble-t-il, comme une hypothèse particulière de qualification abductive. On notera d'ailleurs que l'exemple de la caractérisation de « *l'impossibilité morale* » dans laquelle le créancier s'est trouvé de se procurer un écrit donné par M. BODEN à l'appui de sa définition synthétique de la qualification abductive vise bel et bien un standard, plus exactement un standard d'origine jurisprudentielle. En effet, jusqu'à sa généralisation par le juge, laquelle a été confirmée par la loi du 12 juillet 1980, l'article 1348 du code civil était conçu comme une règle déterminée, procédant par énumération limitative¹⁵⁶⁴ des cas dans lesquels l'exigence de la preuve littérale

¹⁵⁵⁸ *Ibid.*, p. 163.

¹⁵⁵⁹ *Ibid.*, p. 207.

¹⁵⁶⁰ *Ibid.*, p. 256 et 260. V. aussi p. 381.

¹⁵⁶¹ *Ibid.*, p. 260.

¹⁵⁶² *Ibid.*, p. 207.

¹⁵⁶³ *Ibid.*, p. 256.

¹⁵⁶⁴ En ce sens, v. François TERRÉ, *Introduction générale au droit*, 9^e éd., Dalloz, Précis, 2012, n° 647.

était écartée. Loin d'être inutiles, ces derniers ont cependant pu servir de « *premiers analogués* » au juge¹⁵⁶⁵.

Afin de montrer l'intérêt de rendre compte de l'opération de concrétisation en termes d'abduction, replaçons-la dans le système de pensée de M. PAPAUX.

437. En effet, si M. PAPAUX s'intéresse à la qualification au regard des notions juridiques en général et non au regard des standards en particulier, il est facile de voir que les règles axées sur ce type de notion présentent la particularité, surtout le standard « *ordre public* » qui est le moins spécifique de tous¹⁵⁶⁶, de ne pas être dotées de catégorie légale qui ramasserait les propriétés attribuées au type¹⁵⁶⁷. En l'absence de telles précisions expresses, l'agent de la réalisation devra, à tout le moins tant que la jurisprudence rendue en application de la règle n'aura pas atteint un degré de sédimentation suffisant, s'enquérir du « *premier analogué* » dans d'autres normes sociales. On l'a constaté à propos de l'appréciation de la conformité d'une décision étrangère allouant des dommages et intérêts punitifs à l'ordre public international français, dont on a vu qu'elle mobilisait des normes virtuellement contradictoires, jusqu'à ce que l'arrêt de 2010 de la Cour de cassation vienne clarifier la situation¹⁵⁶⁸. Le ressort analogique de l'abduction correspond ainsi à ce que nous avons appelé plus haut la fonction de rationalisation de la référence à d'autres normes sociales¹⁵⁶⁹.

438. Mieux que convergentes, une analyse classique en termes de concrétisation de standard et une analyse en termes d'abduction apparaissent comme étant complémentaires¹⁵⁷⁰, en tant que l'utilisation de cette dernière notion résout le paradoxe apparent entre dimension tout à la fois contrainte et créatrice de la concrétisation.

En effet, en dehors des cas extrêmes d'un *hiatus* irréductible entre le système de valeurs individuel de l'agent et les valeurs collectives, qui conduira celui-ci à changer de solution ou d'un « *cas facile* », où la solution s'impose sans hésitation, de manière déductive¹⁵⁷¹, les agencements typiques de valeurs sont suffisamment flous pour que la question de la conformité d'une situation avec l'ordre public laisse place à la discussion : les « *analogués* »

¹⁵⁶⁵ Sur la mise en œuvre de cette règle, v. Philippe MALINVAUD, « L'impossibilité de se procurer un écrit », *JCP G* 1972, I, 2468.

¹⁵⁶⁶ Sur la spécificité croissante des standards, v. *infra* n^{os} 442 et 445.

¹⁵⁶⁷ Sur le rôle de premier analogué attribué à la catégorie, Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsomption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, *op. cit.*, p. 207.

¹⁵⁶⁸ V. *supra* n^o 416.

¹⁵⁶⁹ V. *supra* n^{os} 415 et s.

¹⁵⁷⁰ V. à ce titre la n. 1803 de la thèse de M. PAPAUX (*op. cit.*), consacrée à l'appréciation « *in concreto* » de la conformité de la norme étrangère à l'ordre public international du for.

¹⁵⁷¹ Sur ces hypothèses, v. respectivement les n^{os} 418 et 416.

que son « *inscription culturelle* » suggèrent à l'agent (c'est la dimension contraignante, ou peut-être mieux canalisante de l'analogie), sont-ils pertinents aujourd'hui¹⁵⁷² ? Sont-ils pertinents dans les circonstances de l'espèce¹⁵⁷³ ? C'est là qu'intervient la dimension créatrice de l'abduction et, corrélativement, la fonction rhétorique du visa éventuel d'autres normes à l'occasion de l'opération de concrétisation du standard par l'agent¹⁵⁷⁴.

L'idée de « *précédence mutuelle* » de la catégorie légale et du cas, pour être difficile à concevoir, rend plus exactement compte de la nature de l'opération de concrétisation du standard que ne le fait, par exemple, l'analyse classique en termes de délégation de pouvoir normatif¹⁵⁷⁵. A vrai dire, son usage paraît même encore plus justifié dans ce cas, dans la mesure où, outre le défi du passage de l'abstrait au concret, qui est lancé à toute règle de droit, qu'elle ait un contenu déterminé ou non, le recours à la technique du standard vise, délibérément, à assumer la mutabilité des agencements de valeurs¹⁵⁷⁶.

S'agissant du standard « *ordre public* », la décision prise par l'agent sur l'acceptabilité d'une situation n'est à ce titre valable qu'à un moment donné et au regard de circonstances déterminées. La catégorie « *ordre public* » ne peut ainsi jamais être réduite à la somme des cas dans lesquels une situation a effectivement été jugée conforme (ou contraire) à l'ordre public. Une telle appréciation est toujours renouvelée. Plutôt que celle de la liste, c'est l'image de la « *réaction chimique* qui rend le mieux compte de la nature de l'opération de concrétisation. Le Doyen CARBONNIER l'avait bien perçu lorsqu'il écrivait, à propos des notions variables en général: « *Il faut prendre garde [...] que cataloguer est déjà ossifier. La technique de variabilité mise en place par le législateur se gripperait si elle était enfermée dans une casuistique rigide. Ripert [en note : La règle morale dans les obligations civiles, 1927, n° 193] contestait que pût être dressée une liste ne varietur des obligations naturelles. Il est illusoire, disait-il, même de prétendre que dans un cas déterminé, il y a une obligation naturelle. C'est le juge qui fait chaque fois l'obligation naturelle en déniaut au solvens l'action en répétition*¹⁵⁷⁷ ».

¹⁵⁷² Question que pose la *variabilité dans le temps* des agencements typiques de valeurs.

¹⁵⁷³ Question que pose la *sensibilité* des agencements typiques de valeurs *aux circonstances*.

¹⁵⁷⁴ Sur cette fonction v. *supra* n°s 348 et 315.

¹⁵⁷⁵ V. *supra* n°s 403 et s.

¹⁵⁷⁶ V. *supra* n° 411.

¹⁵⁷⁷ Jean CARBONNIER, « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », *op. cit.*, p. 103.

439. Conclusion du Chapitre– Sur la base des analyses complémentaires menées, dans ce chapitre, d’abord en termes de recours à la technique du standard, puis en termes d’abduction, on peut définir les mécanismes d’ordre public axés sur un raisonnement abductif comme étant ceux dans le cadre desquels l’appréciation de l’acceptabilité sociale d’une situation est déléguée à l’agent de la réalisation, tandis que les mécanismes d’ordre public déductifs sont, par opposition, ceux dans le cadre desquels l’opération de pondération entre les valeurs sollicitées par un certain type de situations est opérée *a priori* et coulée au sein d’une règle, qu’il appartiendra à l’agent d’appliquer.

Pour n’être que de degré et non de nature, la différence entre ces deux catégories de mécanismes n’en est pas moins réelle, du point de vue du raisonnement mené par l’agent habilité à concrétiser le standard « *ordre public* ». Bien plus, la dualité méthodologique des mécanismes d’ordre public pose une question de technique législative : quelle est, dans le contexte où le législateur se propose d’intervenir, la technique la plus adéquate à réaliser les valeurs qu’il consacre ? C’est à cette question que permet de répondre l’examen de l’articulation entre les mécanismes abductifs et déductifs auquel nous allons à présent nous employer.

Chapitre II : L’articulation entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs

440. Objet du Chapitre. Division. – Point d’affleurement le plus direct des valeurs en droit, l’ordre public emprunte à ces dernières leur caractère matriciel¹⁵⁷⁸. A ce titre, les mécanismes abductifs, axés sur le standard « *ordre public* », génèrent à l’usage, avec l’expérience accumulée, l’élaboration de mécanismes plus déductifs, la précision l’emportant graduellement sur la souplesse. On peut parler de « *spécification* » de l’ordre public (Section I). D’un autre côté, la protection des agencements typiques de valeurs s’impose comme un impératif pour l’ordre juridique. Aussi bien, lorsque les mécanismes déductifs échouent dans leur mission de réalisation des valeurs qu’ils cristallisent, on constate que les mécanismes d’ordre public abductifs trouvent à jouer de manière subsidiaire, voire qu’apparaissent des mécanismes d’ordre public non écrits. Pour désigner cette fonction de rattrapage, on parlera de « *nécessité objective* » de l’ordre public (Section II).

¹⁵⁷⁸ Sur ce caractère, v. *supra* n° 392.

Section I : Le processus de spécification de l'ordre public

441. Point d'affleurement le plus direct des valeurs en droit, les mécanismes axés sur le standard « *ordre public* » génèrent des mécanismes de protection des valeurs plus spécifiquement adaptés au domaine de la réalité sociale envisagé par les règles en cause.

Cette spécification interviendra à raison de deux facteurs, qui peuvent se combiner selon une proportion variable : la délimitation du domaine de la réalité sociale envisagée et l'expérience acquise¹⁵⁷⁹.

Selon que l'agencement jugé optimal des valeurs sollicitées par la situation envisagée est déterminé une fois pour toutes et coulé dans la règle, ou, au contraire, que la détermination du référent à l'aune duquel sera appréciée la situation concrète est laissée à l'agent chargé d'appliquer la règle, le dispositif de protection élaboré pourra être qualifié, respectivement, de mécanisme déductif ou de standard spécifié.

Prenant l'ordre de sophistication croissante, on envisagera d'abord la précision accrue des standards (Par. I) et ensuite l'élaboration de mécanismes déductifs (Par. II).

Paragraphe I : La précision accrue des standards

442. La précision du standard « *ordre public* » renvoie à deux techniques législatives différentes. Un premier exercice consistera, pour le législateur, à fournir au juge une liste non exhaustive de situations jugées contraires à l'ordre public. Toute partielle qu'elle soit, cette concrétisation opérée au niveau législatif donne une certaine couleur à la référence quasi-transparente faite, *via* la notion d'ordre public, aux valeurs. Elle encadre le travail du juge. Par ailleurs l'« *ordre public* » n'est pas, en droit, le seul standard susceptible d'appeler un jugement de l'acceptabilité sociale de la situation. Il existe d'autres standards normatifs, plus précis, dont la dénomination rend compte, est imprégnée, du contexte spécifique dans lequel le jugement de valeur doit intervenir. L'insertion d'un de ces standards plus directifs dans le présumé d'une règle constitue une seconde forme de spécification de l'« *ordre public* », permettant de conserver le caractère abductif du raisonnement.

¹⁵⁷⁹ On retrouve idée en droit de la concurrence dans l'élaboration de listes de « *restrictions caractérisées* », venant concrétiser le standard contenu à l'art. 101-1 TFUE, sur la base de l'expérience acquise : v. à ce titre Laurence IDOT, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004, spéc. p. 26 : « *sur la base de l'expérience, la Commission a établi des listes de restrictions caractérisées, qui figurent systématiquement dans les règlements d'exemption par catégories. La technique a été généralisée via la communication sur les accords d'importance mineures de décembre 2001* ».

On envisagera donc successivement les clauses colorées d'ordre public (A) et les standards spécifiques (B).

A. Les clauses « colorées » d'ordre public

443. Tout en gardant la formulation « *ordre public* », le législateur peut flanquer le standard d'une série d'exemples de concrétisation de la notion, conçue comme non limitative¹⁵⁸⁰.

En droit de l'Union, le procédé est fréquent dans les actes de droit dérivé sectoriels, la limitation du champ d'application à un domaine d'activité déterminé permettant plus aisément au législateur européen d'identifier les situations susceptibles de porter atteinte à « *l'ordre public* ». Autrement dit, le caractère sectoriel de l'acte réduit d'autant la part d'imprévisibilité que le standard a pour fonction d'assumer, sans pour autant épuiser ces hypothèses. On peut citer deux exemples de ces clauses colorées d'ordre public.

En matière de police des comportements, on peut tout d'abord citer, les articles 3, paragraphe 4 des directives *commerce électronique*¹⁵⁸¹ et *services médias audiovisuels*¹⁵⁸², qui, outre qu'ils portent le même numéro, sont formulés de manière identique et permettent aux États membres de prendre, à l'égard de l'opérateur de services, des mesures restrictives justifiées, notamment, par des « *raisons d'ordre public, en particulier la prévention et les enquêtes et poursuites en matière d'infractions pénales, notamment la protection des mineurs et la lutte contre l'incitation à la haine fondée sur la race, le sexe, la religion ou la nationalité et contre les atteintes à la dignité de la personne humaine* ».

En matière de propriété intellectuelle, on peut citer l'article 6 de la directive *inventions biotechnologiques*¹⁵⁸³, dont l'alinéa 1 exclut de la brevetabilité les inventions dont l'exploitation commerciale serait contraire à « *l'ordre public ou aux bonnes mœurs* » et dont l'alinéa 2 précise que « *ne sont notamment pas brevetables* :

a) *les procédés de clonage des êtres humains;*

b) *les procédés de modification de l'identité génétique germinale de l'être humain;*

¹⁵⁸⁰ Sinon, la technique perdrait sa nature de standard.

¹⁵⁸¹ Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur.

¹⁵⁸² Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels.

¹⁵⁸³ Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JO L 213, du 30 juillet 1998, p. 13.

c) les utilisations d'embryons humains à des fins industrielles ou commerciales;

d) les procédés de modification de l'identité génétique des animaux de nature à provoquer chez eux des souffrances sans utilité médicale substantielle pour l'homme ou l'animal, ainsi que les animaux issus de tels procédés. »

444. Une telle coloration de l'ordre public vise à encadrer l'opération de concrétisation, telle qu'elle sera effectuée par le destinataire institutionnel de la règle, selon deux modalités. En effet, en fonction du degré de précision des hypothèses visées à titre exemple et du degré de similitude entre la situation soumise à l'agent et ces hypothèses, ces exemples auront tantôt valeur de simples premiers analogués venant guider l'agent et le dispenser de s'enquérir des agencements typiques pertinents dans d'autres normes¹⁵⁸⁴. Tantôt, lorsque la situation se laissera subsumer sous l'une des hypothèses prévues, la coloration assumera la fonction d'un authentique mécanisme déductif.

C'est dans cet état d'esprit qu'a été conçue l'énumération de l'art. 6-2° de la directive *Inventions biotechnologiques*¹⁵⁸⁵, l'harmonisation opérée dans ce domaine ayant précisément eu pour but d'éliminer les divergences d'interprétation au niveau national des clauses d'ordre public des conventions internationales existantes concernant la brevetabilité du vivant¹⁵⁸⁶. Très significative de la fonction d'encadrement qu'occupe l'énumération de situations contraires à l'ordre public est la condamnation en manquement de l'Italie, pour n'avoir pas expressément incorporé dans sa législation les exclusions à la brevetabilité prévues à l'alinéa 2¹⁵⁸⁷. En défense, le gouvernement italien faisait valoir que la contrariété à l'ordre public et aux bonnes mœurs nationaux des pratiques de clonage et de modification de l'identité génétique des personnes pouvait s'inférer d'autres règles juridiques du for, telles que l'article 5 du code civil italien posant le principe de l'indisponibilité du corps humain ou la réglementation relative à la procréation médicalement assistée qui pénalisait les expérimentations sur les embryons humains, ainsi que leur production, leur sélection à des

¹⁵⁸⁴ V. à ce titre Jacques VERHAEGEN, « Les notions à contenu variable en droit pénal », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 7-19, spéc. p. 17, qui, envisageant plus spécifiquement les notions à contenu variable en droit humanitaire et reprenant une proposition de Paul FORTIERS, conseille aux rédacteurs des conventions ou au législateur de « recourir à la technique des interdictions inconditionnelles susceptibles d'intégrer dans les réflexes du sujet la solutions souhaitable : « on ne tue jamais un prisonnier réduit à merci, on ne contraint jamais à parler sous la torture... » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁵⁸⁵ Préc.

¹⁵⁸⁶ Ce qui n'empêche pas les problèmes d'interprétation. V. ainsi, à propos de la définition de la notion d'« *embryon humain* » visée à l'article 6, paragraphe 2, sous c de la directive : CJUE, gde ch., 18 octobre 2011, *Brüstle*, C-34/10 ; CJUE, gde ch., 18 décembre 2014, *International Stem Cell Corporation*, C-364/13.

¹⁵⁸⁷ CJCE, 15 juin 2005, *Commission c. Italie*, C-456/03, Rec. p. I-5355, spéc. pts 75 et s. : *Europe* 2005, comm. 279, obs. Fabienne Kauff-Gazin.

fins eugéniques, leur clonage ou leur fécondations par des gamètes d'autres espèces¹⁵⁸⁸. Autrement dit, si les exclusions à la brevetabilité n'avaient pas été formellement reprises, le système juridique italien procédait d'un agencement de valeurs typique identique. C'était en appeler aussi bien au ressort analogique de l'opération de concrétisation du standard « *ordre public* » qu'aux principes du droit institutionnel de l'Union en matière de transposition des directives. En effet, de jurisprudence constante, le droit de l'Union n'exige pas la reprise formelle des prescriptions d'une directive dans une disposition légale expresse et spécifique, l'obligation de transposition pouvant se satisfaire d'un « *contexte juridique général* ». Mais, dans ce cas précis, cette équivalence matérielle ne pouvait contenter la Cour. En effet, par l'intégration de cette clause colorée d'ordre public, la directive posait, bien plus qu'une solution de fond, une exigence de technique législative. Un agencement de valeurs typique ne pouvait suffire, il fallait avoir coulé ce dernier dans des dispositions précises. Il fallait avoir cantonné l'abduction par un peu plus de déduction.

Dans les exemples qui viennent d'être envisagés, tout en étant précisée par l'énumération de « *premiers analogués* », la notion d'ordre public est conservée. Mais le législateur délègue parfois à l'agent de la réalisation l'appréciation du caractère acceptable de la situation sous un intitulé plus précis. On en vient à envisager les standards spécifiques.

B. Les standards spécifiques

445. Comme les valeurs dont ils assurent la protection, les standards sont liés par un rapport de dérivation, en considération du domaine auquel ils s'appliquent¹⁵⁸⁹.

A cet égard, le standard « *ordre public* », qui vise à répondre au problème premier de l'existence et de la cohérence de l'ordre juridique, constitue le point zéro de spécification, ayant vocation à protéger, virtuellement, toutes les valeurs consacrées dans l'ordre juridique en question, ce dont atteste le caractère particulièrement peu directif de la définition dont ce standard peut faire l'objet, dans la jurisprudence européenne¹⁵⁹⁰ ou en droit national¹⁵⁹¹.

¹⁵⁸⁸ Qui, cela dit avait été adoptée postérieurement à l'écoulement du délai imparti dans l'avis motivé de la Commission et donc n'était pas susceptible d'être prise en compte pour apprécier l'existence du manquement allégué.

¹⁵⁸⁹ Sur la dérivation des valeurs, v. *supra* n^{os} 391-392.

¹⁵⁹⁰ V., en matière de police des comportements, la définition adoptée par l'arrêt *Bouchereau* (préc.) : selon lequel « le recours par une autorité nationale à la notion de l'ordre public suppose, en tout cas, l'existence, en dehors du trouble pour l'ordre social que constitue toute infraction à la loi, d'une menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société » (pt. 4). Et, en matière de droit international privé, la définition de l'arrêt *Krombach*, préc. : « Un recours à la clause de l'ordre public, figurant à l'article 27, point 1, de la convention, n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental. Afin de

Par contraste, les standards appelés à jouer dans des situations mieux identifiées se présentent comme plus directifs. Ainsi en va-t-il, par exemple, de la bonne foi, qui impose un comportement loyal dans une relation interindividuelle¹⁵⁹².

S'il est affaire de sédimentation et de considérations d'opportunité¹⁵⁹³, le degré de généralité d'un standard, comme plus généralement le caractère plus ou moins abductif ou déductif du raisonnement appelé par la mise en œuvre d'une règle, est, comme toute question de formulation, contingent.

Ainsi, il est traditionnel de remarquer que, prise dans sa dimension patrimoniale, la notion allemande de « *bonnes mœurs* » (*gute Sitten*), qui constitue l'équivalent fonctionnel de la « *clause générale* » d'ordre public en droit civil français, sert à sanctionner des situations que l'on appréhenderait, en droit français, plutôt au titre de la « *bonne foi* » et de ses dérivés : l'abus de droit, la lésion¹⁵⁹⁴. Inversement, la notion française de « *bonnes mœurs* » est, à la faveur de la libéralisation des mœurs sexuelles à la police desquelles on la cantonnait traditionnellement, tend à perdre sa spécificité matérielle¹⁵⁹⁵.

Atteignant un nouveau seuil qualitatif, le processus de spécification de l'ordre public peut faire passer la technique mise au service de la réalisation des valeurs de la catégorie des mécanismes abductifs à la catégorie des mécanismes déductifs.

Paragraphe II : L'élaboration de mécanismes déductifs

446. Alors que, dans l'idée de spécification de l'ordre public, c'est la considération du domaine envisagé qui, à titre prépondérant, déterminait la sophistication technique, on se situe ici dans une perspective diachronique : la mise en œuvre d'un mécanisme d'ordre public

respecter la prohibition de la révision au fond de la décision étrangère, l'atteinte devrait constituer une violation manifeste d'une règle de droit considérée comme essentielle dans l'ordre juridique de l'État requis ou d'un droit reconnu comme fondamental dans cet ordre juridique » (pt. 37).

¹⁵⁹¹ Quand le législateur ou la jurisprudence s'y risquent : v. à ce titre la référence aux « *principes essentiels* » du droit du for opérée par le législateur allemand (art. 6 EGBGB, préc.) et par la Cour de cassation française (Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, préc.) pour « définir » l'ordre public au sens du droit international privé.

¹⁵⁹² L'exemple donné pourrait cependant suggérer que, au contraire, loin d'être lié par un rapport de dérivation, les standards « *ordre public* » et « *bonne foi* » diffèrent de nature, celui-ci jouant dans un rapport de partie à partie, alors que celui-là joue dans un rapport de partie au tout. Cette explication doit cependant être repoussée, car l'ordre public, pris au sens du droit international privé vise précisément à sanctionner les iniquités crasses qui résulteraient de l'effet donné à une norme étrangère dans une situation horizontale.

¹⁵⁹³ V., à propos du choix de recourir à la technique du standard plutôt qu'à une règle (plus) déterminée, *supra* n. 1442.

¹⁵⁹⁴ Jean CARBONNIER, *Droit civil. Les obligations*, *op. cit.*, n° 75, p. 152.

¹⁵⁹⁵ V. *supra* n° 264. Ce glissement de sens atteste du sens très relatif des mots et de la « *perméabilité de la catégorie légale au cas d'espèce* », évoquée *supra* n° 434.

abductif renseigne le législateur sur les situations dans lesquelles celui-ci trouve typiquement à jouer¹⁵⁹⁶. Il lui est alors possible, sur la base de cette expérience, d'élaborer une règle dans laquelle se coulent les agencements de valeurs qu'il entend préserver. Le mécanisme devient alors déductif.

Cette spécification est elle-même susceptible de degrés : après la transformation d'un mécanisme d'ordre public abductif en mécanisme déductif (A), on envisagera l'affinement d'un mécanisme d'ores et déjà déductif (B).

A. La transformation d'un mécanisme d'ordre public abductif en un mécanisme déductif

447. Le sort de l'exception d'ordre public international dans l'espace judiciaire européen illustre parfaitement l'hypothèse de la transformation d'un mécanisme d'ordre public abductif en mécanisme déductif.

En effet, le cadre des relations entre États membres étant (relativement) axiologiquement homogène, sous l'effet conjugué du droit européen des droits de l'homme et, en matière patrimoniale, de l'harmonisation communautaire¹⁵⁹⁷, l'expérience indique que c'est essentiellement pour sanctionner une violation des droits procéduraux du défendeur ou, plus généralement, des parties, que les juges nationaux ont recours à l'exception d'ordre public¹⁵⁹⁸. En conséquence, le législateur européen a cru pouvoir, dans certaines hypothèses délimitées, supprimer la procédure *d'exequatur* et, avec elle, l'exception d'ordre public, au bénéfice d'un contrôle dans l'État d'origine du respect de dispositions procédurales harmonisées¹⁵⁹⁹,

¹⁵⁹⁶ Qui, à force de sédimentation, se présentent ainsi comme des « *cas faciles* » (sur cette notion, v. *supra* n^{os} 416 et 433).

¹⁵⁹⁷ Sur cette convergence, v. Dominique BUREAU et Horatia MUIR WATT, *Droit international privé*, *op. cit.*, n^o 283. V. aussi Cour d'appel de Luxembourg, 27 janvier 2000, *Central Bank of Irak, Metzler et Dörries Scharmann AG*, Pasicrisie luxembourgeoise 2000, n^o 2, p. 227-234 (disponible sur le site de la CJUE: <http://curia.europa.eu/common/reccdoc/convention/gemdoc2001/pdf/01-u-fr-47.pdf>) : « *En raison de la convergence globale des droits des Etats contractants, membres de la Communauté européenne, il y a peu de risque que le droit de l'Etat d'origine heurte les principes d'ordre public de l'Etat du juge requis* ».

¹⁵⁹⁸ Faisant ce constat, v. Burkhard HESS, in *Rapport Heidelberg* (*op. cit.*), spéc. n^o 559, p. 249 ; Commission des Communautés européennes, Rapport au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n^o44/2001 du Conseil sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, 21 avril 2009, COM (2009) 174 final, spéc. pt. 3.1, p. 5. Les violations tenant au contenu même du droit procédural étranger ayant vocation à s'aplanir, à mesure de la mise en conformité des droits nationaux avec les exigences de l'art. 6-1 Cour EDH, ce sont plus exactement les violations ayant une origine factuelle (sur cette distinction, v. *supra* n^o 169 et n. 627), tenant soit à la fraude du demandeur, soit à l'application défailante, délibérée ou non du droit procédural étranger, qui forment le terrain privilégié d'application de l'exception d'ordre public dans les relations entre États membres.

¹⁵⁹⁹ En détail sur ce sujet : María LÓPEZ DE TEJADA, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, préf. Bertrand Ancel, LGDJ, 2013

réalisant le point d'équilibre voulu entre la valeur libre circulation et le respect des droits procéduraux du défendeur¹⁶⁰⁰.

Cette évolution technique, passant de la concrétisation du standard « *ordre public* », en référence à un agencement typique flou, à une conciliation de valeurs opérée précisément et une fois pour toutes a bien été perçue par la doctrine. Pour M. de VAREILLES-SOMMIÈRES, les règles de procédure harmonisées du règlement TEE¹⁶⁰¹ « *fournissent, en quelque sorte, le contenu communautaire minimal de l'ordre public de procédure applicable aux créances incontestées*¹⁶⁰² ». Pour M. JEULAND, « *ce n'est pas par ignorance des principes fondamentaux*¹⁶⁰³ » que la condition de conformité de la décision étrangère à l'ordre public disparaît des règlements qu'il appelle de « *deuxième* » et « *troisième génération* »¹⁶⁰⁴. Au contraire, « *il s'agit justement de tenir compte de ces principes*¹⁶⁰⁵ », mais sous une forme « *standardisée* »¹⁶⁰⁶ : les droits fondamentaux sont « *transform[és] en règle de procédure précises*¹⁶⁰⁷ ».

448. Le législateur européen, que l'on pourrait soupçonner d'être trop prompt à figer (et modifier) par ce biais les agencements typiques consacrés au niveau national, n'a cependant pas le monopole de la technique. Le législateur national est également accoutumé du fait. Ainsi, s'agissant du droit allemand, le Professeur Claude WITZ constatait le déclin de la clause générale relative aux bonnes mœurs en des termes qui font particulièrement bien ressortir le rapport de précedence qui peut exister entre mécanisme abductif et un mécanisme déductif : « *La promulgation de lois spéciales est de nature à faire décroître l'importance pratique du § 138 BGB. Ainsi, la licéité des clauses contenues dans les conditions générales d'affaires s'apprécie au regard des règles propres prévues par la loi du 9 septembre 1976, et*

¹⁶⁰⁰ La question de savoir si, compte tenu des situations dans lesquelles l'exception d'ordre public international trouve typiquement à jouer, les mécanismes institués parviennent à réaliser effectivement cet équilibre, est autre et met en cause l'idée de nécessité objective (exposée *infra* n^{os} 455 et s.) des mécanismes d'ordre public abductif, en général et dans l'ordre juridique de l'Union en particulier.

¹⁶⁰¹ Règlement (CE) n^o 804/2005 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143 du 30 avril 2004, p. 15.

¹⁶⁰² Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in Anne-Marie Leroyer et Emmanuel Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 91-104, spéc. p. 104.

¹⁶⁰³ Emmanuel JEULAND, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen », *Trav. Com. fr. DIP* 2008-2010, p. 55-94, spéc. p. 74.

¹⁶⁰⁴ V. Emmanuel JEULAND, « Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé », in *Mél. Philippe Manin*, Pédone, 2010, p. 435-443, spéc. p. 438.

¹⁶⁰⁵ Emmanuel JEULAND, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen », *op. cit.*, p. 75.

¹⁶⁰⁶ *Ibid.*, p. 74 : « *Le procès équitable constitue néanmoins une sorte de standard pour toute les procédures internes et la procédure civile européenne. C'est un des aspects d'une procédure d'inspiration managériale, car elle est aussi standardisée* ».

¹⁶⁰⁷ *Ibid.*, p. 74, *in fine*. Nous soulignons.

non plus à l'aune du § 138 BGB. Mais il apparaît que les solutions admises par la loi de 1976 s'inspirent fortement des applications jurisprudentielles du § 138 BGB¹⁶⁰⁸ ».

449. Plus généralement, ce sont ce qu'on appelle en droit international privé les « *clauses spéciales d'ordre public* », qui constituent l'exemple type d'élaboration d'un mécanisme déductif à partir d'un mécanisme abductif. Dans une matière déterminée, ces clauses ont pour objet de fixer, selon les mots de Paul LAGARDE, une fois pour toutes « *le seuil de tolérance du for à l'égard de la loi étrangère*¹⁶⁰⁹ ». On rappellera ici l'exemple de l'article 10 du règlement Rome III qui, prescrivant l'application de la *lex fori* en lieu et place de la *lex causae*, lorsque cette dernière ne prévoit pas le divorce, énonce sous une forme déductive une solution que la jurisprudence française énonçait autrefois dans le cadre de la « *clause générale* » d'ordre public¹⁶¹⁰.

De cette technique propre au droit international privé, on peut d'ailleurs rapprocher, en droit interne, l'article 16-7 du code civil, qui, interdisant « *les conventions sur la procréation ou la gestation pour le compte d'autrui* », définit un seuil de tolérance antérieurement défini par le juge dans son œuvre de concrétisation de l'ordre public au sens du droit civil¹⁶¹¹.

S'il autorise la transformation d'un mécanisme d'ordre public abductif en mécanisme déductif, le processus d'affinement des techniques juridiques peut encore permettre de rendre encore plus déductif un mécanisme d'ordre public qui l'est déjà.

B. L'affinement d'un mécanisme d'ordre public déductif

450. Conformément à l'idée selon laquelle la précision d'une règle de droit et, corrélativement, la marge de manœuvre laissée à l'agent d'application est affaire de degré, les mécanismes d'ordre public déductifs, sont, aussi bien que les mécanismes abductifs, susceptibles de spécification, que l'on appellera, par souci de distinction, « *affinement* ».

¹⁶⁰⁸ *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992, n° 247.

¹⁶⁰⁹ Paul LAGARDE, V° « *Ordre public* », *Rép. dr. int.*, 1998, spéc. n° 27. Encore faut-il toutefois que cette clause spéciale ne soit pas elle-même axée sur un standard, qui pour être spécifique, fait néanmoins basculer la disposition dans une autre catégorie technique (v. *supra* n°s 441 et 455) : v. ainsi par ex. l'art. 67 du code belge de droit international privé, qui est axé, en matière d'adoption, sur « *l'intérêt supérieur de l'enfant* ».

¹⁶¹⁰ V. *supra* n° 155.

¹⁶¹¹ Sur cette jurisprudence, v. *supra* n. 862.

On peut exploiter, dans cette perspective, l'hypothèse, déjà rencontrée, de la « *fédération en bloc de lois de police*¹⁶¹² ».

451. En effet, quand bien même on admettrait, avec une part de la doctrine, que le juge ne doit appliquer une loi de police du for que si la mise en oeuvre de la loi étrangère désignée par la règle de conflit met en péril la réalisation de l'objectif sociétal poursuivi par le législateur national¹⁶¹³, le mécanisme des lois de police entre dans la catégorie des mécanismes déductifs, selon le critère que nous avons fixé : la conciliation de valeurs qui préside à la détermination de l'objectif sociétal est opérée *a priori* et une fois pour toutes par le législateur.

452. Le mécanisme laisse cependant un important pouvoir d'appréciation au juge : c'est lui qui, en pratique, « *révélera* » l'existence d'un objectif sociétal ayant présidé à l'adoption du texte. De plus, dans sa modalité d'intervention traditionnelle dérogatoire à la règle de conflit, la loi de police, qu'elle soit appliquée « *immédiatement* » ou seulement après appréciation de la « *nécessité* » de son application en l'espèce, est susceptible de « *surprendre* » les parties. C'est une critique souvent faite du mécanisme que d'être source, singulièrement en matière contractuelle, d'imprévisibilité pour les parties.

453. Aussi, si toutefois les objectifs sociétaux poursuivis en un domaine donné par les législateurs nationaux présentent un degré de convergence suffisant, on pourra préférer élaborer un rattachement spécial, prédéterminé, permettant de désigner l'une ou l'autre de ces lois de police nationales. La « *fédération en bloc* » de ces lois de police, parce qu'elle accroît le caractère déductif du mécanisme, vient ainsi réduire la part d'incertitude qui s'y attache traditionnellement.

454. Conclusion de la section.— Nous avons exposé, dans le cadre de cette section, un premier aspect de l'articulation entre les mécanismes d'ordre public et des mécanismes d'ordre public déductifs : du point de vue de leur conception, les mécanismes abductifs et les mécanismes déductifs sont liés par un rapport de dérivation ou de spécification. A ce titre, l'élaboration de mécanismes plus déductifs permet de prendre en charge la réalisation des mêmes considérations que le standard « *ordre public* », avec l'avantage de réduire la part d'incertitude, de flou, qui s'attache, par essence, à la technique. L'idée de nécessité objective

¹⁶¹² V. *supra* n^{os} 201-202.

¹⁶¹³ Sur cette remise en cause de l'immédiateté d'application, v. *supra* n^{os} 51 et 199.

des mécanismes abductifs que nous allons maintenant aborder considère le phénomène par l'autre bout : si, au stade de leur mise en œuvre, les mécanismes déductifs viendraient à échouer dans leur mission de réalisation des valeurs, le jeu des mécanismes abductifs pourra néanmoins assurer la protection de ces dernières, par une sorte de retour au point origine.

Section II : La nécessité objective de l'ordre public

455. Les mécanismes d'ordre public abductifs sont, chacun à sa manière, *objectivement nécessaires* en ce sens qu'eux seuls permettent, en ultime ressort, d'éviter que ne se développe une situation qui porterait atteinte aux agencements de valeurs typiques à l'honneur dans la société. En droit positif, l'idée de nécessité objective se manifeste par le *jeu subsidiaire* des mécanismes d'ordre public : lorsque les mécanismes plus déductifs échouent dans leur mission de réalisation des valeurs, l'intervention supplétive des mécanismes d'ordre public abductifs pourra permettre de porter remède à cette carence. Cette vocation subsidiaire se manifeste manière graduée. C'est tout d'abord un mécanisme d'ordre public abductif existant qui pourra venir résoudre le problème. Mais, de manière plus spectaculaire, il se pourra aussi que l'intervention de l'ordre public procède d'une pure création du juge. On parlera, dans la première hypothèse, de fonction de rattrapage (*Auffangsfunktion*) des mécanismes abductifs et, dans la seconde, de disponibilité constante (*Bereitstellung*) des mécanismes abductifs. Il n'y a jamais là que deux aspects de la nécessité objective de ces mécanismes, mais qui la démontrent *crescendo* : si la fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public abductifs constitue la traduction technique de l'idée de nécessité objective (Paragraphe I), cette dernière n'est jamais aussi visible que lorsqu'il apparaît que les mécanismes d'ordre public doivent être constamment disponibles, même sans texte (Paragraphe II).

Paragraphe I : La fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public abductifs

456. Le jeu subsidiaire des mécanismes d'ordre public abductifs peut servir, soit à éviter une atteinte à un agencement typique de valeurs, soit à permettre la réalisation d'un objectif sociétal. Dans le second cas, il y a moins là une manifestation de la nécessité objective des mécanismes abductifs qu'une possibilité permise par leur plasticité. Dans les deux cas cependant, l'ordre public exerce une fonction de rattrapage, afin d'adapter les techniques

juridiques existantes à la réalisation des conceptions fondamentales du for. On présentera ainsi brièvement l'intervention palliative de l'ordre public en général (A), avant d'en envisager cette application particulière que constitue la greffe des lois de police aux mécanismes d'ordre public abductifs (B).

A. L'intervention palliative des mécanismes d'ordre public abductifs

457. On peut parler de fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public abductifs toutes les fois que la mise en œuvre d'un tel mécanisme a vocation à compenser l'incapacité de mécanismes par hypothèse plus déductifs (standards spécifiques et règles à contenu déterminé) à protéger effectivement les valeurs qu'ils cristallisent.

458. On trouvera un exemple de cette fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public dans les ordonnances rendues par le Conseil d'État, statuant comme juge des référés, dans l'affaire « Dieudonné ». Dans l'ordonnance du 9 janvier 2014, le juge administratif a en effet explicitement affirmé qu'il appartenait à l'autorité administrative prise dans sa fonction de maintien de l'ordre public de « *prendre les mesures de nature à éviter que des infractions pénales ne soient commises* ».

La doctrine a souligné le caractère inhabituel de la solution : « *La liberté étant la règle, le jeu normal des institutions veut que l'autorité administrative laisse chacun libre de commettre des infractions, sauf à devoir en répondre devant le juge pénal*¹⁶¹⁴ ».

Dans ce contexte, la solution adoptée s'explique par le caractère exceptionnel de la situation¹⁶¹⁵ : les propos caractérisés comme constitutifs d'une atteinte à la dignité humaine avaient déjà donné lieu à neuf condamnations pénales, dont sept définitives, demeurées largement inexécutées, et qui n'avaient pas dissuadé l'humoriste de les réitérer.

L'interdiction du spectacle devant contenir ces propos, et sa validation par le juge sont ainsi apparues à la doctrine « *comme une réaction à une situation dans laquelle le juge judiciaire n'a pas pu mettre fin à des troubles*¹⁶¹⁶ », la police administrative prenant ainsi « *le relais*¹⁶¹⁷ » de la répression pénale. Autrement dit, là où la sanction pénale échoue dans sa

¹⁶¹⁴ Baptiste BONNET et Daniel CHABANOL, « Une ordonnance exceptionnelle sur des fondements traditionnels : à propos de l'ordonnance du 9 janvier 2014... », *JCP A* 2014, act. 55.

¹⁶¹⁵ *Ibidem*.

¹⁶¹⁶ Denis BARANGER, « Retour sur Dieudonné », *RFDA* 2014, p. 525.

¹⁶¹⁷ *Ibidem*.

fonction dissuasive¹⁶¹⁸, la police administrative, dans sa fonction préventive traditionnelle, peut constituer un remède.

Ainsi, il est des cas où les mécanismes d'ordre public abductifs existants (ici l'ordre public au sens de la police administrative générale) peuvent trouver à suppléer les mécanismes déductifs (ici l'incrimination pénale) dans les hypothèses où ces derniers viennent à faire défaut.

Le phénomène de greffe mécanismes déductifs aux mécanismes d'ordre public abductifs, qu'il s'agit à présent d'étudier, constitue un autre exemple, quantitativement important, de la fonction de rattrapage des mécanismes abductifs.

B. La greffe de mécanismes déductifs aux mécanismes d'ordre public abductifs

459. Position du problème. – Le procédé qui consiste pour l'agent de la réalisation à articuler ou greffer un mécanisme d'ordre public déductif, que l'on tient pour indisponible au cas d'espèce, à un mécanisme d'ordre public abductif qui, lui, l'est constitue une application particulière de la fonction de rattrapage des mécanismes abductifs. Une telle combinaison n'a rien d'une nécessité logique. Au contraire, elle s'explique par le caractère contingent de la formulation des bases juridiques du contrôle de l'acceptabilité sociale de la situation¹⁶¹⁹ et s'autorise de la plasticité du standard « *ordre public* » ou de notions proches tout aussi indéterminées.

Ce phénomène de greffe paraît trouver avant tout son origine dans l'interférence de disposition porteuse d'objectifs sociétaux. On étudiera l'exemple le plus significatif de ces greffes que constitue l'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public international dans l'instance indirecte (1) avant de s'interroger sur la portée éventuellement plus large du phénomène (2).

1) L'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public international

460. L'exemple de l'articulation du mécanisme des lois de police à l'exception d'ordre public international, dans le cadre de la réception des sentences arbitrales et des décisions

¹⁶¹⁸ *Comp.* Baptiste BONNET et Daniel CHABANOL, « Une ordonnance exceptionnelle sur des fondements traditionnels : à propos de l'ordonnance du 9 janvier 2014... », *op. cit.* : « *Il est des cas dans lesquels la compétence normale du juge pénal ne suffit pas à garantir la paix sociale* ».

¹⁶¹⁹ Caractère que l'on a déjà eu l'occasion d'évoquer, à propos de l'analyse des occurrences de la notion d'ordre public en droit civil *v. supra* n. 839.

étrangères, est particulièrement révélateur du « *bricolage* » dont procède les phénomènes de greffe de mécanismes déductifs aux mécanismes abductifs.

Compte tenu de la formulation des bases juridiques à la disposition du juge, qui, en général, et en droit français en tout cas¹⁶²⁰, ne mentionnent pas les lois de police en tant que telles¹⁶²¹, la sanction de la méconnaissance d'une telle disposition par l'arbitre ou le juge de l'État d'origine s'opère par le biais de l'exception d'ordre public. La jurisprudence¹⁶²², qui rencontre l'approbation d'une partie au moins de la doctrine¹⁶²³, en atteste. Le Professeur SERAGLINI parle de « *coordination* » entre les notions de d'ordre public international et de loi de police¹⁶²⁴.

Compte tenu de la différence de nature des mécanismes « *coordonnés* », abductif et en principe protecteur d'agencement typique de valeurs pour l'exception d'ordre public, déductif et assigné à la réalisation d'objectifs sociétaux pour les lois de police, cette greffe est

¹⁶²⁰ En matière d'arbitrage international, on trouvera l'expression des motifs d'annulation ou de refus d'efficacité des sentences arbitrales à l'art. 1520 c. proc. civ. Aux termes de ce dernier, le recours en annulation contre une sentence rendue en France en matière internationale n'est ouvert que si le tribunal arbitral 1°/s'est déclaré à tort incompétent, 2°/a été irrégulièrement constitué, 3°/a statué sans se conformer à sa mission ou encore 4°/si le principe de la contradiction n'a pas été respecté ou 5°/la reconnaissance ou l'exécution de la sentence est contraire à l'ordre public international. Par renvoi de l'article 1525 c. proc. civ., ces motifs sont ceux qui permettent à la Cour d'appel statuant sur le recours formé contre la décision relative à la reconnaissance ou l'exequatur d'une sentence rendue à l'étranger de refuser efficacité à cette dernière. En matière de réception des décisions étrangères, on mentionnera, au titre du droit commun qui demeure essentiellement jurisprudentiel, l'arrêt *Cornelissen* (Cass. 1^{re} civ., 20 fév. 2007 : *D.* 2007, p. 1115, note Louis d'Avout et Sylvain Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 420 note Bertrand Ancel et Horatia Muir Watt), lequel a reformulé les conditions d'efficacité comme comprenant « *la compétence indirecte du juge étranger (...), la conformité à l'ordre public de fond et de procédure et l'absence de fraude à la loi* ». Dans le règlement *Bruxelles I bis*, on trouvera les motifs de refus de reconnaissance et, par renvoi de l'article 46, d'exécution à l'article 45, qui, s'il vise bien la contrariété à « *l'ordre public international de l'Etat membre requis* », ne fait pas mention des lois de police.

¹⁶²¹ *Comp.*, en matière d'arbitrage, l'art. 595-6° du c. proc. civ. autrichien.

¹⁶²² En matière d'arbitrage, v. les arrêts *Eco Swiss* (préc.) et *Mostaza Claro* (préc.), qui font obligation aux autorités nationales de prendre en considération les lois de police d'origine communautaire au titre de leur ordre public (v. *supra* spéc. n° 269). La jurisprudence nationale l'admettait d'ailleurs depuis longtemps. En France, v. CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 mai 1993, *Sté Labinal*, préc. ; confirmant depuis, dans la jurisprudence de la Cour de cassation : Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *SNF c. Cyttec*, n° 06-15.320 (prise en considération de l'art. 81 CE) ; Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, *M. de Prémont c. Trioplast*, n° 08-12.149 (protection de l'agent commercial). En Allemagne v. BGH, 27 février 1969, KZR 3/68 (arrêt dit « *Fruchtsäfte* »), spéc. pt. III-2 : NJW 1969, p. 978 : « *Art. 85 des EWG-Vertrages gehört zu der bei der Anerkennung oder Vollstreckbarerklärung eines Schiedsspruchs durch das staatliche Gericht zu beachtenden « öffentlichen Ordnung » im Sinne des § 1041 Abs. 1 Nr. 2 ZPO.* [L'article 85 CEE appartient à « l'ordre public » devant, aux termes du § 1041, al. 1, n° 2 du code de procédure civile, être pris en considération par le juge étatique aux fins de la reconnaissance ou de l'octroi de la force exécutoire à une sentence arbitrale] ». En matière d'efficacité des décisions étrangères, telle est la portée implicite de l'arrêt *Maxicar* (sur laquelle v. *supra* n° 45 et 65). En effet, si cet arrêt affirme que l'« *éventuelle erreur* » commise par le juge de l'Etat d'origine dans l'application des dispositions relatives à la libre circulation et à la libre concurrence ne pouvait fonder le recours à l'ordre public international, on peut en déduire *a contrario* que l'atteinte manifeste à l'objectif sociétal de réalisation du marché intérieur pourrait en revanche justifier cette utilisation.

¹⁶²³ En matière d'arbitrage, v. notamment Christophe SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001, spéc. n° 321 et s. ; Pierre MAYER, « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477, spéc. p. 459-461. Pour une position plus restrictive, v. par exemple Alexis MOURRE (note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *SNF c. Cyttec*, *JDI* 2008, comm. 16), qui estime que « *le domaine de l'ordre public international ne saurait [...] comprendre l'ensemble des lois de police du for* ». En matière d'efficacité des décisions étrangères, v par exemple Louis D'AVOUT et Sylvain BOLLÉE, qui, dans leur commentaire de l'arrêt *Cornelissen* (*D.* 2007, p. 1115), estiment que la sanction de la méconnaissance des lois de police du for, autrefois assurée dans le cadre du contrôle de la loi appliquée par le juge étranger, devrait désormais être assurée par le biais de l'exception d'ordre public.

¹⁶²⁴ Christophe SERAGLINI, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, *op. cit.*, n° 324.

cependant nécessairement imparfaite, tant du point de vue méthodologique (a) que fonctionnel (b).

a) Imperfection méthodologique de l'articulation

461. D'un point de vue méthodologique, la greffe d'un mécanisme dont la mise en œuvre appelle un raisonnement déductif à un autre qui appelle un raisonnement de nature abductive ne peut être qu'imparfaite. Si, en effet, il arrive que l'agent prenne en compte des dispositions précises lors de la mise en œuvre de l'exception d'ordre public, considérée dans son fonctionnement à l'état pur, ces règles n'ont cependant pour fonction que de révéler un agencement de valeurs typique distinct de ces règles elles-mêmes et dont l'existence s'impose de manière intuitive à l'agent¹⁶²⁵.

462. Lorsque l'exception d'ordre public est mise au service de la réalisation des lois de police, cette distance existant en principe entre le référent du contrôle et la règle le révélant disparaît. Dans cette hypothèse, l'agencement de valeurs constitutif du référent du contrôle se trouve déterminé précisément et *a priori* par le législateur et coulé dans la règle qualifiée de loi de police, qu'il faudra bel et bien appliquer, de manière déductive. Il est certes entendu qu'il convient de ne sanctionner que des violations « *concrètes* », à l'exclusion de violations purement formelles de la loi police en cause¹⁶²⁶. De ce point de vue, le principe d'appréciation *in concreto* de la violation de l'ordre public¹⁶²⁷ et l'idée d'une appréciation *in concreto* de la mise en péril de l'objectif poursuivi par la loi de police défendue par une partie de la doctrine¹⁶²⁸ coïncident. Il n'en demeure pas moins que, pour procéder à cette dernière vérification, l'agent devrait en principe interroger les conditions d'application de la disposition¹⁶²⁹ et, si ces dernières se trouvent réalisées en l'espèce, sur l'effet qu'elle entendait produire. En droit de la concurrence singulièrement, cette vérification ne pourra s'opérer qu'au prix d'investigations poussées, nécessitant de complexes analyses économiques, en termes de détermination de marché pertinent par exemple. On est très loin du

¹⁶²⁵ Sur cette prise en considération v. *supra* nos 134-141, à propos de l'exception d'ordre public international en particulier et n° 421, à propos des standards en général. Sur la règle de droit comme révélateurs des valeurs collectives, v. *supra* n° 343.

¹⁶²⁶ V. par exemple, le deuxième arrêt rendu dans l'affaire dite des « *Grands moulins de Strasbourg* » : Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, Bull. civ. I, n° 311, p. 203 : *Rev. arb.* 1992, p. 76-79, note Laurence Idot.

¹⁶²⁷ V. *supra* nos 122-131.

¹⁶²⁸ V. *supra* n° 200.

¹⁶²⁹ Pour un refus, au contraire, de contrôler la qualification d'un contrat d'où découlait pourtant l'application ou non de la « *règle communautaire d'ordre public* », CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 7 juill. 1989, *Sté Veradour* : *Rev. arb.* 1990, p. 115 (3^e espèce), note Laurence Idot ; et, sur pourvoi, Cass. 2^e civ., 20 fév. 1991 : *Rev. arb.* 1991, p. 447-452, note Laurence Idot.

caractère intuitif du jugement de valeur qui préside normalement à la mise en œuvre abductive de l'exception d'ordre public international.

463. De ce point de vue, la controverse actuelle sur la portée du principe de non-révision et l'intensité du contrôle à l'aune de l'ordre public international¹⁶³⁰ apparaît comme un problème, non pas lié à l'exception d'ordre public international *en général*, mais un problème propre à l'articulation des lois de police à cette dernière. C'est ce que suggère le Professeur VAREILLES-SOMMIÈRES, à propos du refus exprimé par la Cour de cassation dans l'arrêt *SNF c. Cytec*¹⁶³¹ de sanctionner une violation du droit européen de la concurrence qui ne serait pas « *flagrante, effective et concrète* » : la Cour de cassation, s'interroge M. DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « [n]'a-t-elle pas simplement voulu dire qu'en présence d'une sentence à laquelle on fait seulement le reproche, au titre de l'ordre public international, d'avoir mal appliqué une loi de police, le grief ne peut prospérer que s'il y a eu violation flagrante, effective et concrète de la loi de police. Autrement dit, ce n'est pas la violation de l'ordre public international qui doit être flagrante effective et concrète pour être sanctionnée (il y aurait bien là restriction contestable des conditions de déclenchement de la réaction de l'ordre public international), c'est la violation de la loi de police qui doit remplir ces trois caractères pour correspondre à une violation (ordinaire, elle) de l'ordre public international »¹⁶³². L'opposition ainsi faite par M. de VAREILLES-SOMMIÈRES entre les conditions de déclenchement « ordinaires » de la réaction de l'ordre public international et des conditions qui serait propres à la sanction, dans ce cadre, de la méconnaissance d'une loi de police renvoie, nous semble-t-il à la différence profonde de raisonnement qui anime en principe l'un et l'autre mécanisme.

Plus exactement, le débat sur l'intensité du contrôle par le juge étatique des sentences arbitrales naît de l'articulation nécessairement imparfaite entre le caractère abductif qui préside normalement à la mise en œuvre de l'exception d'ordre public international et l'opération d'application déductive qu'appellent les lois de police. Dans ce cadre, l'exigence d'une « violation flagrante¹⁶³³ », qui « *crève les yeux* », par les tenants d'un contrôle

¹⁶³⁰ Sur ce débat, v. *supra* n^{os} 157-162.

¹⁶³¹ Préc.

¹⁶³² Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014, doct. 12., spéc. n^o 12 (c'est l'auteur qui souligne). V. aussi, *idem*, « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 207-290, spéc. p. 278-279.

¹⁶³³ Selon la formule à l'honneur dans la jurisprudence française. V. aussi l'utilisation faite par la Cour de justice du critère de la « violation manifeste d'une règle de droit essentielle dans l'ordre juridique de l'Etat requis », dans l'arrêt *Maxicar* (préc., spéc. pt. 34) et, plus récemment *Diageo Brands* (préc., spéc. pt. 68).

« *minimaliste* » peut être vue comme la rémanence du sentiment d'évidence qui s'attache en principe au constat du heurt des valeurs du for. De leur côté, les tenants d'un contrôle « *maximaliste* » prennent simplement acte, dès lors que la volonté est affirmée de protéger la réalisation des objectifs sociétaux *via* l'exception d'ordre public, de la nécessité de prendre ce contrôle au sérieux, en assurant son effectivité, nécessairement, d'un raisonnement plus déductif.

Imparfaite sur le plan méthodologique, l'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public international l'est encore au regard des rôles différents qu'assument en principe chacun des deux mécanismes.

b) Imperfection fonctionnelle de l'articulation

464. Dans le contexte des rapports de l'ordre juridique du for au droit étranger, l'exception d'ordre public et le mécanisme des lois de police assument en principe des rôles distincts : l'exception d'ordre public doit permettre d'éviter une atteinte aux agencements typiques de valeurs du for, tandis que le mécanisme des lois de police doit permettre à la réalisation d'objectifs sociétaux, ceux du for, certes, mais aussi, quoique dans une moindre mesure, ceux d'Etats étrangers. Dès lors, l'imperfection fonctionnelle de l'articulation de ces deux mécanismes est inéluctable. En effet, si l'exception d'ordre public permet à la rigueur, en raison de la plasticité inhérente au standard, de sanctionner la méconnaissance d'une loi de police du for par l'arbitre ou le juge étranger, elle ne peut pas grand' chose pour les lois de police étrangères, dont la violation ne menace en rien la cohérence de l'ordre juridique du for¹⁶³⁴.

Au-delà de l'exemple très significatif, par son imperfection, de l'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public, on peut s'interroger, plus généralement, sur l'incidence méthodologique perturbatrice des dispositions porteuses d'objectifs sociétaux.

¹⁶³⁴ En ce sens, v. Sylvain BOLLÉE, « L'extension du domaine de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307, qui formule cette remarque à l'occasion d'une réflexion sur les conditions qui devraient être mises à la reconnaissance des situations.

2) *L'incidence méthodologique perturbatrice des dispositions porteuses d'objectifs sociétaux*

465. En y regardant de plus près, d'autres aspects du droit positif peuvent être vus comme procédant de l'articulation boiteuse de règles porteuses d'objectifs sociétaux à un mécanisme en principe abductif. On peut tout d'abord le constater en droit international privé, où la difficulté de rendre compte des objectifs sociétaux par les biais des mécanismes existants se manifeste au-delà de l'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public. Le phénomène, cependant, apparaît plus général.

466. En droit international privé. – L'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public n'est pas le seul exemple de l'interférence boiteuse des objectifs sociétaux dans le cadre de notions indéterminées en droit international privé. L'exemple de la prise en considération des lois de police étrangères dans les notions-cadres de la *lex causae* a déjà été évoqué¹⁶³⁵. On peut encore voir dans les discussions relatives à l'éventuelle inefficacité de la clause d'élection de for attribuant compétence à un juge étranger ou un arbitre alors qu'une loi de police du for se veut applicable au fond du litige¹⁶³⁶ une manifestation de ces combinaisons de mécanismes.

Ainsi, en droit commun des conflits de juridictions, la question de l'interférence des lois de police ne se pose pas en tant que telle, mais, compte tenu de la formulation de la règle matérielle de droit international privé consacrée par l'arrêt *Cie des signaux électriques*¹⁶³⁷ en termes « *d'impérativité* » de la compétence internationale des tribunaux français¹⁶³⁸, conduisant ainsi à adopter des solutions sans nuance. Sur cette base, en effet, de deux choses l'une : soit on considère que la loi de police du for est implicitement doublée par un chef de

¹⁶³⁵ V. *supra* n° 99.

¹⁶³⁶ Ce que la Cour de cassation refuse, v. : pour la clause attributive de juridiction : Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, n° 07-15.823 : *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1, note Dominique Bureau et Horatia Muir Watt ; *JDI* 2009, p. 599, note Marie-Noëlle Jobard-Bachelier et François-Xavier Train ; *JCP G* 2008, II, 10187, note Louis d'Avout ; *D.* 2009, p. 200, note Fabienne Jault-Seseke ; *Ibid.*, pan. p. 2384, obs. Sylvain Bollée. Adoptant la solution contraire en présence d'une loi de police d'origine européenne et sous réserve que la décision à rendre par le juge élu menace concrètement la réalisation de l'objectif poursuivi, v. OLG München, 17 mai 2006, 7 U 1781/06 : *ERPL* 2007, p. 891-903, note Gisela Rühl ; *IPRax* 2007, p. 294-302, note Gisela Rühl (sur cet arrêt v. aussi Arnaud NUYTS, « Les relations avec les États tiers », in Laurence Idot (dir.), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*. Actes du colloque organisé le 13 juin 2008 à l'Institut de droit comparé de l'Université Paris II, publiés dans la revue *Concurrences*, n° 2-2009, p. 68-72, spéc. p. 69 ; François-Xavier TRAIN et Marie-Noëlle JOBARD-BACHELLIER, « Ordre public international. Notion d'ordre public en droit international privé », *op. cit.*, n° 23) ; BGH, 5 sept. 2012 VII ZR 25/12 : *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890, note Fabienne Jault-Seseke. Pour la clause d'arbitrage, v. Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga*, n° 09-67.013 : *Rev. crit.* 2010, p. 743 note Dominique Bureau et Horatia Muir Watt. La question, débattue dans le litige au principal dans l'affaire *Unamar* (préc.), n'a cependant pas été soumise à la Cour de justice par la juridiction nationale à l'origine du renvoi préjudiciel.

¹⁶³⁷ Cass. 1^{re} civ, 17 déc. 1985, *Cie de signaux et d'entreprises électriques* : *GA*, n° 72.

¹⁶³⁸ En droit français de l'arbitrage, cette efficacité, si elle était admise, prendrait bel et bien la forme d'une articulation de mécanismes d'ordre public, dans la mesure où le critère de l'arbitrabilité est partiellement défini par référence à la notion d'« *ordre public* » (sur ce point, v. *supra* n. 887).

compétence impérative¹⁶³⁹, ce qui conduit à refuser systématiquement l'efficacité à la clause attributive de juridiction, quand bien même la solution à rendre par le juge élu ne menacerait aucunement la réalisation de l'objectif sociétal poursuivi, soit, comme la Cour de cassation, on opte au contraire pour la solution du « tout permis », en cantonnant la sanction de la méconnaissance de la loi de police au contrôle, hypothétique, de la décision rendue à l'étranger¹⁶⁴⁰. De nouveau, la combinaison des lois de police à un autre mécanisme laisse un sentiment d'insatisfaction. Au contraire, voir dans cette éventuelle inefficacité un effet propre du mécanisme des lois de police au plan de la compétence juridictionnelle permettrait d'atteindre des solutions plus adéquates¹⁶⁴¹.

On peut voir dans ces phénomènes de combinaison un état transitoire, lié au caractère relativement récent de la théorie des lois de police au sein des « *questions générales* » de droit international privé¹⁶⁴², ou de façon plus pessimiste, la manifestation de l'hostilité que suscite le mécanisme, vu comme source de perturbations dans les prévisions des parties. Le caractère insatisfaisant de ces constructions précaires invite cependant à envisager l'élaboration d'un régime des lois de police ayant des implications au-delà du conflit de lois¹⁶⁴³.

467. En dehors du droit international privé. – A la réflexion, on peut même se demander si les lois de police, ou plutôt la conviction que certaines règles visent, non pas seulement à procéder à une conciliation équilibrée des intérêts individuels en présence, mais à imprimer à la réalité un schéma prédéterminé, n'ont pas une incidence méthodologique au-delà du seul droit international privé¹⁶⁴⁴. On pense en particulier à l'effet de la prise en considération d'objectifs sociétaux sur cet autre métadroit qu'est le droit processuel. La spécificité des règles conçues comme porteuses d'objectifs sociétaux pourrait ainsi expliquer la tentation qu'a eue la Cour de justice, dans certains arrêts, de justifier l'obligation faite au juge national de relever d'office un moyen de droit de l'Union non pas par une analyse classique en termes

¹⁶³⁹ En ce sens, v. Bertrand ANCEL et Yves LEQUETTES, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, op. cit., n° 72, § 9 et 10. Pour la question, plus générale, de savoir si l'applicabilité d'une loi de police du for devrait fonder une compétence « concomitante » des juridictions françaises, v. Etienne PATAUT, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Etude de droit international privé)*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1999, p. 133 et s.

¹⁶⁴⁰ V. l'arrêt *Monster Cable*, préc.

¹⁶⁴¹ *Comp.* la solution plus nuancée adoptée, en Allemagne, par les arrêts précités de l'*Oberlandsgericht München* et du *Bundesgerichtshof*.

¹⁶⁴² V. Pierre MAYER, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n° 440/1, 1986, p. 31-66, spéc. p. 35, qui s'explique ainsi la rareté des références faites aux lois de police dans les conventions internationales relatives à l'arbitrage.

¹⁶⁴³ Dans cette direction v. Pascal DE VAREILLES-SOMMIÈRES, « Lois de police et politique législative », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 297.

¹⁶⁴⁴ Ou même, plus largement, de questions d'applicabilité dans l'espace. On a déjà vu (*supra* n. 658 et n° 368), en effet, que, dans sa thèse (*Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, op. cit.), David CHILSTEIN avait mis en exergue cette incidence en droit pénal international.

d'effectivité et, corrélativement, de pondération des intérêts individuels en présence, mais par la nature « *publique* » de l'intérêt protégé par la règle substantielle européenne¹⁶⁴⁵. De ce point de vue, le mécanisme déductif des lois de police viendrait interférer avec le mécanisme en principe abductif, appelant une mise en œuvre casuistique¹⁶⁴⁶, qu'est le « *moyen d'ordre public* ».

468. Conclusion du paragraphe. – Destinés, dans leur conception traditionnelle, à éviter que ne se développe une situation qui porterait atteinte aux agencements de valeurs typiques à l'honneur dans la société, les mécanismes d'ordre public abductifs assument, par rapport aux mécanismes déductifs, une fonction de rattrapage : leur jeu subsidiaire permet de compenser l'incapacité de mécanismes de protection *ad hoc* à réaliser les agencements de valeurs qu'ils cristallisent. Les hypothèses, observées en droit international privé et en dehors de ce dernier, où une règle porteuse d'un objectif sociétal vient se greffer, de manière un peu boîteuse, à un mécanisme en principe abductif, invitent cependant à s'interroger sur l'opportunité d'une reformulation des bases juridiques du contrôle l'acceptabilité sociale d'une situation prenant davantage en compte l'existence de ses règles particulières, assignées à la réalisation d'un objectif précis et déterminé.

Ayant, jusqu'à présent envisagé le jeu subsidiaire de mécanismes d'ordre public abductifs existants, il convient maintenant de montrer que l'idée d'une nécessité objective des mécanismes abductifs se manifeste également par l'intervention, pour les besoins d'un cas particulier, d'une notion d'ordre public qu'on ne tenait pas jusque là pour disponible. On en vient ici à devoir examiner l'autre visage de la vocation subsidiaire des mécanismes d'ordre public abductifs, à savoir leur disponibilité constante.

Paragraphe II : La disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs

469. Si la fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public abductifs est déjà remarquable, l'idée de nécessité objective ne se laisse cependant jamais aussi bien démontrer

¹⁶⁴⁵ V. les arrêts *Mostaza Claro* (préc.), *Pannon* (préc.), *Eva Martin Martin* (préc.) dont nous avons montré qu'ils avaient adopté une motivation déviante, par rapport au mode opératoire habituel du principe d'effectivité dans un litige horizontal (v. *supra* n^{os} 289-294).

¹⁶⁴⁶ V. *supra* n^o 304. Dans cette perspective, les hypothèses où le législateur précise lui-même les cas dans lesquels un moyen doit être relevé d'office peuvent être vues comme relevant du processus de « *spécification de l'ordre public* » décrit *supra* n^{os} 441-454.

que dans les hypothèses où, non seulement le jeu normal des mécanismes plus déductifs ne permet pas d'éviter l'atteinte aux agencements typiques de l'ordre juridique, mais où, en outre, aucun mécanisme abductif d'ordre public ne paraît disponible, à lire les *textes* applicables, tout du moins.

Le droit positif atteste de ce que, dans ce types d'hypothèses, il est subsidiairement recouru, sous certaines conditions, à un mécanisme axé sur la notion d'ordre public non écrit, voire innommé, où « *ordre public* » renvoie, négativement, au caractère inacceptable de la situation.

Plusieurs décisions jurisprudentielles en attestent sans que le droit positif, toutefois, soit univoque. Ainsi, à la vérification de l'idée de disponibilité constante en droit positif (A), succèdera l'explication des solutions positives (B).

A. La positivité de l'idée

470. En droit international privé, la Cour de cassation s'autorise parfois à faire référence à l'ordre public international alors que les textes ne l'y invitent pas, voire paraissent le lui interdire. Conformément à notre programme méthodologique, l'examen du droit positif *national* nous permet ainsi de poser l'hypothèse selon laquelle les mécanismes d'ordre public abductifs doivent être constamment disponibles. En droit de l'Union, la vérification du bien fondé de cette hypothèse se présente d'emblée comme problématique, dans la mesure où la question de l'articulation entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs se double, dans ce cadre, d'un problème de répartition de compétences entre ordres juridiques. Pourtant, la jurisprudence de la Cour de justice se révèle plus ouverte qu'on ne pourrait le croire à l'idée de disponibilité constante. Née d'une intuition suggérée par la jurisprudence nationale (1), la réflexion se nourrit ainsi de l'épreuve de la jurisprudence européenne (2).

1) L'intuition suggérée par la jurisprudence nationale

471. Dans deux arrêts remarquables, la Cour de cassation a admis le jeu d'un mécanisme d'ordre public non prévu par les textes, accréditant l'hypothèse d'une disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs. L'idée, d'ailleurs, se manifeste selon une intensité graduée. Dans le second arrêt *Baaziz* de 1988, la Cour de cassation découvre une clause non écrite d'ordre public dans une convention internationale, pour, classiquement, écarter l'application du droit étranger désigné. Dans l'arrêt *Dlle Isopé* de 2006, la référence à

l' « *ordre public international* » manifeste, plus radicalement, le jeu d'un mécanisme juridique jusqu'alors inconnu. On envisagera successivement ces deux solutions.

472. *Baaziz*. – Dans l'arrêt *Baaziz*¹⁶⁴⁷, la Cour de cassation a ainsi posé en principe que l'exception d'ordre public de droit international privé devait être tenue pour implicitement réservée par les conventions internationales qui ne l'auraient pas expressément prévue¹⁶⁴⁸.

Il est permis de penser qu'une telle solution ne vaut pas seulement dans le champ d'application du droit conventionnel, mais a une portée plus générale, dans l'hypothèse où, dans un système juridique donné, aucune exception d'ordre public ne viendrait expressément assortir le principe accepté de donner effet à une norme étrangère. Pour reprendre l'affirmation d'un auteur, on peut en effet poser que l'exception d'ordre public internationale est « *si inhérente à la décision d'accepter ou de refuser d'accorder des effets à une norme étrangère qu'il faut considérer que, dans le silence des règles applicables, sa permanence est présumée*¹⁶⁴⁹ ».

La jurisprudence, cependant, est allée plus loin en révélant l'existence d'un mécanisme d'ordre public que, reprenant l'expression utilisée en droit des contrats spéciaux, l'on pourrait qualifier d'*inommé*.

473. *Dlle Isopehi*. – En effet, le principe mis en œuvre dans l'affaire *Baaziz* supporte un mécanisme bien identifié : l'exception d'ordre public international telle qu'elle s'oppose à l'efficacité de normes étrangères. Dans l'arrêt *Dlle Isopehi*¹⁶⁵⁰, au contraire, le juge a consacré l'existence d'un mécanisme axé sur la notion d'ordre public, non seulement non formellement prévu par les textes, mais encore *sui generis*.

¹⁶⁴⁷ Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 1988, *Baaziz* : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71-81, note Yves Lequette.

¹⁶⁴⁸ Si l'opportunité d'un tel principe nous paraît incontestable, il faut néanmoins critiquer l'usage qui en a été fait en l'espèce. En effet, il est très douteux que l'effet de droit sollicité en l'espèce, à savoir le partage de la pension de réversion d'un homme de statut polygamique entre ses deux veuves, puisse être considéré comme portant atteinte à un agencement typique du for. D'une part, en effet, le droit français consacrait des solutions proches : partage légalement prévu de la pension de réversion en cas de mariages successifs, partage admis en jurisprudence de la part successorale du conjoint survivant entre les deux veuves d'un homme de statut polygamique. D'autre part, et surtout, la possibilité de ce partage avait été expressément prévue par la Convention franco-algérienne, applicable en l'espèce. En réalité, la solution de la Cour de cassation ne s'explique que par la prise en considération discriminatoire de la nationalité française de la première épouse. Certes, l'on voit bien le souci de protection de la première épouse « *malgré elle* », en l'occurrence française, de la Cour de cassation. Mais une telle protection ne peut pertinemment s'effectuer qu'au stade de l'appréciation de la validité du second mariage, où, en effet, l'idée d'une atteinte à un agencement typique de valeurs, à savoir l'interdiction absolue de la bigamie, peut se défendre (sur ce point, v. plus en détail la note précitée de M. LEQUETTE). Aussi, on se félicitera que cette solution discriminatoire paraisse aujourd'hui abandonnée : v. Cass. 2^e civ., 12 février 2015, n^o 13-19.751, préc.

¹⁶⁴⁹ Carlos ARRUE MONTENEGRO, « Les orientations économiques du droit maritime international du Panama en matière d'accords de juridictions », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 275-293, spéc. n^o 33. L'auteur se sert de l'argument pour asseoir le jeu de l'exception d'ordre public dans le cadre de la loi maritime panaméenne qui ne la prévoit pas expressément.

¹⁶⁵⁰ Cass. soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Dlle Isopehi* : *JCP G* 2006, II, 10121, note Sylvain Bollée ; *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856, note Étienne Pataut et Petra Hammje.

Il s'agissait, dans cette affaire, d'une de ces situations dites « *d'esclavage moderne* ».

Moyennant une rémunération dérisoire, une jeune femme nigériane avait été « *placée par des membres de sa famille* » au service d'une personne domiciliée dans cet État, en qualité d'employée de maison. Le « *contrat* » prévoyait en outre l'obligation pour la « *salariée* » d'accompagner son « *employeur* » dans ses déplacements temporaires à l'étranger, notamment à Nice.

C'est à l'occasion de l'un de ces déplacements que l'affaire s'est trouvée portée à la connaissance du juge français. La jeune fille, ayant réussi à s'échapper, avait en effet saisi la juridiction prud'homale d'une demande de paiement d'un rappel de salaires et de l'indemnité forfaitaire de travail dissimulé.

Le juge du fond avait fait droit à ces demandes, en application de la loi française.

Dans son pourvoi en cassation, l'employeur contestait la compétence de l'ordre juridique français, à la fois sur le plan juridictionnel et législatif.

De fait, comme l'écrit le Professeur BOLLÉE dans sa note, « *sauf à démontrer que les séjours à Nice étaient d'une importance quantitative telle que le centre de gravité de la relation de travail s'était déplacé du Nigeria vers la France* »¹⁶⁵¹, le jeu normal des règles françaises de conflit de juridictions, en l'occurrence l'art. R 517-1 c. trav. [devenu, depuis 2008, l'art. R. 1412-1] transposé dans l'ordre international, qui retient le critère du « *lieu d'accomplissement du travail* », ne permettait pas d'établir la compétence internationale des juridictions françaises.

De la même manière, le jeu normal des règles de conflit de lois désignait *a priori* la loi nigériane comme compétente, l'article 6 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 soumettant le contrat de travail à la loi du lieu d'exécution habituelle, ou, en l'absence d'un tel lieu, à celle du pays où se trouve l'établissement d'embauche.

Procédant par substitution de motifs, la Chambre sociale a néanmoins rejeté le pourvoi, en justifiant la compétence attribuée à l'ordre juridique français dans les termes suivants : « *L'ordre public international s'oppose à ce qu'un employeur puisse se prévaloir des règles de conflit de juridictions et de lois pour décliner la compétence des juridictions nationales et évincer l'application de la loi française dans un différend qui présente un rattachement avec la France et qui a été élevé par un salarié placé à son service sans manifestation personnelle*

¹⁶⁵¹ *Op. cit.*, p. 1406. Compte tenu de la solution qu'elle a adoptée, la chambre sociale n'a pas eu à se prononcer sur ce point.

de sa volonté et employé dans des conditions ayant méconnu sa liberté individuelle ». On dirait l'exception d'ordre public international, mais ça n'est pas l'exception d'ordre public international...

Certainement, l'exception d'ordre public international peut, dans la fonction qu'on lui connaît, évincer l'application de la *lex contractus* étrangère, au bénéfice de l'application de la *lex fori*. Mais encore fallait-il, pour mener le raisonnement jusqu'à ce point, que la compétence des juridictions françaises pour connaître du litige fût établie.

Plus fondamentalement, à lire l'attendu de principe, ce sont les règles de conflit de juridictions et de lois françaises elles-mêmes qui se trouvent ainsi évincées, alors que l'exception d'ordre public international, telle qu'on la connaît n'a pour fonction que de faire obstacle à l'efficacité d'une norme étrangère¹⁶⁵².

En réalité, le raisonnement de chambre sociale procède de la mise en œuvre d'un mécanisme d'ordre public abductif (jusqu'à là) innommé¹⁶⁵³ permettant de faire échec au jeu normal des règles de conflit en vue de mettre fin à une situation portant atteinte à un agencement de valeurs typique du for et d'établir subséquemment la compétence globale de l'ordre juridique français.

On ajoutera que l'on se trouve en présence d'une situation telle que l'agencement typique se laisse très nettement identifier : il ne s'agit ni plus ni moins que de la prohibition de l'esclavage¹⁶⁵⁴.

L'idée de disponibilité constante connaît ainsi une positivité incontestable dans la jurisprudence française, qui n'hésite pas à faire jouer des mécanismes d'ordre public en l'absence de texte. Qu'en est-il en droit de l'Union ?

2) *L'épreuve de la jurisprudence européenne*

474. Dans l'ordre juridique de l'Union, la question de savoir si les *États membres* peuvent recourir à un mécanisme non écrit d'ordre public reçoit des réponses contradictoires¹⁶⁵⁵. Cela

¹⁶⁵² Sur le domaine de l'exception d'ordre public international, v. *supra* n^{os} 90-119.

¹⁶⁵³ Dans leur note précitée, les professeurs PATAUT et HAMMJE proposent d'y voir une déchéance procédurale proche de l'*estoppel* venant sanctionner le comportement moralement répréhensible de l'employeur, ce que conforte la formulation de l'attendu de principe, aux termes duquel c'est précisément à l'« *invocation* » des règles de conflit que s'oppose ici l'« *ordre public* ». On peut y voir également la manifestation d'un chef (autonome) de compétence internationale fondée sur l'idée de nécessité (Pierre MAYER et Vincent HEUZÉ, *Droit international privé, op. cit.*, n^o 299 ; Bernard AUDIT et Louis D'AVOUT, *Droit international privé, op. cit.*, n^o 414), ce qui s'autorise de la qualification de l'« *ordre public* » visé par le juge, d'« *international* ».

¹⁶⁵⁴ Sur ces « *cas faciles* », correspondant au « *noyau dur* » d'un agencement typique, v. *supra* n^o 416.

n'est pas étonnant. Au problème d'articulation entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs se greffe ici un problème de relation entre ordres juridiques qui cristallise les tensions. D'un côté, il ne faudrait pas que les États membres, sous couvert d'ordre public, réduisent à néant leurs obligations en vertu des Traités, de l'autre il ne paraît pas certain que la réalisation des objectifs de l'Union doive nécessairement se faire au prix d'une atteinte grave aux valeurs. Aussi bien, on peut identifier deux lignes de jurisprudence concurrentes : l'une que l'on peut juger *a priori* hostile à l'idée de disponibilité constante (a), l'autre, qui au contraire, procède à cette idée (b).

a) *La jurisprudence a priori hostile à l'idée de disponibilité constante*

475. La jurisprudence *a priori* hostile à l'idée de disponibilité constante est probablement la plus connue. En effet, la reconnaissance de la possibilité pour les États membres de recourir à un mécanisme d'ordre public qui ne serait pas prévu par un texte semble *a priori* heurter frontalement deux règles bien établies dans la jurisprudence de la Cour de justice, qui définissent de manière complémentaire le degré d'autonomie normative laissée aux États dans le champ d'application du droit de l'Union. Selon la première de ces règles, les États membres ne peuvent déroger au droit de l'Union que dans le cadre des mécanismes spécifiquement prévus à cette fin (i). Quand bien même une telle dérogation expresse existerait, selon la seconde règle, interdit plus subtilement aux États membres d'y recourir pour réaliser des intérêts qui seraient déjà pris en charge au niveau européen par un mécanisme *ad hoc* de protection (ii).

i) *L'interdiction des dérogations non expressément prévues*

476. Selon la première règle, les États membres ne peuvent tenir leurs obligations en échec que dans le cadre des dérogations expresses aménagées par le droit primaire ou dérivé et aux conditions qu'elles prévoient. Souvent affirmée¹⁶⁵⁶, cette règle trouve une expression particulièrement frappante dans la jurisprudence *Johnston*, selon laquelle on ne saurait « déduire » (en fait, il s'agirait plutôt d'une induction) des dérogations du Traité axées sur le

¹⁶⁵⁵ Envisagée du point de vue de l'Union, cette possibilité ne semble pas discutée : en atteste le recours spontané qu'a fait le juge de la fonction publique européenne à la notion d' « ordre public » dans l'affaire *Mandt* analysée *supra* n^{os} 212 et 214-236.

¹⁶⁵⁶ Déjà en ce sens v. CJCE, 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, aff. 7/61, Rec. p. 635 ; CJCE, 15 juillet 1964, *Costa contre E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. p. 1141, spéc. p. 1159 ; CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7-68, Rec. p. 617, spéc. p. 628 ; CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jtes 6 et 11/69, Rec. p. 523.

standard « *sécurité publique* »¹⁶⁵⁷, « *une réserve générale, inhérente au traité, excluant du champ d'application du droit communautaire toute mesure prise au titre de la sécurité publique* »¹⁶⁵⁸. La règle paraît très directement contraire à l'idée d'une immanence des mécanismes d'ordre public abductifs en droit de l'Union. Une thèse allemande a d'ailleurs nié, sur ce fondement, que la « *réserve d'ordre public* » puisse être qualifiée de « *principe général du droit communautaire* »¹⁶⁵⁹.

ii) *La paralysie des dérogations expresses en présence d'instruments ad hoc de protection*

477. Présentation. – Même lorsque que le droit de l'Union autorise expressément les États membres à déroger à ses dispositions, l'usage de cette faculté peut être paralysé par le jeu prioritaire d'un mécanisme *ad hoc* (plus déductif) de protection. Cette seconde règle régit tout d'abord les relations des différentes dérogations ouvertes aux États membres, entre les dérogations les plus spéciales et les dérogations les plus générales¹⁶⁶⁰. Plus intéressant est cependant l'effet de cette règle lorsque les intérêts antérieurement protégés au niveau national, par le biais du recours à la dérogation, le sont désormais au niveau européen, en conséquence d'une mesure d'eupéanisation directe. On peut parler de préemption : sous réserve que l'harmonisation opérée soit considérée comme complète, l'usage par l'Union de sa compétence législative dépossède les États membres de leur possibilité d'intervention.

De façon étonnante, cette règle joue aussi bien en présence d'une harmonisation des législations nationales au plan substantiel, qu'en présence d'un simple coordination de ces dernières. On envisagera ces deux cas successivement.

478. En présence d'une harmonisation au plan substantiel. – La règle qui paralyse l'usage des dérogations expresses en présence d'une harmonisation est constamment rappelée en matière de libre circulation. Dans ce domaine, elle s'explique par le « *lien fonctionnel* » entre le régime des justifications aux entraves et la compétence de l'Union au titre du marché

¹⁶⁵⁷ Sur ces clauses, v. *supra* n^{os} 310-312.

¹⁶⁵⁸ CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. p. 1651, pt 26. Pour des applications ultérieures, v. notamment : CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdrar c. The Army Board et Secretary of State for Defence*, C-273/97, Rec. p. I-7403, pt. 16 ; CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, Rec. p. I-69 pt. 16 ; CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory c. Bundesrepublik Deutschland*, C-186/01, Rec. p. 2479, pt. 31.

¹⁶⁵⁹ Hartmut SCHNEIDER, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Nomos, 1998, spéc. p. 53 et s.

¹⁶⁶⁰ En matière de libre circulation des jugements, la jurisprudence *Hoffmann* (CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann*, aff. 145/86) exposée *infra* n^o 491, en constitue une application.

intérieur, mis en évidence par Marc FALLON¹⁶⁶¹. En vertu de ce lien, l'Union est incitée à user de sa compétence pour intervenir là où, précisément, sont détectées des restrictions justifiées à la libre circulation. Corrélativement, le recours aux justifications se trouve paralysé lorsque le législateur est intervenu.

Dans sa dimension négative, qui nous intéresse ici, on trouvera une expression de ce lien dans l'arrêt *Compassion in World Farming*, dans lequel la Cour de justice affirme, de manière particulièrement claire, que : « *s'agissant [...] du recours à l'article 36 du traité, s'il est vrai que cette disposition permet de maintenir des restrictions à la libre circulation des marchandises justifiées par des raisons de moralité publique, d'ordre public ou de protection de la santé et de la vie des animaux, lesquelles constituent des exigences fondamentales reconnues par le droit communautaire, il n'en reste pas moins qu'un tel recours n'est plus possible lorsque des directives communautaires prévoient l'harmonisation des mesures nécessaires à la réalisation de l'objectif spécifique que poursuivrait le recours à l'article 36*¹⁶⁶² ».

479. En présence d'une simple coordination des législations nationales. – Étonnamment, cet effet de préemption de l'adoption d'acte de droit dérivé ne trouve pas à s'appliquer uniquement en présence d'une authentique harmonisation au fond des législations nationales. Il joue aussi au bénéfice d'une simple coordination des dispositifs nationaux, ainsi qu'en atteste le contentieux du détachement des travailleurs postérieur à l'expiration du délai de transposition de la directive 96/71¹⁶⁶³.

480. Dans ce domaine, la Cour a très tôt et assez généreusement admis que l'État membre d'accueil impose le respect de sa législation du travail et son dispositif de protection sociale au prestataire de services¹⁶⁶⁴. La jurisprudence postérieure est venue clarifier qu'une telle

¹⁶⁶¹ *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant, 2002, p. 222 et 224 ; *idem*, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004 p. 65-85.

¹⁶⁶² En l'espèce, ce sont les motifs exprimés tirés de la protection de la santé et de la vie des animaux et, compte tenu de la sensibilité de son opinion publique en la matière, de l'ordre public au sens matériel du terme qu'invoquaient le gouvernement anglais pour s'opposer à l'exportation de veaux à destination d'autres États membres pratiquant l'élevage de ces animaux en cage, conformément aux prescriptions minimales de la directive 91/629/CEE (JO L 340, p. 28).

¹⁶⁶³ Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services (ci-après « directive *détachement* »). Insistant sur le caractère strictement coordonnateur de la directive, qui tranche une question de droit applicable, à l'exclusion de toute harmonisation au fond, v. Jean-Sylvestre BERGÉ et Sophie ROBIN-OLIVIER, *Droit européen, op. cit.*, n° 229.

¹⁶⁶⁴ CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec. p. I-1417, pt. 18 : « *Le droit communautaire ne s'oppose pas à ce que les États membres étendent leur législation, ou les conventions collectives de travail conclues par les partenaires sociaux, à toute personne effectuant un travail salarié, même de caractère temporaire, sur leur territoire, quel que soit le pays d'établissement de l'employeur; le droit communautaire n'interdit pas davantage aux États membres d'imposer le respect de ces règles par les moyens appropriés.* » Et dès avant, v. CJCE, 3 fév. 1982, *Seco, Dequesne & Giral*, 62 et 63/81, Rec. p. 223, spéc. pt. 14.

faculté s'inscrit dans le cadre d'analyse traditionnel des dérogations permises à la libre circulation. En particulier, en application du principe de proportionnalité, le respect des dispositions ne peut être imposé au prestataire que dans la mesure où les travailleurs détachés ne jouissent pas, dans l'État membre d'origine, « *d'une protection essentiellement comparable*¹⁶⁶⁵ » ou « *d'une situation équivalente*¹⁶⁶⁶ ».

481. Prenant en considération des intérêts divergents des États membres à coût salarial fort et de ceux à coût salarial faible, dont les entreprises jouissent, de ce point de vue, d'un avantage comparatif, la directive *détachement* s'efforce de concilier « *l'inconciliable*¹⁶⁶⁷ », en se donnant pour objectif de promouvoir la libre prestation de services, tout en garantissant une concurrence loyale entre les opérateurs¹⁶⁶⁸. A cette fin, l'article 3-1° de la directive permet, impose même, aux autorités de l'État d'accueil, d'exiger le respect d'un « *un noyau de règles impératives de protection minimale*¹⁶⁶⁹ », dans un certain nombre de « *matières* », singulièrement le taux de salaire minimum, pour lequel n'existe, à la différence des autres domaines visés¹⁶⁷⁰, aucune mesure de rapprochement au niveau européen.

482. La question se posait, toutefois, s'il serait permis aux États membres d'opposer, après l'expiration du délai de transposition, au prestataire des dispositions qui ne seraient pas applicables au regard des strictes conditions de l'article 3-1°¹⁶⁷¹. On pouvait le penser, au regard des termes apparemment permissifs d'autres dispositions de la directive. Ainsi, de l'article 3-7, qui précise que l'application du « *noyau dur* » au prestataire s'opère sans préjudice « *de conditions d'emploi et de travail plus favorables pour les travailleurs* », incitant la doctrine, en particulier la doctrine travailliste¹⁶⁷², à voir dans la directive un

¹⁶⁶⁵ CJCE, 23 nov. 1999, *Arblade*, C-369/96 et C-376/96, Rec. I-8453.

¹⁶⁶⁶ CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, Rec. p. I-2189.

¹⁶⁶⁷ Nils WAHL, conclusions présentées le 18 septembre 2014 dans l'affaire *Sähköalojen ammattiliitto*, (CJUE, 1^{re} ch., 12 février 2015, C-396/13), spéc. pt. 32.

¹⁶⁶⁸ V. le considérant n° 5 de la directive : « *Considérant qu'une telle promotion de la prestation de services dans un cadre transnational nécessite une concurrence loyale et des mesures garantissant le respect des droits des travailleurs* ». Sur la finalité principalement économique de la directive, la protection des travailleurs n'étant que le *medium* d'une égalisation des conditions de la concurrence, v. Marie-Ange MOREAU, « Le détachement des travailleurs effectuant une prestation de service », *JDI*, 1996, p. 889-908, spéc. p. 890 ; Horatia MUIR WATT, « Aspects économiques du droit international privé », *op. cit.*, p. 264.

¹⁶⁶⁹ Cons. n° 13.

¹⁶⁷⁰ Il s'agit des « *périodes maximales de travail et les périodes minimales de repos* », de « *la durée minimale des congés annuels payés* » ; des « *conditions de mise à disposition des travailleurs, notamment par des entreprises de travail intérimaire* » ; de « *la sécurité, la santé et l'hygiène au travail* » ; des « *mesures protectrices applicables aux conditions de travail et d'emploi des femmes enceintes et des femmes venant d'accoucher, des enfants et des jeunes* » et de « *l'égalité de traitement entre hommes et femmes ainsi que d'autres dispositions en matière de non-discrimination* ».

¹⁶⁷¹ *Comp.* Catherine BARNARD, *EU Employment Law*, 4^e éd., 2012, p. 222 : « *However, Directive 96/71 was unclear as to whether the areas identified in Article 3(1) where an exhaustive list in which the host state must apply its law or merely minimum standards upon which host states could improve* ».

¹⁶⁷² *Ibidem*, p. 223 : « *Broadly speaking, the minimum standards reading was advocated by labour lawyers, the exhaustive reading (which sees the list of areas on Article 3(1) as a ceiling not a floor) was supported by single market lawyers.* »

instrument d'« *harmonisation minimale* », autorisant l'application par l'État membre d'accueil d'une « *protection renforcée* »¹⁶⁷³. Semblait également l'autoriser, l'article 3-10, premier tiret, qualifié de « *clause d'ouverture* » par la doctrine¹⁶⁷⁴, qui indique que la directive ne fait pas obstacle à ce que l'État membre d'accueil impose à l'opérateur des conditions de travail et d'emploi concernant des matières autres que celles constitutives du « *noyau dur* » du paragraphe un, « *dans la mesure où il s'agit de dispositions d'ordre public* ».

483. L'interprétation retenue par la Cour de justice dans le triptyque connu sous le nom de « *Laval*¹⁶⁷⁵, *Rüffert*¹⁶⁷⁶ et *Luxembourg*¹⁶⁷⁷ » est cependant venue décevoir ces espérances. Aujourd'hui, il ne fait plus de doute que l'article 3-7° de la directive ne peut opérer comme clause de protection renforcée au bénéfice de l'État d'accueil, cette disposition n'autorisant, selon la Cour, l'application de conditions plus favorables aux travailleurs détachés *qu'en vertu de la loi de l'État d'origine*¹⁶⁷⁸. Quant à la notion d'ordre public visée à l'article 3-10° de la directive, l'arrêt *Commission c. Luxembourg* en a imposé une interprétation « *restrictive*¹⁶⁷⁹ », calquée sur sa jurisprudence *Bouchereau*¹⁶⁸⁰ développée à propos des mesures d'éloignement des ressortissants d'autres États membres, selon laquelle « *l'ordre public ne peut être invoqué qu'en cas de menace réelle et suffisamment grave, affectant un intérêt fondamental de la société*¹⁶⁸¹ ». Placée à cette hauteur, la barre paraît difficile à atteindre. Comme le fait remarquer le Professeur BARNARD, exceptée la prohibition de l'esclavage, il est improbable qu'aucune disposition de la législation du travail de l'État d'accueil, aussi fondamentale soit-elle pour la protection de l'emploi, satisfasse jamais ce standard¹⁶⁸². Pour Mme BARNARD, cette interprétation revient, pratiquement, à biffer l'article 3-10° de la directive¹⁶⁸³.

¹⁶⁷³ V. les conclusions présentées par l'avocat général BOT dans l'affaire *Rüffert* (CJCE, 3 avril 2008, C-346/06), spéc. pt. 83 ; *adde* : Nicolas MOIZARD, « La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un 'noyau dur protecteur' ? », *Dr. soc.* 2008, p. 866-872.

¹⁶⁷⁴ Sophie ROBIN-OLIVIER, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail », *RTD eur.* 2008, p. 485-495, spéc. p. 491.

¹⁶⁷⁵ CJCE, 18 déc. 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. I-11767.

¹⁶⁷⁶ CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06, Rec. p. I-1989.

¹⁶⁷⁷ CJCE, 19 juin 2008, *Commission c. Luxembourg*, C-319/06, Rec. I-4323.

¹⁶⁷⁸ *Laval*, préc., pts 80 et 81 ; *Rüffert*, préc., pts 33 et 34.

¹⁶⁷⁹ *Commission c. Luxembourg*, préc., pt. 50.

¹⁶⁸⁰ Préc.

¹⁶⁸¹ *Commission c. Luxembourg*, préc., pt. 50.

¹⁶⁸² Catherine BARNARD, *EU Employment Law*, 4^e éd., 2012, p. 232 : « *With the exception of laws against slavery [...], it is difficult to see how states can argue that any labour laws, however fundamental to the system of employment, satisfy this extraordinary high standard [...]* ». *Eadem*, « The UK and the Posted Workers : The Effect of *Commission v. Luxembourg* on the Territorial Application of British Labour Law » *Ind. Law J.* 2009, p. 122-132.

¹⁶⁸³ *Ibidem*, p. 233 : « *The effet of Commission v. Luxembourg is to interpret Article 3(10) PWD [...] almost out of existence.* » Il est permis d'être plus nuancé. On peut certes regretter l'erreur conceptuelle qui consiste à confondre

484. Dans le même ordre d'idées, si la Cour paraît, au nom d'une interprétation de la directive « *à la lumière* » du droit primaire¹⁶⁸⁴, accepter qu'une restriction qui ne respecterait pas à la lettre les termes de la directive puisse être justifiée sur le fondement de l'art. 52 TFUE, c'est pour aussitôt fermer cette voie. Topique est à cet égard l'arrêt *Laval*, où la restriction litigieuse consistait en une action collective entreprise par les syndicats suédois pour contraindre le prestataire letton à adhérer à la convention collective du bâtiment prévoyant des conditions de travail et d'emploi, pour certaines, relevant des matières visées par l'article 3-1°, plus favorables que les conditions légales¹⁶⁸⁵ et, pour d'autres, relevant de matières non visées par l'article 3-1°. La Cour reconnaît certes que l'objectif de « *protection des travailleurs de l'État d'accueil contre une éventuelle pratique de dumping social* » poursuivi par cette action constitue une raison impérieuse de nature à justifier, en principe, une entrave à la libre prestation de service¹⁶⁸⁶. Selon elle, tel n'est cependant pas le cas en l'espèce, dans la mesure où, remarque-t-elle, l'employeur letton est, « *par l'effet de la coordination réalisée par la directive 96/71, [déjà] tenu d'observer un noyau de règles impératives de protection minimale dans l'État membre d'accueil*¹⁶⁸⁷ ». Autrement dit, la seule existence de la directive rend toute mesure qui n'en respecterait pas strictement les conditions *per se* disproportionnée¹⁶⁸⁸. Plus exactement, la seule existence de la directive rend

l'hypothèse où la question de l'acceptabilité sociale de la situation se pose dans un contexte de droit international privé, comme c'est le cas s'agissant de déterminer la loi applicable à la relation entre le travailleur détaché et son employeur, avec celle où l'ordre public doit être entendu au sens de la police des comportements, comme c'est le cas en matière migratoire (pour une confusion similaire, v. *Sayn-Wittgenstein*, analysé de ce point de vue *supra* n. 1149). Néanmoins, l'arrêt *Commission c. Luxembourg* a le mérite d'assurer une articulation cohérente de la directive et du règlement Rome I et, ce faisant, entre le mécanisme des lois de police et l'exception d'ordre public international. En effet, si, comme la Cour, on accepte l'idée que la directive réalise un équilibre définitif entre la libre prestation de services et la lutte contre le *dumping social* (v. *infra* n° 485), il est permis de voir, ainsi que le suggère d'ailleurs le considérant n° 34 du règlement, dans l'article 3-1° de la directive une mise en œuvre harmonisée de l'article 9-2° du règlement Rome I, ne permettant à l'ordre juridique du for d'appliquer, dans une situation de détachement, que les lois de police correspondant au « *noyau dur* » défini. En contrepoint, l'article 3-10° de la directive, que la Cour qualifie d'ailleurs d'« *exception d'ordre public* » (pt. 60), constitue le pendant de l'exception d'ordre public international de l'article 26 du règlement, ne pouvant servir, dans ce contexte de conflits de lois, qu'à la sanction d'une atteinte grave aux valeurs, à l'exclusion de la promotion d'objectifs sociétaux. A ce titre, l'application de cette disposition devrait, en effet, être rare, dès lors du moins que sont en cause les relations entre États membres. Sur cet aspect de l'arrêt, v. aussi Marc FALLON, « L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », in *Mél. Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 331-341.

¹⁶⁸⁴ *Laval*, pts 61 et 103 ; *Rüffert*, pt. 36.

¹⁶⁸⁵ Et, à ce titre, ne rentrant pas dans les clous de la directive, la Suède n'ayant fait usage de la faculté que lui offre, en l'absence de système de déclaration d'application générale, l'article 3-8° de rendre l'application de la convention collective obligatoire. Sur cet aspect de l'arrêt, v. en particulier Pierre RODIÈRE « Les arrêts Viking et Laval, le droit de grève et le droit de négociation », *RTD eur.* 2008, p. 47-66 ; *idem*, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, 2014, p. 642-643.

¹⁶⁸⁶ Pt. 103.

¹⁶⁸⁷ Pt. 108.

¹⁶⁸⁸ *Comp.* Stéphanie FRANCO, note sous CJCE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05 et CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, *JDI* 2008, chron. 4, n° 20 : « *N'y a-t-il pas quelque contradiction à vouloir apprécier les actions collectives (et avec elles, la volonté d'appliquer la convention collective du bâtiment) au regard de l'article 49 CE, mais à tirer argument de l'existence de la directive pour les considérer comme privées de justification ?* » ; Loïc AZOULAI, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *CMLR* 2008, p. 1335-1354, spéc. p. 1353 : « *In its judgment, the Court indicates that the provisions of the*

toute mesure nationale qui, *tout en poursuivant les mêmes objectifs de protection des travailleurs et d'égalisation des conditions de la concurrence*, irait au-delà de ce que la directive prévoit, disproportionnée.

485. Au fond, l'idée sous-jacente aux arrêts *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg* est la suivante : quoique procédant par simple coordination des impératifs nationaux, la directive *détachement* réalise une harmonisation, non pas minimale comme on a longtemps voulu le croire, mais maximale¹⁶⁸⁹. Comme l'a souligné l'avocat général KOKOTT dans un colloque organisé par le ministère du travail et des affaires sociales allemand à la suite de ces décisions, pour la Cour, la directive fixe une fois pour toutes le point d'équilibre entre libre prestation de services d'une part et protection des travailleurs d'autre part¹⁶⁹⁰.

486. Le contentieux du détachement de travailleurs illustre ainsi parfaitement l'effet de « *préemption* »¹⁶⁹¹ qu'exerce l'intervention du législateur européen sur l'usage des dérogations admises au droit de l'Union. Avant cette intervention, la concrétisation des intérêts susceptibles d'étayer le recours à la dérogation s'opère certes sous contrôle de la Cour, mais au niveau national. Dans ce contexte, l'activation par le législateur européen de sa compétence a pour raison d'être et pour portée d'élever la protection de ces intérêts au niveau européen. A supposer que l'harmonisation opérée puisse être tenue pour maximale, l'opération de pondération opérée par le législateur doit être tenue pour définitive. La protection désormais assurée au niveau européen, le recours aux dérogations antérieurement disponible n'est plus légitime. La problématique de répartition des compétences entre ordre juridique national et ordre juridique de l'Union (c'est l'effet de « *vases communicants* » de la doctrine de la préemption), s'accompagne d'une question de choix de la technique juridique adéquate pour protéger les valeurs en cause : à la mise en œuvre casuistique d'une dérogation,

Directive must be interpreted in the light of Art ; 49 EC. But, at the end of the day, it does exactly the contrary : it sticks to a strict interpretation of the Directive and brings the interpretation of Article 49 EC back to this interpretation of the Directive.

¹⁶⁸⁹ Pour une explication de cette interprétation, qui, à en juger par l'opinion d'une part au moins de la doctrine, ne s'imposait pas avec évidence, v. *infra* n° 514.

¹⁶⁹⁰ Juliane KOKOTT, « The ECJ's Interpretation of the Posting Directive in the *Laval* and *Rüffert* Judgments », 26 juin 2008 (http://www.bmas.de/coremedia/generator/26986/property=pdf/2008_07_16_symposium_eugh_kokott.pdf, consulté en dernier lieu le 8 septembre 2009) : « *It therefore seems to me that, in the view of the Court of Justice, the directive constitutes a final codified weighing up of the free movement of services on the one hand and the protection of workers on the other hand* ». On trouvera une version publiée de cette contribution dans : Olaf SCHOLZ et Ulrich BECKER (dir.), *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten*, Nomos, 2009, p. 165-172.

¹⁶⁹¹ Pour l'utilisation du terme dans ce cadre, v. Catherine BARNARD, *EU Employment law*, 4^e éd., spéc. p. 232 : « *How can this circle be squared ? Perhaps the only way is through reliance on the doctrine of pre-emption. The Union legislature has selected those matters listed in Article 3(1)(a)-(g) PWD [Posted Workers Directive] to be mandatory under [...] Article 9(2) of the Rome Regulation. Therefore, Member States cannot unilaterally rely on [...] Article 9(2) and Article 3(10) [PWD] to impose additional requirements on posted workers over and above those laid down by Article 3(1) PWD, except in truly exceptional circumstances (which may, in fact, never arise).* »

succède l'application d'un mécanisme *ad hoc* de protection. Autrement dit, un mécanisme de protection *abductif* cède la place à un mécanisme de protection (plutôt) *déductif*. L'évolution de la jurisprudence de la Cour rend compte de ce double changement. Au régime du détachement de travailleurs dans le cadre d'une prestation de services fondé sur l'interprétation du droit primaire, caractérisé par une grande casuistique¹⁶⁹², mais aussi, ce que l'on n'a peut-être pas assez souligné, par une grande souplesse à l'égard de l'autonomie normative des États membres, succède un système rigidifié par l'intervention du législateur, où plus guère ne semble permis, en dehors des strictes conditions posées par le texte. L'avocat général WAHL parle d'un « *changement de paradigme* »¹⁶⁹³. Rien que la directive, toute la directive, la Cour tire les conséquences du difficile compromis atteint en 1996.

487. Transition. – Interdiction pour les États membres de déroger au droit de l'Union en dehors des dispositions prévues à cette fin ; interdiction de recourir aux dérogations prévues lorsque les intérêts protégés par ces dernières sont réalisés à suffisance par un mécanisme de protection *ad hoc*. Compte tenu de ces principes, *a priori* fort clairs, on peut être surpris découvrir dans la jurisprudence de la Cour de justice, des arrêts favorables à l'idée d'une immanence des mécanismes d'ordre public *abductifs*.

b) La jurisprudence procédant de l'idée de disponibilité constante

488. Moins souvent mise en exergue, il existe une seconde ligne de jurisprudence favorable à l'invocation par les États membres de leur ordre public, là où les textes ne paraissent pas le prévoir. Là aussi, l'idée de disponibilité constante se manifeste de façon plus ou moins spectaculaire. Dans l'arrêt *Krombach*¹⁶⁹⁴, l'interprétation de la Convention de Bruxelles apparaît novatrice moins par rapport au texte lui-même, qui prévoyait bel et bien une clause générale d'ordre public, que par rapport à l'idée que l'on se faisait jusque là de cette dernière. Dans l'arrêt *Kyrian*¹⁶⁹⁵, la Cour a, de façon *a priori* directement contraire à la jurisprudence

¹⁶⁹² Pour une dénonciation de l'atteinte à la sécurité juridique que réalise le contrôle au cas par cas de l'acceptabilité des lois de police des États membres, v., de manière emblématique, Vincent HEUZÉ, « L'Union européenne, la démocratie et l'État de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586 : « À quoi les notaires, les avocats, les conseils juridiques ou les juristes d'entreprises pourront-ils se fier si l'obligation de respecter une règle impérative quelconque doit dépendre, cas par cas, d'une appréciation de la CJCE, qui ne pourra intervenir que plusieurs années, sinon plusieurs décennies après le moment où ils devront eux-mêmes arrêter leur position ? » (c'est l'auteur qui souligne).

¹⁶⁹³ Conclusions précitées., pt. 33.

¹⁶⁹⁴ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935.

¹⁶⁹⁵ CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, C-233/08, Rec. p. I-177.

que nous venons d'étudier, découvert une clause non-écrite d'ordre public au bénéfice des États membres.

i) *L'interprétation « quasi contra legem » de la clause d'ordre public de l'arrêt Krombach*

489. Un premier pas en ce sens résulte de l'arrêt rendu le 28 mars 2000 dans la célèbre affaire *Krombach*¹⁶⁹⁶. Ainsi qu'il est bien connu, l'arrêt *Krombach* a admis, contrairement à l'interprétation de la Convention de Bruxelles qui prévalait jusqu'alors, un recours subsidiaire à la clause générale d'ordre public de l'art. 27-1°, pour sanctionner une iniquité procédurale que les mécanismes de protection *ad hoc* institués par la Convention n'avaient pas permis de résorber, et, même, à vrai dire, autorisaient. A ce titre, il s'impose comme une référence incontournable.

490. On se souvient que, dans cette affaire, le défendeur, allemand et domicilié en Allemagne, avait été reconnu coupable par les juridictions françaises de violences ayant entraîné la mort sans intention de la donner commises à l'encontre de sa belle-fille française et condamné à indemniser le père de la victime de son préjudice moral, ceci sans que, lui-même ayant refusé de comparaître personnellement, ses avocats aient pu être entendus, conformément à l'ancienne procédure de contumace¹⁶⁹⁷.

Une action en *exequatur* de la décision française rendue sur les intérêts civils ayant été introduite en Allemagne, le juge allemand vit dans le refus opposé au défendeur d'être représenté par un avocat un motif de contrariété à son ordre public international, le droit processuel allemand reconnaissant en toutes circonstances le droit de l'accusé contumax de se faire assister par un avocat¹⁶⁹⁸. La clause générale de l'ordre public de la Convention de Bruxelles pouvait-elle être utilisée à cette fin ?

491. Un argument d'ordre systémique, fondé sur le très classique principe *lex specialis*, paraissait s'y opposer.

¹⁶⁹⁶ CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98 : *Rev. crit. DIP* 2000, p. 301-306, note Horatia Muir Watt ; *JDI* 2001, p. 690-696, note André Huet.

¹⁶⁹⁷ Anc. art. 627 et s. c. proc. pén., spéc. art. 630 : « *Aucun conseil, aucun avoué ne peut se présenter pour l'accusé contumax* ». Suite à la condamnation de la France, dans cette même affaire, devant la CEDH (CEDH, 3^e sect., 13 février 2001, *Krombach c. France*, n° 29731), la loi du 9 mars 2004 a abrogé ces dispositions et institué une procédure par défaut où l'avocat de l'accusé peut avoir la parole, mais qui se déroule sans assistance des jurés (art. 379-3 c. proc. pén.).

¹⁶⁹⁸ On trouve là l'expression d'un agencement typique de valeurs. Sur ce point, v. le pt. 21 des conclusions présentées par l'avocat général SAGGIO, ainsi que la présentation très détaillée du cadre juridique et factuel de l'affaire dans l'arrêt rendu par la Cour EDH (préc.).

En effet, la Cour de justice avait déjà eu l'occasion de préciser qu'un recours à la clause générale de l'ordre public « *est en tout cas exclu lorsque le problème posé doit être résolu sur la base d'une disposition spécifique*¹⁶⁹⁹ », conformément à la jurisprudence traditionnelle qui interdit aux États membres de recourir aux dispositifs dérogatoires du droit de l'Union, lorsque la protection de l'intérêt qu'il prétendent par là protéger se trouve réalisée à suffisance par un mécanisme *ad hoc*¹⁷⁰⁰.

Plus exactement, dans l'affaire *Krombach*, ce sont deux motifs spéciaux de refus de reconnaissance qui paraissaient devoir entrer en ligne de compte, posant chacun la question de la délimitation exacte de son domaine de protection¹⁷⁰¹.

492. Le premier, seul explicitement visé par la question préjudicielle, résultait de l'article II du protocole annexé à la Convention¹⁷⁰². Cette disposition édicte, « *dans un souci de protection des droits de la défense, une véritable règle matérielle de procédure pénale*¹⁷⁰³ » selon laquelle « *les personnes domiciliées dans un État contractant et poursuivies pour une infraction involontaire devant les juridictions répressives d'un autre État contractant dont elles ne sont pas ressortissantes peuvent se faire défendre par les personnes habilitées à cette fin, même si elles ne comparaissent pas personnellement* ». L'alinéa 2 du texte permet néanmoins « *à la juridiction saisie d'ordonner la comparution personnelle* ». Mais, si tel est le cas et que la comparution n'a pas lieu, cet alinéa précise que le juge de l'État requis peut sanctionner la méconnaissance du droit reconnu par l'alinéa 1 au défendeur par un refus de reconnaissance et d'exécution de la décision rendue sur l'action civile.

M. *Krombach* ayant été précisément condamné pour une infraction volontaire et non involontaire, deux interprétations étaient concevables. Soit l'on considérait que la règle uniforme, ne visant que les infractions involontaires, n'avait pas réglé le cas et, alors, rien ne s'opposait au recours à l'exception d'ordre public¹⁷⁰⁴. Soit, et la jurisprudence qui avait estimé que l'objectif des rédacteurs avait été d'« *exclure du bénéfice de se faire défendre sans comparaître personnellement les personnes poursuivies pour des infractions dont la gravité le*

¹⁶⁹⁹ CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann*, aff. 145/86, Rec. p. 645, sp. pt. 21, à propos de l'art. 27-3°, qui vise le cas où la décision à reconnaître est inconciliable avec une décision rendue entre les mêmes parties dans l'Etat requis ; CJCE, 10 octobre 1996, *Hendrikman*, aff. C-78/95, Rec. p. I-4943, spéc. pt. 23, à propos de l'art. 27-2°, qui vise la protection des droits du défendeur défaillant.

¹⁷⁰⁰ V. *supra* n° 477 et s.

¹⁷⁰¹ Sur ce problème, dans la mise en œuvre du principe *lex specialis* en général, v. Jean-Louis BERGEL, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001, spéc. p. 190-194.

¹⁷⁰² Disposition repris à l'article 64 du règlement Bruxelles I bis.

¹⁷⁰³ André HUET, note sous CJCE, 26 mai 1981, *Rinkau*, aff. 157/80, *JDI* 1981, p. 888-893, p. 888.

¹⁷⁰⁴ En ce sens, v. le point 31 des conclusions présentés par l'avocat général SAGGIO, préc.

*justifie*¹⁷⁰⁵ » était plutôt en ce sens, l'on considérait au contraire qu'elle l'avait réglé, et ce de manière négative. En ce cas, le principe *lex specialis* interdisait d'en revenir à l'art. 27-1¹⁷⁰⁶.

493. Le second chef de refus d'efficacité pertinent résultait de l'art. 27-2°, qui permettait de ne pas reconnaître une décision rendue par défaut lorsque la non-comparution du défendeur trouvait son origine dans la signification défectueuse de l'acte introductif d'instance¹⁷⁰⁷.

Or, ici c'est bien de propos délibéré et non pas à raison d'un défaut dans la signification que l'accusé n'avait pas comparu¹⁷⁰⁸.

De ce point de vue, l'affaire *Krombach* posait, quoiqu'implicitement, une question intensément débattue en doctrine : celle savoir si l'institution du motif spécial de l'art. 27-2° épuisait la possibilité d'un refus de reconnaissance pour atteinte à ce qu'on appelle en France l'« *ordre public procédural* », c'est-à-dire pour un vice lié à la complexion ou la conduite de la procédure étrangère dans le cadre de l'espace judiciaire européen¹⁷⁰⁹. Pour la doctrine majoritaire, le principe de confiance mutuelle qui irrigue la Convention, imposait de répondre par l'affirmative¹⁷¹⁰.

494. Au regard de ces éléments, il est permis de penser que les négociateurs de la Convention avaient envisagé et, en conséquence, entendu régler une situation telle que celle qui s'est présentée dans l'affaire *Krombach*, et ceci dans le sens d'une exclusion du recours à l'exception d'ordre public. Ce qu'ils n'avaient pas anticipé en revanche c'est, pour reprendre la formule du Professeur MUIR WATT, « *sinon [...] l'avènement, du moins [...] l'essor des droits fondamentaux de la procédure*¹⁷¹¹. »

¹⁷⁰⁵ CJCE, 26 mai 1981, *Rinkau*, aff. 157/80, Rec. p. 1391, spéc. pt. 12, rappelé au pt. 41 de l'arrêt *Krombach*.

¹⁷⁰⁶ Sur ce raisonnement, v. André HUET, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *JDI* 2001, p. 690-696, spéc. p. 693-694.

¹⁷⁰⁷ Et permet toujours, sous réserve d'une formulation améliorée, v. l'actuel art. 45, paragraphe 1, littéra a du règlement Bruxelles I *bis*.

¹⁷⁰⁸ Sur ce point, il faut à nouveau consulter l'arrêt de la CEDH pour être correctement renseigné, l'arrêt de la Cour de justice se bornant à indiquer que la décision de renvoi de la chambre d'accusation et la constitution de partie civile avaient été signifiées à M. Krombach.

¹⁷⁰⁹ Pour un exposé des termes du débat, v. Hélène GAUDEMET-TALLON, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, *op. cit.*, n^{os} 402-403.

¹⁷¹⁰ En ce sens, v. particulièrement Pierre GOTHOT et Dominique HOLLEAUX, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985, n^{os} 254, 256 et 271 ; Georges A. L. DROZ, *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972, n^{os} 487 et s., spéc. n^o 489.

¹⁷¹¹ Note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481-497, spéc. n^o 9.

Aussi bien, et pour reprendre la distinction opérée plus haut, l'affaire *Krombach* posait un problème lié, non à la contingence des agencements de valeurs, mais à la variabilité dans le temps de ces derniers¹⁷¹².

Il faut alors souligner les contraintes institutionnelles, directes et indirectes, qui ont pesé sur la réponse de la Cour de justice. Au moment où cette dernière statue, le droit au procès équitable fait indéniablement partie du « bloc de légalité » communautaire, en tant que principe général du droit. En outre se posait pour elle, quoiqu'indirectement¹⁷¹³, le problème de ne pas placer les États membres, tous parties à la CEDH, en situation de « *Pflichtkonflikt* »¹⁷¹⁴.

495. Dans ces conditions, il n'est pas étonnant que, ayant rappelé dans des observations préliminaires, d'une part le lien entre la Convention de Bruxelles, qui à proprement parler n'est pas une source de droit de l'Union, et le Traité¹⁷¹⁵, et, d'autre part, la place du procès équitable en tant que principe général du droit dans l'ordre juridique communautaire¹⁷¹⁶, la Cour ait finalement reconnu à l'État requis le droit de considérer que le refus d'entendre la défense de l'accusé dans l'État d'origine constituait une violation manifeste de son ordre public international, au sens de l'27-1^o¹⁷¹⁷.

496. Dans ce cadre, la référence aux principes généraux du droit communautaire, ne constitue pas, il faut y insister, une concrétisation du standard « *ordre public* » ou même, plus exactement, un contrôle par la Cour de justice du bien fondé de la concrétisation opérée par le juge allemand¹⁷¹⁸. Cette référence vise, en amont, à faire sauter le double verrou qui semblait

¹⁷¹² Sur cette distinction, v. *supra* n^{os} 410-412.

¹⁷¹³ C'est du reste une de ces contraintes institutionnelles indirectes qui est à l'origine de l'intégration même des droits fondamentaux au droit primaire. On sait, en effet que cette évolution trouve son origine dans la menace proférée par la Cour constitutionnelle allemande de remettre en cause le principe de primauté, tel que l'entend la Cour de justice si l'Union, à l'époque la Communauté, n'assurait pas une protection de ces droits au moins équivalente à celle résultant du *Grundgesetz*. Sur ces contraintes institutionnelles indirectes, résultant de la coexistence d'ordres juridiques qui se veulent tous autonomes, et, en conséquence, difficilement soluble par les concepts cognitifs de la science du droit, v. Nicolas LERON, *La gouvernance constitutionnelle des juges*, *op. cit.*

¹⁷¹⁴ Sur ce contexte, v. la note préc. de Mme MUIR WATT, spéc. n^o 10.

¹⁷¹⁵ Pt. 24. Sur ce lien, qui fait de la Convention de Bruxelles une convention « *rattachée* » au Traité CE, v. Philippe-Emmanuel PARTSCH, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, préf. François Rigaux, Larcier, 2003, spéc. p. 38 et s., p. 109 et s. et p. 147 et s.

¹⁷¹⁶ Pts 25-28.

¹⁷¹⁷ Pt. 40.

¹⁷¹⁸ Au contraire, au moment de vérifier, au points 38 à 40 de l'arrêt, si la procédure française pouvait être vue comme ayant porté atteinte au droit d'être entendu, la Cour de justice, ne vise plus, de manière remarquable, les principes généraux du droit communautaire, mais leurs seules sources matérielles d'inspiration que sont les « *traditions constitutionnelles communes aux États membres* » (pt. 38) et la jurisprudence de la CEDH (pt. 39). Formellement, la Cour ne se réfère aux principes généraux du droit communautaire que dans ses observations préliminaires (pts 25-27) et après avoir admis que le juge allemand était, *au regard de la jurisprudence de la CEDH*, en droit de considérer que la procédure française s'était déroulée en violation manifeste d'un droit fondamental (pt. 40), aux points 42 et s. de l'arrêt pour établir la nécessité d'interpréter la Convention elle-même, son système, dans un sens conforme aux exigences du procès équitable.

paralyser en l'espèce le recours à la clause général d'ordre public ; elle justifie une interprétation quasi-*contra legem*¹⁷¹⁹ de la Convention de Bruxelles, conformément à la fonction correctrice des principes généraux du droit. Un tel raisonnement relève de l'interprétation conforme : il s'agit d'interpréter les stipulations de la Convention conformément aux normes de rang supérieur que sont les principes généraux du droit communautaire.

497. Le détail de la motivation, qui, compte tenu de la question préjudicielle posée, ne vise explicitement que l'art. II du Protocole, mais qui justifie implicitement de condamner l'interprétation jusque là retenue des rapports entre la clause générale de l'ordre public et le motif spécial de l'art. 27-2°, mérite d'être cité.

La Cour rappelle ainsi que, dans l'ordre juridique communautaire, « *le respect des droits de la défense dans toute procédure ouverte à l'encontre d'une personne et susceptible d'aboutir à un acte faisant grief constitue un principe fondamental de droit communautaire qui doit être assuré même en l'absence de toute réglementation concernant la procédure*¹⁷²⁰ ».

S'agissant plus particulièrement de la jurisprudence développée sur le fondement de la Convention de Bruxelles, elle ajoute que « *la Cour a également jugé que, même si le but de la convention est d'assurer la simplification des formalités auxquelles sont subordonnées la reconnaissance et l'exécution réciproques des décisions judiciaires, cet objectif ne saurait toutefois être atteint en affaiblissant les droits de la défense*¹⁷²¹ ».

Et conclut qu' « *il découle de cette évolution jurisprudentielle que le recours à la clause de l'ordre public doit être considéré comme étant possible dans les cas exceptionnels où les garanties inscrites dans la législation de l'État d'origine et dans la convention elle-même n'ont pas suffi à protéger le défendeur d'une violation manifeste de son droit de se défendre devant le juge d'origine, tel que reconnu par la CEDH*¹⁷²² ».

498. Il y a, dans ce passage, deux éléments fondamentaux. D'une part, la Cour reconnaît que les agencements de valeurs typiques consacrés au niveau européen ont évolué, ont « *glissé* » dans le sens d'un accroissement de la part attribuée à la valeur « *droit de la défense* ». D'autre part, et subséquemment, elle admet que la jurisprudence traditionnelle interdisant, en présence

¹⁷¹⁹ V. Horatia MUIR WATT, note préc, spéc. n° 1 qui parle d'une « *une lecture conciliatrice, qui frôle elle-même, pour la première fois, l'interprétation contra legem* »

¹⁷²⁰ Pt. 42.

¹⁷²¹ Pt. 43.

¹⁷²² Pt. 44. Nous soulignons.

de mécanismes de protection *ad hoc*, aux États membres de recourir aux mécanismes d'ordre public abductifs que le droit de l'Union met sinon à leur disposition ne doit pas trouver ici à s'appliquer, dans la mesure où l'évolution constatée des valeurs européennes a rendu les mécanismes *ad hoc* de la Convention de Bruxelles obsolètes.

On ne saurait mieux exprimer la nécessité objective des mécanismes abductifs d'ordre public, en l'occurrence de « *clause générale* » d'ordre public de la Convention de Bruxelles.

499. Transition. – Si l'arrêt *Krombach* est déjà remarquable, en tant qu'il déverrouille une clause écrite d'ordre public dans une situation à laquelle elle n'avait vocation, dans l'esprit de ses auteurs, à s'appliquer, l'arrêt *Kyrian* est encore plus spectaculaire, dans la mesure où la Cour y révèle d'existence d'une « *clause d'ordre public* » non écrite.

ii) *La découverte d'une clause non-écrite d'ordre public de l'arrêt Kyrian*

500. L'arrêt *Milan Kyrian*, rendu le 14 janvier 2010¹⁷²³ consacre l'existence d'une exception non écrite d'ordre public au sein d'un instrument européen de coopération interétatique¹⁷²⁴, à savoir la directive 76/308/CEE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances publiques¹⁷²⁵, dans un contexte juridique et factuel qu'il convient de préciser, compte tenu du caractère relativement peu étudié de ces questions.

501. Cadre juridique et factuel. – La directive prévoit trois formes d'assistance : l'échange d'information, la notification de tout document relatif à la créance et le recouvrement proprement dit, ainsi que la prise de mesures conservatoires.

¹⁷²³ CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, C-233/08 : *Europe* 2010, comm 109 obs. Valérie Michel. Sur cet arrêt, v. aussi Anatol DUTTA, « Grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzung in Europa : Konvergenz der Beitreibungssysteme in Zivil- und Verwaltungssachen ? », *IPRax* 2010, p. 504-510.

¹⁷²⁴ Sur cette coopération interétatique, qui forme l'objet de ce que nous avons appelé le « *droit public international* », v. *supra* spéc. n° 179.

¹⁷²⁵ Directive 76/308/CEE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, droits, taxes et autres mesures (version consolidée du 1^{er} mai 2004). Plusieurs fois modifiée, dans le sens d'une extension de son champ d'application matériel, la directive était en l'espèce applicable dans sa dernière version, telle qu'amendée par la directive 2001/44/CE du 15 juin 2001. Depuis, la directive 76/308 a fait l'objet, en 2008, d'une codification et a été, de ce fait, abrogée et remplacée par la directive 2008/55/CE. Cependant, l'accroissement, très significatif ces dernières années, des demandes d'assistance, sous l'effet combiné de la mobilité accrue des personnes privées et du strict encadrement par la Cour de justice des dispositifs nationaux de lutte contre la fraude fiscale et d'imposition des opérations transfrontalières, a rapidement rendu nécessaire une nouvelle réforme, de plus grande envergure. Ce fût l'œuvre de la directive 2010/24/UE du 16 mars 2010, qui, outre une extension supplémentaire de son domaine matériel, réalise, accompagnée de son règlement d'exécution (règlement n° 1189/2011 du 18 novembre 2011), une meilleure institutionnalisation et standardisation accrue de l'assistance interétatique. Sur ces textes et la transposition française de la directive, v. Lukasz STANKIEWICZ, « Conventions fiscales. Assistance administrative internationale. Assistance au recouvrement », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 3145, 2014.

Si le volet « échange d'information » de la directive prévoit bien un motif de refus d'assistance axé sur la notion d'ordre public¹⁷²⁶, en revanche les dispositions relatives à l'assistance au recouvrement, dont il était question dans cette affaire, ne prévoient rien de ce type. L'article 14 de la directive ne prévoit ainsi que deux motifs de refus, tenant, pour le premier, « *aux graves difficultés d'ordre économique et social* » que susciterait « *dans l'État requis* » l'exécution de la demande, « *en raison de la situation du redevable* »¹⁷²⁷, et, pour le second, à l'ancienneté de la créance¹⁷²⁸.

502. En l'espèce, les autorités allemandes avaient sollicité des autorités tchèques qu'elles procèdent à l'encontre d'un de leurs résidents au recouvrement d'une créance fiscale. Cette créance, ou plutôt le titre exécutoire la constatant, avait préalablement été notifié par l'intermédiaire, également, des autorités locales, non en application de la directive toutefois, la République tchèque n'étant pas encore à cette date membre de l'Union, mais d'un accord bilatéral signé entre les deux pays¹⁷²⁹. Les autorités tchèques avaient bel et bien donné suite à cette demande et pratiqué une retenue sur le salaire de l'intéressé, lequel a cependant formé un recours contre cette mesure d'exécution. Ce dernier pointait deux problèmes.

Le premier tenait à ce que le titre exécutoire allemand n'identifiait qu'insuffisamment le débiteur. En effet, ce dernier n'était désigné que par ses nom, prénom et adresse, alors que sous ce toit vivaient trois homonymes : le requérant au principal, son père et son fils. La date de naissance n'avait été mentionnée pour la première fois que dans la demande de recouvrement. Le requérant en concluait que le titre allemand ne pouvait être regardé comme exécutoire, ni la notification intervenue comme régulière.

Le second problème tenait à ce que les documents notifiés n'avaient pas été traduits de l'allemand, de telle sorte que, ne comprenant pas cette langue, le requérant n'aurait pas pu prendre les mesures appropriées pour faire valoir ses droits.

En conséquence, la juridiction tchèque de renvoi posait à la Cour de justice la question de savoir si elle était compétente pour vérifier le caractère exécutoire du titre au regard du droit tchèque, lequel pose, très classiquement, l'exigence d'une désignation précise ou à tout le

¹⁷²⁶ Art. 4-3°, lit. c), aux termes duquel, « *l'autorité requise n'est pas tenue de transmettre des renseignements [...] dont la communication serait de nature à porter atteinte à la sécurité ou à l'ordre public de cet Etat* ».

¹⁷²⁷ Art. 14 al. 1, lit. a).

¹⁷²⁸ Art. 14 al. 1, lit. b).

¹⁷²⁹ Sauf à la déduire de la chronologie du litige, on ne trouvera cette information nulle part dans l'arrêt ; il faut se reporter pour cela à la septième note des conclusions de l'avocat général MAZÁK.

moins exclusive de confusion du débiteur dans le titre exécutoire¹⁷³⁰, et, corrélativement, pour apprécier la régularité de la notification.

Elle lui demandait en outre s'il « *découl[ait] des principes généraux du droit de l'Union, en particulier du principe du procès équitable, du principe de bonne administration et du principe de l'État de droit que la notification du titre [...] dans une langue autre que celle qu'il comprend et qui n'est pas non plus la langue officielle de l'État dans lequel le titre est notifié [...] est entachée d'un défaut qui permet de refuser le recouvrement sur la base d'un tel titre.* »

A ces questions, la Cour répond en trois temps, réponses qu'il convient d'exposer, avant d'en analyser la portée, du point de vue qui nous intéresse, c'est-à-dire d'une possible disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs.

a) Solution

503. S'agissant, en premier lieu, de savoir si la juridiction tchèque, et plus largement, les autorités requises pouvaient contrôler le caractère exécutoire du titre, la réponse ne faisait aucun doute, au regard des dispositions de la directive¹⁷³¹. L'article 12 de cette dernière opère en effet une stricte répartition du contentieux qu'est susceptible de générer la procédure de recouvrement, selon laquelle les contestations relatives à la créance ou au titre sont de la compétence des instances de l'État requérant, tandis que celles relatives aux mesures d'exécution relèvent de la compétence des instances de l'État requérant.

La Cour en conclut qu'en principe, les autorités de l'État requis ne peuvent mettre en cause la validité et le caractère exécutoire du titre, qui relèvent de la compétence des instances de l'État requérant et s'apprécient au regard du droit de cet État.

Elle pose cependant aussitôt une limite à cette compétence, pourtant qualifiée d'« *exclusive* », en admettant que les autorités de l'État requis puissent refuser de procéder au recouvrement, ou subordonner ce dernier à des conditions, lorsque l'exécution du titre porterait atteinte à leur « *ordre public* », en des termes qui méritent d'être intégralement cités : « *S'il relève [...] en principe, de la compétence exclusive des instances de l'État membre où l'autorité requérante a son siège de connaître du bien-fondé des contestations portant sur la créance ou le titre exécutoire, il ne saurait être exclu que, à titre exceptionnel,*

¹⁷³⁰ V. sur ce point le pt. 11 des conclusions de l'avocat général MAZÁK, qui fait état des motifs de la décision de renvoi.

¹⁷³¹ On peut néanmoins comprendre cette question, comme invitation à considérer le caractère exécutoire du titre comme une condition implicite de recevabilité de la demande de notification (*comp.* l'article 38 du règlement Bruxelles I).

*les instances de l'État membre où l'autorité requise a son siège soient habilitées à vérifier si l'exécution dudit titre serait de nature à porter atteinte notamment à l'ordre public de ce dernier État membre et, le cas échéant, à refuser d'accorder l'assistance en tout ou en partie ou à la subordonner au respect de certaines conditions*¹⁷³² »

Cette affirmation s'appuie sur deux arguments textuels.

Il s'agit tout d'abord de la règle dite du « *traitement national* »¹⁷³³ contenue aux articles 6 et 8 de la directive, selon laquelle la créance faisant l'objet d'une demande de recouvrement ainsi que le titre permettant l'exécution du recouvrement de la créance doivent être traités de la même manière que les créances et les titres similaires de l'État membre requis. « *Or* », dit la Cour, « *il est difficilement concevable qu'un titre permettant l'exécution du recouvrement de la créance soit exécuté par cet État membre si cette exécution est de nature à porter atteinte à l'ordre public de celui-ci* ».

Autrement dit, si la règle du traitement national a un aspect positif, favorable à l'exécution, en ce qu'elle impose l'assimilation des créances des autres États membres aux créances internes, elle a aussi un aspect négatif, en ce sens qu'elle interdit que l'on puisse exiger des autorités nationales qu'elles fassent quoi que ce soit qui porte atteinte aux agencements typiques consacrés dans l'ordre juridique de l'État requis¹⁷³⁴.

La Cour accorde ensuite de l'importance à la disponibilité d'une exception d'ordre public dans le volet « échange d'information » de la directive et relève en ce sens que « *l'exception d'ordre public est prévue à l'article 4, paragraphe 3, de la directive 76/308 en ce qui concerne les demandes de transmission de renseignements présentées par l'autorité requérante, en vertu duquel l'autorité requise peut refuser une telle transmission notamment lorsque celle-ci serait de nature à porter atteinte à l'ordre public de l'État membre où elle a son siège* ».

C'est plus qu'un argument par analogie ; l'emploi de l'article défini (« *l'exception d'ordre public* ») est significatif : pour la Cour, il y a une exception d'ordre public, et celle-ci est immanente, sinon au droit de l'Union, du moins à la directive.

¹⁷³² Pt. 42.

¹⁷³³ Selon l'expression utilisée par l'avocat général au point 18 de ses conclusions.

¹⁷³⁴ Sur l'utilisation fructueuse que l'on pourrait faire de cet argument dans le cadre des règlements dits de nouvelle génération, qui posent une règle similaire en matière civile, v. Anatol DUTTA, « Grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzung in Europa : Konvergenz der Beitreibungssysteme in Zivil- und Verwaltungssachen ? » *op. cit.*, spéc. p. 508.

504. En deuxième lieu, la Cour de justice reconnaît compétence à la juridiction de renvoi, et plus largement des autorités de l'État requis, pour connaître de la régularité de la notification, en application de leur droit national.

La directive alors en vigueur étant muette sur ce point, la Cour s'appuie à cette fin sur une interprétation large de la notion de « *mesures d'exécution* », pour attirer le contentieux de la notification dans le champ de compétence que l'article 12 attribue, on l'a vu, expressément aux instances de l'État requis.

La solution procède de l'idée, selon laquelle une notification faite par l'État requis du recouvrement en application de l'art. 5 de la directive serait toujours « *la première étape* » de ce dernier¹⁷³⁵. Il s'agit là d'une erreur, à un double titre.

Tout d'abord, une notification préalable à un recouvrement exécuté en application de la directive, peut, elle, ne pas avoir été faite en application de cette dernière : la situation en cause le prouve, et plus largement, l'art. 24 de la directive réserve lui-même le jeu d'accord bilatéraux ou multilatéraux permettant une coopération plus étendue en la matière¹⁷³⁶.

Ensuite, il n'est pas non plus inéluctable que la notification du titre exécutoire soit toujours le fait des autorités de l'État requis du recouvrement. La solution consacrée par l'article 14 de la nouvelle directive, qui distingue selon la que notification est le fait de l'État requérant¹⁷³⁷ ou de l'État requis paraît déjà plus pertinente.

505. En réponse à la dernière question de la juridiction de renvoi, la Cour consacre en troisième lieu une authentique règle de procédure fiscale internationale, selon laquelle la notification du titre exécutoire constatant la créance objet du recouvrement doit être effectuée dans la langue officielle de l'État requis.

En l'absence, là aussi, de toute disposition en ce sens dans la directive alors en vigueur, comme dans la nouvelle¹⁷³⁸, cette solution s'inspire du régime linguistique des notifications en matière civile et commerciale et de la jurisprudence auquel il a donné lieu¹⁷³⁹.

¹⁷³⁵ Pt. 46.

¹⁷³⁶ Et on ne voit pas quelle légitimité la Cour a à dire quoi que ce soit à dire sur le sort de ces notifications, qui relèvent du droit national, sauf à considérer que l'exécution du recouvrement en application des dispositions issues de la directive suffit à attirer ces dernières dans l'« *orbite* » du droit de l'Union.

¹⁷³⁷ L'art. 9-2° de cette nouvelle directive prévoit notamment que les autorités de l'Etat membre requérant puissent procéder à une notification par courrier recommandé ou électronique à une personne établie sur le territoire d'un autre Etat membre.

¹⁷³⁸ Ainsi que le souligne la Cour, au pt. 60 de son arrêt, l'art. 17 de directive ne réglait la question de la langue utilisée que dans les rapports entre autorités nationales, de même que, aujourd'hui, l'art. 22 du nouveau texte.

¹⁷³⁹ V. le règlement n° 1393/2007 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, et, avant lui, le règlement n° 1348/2000.

La Cour souligne à cette fin que la notification effectuée en application de la directive « *doit respecter les intérêts légitimes des destinataire*¹⁷⁴⁰ » ; en particulier « *la fonction de la notification, effectuée en temps utile, est de mettre en mesure le destinataire de [...] faire valoir ses droits*¹⁷⁴¹ ».

En conséquence, le destinataire du titre exécutoire « *doit être en mesure d'identifier, de façon certaine, à tout le moins l'objet et la cause de la demande* [sic] », ce que garantit, aux yeux de la Cour, la traduction des documents dans la langue officielle de l'État requis¹⁷⁴².

La portée autonome de ce régime linguistique embryonnaire est cependant limitée : si le droit de l'Union dispose du principe même de l'exigence d'une traduction, la Cour renvoie au droit procédural national la détermination des conséquences du défaut de traduction au droit procédural national, sous réserve de respecter le principe d'équivalence et d'effectivité¹⁷⁴³.

Nous ne discuterons pas l'opportunité de la règle elle-même¹⁷⁴⁴. Il nous faut cependant encore une fois souligner que cette règle n'a vocation à s'appliquer, à proprement parler, que si la notification est effectuée en application de la directive¹⁷⁴⁵.

Quoiqu'il en soit, le principe posé d'une traduction obligatoire du titre et peut être plus encore, les motifs avancés à son soutien pourront cependant étayer le recours à l'exception d'ordre public introduite par la Cour dans le volet recouvrement de la directive. On en vient ainsi à envisager la portée de l'arrêt.

β) Portée

506. Annonce. – Au regard de la jurisprudence traditionnelle de la Cour, la découverte d'une clause implicite d'ordre public dans un instrument de droit dérivé est remarquable. Elle

¹⁷⁴⁰ Pt. 57 ; v. déjà CJCE, 9 février 2006, *Plumex*, C-473/04, Rec. p. I-1417.

¹⁷⁴¹ Pt. 58 ; v. déjà CJCE, 8 mai 2008, *Weiss und Partner*, C-14/07, Rec., p. I-3367.

¹⁷⁴² Pts 59 et 60. La solution consacrée en matière civile est plus souple, qui réserve simplement le soin au destinataire de refuser de recevoir des documents non traduits.

¹⁷⁴³ V. les pts 61 et 62 ; *Comp. CJCE*, 8 novembre 2005, *Leffler*, C-443/03, Rec. p. I-9611.

¹⁷⁴⁴ V. à cet égard Louis D'AVOUT, « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in Etienne Pataut, Sylavain Bollée, Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 117-140, spéc. n° 15, qui l'approuve et estime que ce précédent devrait « *raisonnablement inspirer en retour* » l'interprétation du règlement 1393/2007, qui, contrairement à son prédécesseur, ne prévoit plus de contrôle dans l'Etat de destination de la licéité de la notification postale.

¹⁷⁴⁵ A cet égard, on peut se poser la question, avec le gouvernement tchèque, de savoir si la question préjudicielle posée était recevable. La réponse donnée par la Cour selon laquelle « *la juridiction de renvoi [...] est en tout état de cause [...] compétente pour constater une éventuelle irrégularité de la procédure selon les dispositions législatives et réglementaires en vigueur dans l'Etat membre* » (ce dont on ne disconvient pas) et que cette dernière avait suffisamment expliqué, dans sa décision de renvoi (que la Cour ne cite pas) pourquoi elle pensait que sa question était pertinente, est vraiment légère (v. les pts. 51 et 52 de l'arrêt). A tout le moins fallait-il justifier d'un « *lien suffisant* » (v. *supra* n. 187) pour attirer cette notification faite en application d'une convention bilatérale dans le champ d'application des droits fondamentaux de l'Union, qui, pour ne pas être expressément visés dans l'arrêt, n'en sont pas moins sous-jacents à la réponse donnée.

n'en paraît pas moins justifiée, et souligne la proximité des difficultés qui peuvent faire échec à la coopération interétatique en matière publique, aussi bien qu'à l'efficacité des décisions rendues dans des litiges privés. A ce titre, elle doit être mise en perspective avec un arrêt rendu en 2010 par la Cour fédérale des finances allemande, qui active l'exception d'ordre public dont la Cour de justice s'est contentée de poser le principe dans l'arrêt *Kyrian*.

507. Quoi qu'en dise la Cour, l'exception d'ordre public qu'elle ouvre au profit des autorités de l'État requis du recouvrement, ne se trouve expressément nulle part dans la directive.

L'argument fondé sur la disponibilité d'une telle exception, de « *l'exception* » dit la Cour, dans le cadre de l'échange d'information peine à convaincre.

Bien plus, on peut penser que le caractère limitatif des motifs de refus d'assistance, expressément prévu par le considérant n° 7¹⁷⁴⁶ de la directive et dont la Cour ne dit mot, et la rigueur dont elle fait habituellement preuve pour cantonner les États membres dans le cadre des dérogations expresses au droit de l'Union¹⁷⁴⁷, plaident au contraire pour un strict cloisonnement des différents volets de la directive.

508. La consécration de cette exception non écrite d'ordre public nous paraît cependant justifiée.

En effet, l'asymétrie dans la rédaction des volets échange d'information et recouvrement, nous semble avoir une explication essentiellement historique.

Autant l'échange d'information entre les administrations fiscales et les clauses d'ordre public contenues dans les conventions internationales pertinentes sont anciennes¹⁷⁴⁸, autant le développement de l'assistance au recouvrement, étant lié à la mondialisation et à son effet démultiplicateur sur le phénomène de fraude fiscale, est récent¹⁷⁴⁹, ce qui explique qu'on ait pu ne prendre conscience des problèmes que l'octroi de cette assistance suscite que récemment.

¹⁷⁴⁶ Ce considérant affirme qu' « *il y a lieu de [...] définir limitativement les circonstances particulières permettant, dans l'un ou l'autre cas, à l'autorité requise de ne pas donner suite [aux demandes d'assistance]* ». Signe supplémentaire du caractère limitatif des motifs de refus d'assistance au recouvrement, l'al. 2 de l'art. 14 fait obligations aux autorités de l'État requis de motiver et de communiquer à la Commission leurs éventuels refus.

¹⁷⁴⁷ V. la jurisprudence exposée *supra* n° 476.

¹⁷⁴⁸ Sur l'ancienneté de ces clauses, v. Didier BODEN, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, *op. cit.*, n° 147 et s.

¹⁷⁴⁹ Sur ce développement différencié, v. Cyrille DAVID et Guy GEST, V° « Impôts », *Rép. dr. int.*, 1998, n°s 55-56. Sur l'important accroissement du nombre de demandes de recouvrement faites en application de la directive ces dernières années, en liaison avec le développement du Marché intérieur, v. les travaux préparatoires de la nouvelle directive, dont les références sont données *infra* n. 1754.

A titre de comparaison, ça n'est qu'en 2003, sur proposition d'un rapport de 1998 consacré à la « *Concurrence fiscale dommageable* », qu'a été ajouté au Modèle de convention fiscale de l'OCDE¹⁷⁵⁰ un nouvel article 27 relatif à l'assistance mutuelle en matière de recouvrement, dûment flanqué d'une clause d'ordre public¹⁷⁵¹.

Si on ajoute à cela que le problème dont il est spécifiquement traité par l'arrêt *Kyrian*, est lié, pour l'essentiel, à l'essor, lui aussi récent¹⁷⁵², des droits procéduraux fondamentaux¹⁷⁵³, on comprend que la directive, qui date de 1976, soit restée silencieuse sur une éventuelle contrariété du recouvrement à l'ordre public de l'État requis.

On peut en revanche regretter que l'apport de l'arrêt *Kyrian*, rendu le 14 janvier 2010, n'ait pas été intégré dans la nouvelle directive, adoptée tout juste deux mois après. Il nous semble que cela relève cependant davantage de l'omission que du désaveu. Chronologie des travaux préparatoires et teneur de la discussion, tout indique en effet que le problème a été purement et simplement ignoré¹⁷⁵⁴.

L'apport de l'arrêt n'a cependant pas été ignoré par la jurisprudence nationale, qui se trouve bel et bien confrontée au problème du respect des droits fondamentaux des redevables.

509. Un arrêt rendu le 3 novembre 2010 par la Cour fédérale des finances allemande (*Bundesfinanzhof*), qui active l'exception d'ordre public dont la Cour de justice s'est

¹⁷⁵⁰ *Modèle de convention fiscale concernant le revenu et la fortune*. Issu de la révision, en 1977, d'un Projet de Convention de 1963, le Modèle de Convention est périodiquement actualisé depuis 1991. On peut lire aujourd'hui la version à jour du 22 juillet 2010.

¹⁷⁵¹ Pour ce rappel historique, v. le *Manuel de l'OCDE sur la mise en œuvre de l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des impôts*, approuvé le 26 janv. 2007 par le Comité des affaires fiscales, spéc. n° 4-5.

¹⁷⁵² V. *supra* n° 494.

¹⁷⁵³ *Comp.* à ce titre le commentaire de l'art. 27 du *Modèle de convention fiscale de l'OCDE*, *op. cit.*, qui incite les États à envisager ce problème, non pas, d'ailleurs, dans le cadre de la clause d'ordre public qu'il prévoit, mais en amont même de la conclusion d'un accord d'assistance au recouvrement : « Au cours des négociations, chaque État contractant doit par conséquent décider si et dans quelle mesure il convient de fournir une assistance à l'autre État, en fonction de divers facteurs tels que [notamment] *la question de savoir si, et dans quelle mesure, les systèmes fiscaux, les administrations fiscales et les normes juridiques des deux États sont analogues, en particulier pour ce qui concerne la protection des droits fondamentaux des contribuables (par exemple, la notification, dans les délais et dans les formes prescrits, des créances imputées au contribuable, la confidentialité des informations concernant le contribuable, le droit d'appel, le droit d'obtenir une audience et de présenter des arguments et des éléments de preuve, le droit d'être assisté d'un avocat choisi par le contribuable, le droit à un procès équitable, etc.* »

¹⁷⁵⁴ La directive a en effet été adoptée sur la base d'une proposition de la Commission du 14 janvier 2009 (COM (2009) 28 final) et d'un premier débat au Conseil, en attendant l'avis (consultatif) du Parlement le 19 janvier 2010, à partir d'un texte de compromis préparé par la présidence, en date du 25 novembre 2009. Le vote au Parlement a eu lieu le 8 février 2010, sur la base d'un rapport déposé une semaine plus tôt par la Commission des affaires économiques et financières. Le vote définitif au Conseil a eu lieu le 16 mars, à partir d'un texte approuvé par le Coreper le 11 mars. Aucun de ces documents ne fait allusion à la protection des droits procéduraux des redevables. *A fortiori* ne mentionnent-ils pas, pour ceux qui lui sont postérieurs, l'arrêt de la Cour. V. les références données dans la bibliographie, dans la catégorie « Documents officiels et rapports » ; plus généralement, l'ensemble des documents émaillant les procédures législatives de l'Union, ainsi que des liens vers les débats au Parlement et vers le registre du Conseil peuvent être trouvés à partir des fiches de procédures de l'Observation législatif du Parlement européen ou du site Eur-Lex, à l'onglet « Procédures législatives ».

contentée de poser le principe dans l'arrêt *Kyrian*, atteste en effet de l'opportunité pratique d'un tel contrôle dans le domaine du recouvrement des créances publiques¹⁷⁵⁵.

Il était question, en l'espèce, du recouvrement d'une créance douanière italienne à l'encontre d'une société de transport ayant son siège en Allemagne. Le problème tenait à ce que l'ordre de paiement italien avait été notifié au redevable, par l'intermédiaire des autorités allemandes, en application, semble-t-il¹⁷⁵⁶, non de la directive, mais de la convention dite « de Rome¹⁷⁵⁷ », en italien et sans indication des voies de recours. Il en était résulté que le recours néanmoins exercé par la société débitrice à l'encontre de cette décision devant les juridictions italiennes avait été déclaré irrecevable, faute d'avoir été introduit dans le délai prévu, de 15 jours. La décision italienne confirmant cette irrecevabilité en appel valant désormais titre exécutoire, l'exécution en avait été poursuivie en Allemagne, en application de la directive. La société débitrice s'y était opposée.

Pour le tribunal des finances (*Finanzgericht*) qui avait statué en première instance sur ce recours, les mesures d'exécution allemandes étaient parfaitement légales, toutes les conditions de recevabilité de la demande de recouvrement prévues par l'article 7 de la directive, étant remplies.

Se fondant expressément sur l'arrêt *Kyrian*, le *Bundesfinanzhof* estime au contraire que le *Finanzgericht* aurait dû, ce qu'il n'avait pas fait, apprécier si l'exécution du recouvrement heurtait l'ordre public allemand, les faits présentés devant lui par la requérante le laissant suspecter.

Remarquant que la directive ne contient pas de définition de l'« ordre public », le *Bundesfinanzhof* se reporte aux conditions de recours à l'exception d'ordre public international, telle qu'elle trouve à jouer en matière civile, à laquelle il compare l'exception d'ordre public limitant la coopération en matière administrative et fiscale. Il se réfère en particulier à la définition retenue, dans l'espace judiciaire européen, par la Cour de justice, selon laquelle un recours à l'exception d'ordre public « n'est concevable que dans l'hypothèse où la reconnaissance ou l'exécution de la décision rendue dans un autre État

¹⁷⁵⁵ VII R 21/10, l'arrêt est disponible sur le site internet de la juridiction.

¹⁷⁵⁶ C'est ce qui ressort en effet des conclusions de l'administration défenderesse. Ce point, toutefois, n'avait pas été abordé par le jugement rendu en première instance.

¹⁷⁵⁷ Convention entre la Belgique, la République fédérale d'Allemagne, la France, la République italienne, le Luxembourg et les Pays-Bas, pour l'assistance mutuelle entre les administrations douanières respectives, signée à Rome, le 7 septembre 1967.

*contractant heurterait de manière inacceptable l'ordre juridique de l'État requis, en tant qu'elle porterait atteinte à un principe fondamental*¹⁷⁵⁸ ».

Dans ce contexte, il estime que ni l'absence de traduction de l'ordre de paiement, ni l'absence, dans celui-ci, d'indication des voies de recours ne suffisent à elles seules à caractériser l'existence d'une atteinte à l'ordre public international allemand. Il accorde à cette fin de l'importance à la qualité de professionnel du destinataire : d'une entreprise de transport international exerçant son activité dans plusieurs États membres, y compris en Italie, on serait en droit d'attendre qu'elle ne soit pas restée inactive après réception d'un acte manifestement en lien avec son activité, et qu'elle se soit employée, dans un laps de temps « approprié », à le faire traduire et à obtenir des indications supplémentaires.

Il estime en revanche que, compte tenu de la relative brièveté du délai italien et du caractère peu accessible de la matière fiscale, la tardiveté du recours introduit par la requérante devait être excusée. En conséquence, il charge le *Finanzgericht* de déterminer, dans le cadre d'un nouvel examen de l'affaire, s'il existait en droit italien une manière de ce que nous appelons en France « *relevé de forclusion* » (« *eine Art Wiedereinsetzung in den vorigen Stand* »)¹⁷⁵⁹ et si, et dans quel laps de temps, la requérante s'est employée à faire valoir ce moyen devant les juridictions italiennes.

S'il devait s'avérer que le droit italien n'offrait aucune possibilité de cette sorte ou que, malgré tous les efforts que la débitrice aurait déployés, la demande de cette dernière en ce sens aurait été rejetée, alors, aux yeux du *Bundesfinanzhof*, le recouvrement de la créance litigieuse serait contraire à l'ordre public allemand, et les mesures d'exécution prises par les autorités allemandes, en conséquence, illégales¹⁷⁶⁰.

510. Conclusion du A – Ainsi, l'arrêt du *Bundesfinanzhof* atteste que la référence faite par la Cour de justice dans l'arrêt *Kyrian* à la possibilité pour les États membres de refuser de

¹⁷⁵⁸ C'est la définition posée par l'arrêt *Krombach*, préc.

¹⁷⁵⁹ *Comp.* l'art. 19-1° b) du règlement *TEE* (préc.) qui garantit le droit de demander un réexamen de la décision certifiée en tant que titre exécutoire lorsque « le débiteur a été empêché de contester la créance pour des raisons de force majeure ou par suite de circonstances extraordinaires, sans qu'il y ait eu faute de sa part ».

¹⁷⁶⁰ On le voit, le seuil de tolérance défini par le *Bundesfinanzhof* semble plus souple que celui qui ressort de l'arrêt *Kyrian*, qui exige systématiquement une traduction des documents notifiés. La juridiction allemande s'en justifie en pointant, d'une part, que la base juridique de la notification reste à déterminer, et, d'autre part, en se revendiquant davantage des motifs de l'arrêt *Kyrian*, selon lesquelles la fonction de la notification est de permettre au destinataire de faire valoir ses droits en temps utile, que de la règle posée elle-même. Cette solution paraît plus conforme au principe d'appréciation *in concreto* de la contrariété à l'ordre public international, qui distingue ce contrôle d'un contrôle de la régularité de la notification. Sur le rapport entre ces deux types d'appréciation, v. Etienne PATAUT, « Notifications internationales et règlement Bruxelles I », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 377-395.

faire droit à une demande de recouvrement faite en application de la directive 76/308 en cas de contrariété à l'ordre public national, alors que cette dernière n'en prévoit pas la possibilité, n'est pas une clause de style. Elle a bel et bien vocation à servir la protection des droits fondamentaux, dont la Cour de justice se montre soucieuse, aussi bien dans le cadre de l'espace judiciaire européen que dans le cadre de l'assistance mutuelle en matière de recouvrement de créances publiques. Il reste cependant à s'expliquer la contradiction apparente d'une jurisprudence qui, tantôt contient la protection des valeurs dans le cadre strict défini par le droit primaire et dérivé, tantôt permet aux Etats membres d'éviter une atteinte à leur agencements typiques de valeurs au-delà de ce que semblent permettre les textes européens.

De ce point de vue, si l'examen de la jurisprudence de la Cour de cassation, qui a parfois recours à des mécanismes d'ordre public non écrits, voire inconnus, a pu nous suggérer l'hypothèse d'une disponibilité constante de mécanismes abductifs, l'épreuve de la jurisprudence européenne qui, tantôt se montre hostile à cette idée, tantôt semble au contraire en constituer une application, aura été riche d'enseignements. Cette contradiction apparente invite en effet à définir la portée exacte d'un éventuel principe de disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs. L'idée, donc, mérite d'être développée.

B. Le développement de l'idée

511. En introduction de ce paragraphe, nous avons posé l'hypothèse d'une disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductif permettant à l'agent de la réalisation d'y recourir nonobstant l'absence d'habilitation explicite en ce sens, pour éviter que ne se développe une situation contraire, à ses yeux, aux valeurs. L'examen de la jurisprudence nationale et de la jurisprudence de la Cour de justice atteste de la positivité de l'idée. Néanmoins, par son ambivalence, la jurisprudence de la Cour de justice incite à développer cette idée. En effet, poussée, du fait de la mise en tension constante des pôles européen et national, à insister sur le caractère en principe exclusif des dérogations expressement permises aux Etats membres, cette jurisprudence invite à définir précisément à la fois le domaine (1) et la nature de ce qui pourrait sinon se présenter comme une « *machine à faire sauter le droit*¹⁷⁶¹ » (2).

¹⁷⁶¹ Pour reprendre la formule utilisée par FLOUR (Jacques FLOUR, « Pot-pourri autour d'un arrêt », *Defrénois* 1975, art. 30854) à propos de l'action *de in rem verso* dont le principe a été posé par l'arrêt *Patureau c. Boudier* (Cass. req, 15 juin 1892 : *GA civ.*, t. 2, n° 241).

1) *Le domaine de l'idée*

512. Disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs ne veut pas dire intervention systématique de ces derniers. Si l'idée de nécessité objective justifie que soit toujours disponible, à l'état latent, une technique qui permettra d'éviter une atteinte aux agencements typiques de valeurs à l'honneur dans la société, elle ne signifie pas que la minoration d'une valeur déterminée puisse toujours justifier la mise à l'écart des règles existantes. Autrement dit, pour être opératoire l'idée de disponibilité constante invite à distinguer entre la *minoration délibérée* d'une valeur par le législateur dans l'opération de conciliation constitutive de la norme, d'une part, et l'existence d'une *authentique lacune* dans la protection des valeurs consacrées par l'ordre juridique, d'autre part.

513. Cette distinction explique la contradiction apparente de la jurisprudence de la Cour de justice qui paraît, tantôt hostile, tantôt plus disposée à admettre la possibilité que les Etats membres puisse déroger à leurs obligations au-delà de ce que les textes prévoient. *Minoration délibérée* de la valeur protection sociale par la directive *détachement des travailleurs*, *lacune involontaire* de la Convention de Bruxelles révélée par l'évolution de la conception des droits fondamentaux de la procédure en Europe, telles sont les prémisses qui, respectivement, justifient les différentes réponses apportées à la question de la marge de manœuvre laissée aux autorités nationales dans les arrêts *Laval*, *Rüffert* et *Luxembourg*, d'une part, et l'arrêt *Krombach*, d'autre part. Autrement dit, la question à laquelle la Cour de justice doit répondre pour faire jouer ou non l'idée de disponibilité constante au bénéfice des Etats membres est celle de savoir si le dispositif de droit de l'Union en cause a entendu, selon la formule de l'avocat général LAGRANGE, « *tout prévoir, même l'imprévu*¹⁷⁶² ».

514. L'énoncé seul de cette question annonce ce que sa réponse peut avoir de contingent. Le problème est bien connu en droit interne où la question de l'identification des lacunes préoccupe depuis longue date la doctrine¹⁷⁶³ : est une lacune, *in fine*, ce que le juge considère comme tel. Contingent ne veut cependant pas nécessairement dire subjectif. A la logique de la légalité formelle, il faut, encore une fois, articuler cette *rationalité propre aux valeurs qu'est la logique de l'argumentation*, canalisée par le jeu des contraintes institutionnelles pesant sur le juge. Car, entre le diagnostic de l'arrêt *Krombach* et ceux des arrêts *Laval*,

¹⁷⁶² Conclusions présentées le 19 novembre 1961 dans l'affaire *Commission c. Italie* (CJCE, 19 décembre 1961, aff. 7/61), Rec. p. 635, spéc. p. 675, à propos du Traité CECA.

¹⁷⁶³ Sur ce thème, v. Chaïm PERELMAN (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

Rüffert et Luxembourg, quelle différence sinon de contexte institutionnel ? En 2000, le lien entre l'objectif de libre circulation des décisions et l'objectif d'intégration est encore relativement indirect¹⁷⁶⁴, ce dont atteste le statut particulier de « *convention rattachée* », alors que se dessine en même temps le risque d'un conflit avec la CEDH. Toute différente est la situation à l'arrière-plan du contentieux du détachement des travailleurs. D'une part l'objectif de protection du marché *national* de l'emploi¹⁷⁶⁵, par sa dimension protectionniste, met directement en cause l'objectif d'intégration. D'autre part et surtout, dans la décision politique qu'il lui appartenait de prendre pour trancher le conflit, le législateur européen n'a pas su prendre de parti clair¹⁷⁶⁶. Fruit d'un compromis difficile entre des intérêts étatiques divergents, le texte de la directive, comme sa genèse, peut, au fond, aussi bien justifier l'interprétation qu'en donne aujourd'hui la Cour, que la solution opposée qui aurait consisté à maintenir sa jurisprudence antérieure à la faveur de l'affirmation du caractère minimal de l'« harmonisation » opérée. A la limite, l'extrême rigidité de la Cour de justice peut être vue comme un appel au législateur à briser sa jurisprudence, à l'instar d'un arrêt *Desmares* ou d'un arrêt *Perruche*¹⁷⁶⁷.

Sauf à y voir la marque d'un certain cynisme, la référence, dans les arrêts *Laval et Viking*, à la « *finalité sociale*¹⁷⁶⁸ » de l'Union, élevée au même rang que la finalité économique de cette dernière, accreditte cette idée. Elle incite le législateur européen et, derrière lui, les États membres¹⁷⁶⁹ à prendre les objectifs qu'ils se donnent au sérieux et à réaliser la finalité sociale de l'Union autrement que par le jeu de mesures d'intégration négative¹⁷⁷⁰, fussent-elles

¹⁷⁶⁴ *Comp.*, aujourd'hui, la consécration de la construction de l'espace de liberté, de sécurité et de justice comme objectif à part entière par le Traité de Lisbonne (art. 3, par. 2 TUE).

¹⁷⁶⁵ Sur l'idée que l'application de la législation de l'État d'accueil au prestataire de services est clairement davantage guidée par le souci économique de neutraliser l'avantage concurrentiel dont ce dernier jouit par rapport aux entreprises locales que par le « *souci altruiste d'assurer aux employés du prestataire [...] le même niveau de prestations sociales que celui s'appliquant sur son territoire aux travailleurs du même secteur* », v. Jean MISCHO, « Libre circulation des services et dumping social », in *Mél. Philippe Léger*, Pédone, 2006, p. 435-443, spéc. p. 438-439.

¹⁷⁶⁶ Sur les paradoxes du texte, v. Paul DAVIES, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *CMLR* 1997, p. 571-602.

¹⁷⁶⁷ Sur ces arrêts dits de « *provocation* », v. *supra* n. 1500.

¹⁷⁶⁸ CJCE gde ch., 18 déc. 2007, *Laval un Partneri Ltd*, C-341/05, pt. 105 ; CJCE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, pt. 79.

¹⁷⁶⁹ Comme le souligne Safia CAZET, obs. sous CJUE, 9e ch, 18 sept. 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/13, *Europe* 2014, comm. 457.

¹⁷⁷⁰ *Comp.*, puisque l'histoire ne fait que se répéter, à la faveur des élargissements successifs, des actions des agriculteurs français hier, à celles des syndicats suédois aujourd'hui, les conclusions de l'avocat général LENZ dans l'affaire dite de la « *guerre des fraises* » (CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, C-265/95) : « *A cet égard, il convient de rappeler que le gouvernement français lui-même a déclaré que les fraises espagnoles arrivent sur le marché français avant les produits nationaux. Dans la mesure où les producteurs espagnols se sont bornés à tirer parti de ces avantages manifestes, en vue de promouvoir leurs ventes, ils ont agi conformément aux règles du marché et ont utilisé les libertés garanties par le traité précisément dans le but prévu par celui-ci. Celui qui, en raison de circonstances déterminées, est en mesure de produire meilleur marché et plus efficacement que ses concurrents et, partant, de proposer ses produits à un prix plus favorable que ces derniers, ne peut pas, de ce seul fait, être accusé de pratiques déloyales, voire de dumping* » (pt. 25) ;

consacrées en droit dérivé¹⁷⁷¹, et invite éventuellement ces derniers à renforcer de la compétence de l'Union en ce domaine¹⁷⁷².

515. Conclusion du 1. – Ainsi donc, l'idée de disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs ne trouve à jouer que lorsque le juge estime que le jeu des techniques existantes révèle, au jour et dans le contexte où il statue, une lacune dans la protection de valeurs, valeurs dont il postule que, tout en étant minorées dans les textes, sont néanmoins celles que se propose de réaliser l'ordre juridique. Ainsi défini, la détermination du domaine de l'idée de disponibilité constante nécessite de s'abstraire d'une logique strictement juridique pour prendre plus largement en compte l'interaction du juge avec les autres acteurs du système dans lequel il s'insère.

Il n'y a rien d'étonnant à cela, dès lors qu'on constate que le principe de disponibilité constante des mécanismes et, au-delà de lui seul, l'idée de nécessité objective de ces mécanismes, ne sont pas eux-mêmes des règles juridiques. On en vient ainsi à aborder la nature de l'idée.

2) *La nature de l'idée*

516. Pour rendre compte de la nature réelle du principe de disponibilité, il est intéressant d'évoquer les moyens dont le juge use pour combler la lacune dans la protection des valeurs qu'il identifie. Il est probable que, très souvent, la solution adoptée se revendiquera ou sera analysée comme un effet de la primauté des droits fondamentaux. En effet, énoncés de valeurs à l'état pur, « *axiomes* » disait CARBONNIER¹⁷⁷³, ceux-ci sont, dans leur généralité même, propres à justifier toute évolution dans la pondération des valeurs protégées en droit. Il n'est

« Toutefois, c'est une autre idée, qui revêt un caractère fondamental, qui nous semble la plus importante. S'il était établi que les importations de fruits et légumes en provenance d'autres États membres pourraient mettre en péril l'existence économique de certains agriculteurs en France, il appartenait aux services responsables de résoudre ce problème. Comme la politique agricole commune relève de la compétence de la Communauté, une intervention des institutions compétentes de cette dernière s'imposait (pt. 30). » Nous soulignons.

¹⁷⁷¹ Sur le déplacement de frontière entre droit primaire procédant par intégration négative et droit dérivé accompagnant en principe cette dernière de mesures d'intégration positive, v. notamment Bruno DE WITTE, « Setting the Scene. How did Services get to Bolkenstein and Why ? », *EUI Working Paper LAW*, n° 2007/20.

¹⁷⁷² Si l'appel au législateur a dans une certaine mesure été entendu, ainsi qu'en atteste l'adoption récente d'une directive d'exécution permettant une meilleure lutte contre le *dumping social* par un renforcement des contrôles sur les prestataires détachant des travailleurs (directive 2014/67/UE du 15 mai 2014), l'action de l'Union dans ce domaine butte sur la « prépondérance » (Pierre RODIÈRE, *Droit social de l'Union européenne*, op. cit., n° 39) de la compétence nationale en matière de politique sociale. Le carton jaune adressé à la proposition dite « Monti II » sur l'exercice du droit d'action collective dans le contexte de la liberté d'établissement de la libre prestation de services (COM (2012) 130 final) en est l'illustration.

¹⁷⁷³ V. *supra* n° 137 et la n. 520.

pas sûr, cependant, qu'il soit toujours *juridiquement permis* au juge de recourir à cet argument. Les arrêts que nous avons analysés en attestent. Analysée comme trouvant son fondement dans la prohibition de l'esclavage, l'arrêt *Dlle Isopéhi* a néanmoins suscité, tout « *absolu et intangible* » que soit ce droit fondamental¹⁷⁷⁴, des interrogations quant à sa conformité avec la hiérarchie des normes : n'a-t-elle pas conduit à rejeter l'application de la Convention de Rome, elle aussi de rang supra-législatif¹⁷⁷⁵? Dans le même ordre d'idées, on peut relever que, toute opportune qu'elle soit, l'interprétation de la Convention de Bruxelles à la lumière des principes généraux du droit communautaire à laquelle la Cour de justice a procédé dans l'arrêt *Krombach*, ne s'imposait pas avec la force de l'évidence, puisque cette dernière ne constitue pas, à proprement parler, une source de droit communautaire¹⁷⁷⁶.

517. C'est à ce stade du raisonnement qu'il importe de distinguer l'idée de disponibilité constante, des moyens pouvant être mis en œuvre pour donner corps, juridiquement, à cette idée. Le principe de disponibilité constante et, au-delà de ce dernier, l'idée de nécessité objective de ces mécanismes, ne sont pas eux-mêmes des règles juridiques prescriptives. Au contraire, opérant dans l'ordre de la science du droit, ils ont un contenu strictement descriptif. L'idée de nécessité objective tend simplement à faire observer que, compte tenu de la nature de fait social des valeurs collectives¹⁷⁷⁷, la méconnaissance d'un agencement typique de valeurs sera rarement laissée sans réaction, à quelque niveau, juridique ou social, et quel qu'indirecte que soit la réaction. Corrélativement, le principe de disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs n'impose pas lui-même de combler la lacune constatée. Il décrit simplement un phénomène observable en droit positif : la notion d'ordre public est par excellence celle qui permet au juge de faire prévaloir les valeurs sur les règles de droit existantes. Ni l'idée de nécessité objective, ni l'idée de disponibilité constante ne préjugent, en revanche, des moyens qui pourront être valablement articulés, au regard des règles instrumentales propres à un ordre juridique donné, pour combler une éventuelle lacune dans la protection des valeurs, ou, à défaut de stricte conformité, des arguments que le juge

¹⁷⁷⁴ Étienne PATAUT et Petra HAMMJE, note sous Cass. soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Dlle Isopéhi*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856.

¹⁷⁷⁵ Sylvain BOLLÉE, note sous Cass. soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Dlle Isopéhi* : JCP G 2006, II, 10121, spéc. p. 1407. Plus largement, sur ces questions d'interaction entre les méthodes du droit international et la hiérarchie des normes, v. Léna GANNAGÉ, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Yves Lequette, LGDJ, 2001.

¹⁷⁷⁶ Selon le Professeur SIMON, la Convention de Bruxelles « n'appartien[t] pas au droit communautaire *strico sensu* et relèv[e] du droit international conventionnel [...] en revanche un faisceau d'indices l'[]intégr[e] au droit communautaire *lato sensu* » : *Le système juridique communautaire*, 3^{ème} éd., PUF, 2002, n° 235.

¹⁷⁷⁷ V. *supra* n°s 339-340.

pourra mobiliser à cette fin, avec la créativité qu'autorise la rhétorique, pour convaincre du bien fondé de sa décision.

518. Il faut, au risque d'y insister, souligner l'importance, de la distinction entre l'observation, dans l'ordre de la science du droit, des phénomènes juridiques qui constituent la répercussion en droit positif du fait social que sont les valeurs collectives, d'une part, et la détermination, en droit, des techniques propres à réaliser les valeurs. C'est cette distinction fondamentale que méconnaissent aussi bien les auteurs qui s'interrogent l'existence d'un principe général du droit de l'Union qui ménagerait aux Etats membres une « *réserve d'ordre public* »¹⁷⁷⁸, que ceux qui s'interrogent sur l'existence d'un « *concept d'ordre public européen* »¹⁷⁷⁹. En effet, en formulant la question de la réalisation des valeurs dans l'espace social européen par référence à des notions proprement juridiques, ces auteurs suggèrent implicitement que la réponse à y apporter doit être absolument univoque et prescriptive, alors qu'en réalité la manière dont, tant le droit national que le droit de l'Union répercutent les valeurs collectives est infiniment complexe et subtile.

519. Conclusion du Titre. –Ce second titre s'est donné pour objet d'expliquer le constat fait au terme de l'analyse, dans la première partie, des différents usages de la notion d'ordre public selon lequel, au-delà de la diversité des mécanismes, une ligne d'opposition se dégagait entre les hypothèses où, comme dans le cadre de l'exception d'ordre public international, la notion était utilisée pour permettre à l'organe de l'ordre juridique de réagir à une situation concrète, et des hypothèses où, au contraire, la notion renvoyait à la détermination, fût-elle négative, comme dans le cas d'une incrimination pénale, opérée en amont, par législateur, d'un état de fait considéré comme étant désirable et que la règle de droit se donne pour objet de réaliser.

520. Développant ce constat, nous en sommes venus à opposer deux catégories de mécanismes : les uns, que nous avons appelés « *déductifs* », dans le cadre desquels la pondération jugée optimale des valeurs que sollicite un type déterminé de situations est opérée *a priori* par le législateur et coulée dans une règle qu'il s'agit pour l'agent de la réalisation d'appliquer ; les autres, que nous avons appelés « *abductifs* », dans le cadre

¹⁷⁷⁸ V. la thèse d'Hartmut SCHNEIDER (*Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag, op. cit.*), signalée *supra* n° 476.

¹⁷⁷⁹ V. les thèses de Caroline PICHERAL (*L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme, op. cit.*) et Tim CORTHAUT (*EU ordre public, op. cit.*), présentées, de ce point de vue, *supra* n^{os} 9 et 24.

desquels la détermination du référent à l'aune duquel l'acceptabilité d'une situation sera appréciée est, au contraire, repoussée au moment de la réalisation et effectuée, précisément, dans la confrontation au cas concret.

521. A cette fin, nous nous sommes d'abord employés à isoler les caractéristiques méthodologiques particulières des mécanismes abductifs. Comme point de départ de cette caractérisation, nous avons utilisé la notion, relativement usuelle dans la doctrine juridique française, de « *standard* », à laquelle correspond, dans la doctrine allemande, celle de « *notion indéterminée normative* » (*normativ-unbestimmter Rechtsbegriff*). Approfondissant les implications du recours à cette technique, nous avons montré que la référence au standard « *ordre public* » avait pour principale fonction d'habiliter l'agent de la réalisation à se prononcer lui-même sur l'acceptabilité sociale de la situation à laquelle il se trouve confronté, ce qu'il ne peut faire, compte tenu des contraintes institutionnelles qui pèsent sur lui, sans chercher à éviter que sa décision ne rencontre la désapprobation de ses « *auditoires* ». Ainsi, conformément aux enseignements de PERELMAN, la logique de l'argumentation permet d'objectiver une appréciation qui se présente *a priori* comme étant personnelle à l'agent. Constatant, cependant, l'aptitude relative des concepts propres à la science juridique à rendre compte de ce processus d'objectivation ou rationalisation d'un jugement de valeur pourtant intrinsèquement subjectif et intuitif, nous avons complété l'analyse par l'introduction de la notion, plus inhabituelle, d'abduction, qui est à l'origine du nom que nous avons donné à cette catégorie particulière de mécanismes. Envisageant l'opération de concrétisation du standard dans sa dimension cognitive, l'abduction est la procédure par laquelle l'agent vérifie que les références légales ou jurisprudentielles que son intuition, son « *flair* » disait MOTULSKY, lui suggère de mettre en relation avec la situation à laquelle il se trouve confronté, fournissent un modèle de décision pertinent, compte tenu de la configuration de cette dernière. De cette manière, la notion d'abduction prolonge l'exposé fait de l'articulation entre valeurs individuelles et valeurs collectives dans le premier titre, en soulignant que la concrétisation du standard « *ordre public* » ne s'abstrait jamais complètement du cadre des valeurs collectives.

522. Ayant rendu compte du phénomène à l'œuvre dans le cadre des mécanismes abductifs, nous avons ensuite adopté un point de vue plus dynamique pour étudier la manière dont ces mécanismes s'articulent avec les mécanismes d'ordre public que nous avons appelés, par contraste, déductifs. Dans ce cadre, nous avons montré l'existence d'un phénomène de « *spécification de l'ordre public* », par lequel, du standard « *ordre public* » qui, par ses

variétés d'application, est le moins directif de tous, à la règle voulue la plus précise possible, telle que l'incrimination pénale, toute une palette de techniques juridiques permettent au législateur de réduire la marge de manœuvre de l'agent dans la tâche de réalisation des valeurs. La relation, cependant, n'est pas à sens unique. Par une sorte de retour au point origine, le droit positif atteste de l'existence d'hypothèses dans lesquelles le recours aux mécanismes d'ordre public abductifs, dont parfois même on ne soupçonne pas l'existence, permet à l'agent, lorsque les mécanismes plus déductifs échouent dans la mission de réalisation des valeurs qui est en principe la leur, d'éviter que ne se développe une situation portant atteinte aux agencements typiques de valeurs à l'honneur dans la société. On a parlé à ce titre de « *nécessité objective* » des mécanismes d'ordre public abductifs, en soulignant le caractère descriptif et non prescriptif de cette idée : compte tenu du caractère de fait social des valeurs collectives, l'existence d'une telle atteinte, lorsqu'elle est constatée, n'est pas, en pratique, laissée sans réaction.

523. Conclusion de la seconde Partie. – Conformément à la démarche progressive qui était la nôtre, cette seconde partie s’est donné pour objet de proposer une synthèse des différents mécanismes d’ordre public étudiés de manière analytique dans la première partie. Là, se situe l’effort de mise en système proprement dit, invitant à s’interroger sur les liens existants entre ces différents mécanismes et sur leur rôle, plus largement, au sein de l’ensemble droit.

524. Dans un premier titre, nous avons souligné la spécificité matérielle toute relative des mécanismes d’ordre public. En effet, par sa fonction de *medium* entre la représentation d’un état des choses et sa désignation comme étant désirable, comme devant-être, la notion de valeur est à l’œuvre dans toute production normative. Ainsi, l’ensemble des règles et procédés juridiques peuvent être vus comme ayant pour objet de réaliser, directement ou indirectement, des valeurs, non pas seulement les phénomènes désignés sous l’expression « *ordre public* », à l’endroit desquels la référence aux valeurs est plus souvent explicitement faite. De plus, les valeurs ne sont pas hiérarchisables dans l’abstrait, mais le sont seulement au regard d’une situation plus ou moins précisément déterminée, laquelle implique, pour son règlement, de pondérer les valeurs virtuellement contradictoires qu’elle sollicite. Il faut donc renoncer à faire la liste *a priori* des valeurs éminentes que l’« *ordre public* » aurait pour objet de protéger.

525. Dans un second titre, nous avons mis en exergue la dualité méthodologique des phénomènes usuellement désignés sous la même expression d’« *ordre public* ». Tantôt, la référence à l’« *ordre public* » signe le recours à la technique dite du « *standard* » et habilite, par-là, l’agent de la réalisation à apprécier lui même l’acceptabilité sociale de la situation à laquelle il se trouve confronté. Tantôt, « *ordre public* » renvoie à un agencement de valeurs déterminé *a priori* par le législateur et coulé dans une règle. Paradoxalement, en appuyant sur cette opposition fondamentale, on en vient à douter, non seulement de l’existence d’une différence de nature entre les mécanismes d’ordre eux-mêmes, mais aussi et surtout, d’une spécificité de ces derniers par rapport aux autres techniques juridiques. Le processus de « *spécification* » que nous avons souligné en atteste. Du standard ordre public constituant un appel quasi-transparent aux valeurs, à l’élaboration, par exemple, d’une règle chiffrée, le législateur est susceptible, lorsque cela lui est possible et qu’il l’estime opportun, de préciser l’agencement de valeurs qu’il entend voir réaliser, réduisant d’autant la part d’abduction et augmentant, corrélativement, le caractère déductif du raisonnement qu’aura à tenir l’agent de la réalisation. Aussi bien, pour être parfois profonde et porteuse d’enjeux importants, en termes de répartition de pouvoirs aussi bien que de prévisibilité pour les sujets de droits, la

différence existant entre les diverses techniques mises au service de la réalisation des valeurs ne paraît-elle être que de degré.

Conclusion

526. Le « *problème au carré* » dont le constat a justifié de remettre l'ouvrage « *ordre public* » sur le métier a-t-il été résolu ? Le « *cheval ombrageux* » a-t-il été mis au pas ?

527. A tout le moins le flou qui entoure la notion d'ordre public considérée intrinsèquement s'explique : si, comme les auteurs le déplorent, il est impossible de parvenir à une « *définition* » satisfaisante de l'ordre public, c'est que, en réalité, « *ordre public* » ne constitue pas, dans la variété de ses acceptions, une catégorie juridique opératoire ; il n'y a pas de « *concept* » unitaire d'ordre public. Dans la littérature juridique, en droit national comme en droit de l'Union, l'expression « *ordre public* » désigne une pluralité de techniques destinées à permettre une réalisation adéquate des valeurs consacrées dans un ordre juridique, en fonction de la manière dont ce problème se pose à l'agent (c'est le « *contexte* » qui justifie l'identification de différentes « *branches* » du droit qui ont fait l'objet de la première partie) et des circonstances propres de la situation qui lui est soumise. En soi cependant, cette mission de protection des valeurs ne permet pas de discriminer les « *mécanismes d'ordre public* » des autres règles ou procédés juridiques. En effet l'identification d'un état des choses comme étant désirable, d'un « *devoir être* », est, par définition, à l'origine de toute activité normative. Si le concept de valeurs est tabou en droit, le juriste technicien étant, d'une part, habitué à situer son œuvre *en aval* du jugement de valeur, de la « *politique juridique* » définie par les autorités démocratiquement légitimes et craignant, d'autre part, l'arbitraire du juge lorsque la concrétisation des valeurs échoit à ce dernier, elles n'en forment pas moins le substrat du droit. De tout le droit.

528. L'usage et la pérennité de l'expression « *ordre public* », nonobstant cette absence de spécificité matérielle, peuvent alors s'expliquer de la manière suivante. « *Ordre public* » est porteur d'une signification technique propre lorsque, visé dans le présumé d'une règle, il assume la fonction de standard, invitant le destinataire institutionnel de celle-ci à apprécier lui-même l'acceptabilité sociale de la situation à laquelle il se trouve confronté. Le standard « *ordre public* » constitue ainsi le point d'affleurement le plus direct des valeurs, normalement distillées dans la règle, en droit. Par extension, d'usage « *principal* » en usages « *secondaires* »¹⁷⁸⁰, on tend à recourir à l'expression toute les fois que les valeurs semblent en quelque sorte revenir sur le devant de la scène, parce qu'il est fait échec à une solution de

¹⁷⁸⁰ *Comp.* la classification opérée par M. BODEN (*L'ordre public : limite et condition de la tolérance, op. cit.*) entre usages « *principaux* », « *secondaires* » et « *délitescents* » de l'expression d'ordre public, exposée *supra* n° 3.

principe : les « *lois d'ordre public* » font échec à la liberté contractuelle, l'incrimination pénale fait échec à la liberté individuelle lorsque celle-ci se fait source de « *trouble à l'ordre public* ». D'usages secondaire en usages « *délitescents* »¹⁷⁸¹, « *ordre public* » en vient à désigner le substrat du droit, ce contenu si peu juridique que sont les valeurs. Ou plutôt les agencements typiques de valeurs, c'est-à-dire cette intuition que certaines valeurs sont plus importantes que d'autres, en ce sens qu'elles se verront en principe accorder un poids plus important, dans un type plus ou moins déterminé de situations. Alors naît la question : l'« *ordre public européen* » fait-il échec et se substitue-t-il à l'« *ordre public national* » ?

529. La mise au jour des concepts véritablement opératoires derrière l'expression « *ordre public* », elle-même si souvent chargée d'intentions qu'elle en perd à peu près toute signification objective, permet d'apporter quelques éléments de réponse. De cantonner le flou attaché à la transposition de la problématique dans le contexte de l'Union.

530. La distinction entre valeurs et objectifs permet tout d'abord d'affirmer qu'il faut cesser de s'émerveiller (en y voyant une manifestation de « *l'ordre public européen* »), comme d'ailleurs de déplorer (en y voyant une atteinte à « *l'ordre public national* »), que les objectifs de l'Union doivent être pris en compte par les autorités nationales lorsqu'elles mettent en œuvre un mécanisme d'ordre public¹⁷⁸² et, corrélativement, qu'ils puissent faire échec à l'efficacité donnée au droit national dans l'ordre juridique de l'Union¹⁷⁸³. Il n'y a là rien que de très normal : l'Union a été instituée en vue de la réalisation de certains objectifs, que les États membres font leurs par l'adhésion, et ces objectifs doivent être pris au sérieux. Certes, arrivés là, le plus dur reste à affronter, mais les limites du brouillard ont déjà été repoussées.

531. La vraie question, celle dont la résolution est la plus problématique, est en effet, de déterminer dans quelle mesure les objectifs de l'Union peuvent faire échec aux agencements typiques des États membres et si l'Union elle-même peut secréter de tels agencements. Cette reformulation de la problématique de « *l'ordre public en droit de l'Union* » pourrait n'apparaître que comme une simple affaire de mots. Ce serait négliger toutefois que, en substituant des mots ayant des implications techniques précises à un autre dont la charge sémantique est essentiellement faite de fantasmes, on se met en voie de trouver une solution.

¹⁷⁸¹ V. la note précédente.

¹⁷⁸² C'est ce qu'imposent par exemple les arrêts *Eco Swiss, van der Weerd*, ou encore *Ingmar*, précités.

¹⁷⁸³ C'est le « *prolongement* » du mécanisme à l'œuvre dans l'arrêt *Mandt*, analysée *supra* n^{os} 210-213 et 237-253.

532. La nature de fait social des valeurs collectives interdit *a priori*, tant qu'il n'existera pas de « *société européenne* » à proprement parler¹⁷⁸⁴, à l'Union européenne de secréter des agencements typiques. Les valeurs de l'Union sont celles qu'elle reçoit des États membres par la technique de la mise en « *commun* », pour reprendre l'excellente formule de l'article 2 TUE. Naturellement, des valeurs génériques du droit primaire aux valeurs spécifiques et concrétisées du droit dérivé, ce qu'on pourrait appeler la *densification* du système juridique européen, favorisée par la diversification des objectifs de l'Union, permet, techniquement, d'identifier de tels agencements typiques. La prise en considération de telle ou telle règle peut permettre d'identifier, par un raisonnement abductif, que, dans un type donné de situations, telle solution doit être rendue. Ce genre d'abduction est le ressort de l'interprétation autonome à référence interne, par opposition à celle qui se fonde sur le recours au droit comparé¹⁷⁸⁵, c'est-à-dire à la technique de mise en « *commun* » de valeurs. Mais la limite à la découverte de tels agencements européens constitue, précisément, le *dissensus* entre les États membres, c'est-à-dire l'absence de convergence entre les agencements typiques nationaux. Il y a une « *notion communautaire* » du mariage, mais seulement du mariage hétérosexuel¹⁷⁸⁶. La question de l'admissibilité des dommages et intérêts punitifs constitue également un bon exemple de la limite à la formation d'agencements typiques européens. La proposition de la Commission de considérer le prononcé d'une telle sanction comme contraire à l'« *ordre public communautaire* » ne procédait certainement pas de la découverte abductive d'un agencement européen. Au contraire, comme un auteur l'a bien montré, les solutions précises du droit de l'Union, tout comme celles du droit français que nous avons exposées¹⁷⁸⁷, étaient loin de fournir une réponse univoque à cette question¹⁷⁸⁸. En réalité, faite sur « *demande pressante* » de l'Allemagne¹⁷⁸⁹, cette proposition ne constituait ni plus ni moins qu'une invitation faite aux autres États membres de faire leur un agencement de valeurs allemand. Invitation refusée, comme on le sait, les États membres s'en étant tenus, selon la technique de la mise en commun de valeurs, à réaffirmer leur plus petit dénominateur commun dans le

¹⁷⁸⁴ Pour une étude sociologique des valeurs en Europe, montrant la pérennité des spécificités culturelles, v. Pierre BRÉCHON et Frédéric GONTIER (dir.), *Atlas des européens. Valeurs communes et différences nationales*, Armand Colin, 2013; Pierre BRÉCHON et Frédéric GONTIER (dir.), *Les valeurs des européens. Evolutions et changements*, Armand Colin, 2014.

¹⁷⁸⁵ Sur cette question, v. Mathias AUDIT, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, *op. cit.*

¹⁷⁸⁶ V. *supra* n. 782.

¹⁷⁸⁷ V. *supra* n° 416.

¹⁷⁸⁸ Bernhard A. KOCH, « Punitive Damages in European Law », in Helmut Koziol et Vanessa Wilcox (dir.), *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, p. 197-209.

¹⁷⁸⁹ François-Xavier LICARI, note sous CA Poitiers, 1^{re} ch. civ., 26 février 2009, *Époux Schlenzka. c. SA Fontaine Pajot*, *JDI* 2010, comm. 18, p. 1230-1263

préambule du règlement Rome II : l'octroi de dommages et intérêts punitifs disproportionné peut être considéré comme contraire à l'ordre public *du for*¹⁷⁹⁰. Est-ce à dire que la réalisation des objectifs de l'Union ne peut jamais justifier un aplanissement des spécificités nationales ? Certes non. On en vient alors à l'autre aspect de la problématique de l'ordre public en droit de l'Union : dans quelle mesure les objectifs européens peuvent-ils faire échec aux agencements de valeurs nationaux ?

533. A ce sujet, c'est à la distinction entre valeurs et objectifs qu'il faut en revenir : l'Union a été instituée pour imprimer à la réalité des objectifs précis, non pour concrétiser des valeurs génériques en vue de répondre à l'infinité de problèmes que pose la vie sociale. Ceci demeure la tâche des États membres. La question se pose alors de la conciliation des objectifs européens et des valeurs nationales, dans l'ombre portée de l'objectif d'intégration sur les compétences retenues. Elle semble devoir se résoudre par le recours à la théorie de la « *marge d'appréciation* ». En effet, la jurisprudence de la Cour de justice relative à l'usage que font les États membres des clauses d'ordre public que ménage en leur faveur le droit primaire et dérivé se caractérise par ... l'ambivalence de ses solutions : la Cour opère alternativement un strict contrôle de proportionnalité emportant substitution de la solution nationale par un agencement de valeurs européen ou, au contraire un contrôle restreint de la pondération de valeurs effectuée au plan national. D'autres fois encore, faisant jouer la « *subsidiarité juridictionnelle*¹⁷⁹¹ », elle laisse à la juridiction nationale la responsabilité de la décision, tout en lui donnant des directives plus ou moins précises. Le phénomène a été remarqué de longue date et on l'explique généralement par la plus ou moins grande « *sensibilité* » du domaine en cause. A ce compte-là, cependant, les agencements typiques nationaux, l'« *ordre public national* », devraient toujours triompher. Or, tel n'est pas le cas. On peut avancer deux propositions, identifier deux facteurs de variation de la marge d'appréciation. Tout d'abord, il semble que le caractère commun du standard, l'absence de *dissensus* entre les États membres ait une incidence. On retrouve, indirectement, la technique de la mise en commun de valeurs. Ce facteur est susceptible d'expliquer la relative rigueur dont la Cour fait parfois preuve, dans le cadre de l'interprétation de l'exception d'ordre public du règlement Bruxelles I, en matière d'appréciation de conformité de la décision étrangère aux exigences du procès équitable. Une audace très relative en réalité, dès lors que, s'agissant de détecter une atteinte, par définition grave et manifeste, à un agencement typique, elle est guidée par le « *plancher minimal* » que

¹⁷⁹⁰ V. le considérant n° 32 du règlement (préc.).

¹⁷⁹¹ Sur ce concept, v. Denys SIMON, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE* 1998, p. 84-94.

constitue la jurisprudence de la CEDH. A l'inverse, elle explique la déférence de la Cour à l'égard des « *spécificités nationales* », dont atteste par exemple le fameux exemple de l'arrêt *Grogan*¹⁷⁹², où la Cour a « évité » de confronter le droit à la vie de l'enfant à naître proclamé par la Constitution irlandaise¹⁷⁹³ aux exigences de la libre prestation de services. Un second facteur pourrait être, ensuite, le caractère plus ou moins direct de la mise en cause des objectifs de l'Union. Ce critère serait susceptible de justifier l'encadrement très strict dont font l'objet, en droit dérivé et en jurisprudence, les mesures d'expulsion des ressortissants de l'Union, au nom de l'ordre public. Il pourrait aussi expliquer, à défaut de justifier, une décision telle que celle qu'a rendue la Cour dans l'arrêt *Laval*¹⁷⁹⁴. Alors que, de notoriété, la mise en cause à titre d'adversaire de la libre circulation d'un droit fondamental justifie, en temps ordinaire, l'octroi d'une large marge d'appréciation¹⁷⁹⁵, le contrôle opéré dans cette affaire s'est avéré d'autant plus strict que les exigences de la libre circulation étaient opposées, non pas à un État, mais à des personnes privées. La mise en cause directe des objectifs sociaux de l'Union, auxquels la Cour fait explicitement référence dans l'arrêt, peut alors étayer cette solution, si comme nous le proposons, on la conçoit comme un appel aux États membres à prendre la finalité sociale de l'Union au sérieux¹⁷⁹⁶.

534. Ce dernier exemple atteste, au demeurant que la dimension évolutive du processus d'intégration marque inéluctablement le droit positif du sceau de l'ambiguïté. A ce titre, tant le caractère matriciel des objectifs assignés que leur diversification, au fil des révisions, expliquent la coexistence, en droit positif, des modèles pluraliste et moniste d'articulation entre les conceptions fondamentales européennes et nationales¹⁷⁹⁷. Tant, cependant, que l'objectif d'unité politique, qui constitue l'objectif final mais informel de la construction européenne¹⁷⁹⁸ ne fera pas l'objet d'une consécration au niveau constituant, le modèle moniste, fondé sur la mise en œuvre décentralisée de valeurs concrétisées au niveau européen, devra continuer de coexister avec le modèle pluraliste d'une conciliation empirique des objectifs précis de l'Union avec les agencements de valeurs nationaux.

¹⁷⁹² CJCE, 4 octobre 1991, *The Society for the Protection of Unborn Children Ireland Ltd c. Stephen Grogan et autres*, aff. C-159/90, *Rec.* p. I-04685.

¹⁷⁹³ Sur cet agencement typique irlandais, v. *supra* n° 396.

¹⁷⁹⁴ V. n°s 479-486 et 513-514.

¹⁷⁹⁵ CJCE, 12 juin 2003, *Eugen Schmidberger, Internationale Transporte und Planzüge c. Republik Österreich*, aff. C-112/00, *Rec.* p. I-05659.

¹⁷⁹⁶ V. *supra* n° 514.

¹⁷⁹⁷ V. *supra* n°s 30-46.

¹⁷⁹⁸ V. *supra* n° 376.

535. Si nous nous gardons de toute prise de position quant à la probabilité ou l'opportunité d'une telle consécration, on fera néanmoins une dernière remarque, qu'appelle le constat de la nécessité objective des mécanismes d'ordre public abductifs¹⁷⁹⁹ et qui vaut déjà *de lege lata*, à l'endroit des concrétisations partielles que connaît le modèle moniste. L'idée que les agencements typiques de valeurs doivent être protégés, soit par le biais de mécanismes déductifs, soit, subsidiairement, par des mécanismes abductifs, permettant à l'agent de la réalisation de « *rattraper* » l'échec des premiers à réaliser leur mission, invite en effet le législateur à réfléchir minutieusement à l'adéquation des mécanismes de protection *ad hoc* qu'il institue. Par exemple, est-il certain que, dans le cadre des instruments de droit international privé dits de « *nouvelle génération* », qui suppriment le contrôle à l'aune de l'ordre public dans l'État d'exécution au bénéfice de l'application de règles procédurales minimales dans l'État d'origine, le juge de ce dernier État soit toujours, compte tenu de l'internationalité du litige, le mieux à même de faire respecter les droits de la défense¹⁸⁰⁰ ? Plus fondamentalement, elle invite l'Union à prendre au sérieux les valeurs qu'elle se donne elle-même. Car, si l'idée d'une subordination des droits fondamentaux aux objectifs précis de l'Union a pu justifier de différer l'adhésion de l'Union à la CEDH¹⁸⁰¹, il n'en demeure pas moins que, en privant les États membres de recourir à des mécanismes abductifs, l'Union expose ces derniers à une condamnation dans le prétoire de la Cour strasbourgeoise, au bénéfice d'un renversement de la présomption, en situation de compétence liée, d'équivalence. En déplaçant le centre de gravité de l'Union des objectifs vers les valeurs, l'approfondissement de l'intégration implique une meilleure pondération de ces dernières. Finalement, cet « *ordre public européen* » que l'on réclame tant pour l'Union européenne constitue pour elle moins un privilège qu'une responsabilité.

¹⁷⁹⁹ Idée exposée *supra* n^{os} 455-522.

¹⁸⁰⁰ V. *supra* n. 627 et 1600.

¹⁸⁰¹ V. *supra* n^o 379.

Bibliographie

I. Ouvrages généraux, traités, manuels

- ANCEL Bertrand et LEQUETTE Yves, *Les Grands arrêts de la jurisprudence française de droit international privé*, 5^e éd., Dalloz, 2006.
- ATIAS Christian, *Epistémologie juridique*, Dalloz, Précis, 2002.
- ATIAS Christian, *Philosophie du droit*, PUF, Thémis, 2012.
- ATIAS Christian, *Théorie contre arbitraire*, PUF, 1987.
- AUBERT Jean-Luc et SAVAUX Eric, *Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil*, 15^e éd., Sirey, 2014.
- AUDIT Bernard et D'AVOUT Louis, *Droit international privé*, 7^e éd., Economica, 2013.
- AUTEXIER Christian, *Introduction au droit public allemand*, PUF, Droit fondamental, 1997.
- AZÉMA Jacques et GALLOUX Jean-Christophe, *Droit de la propriété industrielle*, 7^e éd., Dalloz, Précis, 2012.
- BARNARD Catherine, *EU Employment Law*, 4^e éd., 2012.
- BARNARD Catherine, *The Substantive Law of the EU : The Four Freedoms*, 4^e éd., OUP, 2013.
- BÉNABENT Alain, *Droits des obligations*, 14^e éd., LGDJ Lextenso, 2014.
- BERGÉ Jean-Sylvestre et ROBIN-OLIVIER Sophie, *Droit européen. Union européenne. Conseil de l'Europe*, 2^e éd., Thémis, 2011.
- BERGEL Jean-Louis, *Méthodologie juridique*, PUF, Thémis, 2001.
- BERGEL Jean-Louis, *Théorie générale du droit*, 5^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2012.
- BETHGE Herbert, *Verfassungsrecht*, 2^e éd., Franz Vahlen Verlag, 2004.
- BLANQUET Marc, GAUDIN Hélène, ADRIANTSIMBAZOVINA Joël et FINES Francette, *Les grands arrêts de la Cour de justice de l'Union européenne*, t. I : *Droit constitutionnel et institutionnel de l'Union européenne*, Dalloz, 2014.
- BLUMANN Claude et DUBOIS Louis, *Droit institutionnel de l'Union européenne*, 5^e éd., LexisNexis, 2013.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Le droit international privé*, PUF, Que sais-je ?, 2009.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, *Droit international privé*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2014, 2 t.
- CADIET Loïc, NORMAND Jacques et AMRANI-MEKKI Soraya, *Théorie générale du procès*, 2^e éd., PUF, Thémis, 2013.
- CADIET Loïc et JEULAND Emmanuel, *Droit judiciaire privé*, 8^e éd., LexisNexis, 2013.
- CAPITANT Henri, TERRÉ François et LEQUETTE Yves, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I : *Introduction, personnes, famille, biens, régimes matrimoniaux, successions*, 13^e éd., Dalloz, 2015.

CAPITANT Henri, TERRÉ François, LEQUETTE Yves et CHÉNÉDÉ François, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. II : *Obligations, contrats spéciaux, sûretés*, 13^e éd., Dalloz, 2015.

CARBONNIER Jean, *Essai sur les lois*, LGDJ, Lextenso éditions, coll. Anthologie du Droit, 2014.

CARBONNIER Jean, *Droit et passion du droit sous la V^e République*, Flammarion, 2006.

CARBONNIER Jean, *Sociologie juridique*, PUF, Quadrige, 2004.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Introduction*, 27^e éd., PUF, Thémis, 2002.

CARBONNIER Jean, *Droit civil. Les obligations*, 22^e éd., PUF, Thémis, 2000.

CARBONNIER Jean, *Flexible droit. Pour une sociologie du droit sans rigueur*, 7^e éd., LGDJ, 1992.

CARLIER Jean-Yves, *La condition des personnes dans l'Union européenne*, Larcier, 2007.

CARREAU Dominique et JULLIARD Patrick, *Droit international économique*, 5^e éd., Dalloz, Précis, 2013.

CHAPUS René, *Droit administratif général*, t. I, 15^e éd., Montchrestien, 2001.

CORNU Gérard, *Introduction au droit*, 13^e éd., Montchrestien, 2007.

CRAIG Paul et DE BÚRCA Gráinne, *EU Law. Text, Cases and Materials*, 4^e éd., OUP.

BOISSÉSON Matthieu (de), *Le droit français de l'arbitrage interne et international*, préf. Pierre Bellet, 2^e éd., GLN Joly, 1990.

DECOCQ André, MONTREUIL Jean et BUISSON Jacques, *Le droit de la police*, 2^e éd., Litec, 1998.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligation*, t. I : *Contrat et engagement unilatéral*, 3^e éd., PUF, Thémis, 2012.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Droit des obligations*, t. II : *Responsabilité civile et quasi-contrats*, 2^e éd., PUF, Thémis, 2010.

FABRE-MAGNAN Muriel, *Introduction générale au droit. Droit des personnes. Méthodologie juridique*, 2^e éd., PUF, Licence, 2011.

FALLON Marc, *Droit matériel général de l'Union européenne*, 2^e éd., Bruylant/Sakkoulas, 2002.

FROMONT Michel et RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand*, t. I : *Les fondements*, éd. Cujas, 1977.

FROMONT Michel et RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand*, t. II : *Droit public et droit pénal*, éd. Cujas, 1984.

FROMONT Michel et RIEG Alfred, *Introduction au droit allemand*, t. III : *Droit privé*, éd. Cujas, 1991.

FROMONT Michel, *Droit allemand des affaires*, Montchrestien, 2001.

GAUDEMET-TALLON Hélène, *Compétence et exécution des jugements en Europe*, 5^e éd., LGDJ Lextenso, 2015.

GEIMER Reinhold et SCHÜTZE Rolf A., *Europäisches Zivilverfahrensrecht*, 3^e éd., C. H. Beck, 2010.

GUINCHARD Serge, CHAINAIS Cécile et FERRAND Frédérique, *Procédure civile. Droit interne et droit de l'Union européenne*, Dalloz, Précis, 2014.

HÉRON Jacques et LE BARS Thierry, *Droit judiciaire privé*, 5^e éd., Montchrestien, 2012.

HOLLEAUX Dominique, FOYER Jacques et GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud (de), *Droit international privé*, Masson, 1987.

IDOT Laurence, *Droit communautaire de la concurrence. Le nouveau système de mise en œuvre des articles 81 et 82 CE*, Bruylant, 2004.

ISAAC Guy et BLANQUET Marc, *Droit général de l'Union européenne*, 10^e éd., Sirey.

KEGEL Gerhard, *Internationales Privatrecht*, 7e éd., C. H. Beck., 1995.

KEGEL Gerhard et SCHURIG Klaus, *Internationales Privatrecht*, 9^e éd., C. H. Beck, 2004.

KRAMER Ernst A., *Juristische Methodenlehre*, 1^{re} éd., Stämpfli, 1998.

LARENZ Karl et CANARIS Claus-Wihlem, *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, 3^e éd., Springer, 1995.

LARENZ Karl et WOLF Manfred, *Allgemeiner Teil des bürgerlichen Rechts*, 9^e éd., C. H. Beck, 2004.

LE TOURNEAU Philippe (dir.), *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz action, 2012.

LOUIS Jean-Victor et RONSE Thierry, *L'ordre juridique de l'Union européenne*, Helbing et Lichtenhhan, 2005.

LOUSSOUARN Yvon, BOUREL Pierre et VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), *Droit international privé*, 10^e éd., Dalloz, Précis, 2013.

MAYER Pierre, *Droit international privé*, 4^e éd., Montchrestien, 1991.

MAYER Pierre et HEUZÉ Vincent, *Droit international privé*, 11^e éd., LGDJ-Lextenso, 2014.

NIBOYET Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud (de), *Droit international privé*, 3^e éd., LGDJ, 2011.

NIBOYET Marie-Laure et GEOUFFRE DE LA PRADELLE Géraud (de), *Droit international privé*, 4^e éd., LGDJ, 2013.

PERROT Roger et THÉRY Philippe, *Procédures civiles d'exécution*, 3^e éd. Dalloz, 2013.

PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, réimpr. de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, Bruylant, 2006.

POUDRET Jean-François et BESSON Sébastien, *Droit comparé de l'arbitrage international*, Bruylant/Schultess/LGDJ, 2002.

PRIETO Catherine et BOSCO David, *Droit européen de la concurrence. Ententes et abus de position dominante*, Bruylant, 2013.

ROCHFELD Judith, *Les grandes notions du droit privé*, PUF, Thémis, 2011.

RODIÈRE Pierre, *Droit social de l'Union européenne*, 2^e éd., LGDJ, 2014.

SCHWARZE Jürgen, *Droit administratif européen*, 2^e éd., Bruylant, 2009.

SERAGLINI Christophe et ORTSCHIEDT Jérôme, *Droit de l'arbitrage interne et international*, Montchrestien, 2013.

- SIMON Denys *Le système juridique communautaire*, 3^e éd., PUF, Droit fondamental, 2001.
- SUDRE Frédéric, *Droit européen et international des droits de l'homme*, 12^e éd., PUF, coll. Droit fondamental, 2015.
- TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 3^e éd., Dalloz, Précis, 1996.
- TERRÉ François, *Introduction générale au droit*, 10^e éd., Dalloz, Précis, 2015.
- TERRÉ François, SIMLER Philippe et LEQUETTE Yves, *Droit civil. Les obligations*, 11^e éd., Dalloz, Précis, 2013.
- VERHOEVEN Joe, *Droit international public*, Larcier, Précis de la Faculté de droit de l'Université catholique de Louvain, 2000.
- VIVANT Michel et BRUGUIERE Jean-Michel, *Droit d'auteur et droits voisins*, Dalloz, précis, 2013.
- VIVANT Michel (dir.), *Les grands arrêts de la propriété intellectuelle*, 2^e éd., Dalloz, 2015.
- WITZ Claude, *Droit privé allemand. 1. Actes juridiques, droits subjectifs*, Litec, 1992.
- WITZ Claude, *Le droit allemand*, 2^e éd., Dalloz, Connaissance du droit, 2013.

II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies

- AMARO Rafaël, *Le contentieux privé des pratiques anti-concurrentielles*, Bruylant, coll. Concurrences, 2014.
- ARCHER Delphine, *Impérativité et ordre public en droit communautaire et droit international privé des contrats : Étude de conflits de lois*, Th. dactyl. Cergy-Pontoise, 2006.
- ARFAZADEH Homayoon, *Ordre public et arbitrage à l'épreuve de la mondialisation. Une théorie critique des sources du droit des relations transnationales*, Bruylant/LGDJ/ Schultess, 2005.
- ARNOUX Gillian, *Le droit européen de la concurrence et l'industrie de défense*, Th. dactyl. Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne, 2011, 2 vol.
- ARRUE MONTENEGRO Carlos, *L'autonomie de la volonté dans le conflit de juridictions*, préf. Bertrand Ancel, LGDJ, 2011.
- AUDARD Catherine, *Qu'est-ce que le libéralisme ?*, Gallimard, Folio essais, 2009.
- AVOUT Louis (d'), *Sur les solutions du conflit de lois en droit des biens*, Préf. Hervé Synvet, Economica, 2006.
- AZZI Tristan, *Recherches sur la loi applicable aux droits voisins du droit d'auteur en droit international privé*, préf. Hélène Gaudemet-Tallon, LGDJ, 2005.
- BACHOUÉ-PEDROUZO Géraldine, *Le contrôle juridictionnel de la coopération intergouvernementale. Contribution au processus de juridictionnalisation de l'Union*, préf. Henri Labayle, Institut universitaire Varenne, 2013.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, *L'application du droit national, international et européen*, Dalloz, coll. Méthodes du droit, 2013.
- BERNARD Elsa, *La spécificité du standard juridique en droit communautaire*, préf. Denys Simon, Bruylant, 2010.

- BIDAUD-GARON Christine, *L'état civil en droit international privé français*, Th. Lyon III, 2005.
- BLÉRY Corinne, *L'efficacité substantielle des jugements civils*, dir. Jacques Héron, préf. Pierre Mayer, LGDJ, 2000.
- BODEN Didier, *L'ordre public : limite et condition de la tolérance. Recherches sur le pluralisme juridique*, Thèse dactyl., Univ. Paris I Panthéon-Sorbonne, 2002, 2 vol.
- BOLLÉE Sylvain, *Les méthodes du droit international privé à l'épreuve des sentences arbitrales*, préf. Pierre Mayer, Economica, 2004.
- BONNET Baptiste, *Repenser les rapports entre les ordres juridiques*, préf. Fabrice Picod, Lextenso, 2013.
- BOSKOVITS Kosmas, *Le juge communautaire et l'articulation des compétences normatives entre la Communauté européenne et ses États membres*, av.-propos Nicolas Scandamis, préf. Denys Simon, N. Sakkoulas/Bruylant, 1999.
- BOUMGHAR Mouloud, *Une approche de la notion de principe dans le système de la Convention européenne des droits de l'homme*, préf. Emmanuel Decaux, Pédone, 2010.
- BOURDIEU Pierre, *Questions de sociologie*, Les Éditions de Minuit, coll. Reprise, 2002.
- BRIERE Carine, *Les conflits de conventions en droit international privé*, préf. Patrick COURBE, LGDJ, 2001.
- BUREAU Dominique, *Les sources informelles du droit dans les relations privées internationales*, Th. dactyl. Université Panthéon-Assas Paris II, 1992.
- CALLE Pierre, *L'acte public en droit international privé*, préf. Pierre MAYER, Economica, 2004.
- CAPITANT David, *Les effets juridiques des droits fondamentaux en Allemagne*, préf. Michel Fromont, LGDJ, 2001.
- CHÉNÉDÉ François, *Les commutations en droit privé. Contribution à la théorie générale des obligations*, préf. Alain Ghozi, Economica, 2008.
- CHESNÉ Guy, *L'établissement des étrangers en France et la Communauté européenne*, préf. Yvon Loussouarn, LGDJ, 1962.
- CHILSTEIN David, *Droit pénal international et lois de police. Essai sur l'application dans l'espace du droit pénal accessoire*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2003.
- CLÉMENT-WILZ, Laure, *La fonction de l'avocat général près la Cour de justice de l'Union européenne*, préf. Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2011.
- CORTHAUT Tim, *EU Ordre public*, préf. Koen Lenaerts, Wolters Kluwer, 2012.
- DEBY-GÉRARD France, *Le rôle de la règle de conflit dans le règlement des rapports internationaux*, préf. Berthold Goldman, Dalloz, 1973.
- DELEUZE Gilles et GUATTARI Félix, *Mille Plateaux*, Les Éditions de Minuit, 1980.
- DROZ Georges A. L., *La compétence judiciaire et l'effet des jugements dans la Communauté économique européenne selon la Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Dalloz, 1972.
- DUBOUCHET Paul, *Le droit spontané au XX^e siècle*, L'Hermès, 2002.

- DUCOULOMBIER Peggy, *Les conflits de droits fondamentaux devant la Cour européenne des droits de l'homme*, Bruylant, 2011.
- DURKHEIM Emile, *Les règles de la méthode sociologique*, Félix Alcan, 1895.
- DURKHEIM Emile, *De la division du travail social*, PUF, Quadrige, 1991.
- DWORKIN Ronald, *Prendre les droits au sérieux*, PUF, Léviathan, 1995.
- EUDIER Frédérique, *Ordre public substantiel et office du juge*, Th. dactyl. Rouen, 1994.
- FADLALLAH Ibrahim, *La famille légitime en droit international privé* », préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1977.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, *Libre disponibilité des droits et conflit de lois*, préf. Yves Lequette, LGDJ, 1996.
- FERACI Ornella, *L'ordine pubblico nel diritto dell'Unione europea*, Giuffrè, 2012.
- FOHRER-DEDEURWAERDER Estelle, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Bernad Audit, LGDJ, 2008.
- FRANCQ Stéphanie, *L'applicabilité du droit communautaire dérivé au regard des méthodes du droit international privé*, Bruylant, 2005.
- GANNAGÉ Léna, *La hiérarchie des normes et les méthodes du droit international privé*, préf. Yves Lequette, LGDJ, 2001.
- GERVIER Pauline, *La limitation des droits fondamentaux constitutionnels par l'ordre public*, av.-propos Jean-Louis Debré, préf. Ferdinand Mélin-Soucramanien, LGDJ, 2014.
- GOTHOT Pierre et HOLLEAUX Dominique, *La Convention de Bruxelles du 27 septembre 1968*, Jupiter, 1985.
- GRZEGORCZYK Christophe, *La théorie générale des valeurs et le droit*, préf. Michel Villey, LGDJ, 1982.
- GUILLAUMÉ Johanna, *L'affaiblissement de l'Etat nation en droit international privé*, préf. Clotilde Grare-Didier, LGDJ, 2011.
- HASS Ernst B., *The Uniting of Europe. Political, Social and Economic Forces. 1950-1957*, University of Notre Dame Press, 1958.
- HAYEK Friedrich August, *Droit, législation et liberté*, préf. Philippe Némó, PUF, Quadrige, 2013.
- HELLIO Hugues, *L'organisation mondiale du commerce et les normes relatives à l'environnement. Recherches sur la technique de l'exception*, Th. dactyl. Univ. Panthéon-Assas Paris II.
- HEUZÉ Vincent, *La réglementation française des contrats internationaux. Étude critique des méthodes*, préf. Paul Lagarde, GLN éd., 1990.
- HEYMANN Jérémy, *Le droit international privé à l'épreuve du fédéralisme européen*, préf. Horatia Muir Watt, Economica, 2010.
- ILIOPOULOU Anastasia, *Libre circulation et non-discrimination, éléments du statut du citoyen de l'Union européenne*, préf. Jacqueline Dutheil de la Rochère, Bruylant, 2008.
- JAPIOT René, *Des nullités en matière d'actes juridiques. Essai d'une théorie nouvelle*, Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1909.
- JAULT Alexis, *La notion de peine privée*, préf. François Chabas, LGDJ 2005.

- JOUBERT Nathalie, *La notion de liens suffisants avec l'ordre juridique (Inlandsbeziehung) en droit international privé*, préf. Paul Lagarde, Litec, 2008.
- KELSEN Hans, *Théorie pure du droit*, trad. fr. de la 2^e éd. de la « *Reine Rechtslehre* » par Charles Eisenmann, Dalloz, 1962.
- KINSCH Patrick, *Le fait du prince étranger*, préf. Jean-Marc Bischoff, LGDJ, 1994.
- KNETSCH Jonas, *Le droit de la responsabilité et les fonds d'indemnisation*, préfaces d'Yves Lequette et Christian Katzenmeier, LGDJ, 2013.
- LAGARDE Paul, *Recherches sur la notion d'ordre public en droit international privé*, préf. Henri Batiffol, LGDJ, 1959.
- LE BOS Yves-Édouard, *Le renouvellement de la théorie du conflit de lois dans un contexte fédéral*, préf. Horatia Muir Watt, Dalloz, 2010.
- LERON Nicolas, *La gouvernance constitutionnelle des juges. L'institutionnalisation d'un nouveau mode de régulation du risque de conflit constitutionnel dans l'Union européenne*, Th. IEP Paris, 2014.
- LÓPEZ DE TEJADA María, *La disparition de l'exequatur dans l'espace judiciaire européen*, préf. Bertrand Ancel, LGDJ, 2013.
- LOUVEL-PARISOT Valérie, *Les conflits internes de lois*, préf. Paul Lagarde, IRJS éditions, 2013.
- MALAURIE Philippe, *L'ordre public et le contrat (Etude de droit civil comparé. France, Angleterre, U.R.S.S.)*, préf. Paul Esmein, éd. Matot-Braine, 1953.
- MARTEL David, *Le rapport d'obligation dans une communauté de personnes*, préf. Philippe Stoffel-Munck, IRJS éditions, 2012.
- MARTIN Denis, *Égalité et non-discrimination dans la jurisprudence communautaire : étude critique à la lumière d'une approche comparatiste*, Bruylant, 2006.
- MARZAL YETANO Antonio, *La dynamique du principe de proportionnalité*, préf. Horatia Muir Watt, Institut universitaire Varenne, 2014.
- MATHIEU Benjamin, *Directives européennes et conflits de lois*, préf. Dominique Bureau, LGDJ, 2015.
- MAYER Lucie, *Actes du procès et théorie de l'acte juridique*, préf. Loïc Cadiet, IRJS éditions, 2009.
- MAYER Pierre, *La distinction entre règles et décisions et le droit international privé*, préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1973.
- MEINDL Thomas, *La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et les doctrines constitutionnelles françaises et allemandes*, préf. Dominique Rousseau, LGDJ, 2003.
- MEKKI Mustapha, *L'intérêt général et le contrat. Contribution à une étude de la hiérarchie des intérêts en droit privé*, préf. Jacques Ghestin, LGDJ, 2004.
- MICHEL Valérie, *Recherches sur les compétences de la Communauté européenne*, av.-propos Vlad Constantinesco, préf. Philippe Manin, L'Harmattan, 2003.
- MILLET François-Xavier, *L'Union européenne et l'identité constitutionnelle des États membres*, av.-propos Jean-Louis Debré, préf. Bruno de Witte et Gérard Marcou, LGDJ, 2013.
- MONNET Jean, *Mémoires*, Fayard, 1976.

- MONTALIVET Pierre (de), *Les objectifs de valeur constitutionnelle*, préf. Michel Verpeaux, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2006.
- MOTULSKY Henri, *Principes d'une réalisation méthodique du droit privé*, préf. Paul Roubier, Sirey, 1948, réed. présentée par Marie-Anne Frison-Roche, Dalloz, 2002.
- NÉRAUDAU D'UNIENVILLE Emmanuelle, *Ordre public et droit des étrangers en Europe : la notion d'ordre public en droit des étrangers à l'aune de la construction européenne*, préf. François Julien-Laferrière, Bruylant, 2006.
- OPREA Elena-Alina, *Droit de l'Union européenne et lois de police*, L'Harmattan, coll. Logiques juridiques, 2015.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *Bonnes mœurs, discours pénal et rationalité juridique. Essai d'analyse critique*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1981.
- OST François et VAN DE KERCHOVE Michel, *De la pyramide au réseau ? Pour une théorie dialectique du droit*, Facultés universitaires Saint Louis, 2002.
- PANOU Chrysoula, *Le consentement à l'arbitrage*, préf. Vincent Heuzé, IRJS éd., 2011.
- PAPAUX Alain, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, LGDJ/Schulthess/Bruylant, 2003.
- PARROT Karine, *L'interprétation des conventions de droit international privé*, préf. Paul Lagarde, Dalloz, 2006.
- PARTSCH Philippe-Emmanuel, *Le droit international privé européen. De Rome à Nice*, préf. François Rigaux, Larcier, 2003.
- PATAUT Étienne, *Principe de souveraineté et conflits de juridictions (Étude de droit international privé)*, préf. Paul Lagarde, LGDJ, 1999.
- PEIRCE Charles Sanders, *Œuvres philosophiques*, vol. I : *Pragmatisme et pragmatisme*, trad. fr. Claudine Tiercelin et Pierre Thibaud, Cerf, coll. Passages, 2002
- PERELMAN Chaïm, *Logique juridique. Nouvelle rhétorique*, 2^e éd., Dalloz, coll. Méthodes du droit, 1979.
- PERELMAN Chaïm et OLBRECHTS-TYTECA Lucie, *Traité de l'argumentation. La nouvelle rhétorique*, préf. Michel Meyer, 6^e éd., ULB, 2008.
- PÉRÈS-DOURDOU Cécile, *La règle supplétive*, préf. Geneviève Viney, LGDJ, 2004.
- PESCATORE Pierre, *Le droit de l'intégration*, réimpression de l'ouvrage publié chez A. W. Sijthoff-Leiden en 1972, Bruylant, 2005.
- PESCATORE Pierre, *L'ordre juridique des Communautés européennes. Études des sources du droit communautaire*, Bruylant, réimpression de l'ouvrage publié aux Presses universitaires de Liège en 1975, 2006.
- PICHERAL Caroline, *L'ordre public européen. Droit communautaire et droit européen des droits de l'homme*, préf. Frédéric Sudre, La Documentation française, coll. Monde européen et international, 2001.
- PORTA Jérôme, *La réalisation du droit communautaire. Essai sur le gouvernement juridique de la diversité*, préf. Antoine Lyon-Caen, LGDJ, Fondation Varenne, 2007, 2 vol.

- RACINE Jean-Baptiste, *L'arbitrage commercial international et l'ordre public*, av.-propos Laurence Boy et préf. Philippe Fouchard, LGDJ, 1999.
- REGEN Ekkehard, *Prozessbetrug als Annerkennungshindernis. Ein Beitrag zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts*, JWV, 2008.
- REMY Benjamin, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2008.
- RENOLD Marc-André, *Les conflits de lois en droit anti-trust*, préf. Pierre Lalive, Shultess, *Études suisses de droit international*, vol. 69, 1991.
- RIALS Stéphane, *Le juge administratif et la technique du standard*, préf. Prosper Weil, LGDJ, 1980.
- RIPERT Georges, *La règle morale dans les obligations civiles*, LGDJ, 1949.
- RIPERT Georges, *Les forces créatrices de droit*, LGDJ, 1955.
- ROMANO Santi, *L'ordre juridique*, trad. fr. de la 2^e éd. de l'*Ordinamento giuridico* par Lucien François et Pierre Gothot, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2002.
- ROOZ Delphine, *L'intégration du droit de l'Union européenne et le droit français des contrats*, Thèse dactyl., Univ. Panthéon-Sorbonne Paris I, 2012.
- RÖTHEL Anne, *Normkonkretierung im Privatrecht*, Mohr Siebeck, 2004.
- ROUBIER Paul, *Théorie générale du droit. Histoire des doctrines juridiques et philosophie des valeurs sociales*, 2e éd., Sirey, 1951, rééd. préf. David Deroussin, Dalloz, 2005.
- SAINT-JAMES Virginie, *La conciliation des droits de l'homme et des libertés en droit public français*, PULIM, 1995.
- SANTULLI Carlo, *Le statut international de l'ordre juridique étatique*, préf. Jean Combacau, Pédone, 2001.
- SAVAUX Eric, *La théorie générale du contrat, mythe ou réalité ?*, préf. Jean-Luc Aubert, LGDJ, 1997.
- SCANDAMIS Nikos, *Le paradigme de la gouvernance européenne. Entre souveraineté et marché*, préf. Dusan Sidjanski, Bruylant, 2009.
- SCHNEIDER Hartmut, *Die öffentliche Ordnung als Schranke der Grundfreiheiten im EG-Vertrag*, Nomos, 1998.
- SCHURIG Klaus, *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Dunker & Humblot, 1981.
- SERAGLINI Christophe, *Lois de police et justice arbitrale internationale*, préf. P. Mayer, Dalloz, 2001.
- SINDRES David, *La distinction des ordres et des systèmes juridiques dans les conflits de lois*, préf. Horatia Muir Watt, LGDJ, 2008.
- SINOPOLI Laurence, *Le droit au procès équitable dans les rapports privés internationaux. Recherche sur le champ d'application de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme en droit international privé*, Th dactyl. Univ. Paris I, 2000.
- TAUPIAC-NOUVEL Guillemine, *Le principe de reconnaissance mutuelle des décisions répressives dans l'Union européenne*, préf. Bertrand de Lamy, Fondation de Varenne, 2011.

THOMA Ioanna, *Die Europäisierung und die Vergemeinschaftung des nationalen ordre public*, Mohr Siebeck, 2007.

TOUBIANA Annie, *Le domaine de la loi du contrat en droit international privé*, préf. Henri Batiffol, Dalloz, 1972.

TUSSEAU Guillaume, *Les normes d'habilitation*, préf. Michel Troper, Dalloz, 2006.

VIANGALLI François, *La théorie des conflits de lois et le droit communautaire*, préf. Gérard Légier, PUAM, 2004.

WEBER Max, *Economie et société*, trad. fr. Julien Freund, Pierre Kamnitzer, Pierre Bertrand *e. a.*, sous la dir. de Jacques Chavy et Éric de Dampierre, Plon, Pocket, 1995, 2 t.

ZAHER Khalid, *Conflits de civilisation et droit international privé*, préf. Vincent Heuzé, L'Harmattan, 2009.

III. Ouvrages collectifs et colloques

L'ordre public, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. 49 [1998], LGDJ, 2001.

La constitution et les valeurs. Mélanges en l'honneur de Dmitri Georges Lavroff, Dalloz, 2005.

AZOULAI Loïc (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011.

AZOULAI Loïc (dir.), *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014.

BUREAU Dominique, DRUMMOND France et FENOUILLET Dominique (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011.

BRÉCHON Pierre et GONTIER Frédéric (dir.), *Atlas des européens, Valeurs communes et différences nationales*, Armand Colin, 2013.

BRÉCHON Pierre et GONTIER Frédéric (dir.), *Les valeurs des européens. Evolutions et changements*, Armand Colin, 2014.

DUBOUT Edouard et MAÎTROT DE LA MOTTE Alexandre (dir.), *L'unité des libertés de circulation*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2013.

DUBREUIL Charles-André (dir.), *L'ordre public*. Actes du colloque organisé les 15 et 16 décembre 2011 par le Centre Michel de l'Hospital de l'Université d'Auvergne, éd. Cujas, 2013.

DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline (dir.), *L'exécution du droit de l'Union entre mécanismes communautaires et droits nationaux* Bruylant, 2009.

FALLON Marc, LAGARDE Paul et POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009.

FALLON Marc, LAGARDE Paul et POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Quelle architecture pour un code européen de droit international privé ?*, Peter Lang, 2011.

FAURE Bertrand (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010.

GÉRARD Philippe, OST François et VAN DE KERCHOVE Michel (dir.), *Droit et intérêt*, Facultés universitaires Saint-Louis, 1990, 3 volumes.

GIUDICELLI-DELAGE Geneviève et LAZERGUE Christine (dir.), *Le droit pénal de l'Union au lendemain du Traité de Lisbonne*, SLC, 2012.

GRUNDMANN Stephan et MAZEAUD Denis (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006.

HEUZÉ Vincent et HUET Jérôme (dir.), *Construction européenne et État de droit*, éd. Panthéon-Assas, 2012.

IDOT Laurence et POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation entre les ordres juridiques*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 24 octobre 2003, *LPA*, 5 oct. 2004, p. 3.

LAGARDE Paul (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Pédone, 2013.

LOQUIN Eric et MANCIAUX Sébastien (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014.

MAYER Pierre (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Lexisnexus, CREDIMI, 2012.

MISES Ludwig (von), *Epistemological Problems of Economics*, 3^e éd. de la traduction angl. par Georges Reisman de *Grundprobleme der Nationalökonomie : Untersuchungen über Verfahren und Inhalt der Wirtschafts- und Gesellschaftslehre*, Ludwig von Mises Institute, 2003.

MONJAL Pierre-Yves et NEFRAMI Eleftheria (dir.), *Le commun dans l'Union européenne*, Bruylant, 2009.

NEFRAMI Eleftheria (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013.

PERELMAN Chaïm (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968.

PERELMAN Chaïm et VANDER ELST Raymond (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984.

POLIN Raymond (dir.), *L'ordre public*, PUF, 1996.

POTVIN-SOLIS Laurence (dir.), *Les valeurs communes dans l'Union européenne*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2014.

REDOR Marie-Joëlle (dir.), *L'ordre public : Ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*. Actes du colloque organisé à Caen les 11 et 12 mai 2000, Bruylant, 2001.

RENET Thierry (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996.

ROMAIN Jean-François *et al.*, *L'ordre public. Concept et applications*, Bruylant, 1995.

IV. Cours, articles, communications, contributions, comptes rendus et working papers

AMSELEK Paul, « La part de science dans l'activité des juristes », *D.* 1997, chron. p. 337-342.

ANCEL Bertrand, compte rendu de l'ouvrage d'Andrea BONOMI, *Le norme imperativa nel diritto internazionale privato. Considerazioni sulla Convenzione europea sulla legge applicabile alle obbligazioni contrattuali del 19 giugno 1980 nonché sulle leggi italiana e*

svizzer di diritto internazionale privato, préf. Pierre Widmer, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 1998, *RCDIP* 1998, p. 809-813.

ANCEL Bertrand et Horatia MUIR WATT, « La désunion européenne : le règlement dit 'Bruxelles II' », *Rev. crit. DIP* 2001, p. 403.

ANCEL Bertrand, « Destinées de l'article 3 du code civil », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 1-18.

ANCEL Jean-Pierre, « L'actualité de l'autonomie de la clause compromissoire », *Trav. Com. fr. DIP* 1991-1992, p. 75-119.

ANCEL Marie-Elodie, « La protection internationale du sous-traitant », *Trav. Com. fr. DIP* 2008-2010, p. 225-262.

ARRUE MONTENEGRO Carlos, « Les orientations économiques du droit maritime international du Panama en matière d'accords de juridictions », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 275-293.

ATIAS Christian et LINOTTE Didier « Le mythe de l'adaptation du droit au fait », *D.* 1977, chron., p. 251-258.

AUDIT Mathias, « L'interprétation autonome du droit international privé communautaire », *JDI* 2004, p. 789-816.

AVOUT Louis (d'), « Le sort des règles impérative dans le règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2165.

AVOUT Louis (d'), « Que reste-t-il du principe de territorialité des faits juridiques ? (une mise en perspective du système Rome II) », *D.*, 2009, p. 1629-1638.

AVOUT Louis (d'), « De l'entraide judiciaire internationale au contentieux civil intégré », in Etienne Pataut, Sylvain Bollée, Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS éditions, 2013, p. 117-140.

AVOUT Louis (d'), « Les directives européennes, les lois de police de transposition et leur application aux contrats internationaux », *D.* 2014, p. 60.

AZOULAI Loïc, « La nature de l'Union européenne », in Gérard Cohen-Jonathan et Jacqueline Dutheil de la Rochère, *Constitution européenne, démocratie et droits de l'homme*, Bruylant/Némésis, 2003, p. 81-117.

AZOULAI Loïc, « La Constitution et l'intégration. Les deux sources de l'Union européenne en formation », *RFDA*, 2003, p. 859.

AZOULAI Loïc, « Autonomie et antinomie du droit communautaire : La norme communautaire à l'épreuve des intérêts et des droits nationaux », *LPA* 5 oct. 2004, p. 4.

AZOULAI Loïc, « The Court of Justice and the Social Market Economy : The Emergence of an Ideal and the Conditions for its Realization », *CMLR* 2008, p. 1335-1356.

AZOULAI Loïc, « La fabrication de la jurisprudence communautaire », in Pascal Mbongo et Antoine Vauchez (dir.), *Dans la fabrique du droit européen*, Bruylant, coll. droit de l'Union européenne, 2009, p. 153-169.

AZOULAI Loïc, « Sur un sens de la distinction public/privé dans le droit de l'Union européenne », *RTD eur.* 2011, p. 842.

AZOULAI Loïc, « La formule des compétences retenues des États membres devant la Cour de justice de l'Union européenne », in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 341-368.

- AZZI Tristan, « Les relations entre la responsabilité civile délictuelle et les droits subjectifs », *RTD civ.* 2007, p. 227.
- AZZI Tristan, « L'office du juge dans la mise en œuvre de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 649-670.
- BADIALI Giorgio, « Le droit international privé des Communautés européennes », *RCADI* 1985-II, t. 191, p. 9-182.
- BARANGER Denis, « Retour sur Dieudonné », *RFDA* 2014, p. 525.
- BARATTA Roberto, « La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales », *RCADI* 2010, t. 348, p. 253-499.
- BARNARD Catherine, « The UK and the Posted Workers : The Effect of Commission v. Luxembourg on the Territorial Application of British Labour Law » *ILJ* 2009, p. 122-132.
- BASEDOW Jürgen, « Recherches sur la formation de l'ordre public européen dans la jurisprudence », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 55-74.
- BASILIEN-GAINCHE Marie-Laure, « Regard critique sur le régime d'asile européen commun. La persistance d'une conception restrictive de la protection », *Europe* 2014, étude 1.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, « Le droit communautaire dévoyé. Le cas *Blood* », *Europe* déc. 1999, chron. 12, p. 4-6.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, Présentation de la chronique intitulée « Le rôle conféré par le droit communautaire aux droits nationaux des États membres », *LPA* 19 mai 2003, n° 99, p. 4.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, « Question de vocabulaire : impact de la disparition du terme 'Communauté' et de ses dérivés dans les Traités sur l'Union européenne en droit des contrats », *RDC* 2008, p. 523.
- BERGÉ Jean-Sylvestre, « La comparaison du droit national, international, européen : de quelques présupposés et finalités », in *Mél. Camille Jauffret-Spinosi*, Dalloz, 2013, p. 87-101.
- BERNARD Elsa, « La Cour de justice précise les règles du jeu », *Europe* 2010, étude 12.
- BERRAMDANE Abdelkhaleq, « L'ordre public et les droits fondamentaux en droit communautaire et droit de l'Union européenne », in *Mél. Yves Madiot*, Bruylant, 2000, p. 157-198.
- BERTRAND Brunessen, « Que reste-t-il des exigences impératives d'intérêt général ? », *Europe* 2012, étude 1.
- BERTRAND Brunessen, « Les blocs de jurisprudence », *RTD eur.* 2012, pp. 741-770.
- BERTRAND Christine, « Les étrangers et l'ordre public en droit de l'Union européenne », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 297-308.
- BETHGE Herbert, « Grundrechtskollisionen », in Detlef Merten et Hans-Jürgen Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III : *Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren* II, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 667-716.
- BINCTIN Nicolas, « Les apports de la propriété intellectuelle à l'analyse d'un ordre public 'transnational' ou 'réellement international' », in *Mélanges Bernard Audit*, LGDJ Lextenso, 2014, p. 89-117.
- BIOY Xavier, « Notions et concepts en droit : interrogations sur l'intérêt d'une distinction », in Guillaume TUSSEAU (dir.), *Les notions juridiques*, Economica, 2009, p. 21-53.

- BLUMANN Claude, « L'apport du droit de retrait à qualification juridique de l'Union européenne », in *Mél. Philippe Manin*, Pédone, 2010, p. 53-68.
- BODEN Didier, « Le pluralisme juridique en droit international privé », *Arch. phil. dr.* 2005, t. 49, p. 275-316.
- BODEN Didier, compte rendu de l'ouvrage d'Alain PAPAUX, *Essai philosophique sur la qualification juridique : de la subsumption à l'abduction. L'exemple du droit international privé*, LGDJ/Schulthess/Bruylant, 2003, *Arch. phil. dr.* 2007, t. 50, p. 459-461.
- BOLLÉE Sylvain, « L'extension du domaine de la méthode de la reconnaissance unilatérale », *Rev. crit. DIP* 2007, p. 307-355.
- BOLLÉE Sylvain, « Les effets des jugements étrangers », in Étienne Pataut, Sylvain Bollée, Loïc Cadiet et Emmanuel Jeuland (dir.), *Les nouvelles formes de coordination des justices étatiques*, IRJS, p. 157-169.
- BONNET Baptiste, « L'ordre public en France : de l'ordre matériel et extérieur à l'ordre public immatériel. Tentative de définition d'une notion insaisissable », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Éd. Cujas, 2013, p. 117-139.
- BONNET Baptiste et CHABANOL Daniel, « Une ordonnance exceptionnelle sur des fondements traditionnels : à propos de l'ordonnance du 9 janvier 2014... », *JCP A* 2014, act. 55.
- BONOMI Andrea, « Mandatory Rules in Private International Law. The Quest for Uniformity of Decisions in a Global Environment », *YPIL* 1999, p. 215-247.
- BONOMI Andrea, « Le régime des règles impératives et des lois de police dans le Règlement « Rome I » sur la loi applicable aux contrats », in Eleanor Cashin-Ritaine et Andrea Bonomi (dir.), *Le nouveau règlement européen « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, Schulthess, Publications de l'Institut suisse de droit comparé, 2008, p. 217-237.
- BOURCIER Danièle, « Interprétation et abduction. La science du droit est-elle concernée par la sérendipité ? », *RIEJ* 1999, p. 125-142.
- BOURDIEU Pierre, « L'opinion publique n'existe pas », *Les temps modernes* 1973, p. 1292-1309, reproduit in *Questions de sociologie*, Les Éditions de Minuit, coll. Reprise, 2002, p. 222-235.
- BOUTARD-LABARDE Marie-Chantal, « L'ordre public en droit communautaire », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 83-88.
- BROYELLE Camille, « Retour sur Dieudonné », *RFDA* 2014, p. 521.
- BRUN Philippe, « Les peines privées. Rapport français », in *Trav. Ass. Capitant*, t. LIV, 2004, p. 155-172.
- BUCHER Andreas, « L'ordre public et le but social des lois », *RCADI* 1993, t. 239, p. 9-116.
- BUERGISSER Michel et PERRIN Jean-François, « *Interessenjurisprudenz*, Statut et interprétation de la loi dans l'histoire du mouvement », in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1 : *Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint Louis, 1990, p. 327-353.
- BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, « L'impérativité désactivée ? (à propos de Cass. civ. 1^{re}, 22 octobre 2008) », *Rev. crit. DIP* 2009, p. 1-27.
- CAFAGGI Fabrizio et MUIR WATT Horatia, *The Making of European Private Law : Regulation and Governance design*, European Governance Papers, 2007.

CALLE Pierre, « L'acte authentique établi en France. Validité et exécution en France », *Rev. crit. DIP* 2005, p. 377-412.

CANARIS Claus-Wihlem, « De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand », Chaïm Perelman (dir.), *Le problème des lacunes en droit*, Bruylant, 1968, p. 161-179.

CANDELA SORIANO Mercedes, « Les exigences linguistiques : une entrave légitime à la libre circulation ? », *CDE* 2002, p. 9-44.

CANIVET Guy et HUGLO Jean-Guy, « L'obligation pour le juge national d'appliquer d'office le droit communautaire au regard des arrêts *Jeroen Van Schijndel* et *Peterbroeck* », *Europe* avr.1996, chron. 4., p. 1-4.

CANIVET Guy, « Discours prononcé le 8 janvier 2007, à l'occasion de l'Audience solennelle de la Cour de cassation », *LPA* 15 janvier 2007, n° 11, p. 6.

CARBONNIER Jean, « Les notions à contenu variable en droit français de la famille », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, Bruylant, 1984, p. 99-112.

CARBONNIER Jean, « Exorde », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^{ème} siècle*, Dalloz, 1996, p. 1-2.

CASTILLO DE LA TORRE Fernando, « Le relevé d'office par la juridiction communautaire », *CDE* 2005, pp. 395-464.

CAZET Safia, « Retour sur le relevé d'office des moyens tirés du droit communautaire : bilan au lendemain de l'arrêt *Heemskerk* », *Europe* 2009, étude 7.

CHALMERS Damian, « Judicial Preferences and the Community Legal Order », *The Modern Law Review* 1997 [vol. 60, n° 2], p. 164-199.

CHANTELOUP Hélène, « La prise en considération du droit national par le juge communautaire », *Rev. Crit. DIP* 2007, p. 539-572.

CHAUVIRÉ Christiane, « Peirce, Popper et l'abduction. Pour en finir avec l'idée d'une logique de la découverte », *Revue philosophique de la France et de l'étranger*, 1981 p. 441-459.

COHEN Antonin et VAUCHEZ Antoine, « Antaomie du 'moment constituant' européen », in Antonin Cohen et Antoine Vauchez (dir.), *La Constitution européenne. Elites, mobilisation, votes*, éd. de l'Université de Bruxelles, 2007, p. 15-32.

COMBACAU Jean, « Conclusions générales », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 415-434.

COUTRON Laurent, « La revanche de *Kühne* ? A propos de l'arrêt *Kempter* (CJCE, 12 février 2008, aff. C-2/06) », *RTD eur.* 2009, p. 69.

COUTRON Laurent, « Style des arrêts de la Cour de justice et normativité de la jurisprudence communautaire », *RTD eur.* 2009, p. 643.

COUTURIER Gérard, « L'ordre public de protection, heurs et malheurs d'une vieille notion neuve », in *Mél. Jacques Flour*, Defrénois, 1979, p. 95-115.

DARSONVILLE Audrey, « L'ordre public en droit pénal », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 287-296.

- DAVIES Paul, « Posted Workers : Single Market or Protection of National Labour Law Systems ? », *CMLR* 1997, p. 571-602.
- DE KERCHOVE Gilles, « Quels progrès pour la sécurité ? », in Christine Kaddous et Marianne Dony (dir.), *D'Amsterdam à Lisbonne : dix ans d'espace de liberté, de sécurité et de justice*, Helbing & Lichtenhahn/Bruylant/LGDJ, 2010, p. 103-111.
- DE WITTE Bruno, « Setting the Scene. How did Services get to Bolkenstein and Why ? », *EUI Working Paper LAW*, n° 2007/20.
- DEGUERGUE Maryse, « Intérêt général et intérêt public : tentative de distinction », in *Mél. Didier Truchet*, Dalloz, 2015, p. 131-142.
- DELAUNAY Benoît, « Faut-il revoir la trilogie des buts de la police générale ? », *JCP A* 2012, 2112.
- DERO-BUGNY Delphine, « L'ordre public national sous influence du droit de l'Union européenne », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, Éd. Cujas, 2013, p. 175-186.
- DOMESTICI-MET Marie-José, « Du *jus cogens* aux normes intransgressibles. Quelques réflexions sur les techniques et disciplines juridiques impliquées dans le développement d'un ordre public international », in *Mél. Louis Dubouis*, Dalloz, 2002, p. 661-710.
- DRAGO Guillaume, « Avant propos », in *L'ordre public*. Rapport annuel 2013 de la Cour de cassation, La Documentation française, 2014, p. 91-96.
- DUBOUT Edouard, « L'objectif de protection des droits fondamentaux et la répartition des compétences dans l'Union européenne : la confrontation des logiques constitutionnelles », in Eleftheria Neframi (dir.), *Objectifs et compétences dans l'Union européenne*, Bruylant, 2013, p. 369-411.
- DUBOUT Edouard, « The Protection of Fundamental Rights and the Allocation of Competences in the EU : A Clash of Constitutional Logics », in Loïc Azoulay (dir.), *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, p. 193-211.
- DUBREUIL Charles-André, « Ordre public et collectivité territoriales », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 217-225.
- DUCOULOMBIER Peggy, « Conflit et hiérarchie dans la jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme », in Laurence Potvin-Solis (dir.), *La conciliation des droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, 2012, p. 319-349.
- DUPUY René-Jean, « L'ordre public en droit international », in Raymond Polin (dir.), *L'ordre public*, PUF, 1996, p. 103-116.
- DUTHEIL DE LA ROCHÈRE Jacqueline et AUBY Jean-Bernard, « Propos introductifs », in Jacqueline Dutheil de la Rochère (dir.), *L'exécution du droit de l'Union entre mécanismes communautaires et droits nationaux*, Bruylant, 2009, p. IX-XVI.
- EISENMANN Charles, « Le droit administratif et le principe de légalité », reproduit in Charles Eisenmann, *Ecrits de droit administratifs*, Dalloz, Bibliothèque Dalloz, 2013, p. 241-271.
- FABRE-MAGNAN Muriel, « La dignité en droit : un axiome », in Anne-Marie Dillens et Bernard Van Meenen (dir.), *La dignité aujourd'hui. Perspectives philosophiques et théologiques*, Facultés universitaires Saint Louis, 2007, p. 53-84.
- FALLON Marc, « Les conflits de lois et de juridictions dans un espace économique intégré. L'expérience de la Communauté européenne », *RCADI* 1995, t. 253, p. 9-282.

- FALLON Marc, « Libertés communautaires et règles de conflit de lois », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt, Etienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004 p. 65-85.
- FALLON Marc, « L'exception d'ordre public face à l'exception de reconnaissance mutuelle », in *Mél. Fausto Pocar*, Giuffrè, 2009, p. 331-341.
- FAUVARQUE- COSSON Bénédicte, « L'ordre public », in Yves Lequette et Laurent Leveneur (dir.), *Le code civil. Un passé, un présent, un avenir*, Dalloz, 2004, p. 473-494.
- FAUVARQUE-COSSON Bénédicte, « Droit européen et international des contrats : l'apport des codifications doctrinales », *D.* 2007, chron, p. 96-103.
- FENOUILLET Dominique, « Les bonnes mœurs sont mortes ! Vive l'ordre public philanthropique ! », in *Mél. Pierre Catala*, Litec, 2001, p. 487-528.
- FENOUILLET Dominique, « Propos introductifs », in Dominique Bureau, France Drummond et Dominique Fenouillet (dir.), *Droit et morale*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2011, p. 1-16.
- FORTEAU Mathias, « L'ordre public 'transnational' ou 'réellement international' », *JDI* 2011, p. 3-49.
- FRANDESCAKIS Phocion, « Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois », *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1-18.
- FRANDESCAKIS Phocion, « Observations en réponse au rapport et au questionnaire de M. Pierre Lalive sur l'application du droit public étranger », *Annuaire de l'institut de droit international* 1975, t. 56, p. 192-201.
- FRANCQ Stéphanie, « Le règlement 'Rome I' sur la loi applicable aux obligations contractuelles. De quelques changements... », *JDI* 2009, p. 41-69.
- FRANCQ Stéphanie, « Les champs d'application (matériel et spatial) dans les textes de référence. De la cohérence terminologique à la cohérence systémique en passant par la théorie générale... », in Marc Fallon, Paul Lagarde et Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2009, p. 35-68.
- FRANCQ Stéphanie, « L'ordre public : limite ou condition de l'autonomie dans l'Union européenne ? », in Catherine Kessedjian (dir.), *Autonomie en droit européen*, éd. Panthéon-Assas, Colloques, 2013, pp. 223-242.
- FRIAND-PERROT Marine, « Le consommateur vulnérable à la lumière du droit européen de la consommation », *RTD eur.* 2013, p. 483.
- FRYDMAN Benoît, « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », *Working Papers du Centre Perelman de Philosophie du Droit* 2011/07 (<http://www.philodroit.be>).
- FRYDMAN Benoît, « Perelman et les juristes de l'école de Bruxelles », in Benoît Frydman et Michel Meyer (dir.), *Chaim Perelman (1912-2012). De la nouvelle rhétorique à la logique juridique*, PUF, 2012, p. 229-246.
- FULCHIRON Hugues, « Un modèle familial européen ? », in Hugues Fulchiron et Christine Bidaud-Garon (dir.), *Vers un statut européen de la famille*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2014, p. 171-185.
- FUSELIER Bernard, « Le concept d'ethos. Des usages classiques à ses usages renouvelés », *Recherches sociologiques et anthropologiques* 2011, p. 97-119

- GADBIN Daniel, « Les droits à paiement unique, pour qui, pourquoi ? », *Rev. dr. rur.* 2005, colloque 8.
- GANNAGÉ Léna, « La règle de conflit face à l'harmonisation du droit de la consommation », in *Mél. Jean Calais-Auloy*, Dalloz, 2004, p. 421-445.
- GANNAGÉ Léna, « À propos de l' 'absolutisme' des droits fondamentaux », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 265-284.
- GANNAGÉ Léna, « L'ordre public international à l'épreuve du relativisme des valeurs », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, p. 205-241.
- GARCIMARTIN ALFEREZ Fransisco J., « The Rome I Regulation : Much ado about nothing ? », *The European Legal Forum* 2008, p. 61-79.
- GAUTIER Marie, « L'ordre public », in Jean-Bernard Auby (dir.), *L'influence du droit européen sur les catégories du droit public*, Dalloz, 2010, p. 317-329.
- GAUTIER Pierre-Yves, « La contrariété à l'ordre public d'une décision étrangère, échec à sa reconnaissance ou à son exequatur » in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 437-445.
- GAZIN Fabienne, « Du bon emploi du règlement 'Dublin II' sur la détermination de l'État européen responsable d'une demande d'asile : quand l'affaire N. S. du 21 décembre 2011 remet à l'honneur les valeurs européennes essentielles... », *Europe* 2011, étude 4.
- GEIMER Reinhold, compte rendu de l'ouvrage d' Ekkehard REGEN, *Prozessbetrug als Annerkennungshindernis. Ein Beitrag zur Konkretisierung des ordre public-Vorbehalts*, JWV, 2008, *RabelsZ* 2010, p. 898-901.
- GÉRARD Philippe, OST François, VAN DE KERCHOVE Michel et STROWEL Alain, « Avant-propos », in Philippe Gérard, François Ost et Michel van de Kerchove (dir.), *Droit et intérêt*, vol. 1 : *Approche interdisciplinaire*, Facultés universitaires Saint Louis, 1990, p. 7-24.
- GERBER David J., « Constitutionalizing the Economy : German Neo-liberalism, Competition Law and the 'New' Europe », *Am. J. Comp. L.* 1994, p. 25-84.
- GHESTIN Jacques, « L'ordre public, notion à contenu variable en droit privé français », in in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 77-97.
- GOBERT Michelle, « Réflexions sur les sources du droit et les 'principe' d'indisponibilité du corps humain et de l'état des personnes », *RTD civ.* 1992, p. 489.
- GODECHOT-PATRIS Sara, « Retour sur la notion d'équivalence au service de la coordination des ordres juridiques », *Rev. crit. DIP* 2010, p. 271-312.
- GOLDSTEIN Gerald et MUIR WATT Horatia, « La méthode de la reconnaissance à la lueur de la Convention de Munich du 5 septembre 2007 sur la reconnaissance des partenariats enregistrés », *JDI* 2010, doct. 12, p. 1085-1125.
- GORÉ Marie, « L'acte authentique en droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1998-1999, p. 23-48.
- GOTHOT Pierre, « Le renouveau de la tendance unilatéraliste en droit international privé », *Rev. crit. DIP* 1971, p. 9-36, 209-243 et 415-450.
- GUILLAUMÉ Johanna, « L'ordre public international selon le rapport 2013 de la Cour de cassation », *D.* 2014, p. 2121.

GUTMANN Daniel, « 'Le juge doit respecter la cohérence du droit' Réflexion sur un imaginaire article 4½ du Code civil », in Georges FAURÉ et Geneviève KOUBI (dir.), *Le titre préliminaire du Code civil*, Economica, 2003, p. 109-124.

HAFTTEL Bernard, « Pour en finir avec le cercle vicieux du principe d'autonomie (ou presque) », in *Mél. Bernard Audit*, Lextenso, 2014, p. 409-424.

HAMMJE Petra, « L'ordre public international et la distinction entre États membres et États tiers », in Sandrine Sana-Chaillé de Néré (dir.), *Droit international privé, États membres de l'Union européenne et États tiers*, Litec, coll. Colloques et débats, 2009, p. 65-80.

HÉRON Jacques, « L'ordre public dans le procès. Rapport français » in *L'ordre public*, Travaux de l'Association Henri Capitant, Journées libanaises, t. XLIX [1998], LGDJ, 2001, p. 943-959.

HEUZÉ Vincent, « À propos du rapport sur les revirements de jurisprudence : une réaction entre indignation et incrédulité », *JCP G* 2005, I, 130.

HEUZÉ Vincent, « De la compétence de la loi du pays d'origine en matière contractuelle ou l'anti-droit européen », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 394-415.

HEUZÉ Vincent, « L'Union européenne, la démocratie et l'Etat de droit : lettre ouverte au président de la République », *JCP G* 2006, act. 586.

HEUZÉ Vincent, « Arbitrage international : quelle raison à la déraison ? », *D.* 2011, p. 2880-2885.

HEUZÉ Vincent, « Une variété de transaction : la convention d'arbitrage », *Rev. arb.* 2015, p. 3-48.

HOLLEAUX Dominique, « Les conséquences de la prohibition de la révision », *Trav. Com. fr. DIP* 1980-1981, p. 53-77.

HOUET Yves, « L'application d'office du droit de l'Union par les juges nationaux », *JDE* mars 2010, p. 69-76.

IDOT Laurence, « L'incidence de l'ordre communautaire sur le droit international privé », in Sylvaine POILLOT-PERUZZETTO (dir.), *Le droit international privé communautaire : émergence et incidences*, colloque organisé à Toulouse le 22 mars 2001, *LPA*, 12 décembre 2002, n° 248, p. 7.

IDOT Laurence, « Propos introductifs », in IDOT Laurence et POILLOT-PERUZZETTO Sylvaine (dir.), *Internormativité et réseaux d'autorités : l'ordre communautaire et les nouvelles formes de relation entre les ordres juridiques*, Actes du colloque organisé à Toulouse le 24 octobre 2003, *LPA*, 5 oct. 2004, p. 3.

IDOT Laurence, « Ordre public, concurrence et arbitrage : État de la rencontre », *Concurrences*, n° 3-2006, p. 12-15.

IDOT Laurence, « La place de l'arbitrage dans la résolution des litiges en droit de la concurrence », *D.* 2007, p. 2681-2689.

IDOT Laurence, « L'étendue du contrôle de la sentence », in *L'arbitrage et le droit de la concurrence*, Actes du colloque CEPANI du 9 décembre 2010, Bruylant, 2010, p. 143- 171.

IDOT Laurence, « Réflexion sur la convergence des droits de la concurrence », *Concurrences*, n° 4-2012, disponible sur : <http://www.concurrences.com>.

ILIOPOULOU Anastasia, « Le nouveau droit de séjour des citoyens de l'Union et des membres de leur famille : la directive 2004/38/CE », *RDUE* 2004, p. 523-557.

- ILIOPOULOU Anastasia, « Entrave et citoyenneté de l'Union », in Loic Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, coll. Droit de l'Union européenne, 2011, p. 191-223.
- JACOBS Francis G., « *Wachauf* and the Protection of Fundamental Rights in EC Law », in Miguel Poiaras Maduro et Loïc Azoulay (dir.), *The Past and the Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Hart Publishing, 2010, p. 133-150.
- JANSEN Nils et MICHAELS Ralf, « Private Law and the State. Comparative Perception and Historical Observations », *RabelsZ* 2007, p. 345-397.
- JARROSSON Charles, « L'intensité du contrôle de l'ordre public », in Eric Loquin et Sébastien Manciaux (dir.), *L'ordre public et l'arbitrage*, LexisNexis, 2014, p. 161-176
- JAUFFRET-SPINOSI Camille, « Théorie et pratique de la clause générale en droit français et dans les autres systèmes juridiques romanistes », in Stephan Grundmann et Denis Mazeaud (dir.), *General Clauses and Standards in European Contract Law*, Kluwer Law International, 2006, p. 23-39.
- JAURÉGUIBERRY Arnaud, « Le droit fondamental au regroupement familial du citoyen de l'Union européenne : Étude sur le champ d'application d'un droit confronté au pluralisme juridique européen », in Laurence Potvin-Solis (dir.) *La conciliation entre les droits et libertés dans les ordres juridiques européens*, Bruylant, coll. Colloques Jean Monnet, 2011, p. 351-427.
- JEAMMAUD Antoine, « La règle de droit comme modèle », *D.* 1990, p. 199.
- JEULAND Emmanuel, « Brèves remarques sur la qualification de l'espace judiciaire européen en un ordre juridique interétatique de droit privé », in *Mél. Philippe Manin*, Pédone, 2010, p. 435-443.
- JEULAND Emmanuel, « Les développements procéduraux récents de l'espace judiciaire européen », *Trav. Com. fr. DIP* 2008-2010, p. 55-94.
- KAKOURIS Constantinos, « La mission de la Cour de justice des Communautés européennes et l' 'ethos' du juge », *RAE* 1994, p. 25-41.
- KARYDIS Georges, « L'ordre public dans l'ordre juridique communautaire : un concept à contenu variable », *RTD eur.* 2002, p. 1-26.
- KEGEL Gerhard, « Begriffs- und Interessenjurisprudenz im Internationalen Privatrecht », in *Festschrift Hans Lewald*, 1953, Helbing & Lichtenhahn, p. 259-288.
- KESSEDIAN Catherine, « Public Order in European Law », *Erasmus Law Review* 2007, p. 27-36.
- KOCH Bernhard A., « Punitive Damages in European Law », in Helmut Koziol et Vanessa Wilcox (dir.), *Punitive Damages : Common Law and Civil Law Perspectives*, Springer, 2009, p. 197-209.
- KOHLER Christian, « La Cour de justice et le droit international privé », *Trav. Com. fr. DIP* 1993-1995, p. 71-95
- KOHLER Christian et ENGELS Jean-Charles, « Le choix approprié de la base juridique pour la législation communautaire : enjeux constitutionnels et principes directeurs », *Europe* 2007, étude 1.

KOKOTT Juliane, « Grundrechtliche Schranken und Schrankenschraken », in Detlef Merten et Hans-Jüger Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. I : *Entwicklung und Grundlagen*, C. F. Müller, 2004, p. 853-906.

KOKOTT Juliane, « The ECJ's Interpretation of the Posting Directive in the *Laval* and *Rüffert* Judgments », Contribution au colloque intitulé « *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten* » organisé le 26 juin 2008 par le Ministère fédéral allemand du Travail et des Affaires sociales. URL : http://www.bmas.de/coremedia/generator/26986/property=pdf/2008__07__16__symposium__eugh__kokott.pdf, consulté en dernier lieu le 8 septembre 2009.

KOKOTT Juliane, « The ECJ's Interpretation of the Posting Directive in the *Laval* and *Rüffert* Judgments », in Olaf Scholz et Ulrich Becker (dir.), *Die Auswirkungen der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs auf das Arbeitsrecht der Mitgliedstaaten*, Nomos, 2009, p. 165-172.

LABAYLE Henri, « Les nouveaux domaines d'intervention de la Cour de justice : l'espace de liberté, de sécurité et de justice », in Marianne Dony et Emmanuelle Bribosia (dir.), *L'avenir du système juridictionnel de l'Union européenne*, Bruxelles : éd. de l'ULB, 2002, p. 73-105

LABAYLE Henri, « Refonder l'espace de liberté, de sécurité et de justice à la lumière de l'arrêt *van Gend en Loos* ? », in Cour de justice de l'Union européenne, Actes du colloque organisé le 13 mai 2013 à l'occasion du 50^e anniversaire de l'arrêt *van Gend en Loos*, Office des Publications de l'Union européenne, 2013, p. 197-203.

LAGARDE Paul, « Développements futurs du droit international privé dans une Europe en voie d'unification : quelques conjectures », *RabelsZ* 2004, p. 204-243.

LAGARDE Paul, « La reconnaissance. Mode d'emploi », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 481-501.

LAGARDE Paul, « La méthode de la reconnaissance est-elle l'avenir du droit international privé ? Conférence inaugurale, session de droit international privé, 2014 », *RCADI* 2014, t. 371, p. 9-42.

LAGARDE Xavier, « Office du juge et ordre public de protection », *JCP G* 2001, I, 312.

LAHAYE Nicole, « Outrage aux mœurs, infraction à contenu variable », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 55-75.

LE GOFF Joan, « Charles Sanders Peirce. Fondation du pragmatisme et découverte de l'abduction », in Olivier Germain (dir.), *Les grands inspireurs de la théorie des organisations*, t. 1, éditions EMS, coll. Grands auteurs, 2012, p. 275-291.

LEMAIRE Sophie, « Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement Rome I », *D.* 2008, p. 2157.

LENAERTS Koen, « Le droit comparé dans le travail du juge communautaire », *RTD eur.* 2001, p. 487.

LENAERTS Koen, « L'encadrement par le droit de l'Union européenne des compétences des États membres », in *Mél. Jean-Paul Jacqué*, Dalloz, 2010, p. 421-442.

LENAERTS Koen, « The EU Charter of Fundamental Rights : Scope of Application and Methods of Interpretation », in *Mél. Paolo Mengozzi*, Pédone, 2013, p. 107-141.

- LEQUETTE Yves, compte rendu de l'ouvrage de Johanna GUILLAUMÉ, *L'affaiblissement de l'Etat nation en droit international privé*, préf. Clotilde Grare-Didier, LGDJ, 2011, *RTD civ.* 2012, p. 188.
- LEQUETTE Yves, « Le droit international privé et les droits fondamentaux », in Rémy Cabrillac (dir.), *Libertés et droits fondamentaux*, Dalloz, 2015, p. 129-156.
- LOUSSOUARN Yvon, « Cours général de droit international privé », *RCADI* 1973, t. 139, p. 269-385.
- LUCHAIRE François, « Un concept inutile : 'la souveraineté' in *Mél. Louis Favoreu*, Dalloz, 2007, p. 789-793.
- LYON-CAEN Gérard, « La réserve d'ordre public en matière de liberté d'établissement et de libre circulation », *RTD eur.* 1966, p. 693-705.
- MAISON Rafaëlle, « Les fonctions essentielles de l'État », in *Les mots de la constitution européenne*, Actes des journées d'étude du Centre de recherche universitaire sur la construction européenne, organisées les 12 décembre 2003 et 15 octobre 2004 à Amiens, PUF, 2005, p. 222-240.
- MAJOROS Ferenc, compte rendu de l'ouvrage de Klaus SCHURIG, *Kollisionsnorm und Sachrecht. Zu Struktur, Standort und Methode des internationalen Privatrechts*, Dunker & Humblot, 1981, *RIDC* 1982, p. 479-483.
- MALINVAUD Philippe, « L'impossibilité de se procurer un écrit », *JCP G* 1972, I, 2468.
- MANACORDA Stefano, « Le droit pénal de l'Union à l'heure de la Charte et du Parquet européen », *RSC* 2013, p. 927.
- MANKOWSKI Peter, « Das Bündelungsmodell im Internationalen Privatrecht », in *Liber Amicorum Klaus Schurig zum 70. Geburtstag*, Sellier ELP, 2012, p. 159-179.
- MANTILLA SERRANO Fernando, « La nouvelle loi espagnole du 23 décembre 2003 sur l'arbitrage », *Rev. arb.* 2004, p. 225-251.
- MARGUENAUD Jean-Pierre, « La promotion des animaux au rang d'être sensibles dans le traité de Lisbonne », *Revue semestrielle de droit animalier* n° 2009, p. 13-18.
- MARTIN Raymond, « La règle de droit adéquate dans le procès civil », *D.* 1990, p. 163.
- MAYER Pierre, « Droit international privé et droit international public sous l'angle de la notion de compétence », *Rev. crit. DIP* 1979, p. 1-29 et p. 349-582.
- MAYER Pierre, « Les lois de police étrangères », *JDI* 1981, p. 277-345.
- MAYER Pierre, « L'interférence des lois de police », in *L'apport de la jurisprudence arbitrale*, Publ. CCI n° 440/1, 1986, p. 31-66.
- MAYER Pierre, « La sentence contraire à l'ordre public de fond », *Rev. arb.* 1994, p. 615-652.
- MAYER Pierre, « Les méthodes de la reconnaissance en droit international privé », in *Mél. Paul Lagarde*, Dalloz, 2005, p. 547-573.
- MAYER Pierre, « Le phénomène de la coordination des ordres juridiques en droit privé : Cour général de droit international privé », *RCDAl* 2007, t. 327, p. 9-378.
- MAYER Pierre, « L'étendue du contrôle par le juge étatique de la conformité des sentences arbitrales aux lois de police », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 459-477.
- MAYER Pierre, « Arbitrage et le droit matériel de l'Union », in Pierre Mayer (dir.), *Arbitrage et droit de l'Union européenne*, Lexisnexis, CREDIMI, 2012, p. 87-92.

- MERTEN Detlef, « Verhältnismäßigkeitsgrundsatz », in Detlef Merten et Hans-Jürgen Papier (dir.), *Handbuch der Grundrechte in Deutschland und Europa*, vol. III : *Grundrechte in Deutschland. Allgemeine Lehren II*, C. F. Müller Verlag, 2009, p. 517-567.
- MESTRE Christian, « Les paiements directs », *Rev. dr. rur.* 2014, doss. 17.
- MEYER-BISCH Patrice, « Le problème des délimitations du noyau intangible des droits et d'un droit de l'homme », in Patrice Meyer-Bisch (éd.), *Le noyau intangible des droits de l'homme*, Éditions Universitaires de Fribourg, 1991, p. 97-120.
- MICHEL Valérie et DE LA RICA Jean-Paul, « Les compétences dans le Traité établissant une Constitution pour l'Europe », in Vlad Constantinesco, Yves Gautier et Valérie Michel (dir.), *Le Traité établissant une Constitution pour l'Europe. Analyses et Commentaires*, Presses Universitaires de Strasbourg, 2005, p. 281-310.
- MILLET François-Xavier, « Les épiphanies de l'identité constitutionnelle des Etats membres dans les traités sur l'Union européenne », *RAE* 2013/2, p. 329-343.
- MISCHO Jean, « Libre circulation des services et dumping social », in *Mél. Philippe Léger*, Pédone, 2006, p. 435-443.
- MONÉGER Françoise et PLUYETTE Gérard, « Exequatur et principes essentiels du droit français », in *Mél. Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 447-457
- MONTALIVET Pierre (de), « Les objectifs sont-ils des règles de droit ? », in Bertrand Faure (dir.), *Les objectifs dans le droit*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2010, p. 47-61.
- MOREAU Marie-Ange, « Le détachement des travailleurs effectuent une prestation de service », *JDI* 1996, p. 889-908.
- MORET-BAILLY Jöel, « Règles déontologiques et faute civile », *D.* 2002, p. 2820.
- MOTULSKY Henri, « La cause de la demande dans la délimitation de l'office du juge » *D.* 1964, chron. p. 235-246.
- MOTULSKY Henri, « L'évolution récente de la condition de la loi étrangère », in *Mél. René Savatier*, Dalloz, 1965, p. 681-706.
- MUIR WATT Horatia, « Evidence of an Emergent European Legal Culture : Public Policy Requirements of Procedural Fairness Under the Brussels and Lugano Conventions », *Texas Int'L L. J.* 2001, vol. 36, n° 3, p. 539-554.
- MUIR WATT Horatia, « Aspects économiques du droit international privé », *RCADI* 2004, t. 307, p. 25-384.
- MUIR WATT Horatia, « Rome II et les 'intérêts gouvernementaux' : pour une lecture fonctionnaliste du nouveau règlement du conflit de lois en matière délictuelle », in Sabine Corneloup et Nathalie Joubert (dir.), *Le règlement communautaire 'Rome II' sur la loi applicable aux obligations non contractuelles*, Litec, 2008, p. 129-142.
- MUIR WATT Horatia, compte rendu de l'ouvrage de Benjamin REMY, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé*, préf. Pierre Mayer, Dalloz, 2008, *Rev. crit. DIP* 2008, p. 717-720.
- MUIR WATT Horatia, compte rendu de l'ouvrage d' Estelle FOHRER-DEDEUWAERDER, *La prise en considération des normes étrangères*, préf. Bernard Audit, LGDJ, 2008, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 197.
- NIBOYET Marie-Laure, SINOPOLI Laurence et BÉRARD François, « L'exequatur en France des jugements étrangers », *Gaz. Pal.*, 17 juin 2004, n° 169, p. 4.

- NIC SHUIBHNE Niamh, « The Constitutionnal weight of adjectives », *ELR* 2014, p. 153-154.
- NUYTS Arnaud, « Les relations avec les États tiers », in Laurence Idot (dir.), *Livre blanc sur les actions en dommages et intérêts pour infraction aux règles communautaires sur les ententes et abus de position dominante*. Actes du colloque organisé le 13 juin 2008 à l'Institut de droit comparé de l'Université Paris II, publiés dans la revue *Concurrences*, n° 2-2009, p. 68-72.
- OBERHAMMER Paul, « The Abolition of Exequatur », *IPrax* 2010, p. 197-203.
- PAMBOUKIS Charalambos, « La renaissance-métamorphose de la méthode de la reconnaissance », *Rev. crit. DIP* 2008, p. 513-560.
- PARICARD Sophie, « La consécration d'un droit à l'avortement ? Quelques réflexions sur la résolution 1607 (2008) du Conseil de l'Europe du 16 avril 2008 relative à l'avortement sans risque et légal en Europe », *Dr. fam.* 2009, étude 25.
- PATAUT Étienne, « Lois de police et ordre juridique communautaire », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt et Etienne Pataut (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 117-143.
- PATAUT Étienne, « Le renouveau de la théorie des droits acquis », *Trav. Com. fr. DIP* 2006-2008, p. 71-97.
- PATAUT Étienne, « Régulation des rapports de travail en Europe et conflits de lois », in Mathias Audit, Horatia Muir Watt et Etienne Pataut (dir.), *Conflits de lois et régulation économique*, LGDJ, 2008, p. 135-156.
- PATAUT Étienne, « Notifications internationales et règlement Bruxelles I », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 377-395.
- PATAUT Étienne, « La reconnaissance des actes publics dans les règlements européens de droit international privé », in Paul Lagarde (dir.), *La reconnaissance des situations en droit international privé*. Actes du colloque international de La Haye du 18 janvier 2013, Pédone, 2013, p. 147-166.
- PÉRÈS Cécile, « La liberté contractuelle et l'ordre public dans le projet de réforme du droit des contrats de la chancellerie », *D.* 2009, p. 381.
- PÉRÈS Cécile, « L'art. 6-1 du code civil : heurs et malheurs du titre préliminaire », *D.* 2013, p. 1370.
- PERRIN Jean-François, « Comment le juge suisse détermine-t-il les notions juridiques à contenu variable ? », Chaïm PERELMAN et Raymond VANDER ELST (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 201-236.
- PFERSMANN Otto, « Le droit comparé comme interprétation et comme théorie du droit », *RIDC* 2001, p. 275-288.
- PICARD Etienne, « L'influence du droit communautaire sur la notion d'ordre public », *AJDA* n° spécial 20 juin 1996, p. 55-75
- PICARD Etienne, « Introduction générale : la fonction de l'ordre public dans l'ordre juridique in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 17-61.
- PICHERAL Caroline, « L'ordre public dans les droits européens », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 103-115.

- PICONE Paolo: « La méthode de référence à l'ordre juridique compétent en droit international privé », *RCADI* 1987, vol. 197, p. 229-420.
- PIERRÉ-CAPS Stéphane, « *La constitution comme ordre de valeurs* », in *Mél. Dmitri Georges Lavroff*, Dalloz, 2005, p. 283-296.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « Ordre public et droit communautaire », *D.* 1993, chron., p. 177-182.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « L'ordre public international en droit communautaire. À propos de l'arrêt de la Cour de justice des Communautés du 1^{er} juin 1999 (*affaire Eco Swiss China Time Ltd*) », *JDI* 2000, p. 299-313.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « Ordre public et lois de police dans l'ordre communautaire », *Trav. Com. fr. DIP* 2002-2004, p. 65-116.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « Métalangage et architecture juridique internationale », in *Mél. Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 365-376.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « Trajectoires du droit et construction européenne », in *Les trajectoires du droit*, 30^e anniversaire de l'Université d'été des Avocats, *Rev. jur. com.* 2006, n^o spécial, p. 203-221.
- POILLOT-PERRUZZETTO Sylvaine, « Ordre public et lois de police dans les textes de référence », in Marc Fallon, Paul Lagarde et Sylvaine Poillot-Peruzzetto (dir.), *La matière civile et commerciale, socle d'un code européen de droit international privé ?*, Dalloz, 2009, p. 93-118.
- PRECHAL Sacha, « Community Law in National Courts : The Lessons from van Schijndel », *CMLR* 1998, p. 681-706.
- PRECHAL Sacha et SHELKOPLYAS Natalya, « National Procedures, Public Policy and EC Law. From Van Schijndel to Eco Swiss and Beyond », *ERPL* 2004, p. 589-611.
- PRECHAL Sacha et WIDDERSHOVEN Rob, « Redefining the Relationship between 'Rewe-effectiveness' and Effective Judicial Protection », *Review of European Administrative Law*, vol. 4 (2011), n^o 2, p. 31-50.
- RIALS Stéphane, « Les standards, notions critiques du droit », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 39-53.
- RIGAUX François, « Les situations juridiques individuelles dans un système de relativité générale », *RCADI* 1989, t. 213, p. 9-408.
- RIGAUX François, « New problems of private international law in the single market », *King's College LJ*, 1993-1994, p. 23-43.
- RITLENG Dominique, « Le droit au respect de l'identité constitutionnelle nationale », in Jean-Christophe Barbato et Jean-Denis Mouton (dir.), *Vers la reconnaissance de droits fondamentaux aux Etats membres de l'Union européenne ?*, Bruylant, 2010, p. 21-47
- RITLENG Dominique, « Les États membres face aux entraves », in Loïc Azoulay (dir.), *L'entrave dans le droit du marché intérieur*, Bruylant, 2011, p. 303-324.
- RITLENG Dominique, « De l'articulation des systèmes de protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne. Les enseignements des arrêts *Åkerberg Fransson* et *Melloni* », *RTD eur.* 2013, p. 267-293.

ROBIN-OLIVIER Sophie, « Libre prestation de services, marchés publics et régulation sociale : le droit européen privilégie la concurrence fondée sur le coût du travail ? CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, affaire C-346/06 », *RTD eur.* 2008, p. 485-495.

ROBLOT-TROZIER Agnès, « L'ordre public dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 308-318.

ROCHFELD Judith, « Du statut du droit contractuel 'de protection de la partie faible' : les interférences du droit des contrats, du droit du marché et des droits de l'homme », in *Mél. Geneviève Viney*, Dalloz, 2008, p. 835-866.

RODIÈRE Pierre, « Les arrêts *Viking* et *Laval*, le droit de grève et le droit de négociation », *RTD eur.* 2008, p. 47-66.

ROLAND Sébastien, « L'ordre public et l'État. Brève réflexion sur la nature duale de l'ordre public », in Charles-André Dubreuil (dir.), *L'ordre public*, éd. Cujas, 2013, p. 9-20.

ROMANO Gian Paolo, « La bilatéralité éclipsée par l'autorité. Développements récents en matière d'état des personnes », *Rev. crit. DIP* 2006, p. 457-519.

RÖTHEL Anne, « Die Konkretisierung von Generalklauseln », in Karl Riesenhuber (dir.), *Europäische Methodenlehre. Handbuch für Ausbildung und Praxis*, 1^{re} éd., De Gruyter Recht, 2006, p. 273-291.

ROUHETTE George, « Regards sur l'avant-projet de réforme du droit des obligations », *RDC* 2007, p. 1371.

ROUHETTE George, « La contribution française au projet de cadre commun de référence », *RDC* 2009, p. 739.

RUIZ-FABRI Hélène, « L'ordre public en droit international », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 85-108.

SCHURIG Klaus, « Interessenjurisprudenz contra Interessenjurisprudenz im IPR. Anmerkungen zu Flessners Thesen », *RabelsZ* 1995, p. 229-244.

SERAGLINI Christophe, « L'ordre public et la faillite internationale : une première application dans le cadre de l'affaire *Eurofood* », in Georges Affaki (dir.), *Faillite internationale et conflits de juridictions. Regards croisés transatlantiques*, FEC/Bruylant, 2007, p. 171-196.

SIMON Denys, « La subsidiarité juridictionnelle : notion-gadget ou concept opératoire ? », *RAE* 1998, p. 84-94.

SIMON Denys, « Les fondements de l'autonomie du droit communautaire », in SFDI, *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*. Colloque organisé à Bordeaux les 30 septembre et 2 octobre 1999, Pédone, 2000, p. 207-249.

SIMON Denys, « L'identité constitutionnelle dans la jurisprudence de l'Union européenne », in Laurence Burgorgue-Larsen (dir.), *L'identité constitutionnelle saisie par les juges en Europe*, Pédone, 2011, p. 27-43.

SOLOMON Dennis, « The Private International Law of Contracts in Europe : Advances and Retreats », *Tul. L. Rev.* 2008, p. 1709-1740.

SOUSSE Marcel, « État de droit, Communauté de droit et Union de droit face à l'ordre public et à la sécurité intérieure », in Joël Rideau (dir.), *De la Communauté de droit à l'Union de droit, continuité et avatars européens*, LGDJ, 2000, p. 459-492

- STRUYCKEN Teun, « L'ordre public de la Communauté européenne », in *Mél. Hélène Gaudemet-Tallon*, Dalloz, 2008, p. 617-632.
- SUDRE Frédéric, « Existe-il un ordre public européen ? », in Paul Tavernier (dir.), *Quelle Europe pour les droits de l'homme ?*, Bruylant, 1996, p. 39-90.
- SUDRE Frédéric, « L'ordre public européen », in Marie-Joëlle Redor (dir.), *L'ordre public : ordre public ou ordres publics ? Ordre public et droits fondamentaux*, Bruylant, 2001, p. 109-131.
- SUJECKI Bartosz, « Die Möglichkeiten und Grenzen der Abschaffung des *ordre public*-Vorbehalt im Europäischen Zivilprozessrecht », *ZeUP* 2008, p. 458-479.
- SURREL Hélène, « Union européenne et famille. Les couples homosexuels », *RAE* 2014, n° 2, p. 327-336.
- TERRÉ François, « Rapport introductif », in Thierry Revet (coord.), *L'ordre public à la fin du XX^e siècle*, Dalloz, 1996, p. 3-12.
- TUSSEAU Guillaume, « Critique d'une métonymie fonctionnelle. La notion (trop) fonctionnelle de 'notion fonctionnelle' », *RFDA* 2009, p. 641.
- TUSSEAU Guillaume, « Theoretical Deflation : The Eu Order of Competence and Power-conferring Norms Theory », in Loïc Azoulay (dir.) *The Question of Competence in the European Union*, OUP, 2014, p. 39-62.
- VAN DE KERCHOVE Michel, « Les rapports entre systèmes juridiques : entre clôture et ouverture », in Jean-Louis Bergel (dir.), *Le plurijuridisme*, PUAM, 2005, p. 37-56.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « L'articulation du droit international privé et de la procédure », in Anne-Marie Leroyer et Emmanuel Jeuland (dir.), *Quelle cohérence pour l'espace judiciaire européen ?*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2004, p. 91-104, spéc. p. 104.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « La responsabilité civile dans la proposition de règlement communautaire sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») », in Angelika Fuchs, Horatia Muir Watt, Étienne Patout (dir.), *Les conflits de lois et le système juridique communautaire*, Dalloz, coll. Thèmes et commentaires, 2004, p. 185-203.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « L'ordre public dans les contrats internationaux en Europe ; sur quelques difficultés de mise en œuvre des articles 7 et 16 de la Convention de Rome du 19 juin 1980 », in *Mélanges Philippe Malaurie*, Defrénois, 2005, p. 393-4011.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « Lois de police et politiques législatives », *Rev. crit. DIP* 2011, p. 207-290.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « L'exception d'ordre public et la régularité de la loi étrangère », *RCADI* 2014, t. 371, p. 153-271.
- VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), « La sentence arbitrale étrangère contraire à une loi d'ordre public du for (remarques en marge des solutions françaises envisagées sous le rapport de l'ordre public substantiel) », *JDI* 2014, doct. 12.
- VEDEL Georges, « De l'arrêt *Septfonds* à l'arrêt *Barinstein* (la légalité des actes administratifs devant les tribunaux judiciaires) », *JCP G* 1948, I, 682.
- VEDEL Georges, « La juridiction compétente pour prévenir, faire cesser ou réparer la voie de fait administrative », *JCP G* 1950, I, 851.

- VERHAEGEN Jacques, « Les notions à contenu variable en droit pénal », in Chaïm Perelman et Raymond Vander Elst (dir.), *Les notions à contenu variable en droit*, Bruylant, 1984, p. 7-19.
- VIGNAL Thierry, « Ordre public et reconnaissance », in *Mélange Patrick Courbe*, Dalloz, 2012, p. 527-548.
- VILLEY Michel, « La nature des choses dans l'histoire de la philosophie du droit », *Annales de la Faculté de droit de Toulouse*, vol. XII (1964), p. 69-90.
- VIMBERT Christophe, « L'ordre public dans la jurisprudence du conseil constitutionnel », *RDP* 1994, p. 693-745.
- VIVANT Michel, « Propriété intellectuelle et ordre public », in *Mél. Jean Foyer*, PUF, 1996, p. 307-325.
- WACHSMANN Anne, « Le contentieux de la base juridique dans la jurisprudence de la Cour », *Europe* 1993, étude 1, p. 1-5.
- WEBER Max, « Les trois types purs de la domination légitime », trad. fr. Elisabeth Kauffmann, *Sociologie*, 3/2014 [vol. 5], p. 291-302
- WILDERSPIN Michael, « The Rome I Regulation : Communitarisation and modernisation of the Rome Convention », *ERA Forum*, 2008, p. 259-274.
- WYLER Éric et PAPAUX Alain, « Extranéité de valeurs et de systèmes en droit international privé et en droit international public », in Éric Wyler et Alain Papaux (dir.), *L'extranéité ou le dépassement de l'ordre juridique*, Pédone, 1999 p. 239-312.

V. Commentaires de textes, entrées d'encyclopédies et de dictionnaires

- ANCEL Bertrand, V^o « Droit international privé », in Stéphane Rials et Denis Alland (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, pp. 491-497.
- AZOULAI Loïc, « Art. I-3 TECE. Les objectifs de l'Union », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 60-77.
- BACH Louis, V^o « Jurisprudence », *Rép. civ.*, 2009.
- BERAUDEO Jean-Paul et BERAUDEO Marie-Josèphe, « Convention de Bruxelles, Conventions de Lugano et Règlement (CE) no 44/2001. – Reconnaissance des décisions juridictionnelles », *J.-Cl. Europe*, fasc. 3040, mars 2010.
- BESNARD Philippe et BOUDON Raymond, V^o « Durkheim Emile (1858-1917) », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 12 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/emile-durkheim/>.
- BLANQUET Marc, « Article I-5 TECE », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 96-106.
- BLOUD-REY Céline, V^o « Standard », in Denis Alland et Stéphane Rials (dir.), *Dictionnaire de la culture juridique*, PUF, Quadrige, 2003, p. 1439-1441.
- BOUDON Raymond et BOURRICAUD François, V^o « Normes », in Raymond Boudon et François Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd., PUF, Quadrige, 2004, p. 415-423.

BOUDON Raymond et BOURRICAUD François, V° « Valeurs », in Raymond Boudon et François Bourricaud, *Dictionnaire critique de la sociologie*, 7^e éd., PUF, Quadrige, 2004, p. 663-670.

BRAUD Philippe, V° « Opinion publique », in Guy Hermet, Bertrand Badie, Pierre Birnbaum et Philippe Braud, *Dictionnaire de la science politique et des institutions politiques*, 8^e éd., Armand Colin, 2015, p. 213-214.

BURGORGUE-LARSEN Laurence, « Article I-2 TECE », in Laurence Burgorgue-Larsen, Anne Levade, Fabrice Picod (dir.), *Traité instituant une Constitution pour l'Europe. Commentaire article par article*, t. I : *Parties I et IV « Architecture constitutionnelle »*, Bruxelles, 2007, p. 50-59.

CARBONNIER Jean, V° « Internormativité », in André-Jean Arnaud (dir.), *Dictionnaire encyclopédique de la Théorie et de la Sociologie du droit*, LGDJ/Story Scientia, 1988.

CHAMPAGNE Patrick, V° « Opinion publique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 13 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/opinion-publique/>.

CHRÉTIEN-GONI Jean-Pierre, V° « Heuristique », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 16 septembre 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/heuristique/> consulté le 1er février 2014.

CONSTANTINESCO Vlad et MICHEL Valérie, V° « Compétences de l'Union européenne », *Rép. dr. eur.*, juin 2011.

DAVID Cyrille et GEST Guy, V° « Impôts », *Rép. dr. int.*, 1998.

DELARUE Jean-Marie, « Titre VI Dispositions relatives à la coopération policière et judiciaire en matière pénale », in Isabelle Pingel (dir.), *De Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing & Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, 2010, p. 127-212.

DEMEULENAERE Pierre, V° « Utilitarisme », in Sylvie Mesure et Patrick Savidan, *Dictionnaire des sciences humaines*, PUF, Quadrige, 2006, p. 1206-1208.

DERO-BUGNY Delphine, « Agences européennes », *J.-Cl. Europe*, fasc. 245, 2000.

DUBAR Claude, V° « Socialisation », in Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui et Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Puf, Quadrige, 2005, p. 647-650.

FABRE-MAGNAN Muriel, V° « Dignité humaine », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin et Jean-Pierre Marguénaud (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 226-230.

FRANCESKAKIS Phocion, V° « Conflits de lois (Principes généraux) », *Rép. dr. int.*, 1968, p. 470-497.

FRANCO Stéphanie, « Art. 34 », in Ulrich Magnus et Peter Mankowski (dir.), *Brussels I Regulation*, 2^e éd., Sellier ELP, 2012, p. 645-697.

GAUTIER Yves, V° « Ordre public », *Rép. dr. eur.*, août 2004.

HATJE Armin, « Art. 4 TUE », in Jürgen Schwarze (dir.), *EU-Kommentar*, 3^e éd., Nomos/Helbing Lichtenhahn/falcutas.wuv, 2012, p. 73-100.

HEUZÉ Vincent, « La loi des contrats internationaux », in *Dictionnaire Joly Pratique des contrats internationaux*, Tome I, Livre II, 30 décembre 2008.

HERRNFELD Hans-Holger, « Art. 72 TFUE », in Jürgen Schwarze (dir.), *EU-Kommentar*, 3^e éd., Nomos/Helbing Lichtenhahn/falcutas.wuv, 2012, p. 999-1004.

- HOUTCIEFF Dimitri, V^o « Renonciation », *Rép. civ.*, mars 2012.
- HAUSER Jean et LEMOULAND Jean-Jacques, V^o « Ordre public et bonnes mœurs », *Rép. civ.*, janvier 2015.
- IDOT Laurence, « Réalité de l'emprise du droit communautaire sur le droit national », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 105, novembre 2005.
- IDOT Laurence, « Bilan de la 'communautarisation directe' », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 135, novembre 2005.
- IDOT Laurence, « Signification, conséquences et instruments de la 'communautarisation indirecte' », *Lamy procédures communautaires*, étude 138, novembre 2005.
- IDOT Laurence et RIGAUX Anne, « Introduction sur le principe de libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 140, novembre 2007.
- IDOT Laurence, « Régime du principe de libre circulation : principe d'interdiction », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 150, novembre 2007.
- IDOT Laurence, « Libre circulation : dérogations au principe d'interdiction », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 152, novembre 2007.
- IDOT Laurence, « Arbitre et droit communautaire », *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 295, novembre 2005.
- JAVEAU Claude, V^o « Fait social », *Encyclopædia Universalis* [en ligne], consulté le 1^{er} novembre 2013. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/fait-social>.
- JOBARD-BACHELLIER Marie-Noël, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. La confrontation des règles étrangères et des valeurs du for », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-3, 1992.
- JOBARD-BACHELLIER Marie Noëlle et TRAIN François-Xavier, « Ordre public international. Conditions d'intervention de l'exception d'ordre public. Applicabilité de règles étrangères et appartenance des valeurs au for. Origine et contenu des valeurs intangibles du for », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-2, avril 2010.
- LAGARDE Paul, V^o « Ordre public », *Rép. dr. int.*, 1998.
- LAGARDE Paul, « Public Policy », in Kurt Lipstein (dir.), *International Encyclopedia of Comparative Law*, vol. III : *Private International Law*, 2011.
- LALANDE André, V^o « Abduction », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2006, p. 1.
- LALANDE André, V^o « Intérêt », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2006, p. 531-532.
- LALANDE André, V^o « Substrat » ou « Substratum », *Vocabulaire technique et critique de la philosophie*, PUF, Quadrige, 2006, p. 1055-1056.
- LE TOURNEAU Philippe, « Contrats et obligations. Exception d'indignité. Règle 'Nemo auditur' et 'In pari causa' », *J.-Cl. Civil Code*, app. art. 1131-1133, 2013.
- LELOUP Jean-Marie V^o « Agences commerciales », *Rép. dr. eur.*, juin 2012.
- LINDENBERG Siegwart et FILLIEULE Renaud, V^o « Rationalité », in Massimo Borlandi, Raymond Boudon, Mohamed Cherkaoui et Bernard Valade (dir.), *Dictionnaire de la pensée sociologique*, Puf, Quadrige, 2005, p. 586-594.
- LITTRÉ Émile, V^o « Conductible », *Dictionnaire de la langue française*, t. II, Hachette, 1961.

- MAGNUS Ulrich, « Art. 46 », in Ulrich Magnus et Peter Mankowski (dir.), *Brussels Ibis Regulation*, Sellier ELP, 2012, p. 378-386.
- MARTIN Denis, « Libre circulation des travailleurs », *J.-Cl. Europe*, fasc. 601, juillet 2010.
- MAYER Pierre, V^o « Lois de police », *Rép. dr. int.*, 1998.
- MOURALIS Jean-Louis, V^o « Preuve (2^o règles de preuve) », *Rép. civ.*, 2011.
- PHARO Phillipe V^o « Valeurs (sociologie) », in *Encyclopedia Universalis* [en ligne], consulté le 11 août 2015. URL : <http://www.universalis-edu.com/encyclopedie/valeurs-sociologie>.
- PICHERAL Caroline, « Ordre public et droit communautaire. L'ordre public communautaire en droit interne », *J.-Cl. Europe*, fasc. 452, 27 juin 2002.
- PICHERAL Caroline, « Ordre public et droit communautaire. Communautarisation des réserves d'ordre public », *J.-Cl. Europe*, fasc. 650, 5 février 2007.
- RIGAUX Anne, « Problématique générale du champ d'application des règles communautaires relatives à la libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 141, janvier 2005.
- RIGAUX Anne, « Champ d'application territorial de la libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 142, novembre 2007.
- RIGAUX Anne, « Champ d'application matériel de la libre circulation : notions de 'marchandises' et de 'personnes' », *Lamy procédures communautaires*, étude 144, janvier 2005.
- RIGAUX Anne, « Champ d'application fonctionnel de la libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 146, novembre 2007.
- RIGAUX Anne, « Champ d'application personnel de la libre circulation : bénéficiaires et débiteurs de la libre circulation », *Lamy procédures communautaires*, étude 148, janvier 2005.
- SAINT-JAMES Virginie, V^o « Hiérarchie et conciliation des droits de l'homme », in Joël Andriantsimbazovina, Hélène Gaudin, Jean-Pierre Marguénaud, Stéphane Rials et Frédéric Sudre (dir.), *Dictionnaire des droits de l'homme*, PUF, 2008, p. 378-381.
- SIMON Denys, « Invocabilité du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 210, janvier 2005.
- SIMON Denys, « Primauté du droit communautaire », in *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 215, janvier 2005.
- SIMON Denys, « Étendue de la protection juridictionnelle », in *Lamy procédures communautaires*, étude n^o 220, janvier 2005.
- SONNENBERGER Hans Jürgen, « Art. 6 EGBGB », in *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, vol. 10 : *Internationales Privatrecht. Rom I-Verordnung. Rom II-Verordnung. Einführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuche (Art. 1-24)*, 5^e éd., Beck, 2010
- STANKIEWICZ Lukasz, « Conventions fiscales. Assistance administrative internationale. Assistance au recouvrement », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 3145, 2014.
- TCHEN Vincent, « Police administrative. Théorie générale », *J.-Cl. adm.*, fasc. 200, janv. 2013.
- TRAIN François-Xavier et JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle, « Ordre public international. Notion d'ordre public en droit international privé », *J.-Cl. dr. int.*, fasc. 534-1, juillet 2008.

VERHOEVEN Joe, « Art. 223 CEE », in Vlad Constantinesco, Jean-Paul Jacqué, Robert Kovar et Denys Simon, (dir.) *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1395-1402.

VERHOEVEN Joe, « Art. 224 CEE », in Vlad Constantinesco, Jean-Paul Jacqué, Robert Kovar et Denys Simon, (dir.) *Traité instituant la C.E.E. Commentaire article par article*, Economica, 1992, p. 1403-1413.

WAELEBROECK Denis et BOUCKAERT Jan, V^o « Ordre public (Exception de l'–) », in Ami Barav et Christian Philip et Chahira Boutayeb, *Dictionnaire juridique des Communautés européennes*, PUF, 1993, p. 733-739.

WEITZEL Luc, « Art. 296 CE », in Isabelle Pingel (dir.), *De Rome   Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Helbing et Lichtenhahn/Dalloz/Bruylant, 2010, p. 1821-1826.

W LKER Ulrich, « Art. 48 CE », in Hans von den Groeben, Jochen Thiesing et Claus-Dieter Elherman, *Kommentar zum EU-/EG- Vertrag*, vol. I : *Artikel A-F EUV, Artikel 1-84 EGV*, 5^e  d., Nomos, 1997, p. 1094-1183.

VI. Notes de jurisprudence, observations et conclusions

ALEXANDRE Danièle, note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, *JDI* 1981, p. 813-827.

AUBERT DE VINCELLES Carole, note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08, *RDC* 2009, p. 1467.

AUBERT DE VINCELLES Carole, note sous CJUE, 17 décembre 2009, *Eva Martin Martin*, C-227/08 : *RDC* 2010, p. 652.

AUBERT DE VINCELLES Carole note sous CJCE, gde ch., 9 nov. 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, *RDC* 2011, p. 425.

AUBERT Michel, BROUSSY Emmanuel et DONNAT Francis, obs. sous CJUE, gde ch., 21 déc. 2011, *N. S. e. a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *AJDA* 2012, p. 309.

AUDIT Bernard note sous Cass. 1^{re} civ., 24 fév. 1998, *Consorts Vialaron*, *D.* 1999, p. 290.

AVOUT Louis (d'), note sous Cass. soc., 24 fév. 2004, *Rev. crit. DIP* 2005, p. 62.

AVOUT Louis (d') et BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. 1^{re} civ., 20 fév. 2007, *Cornelissen*, *D.* 2007, p. 1115.

AVOUT Louis (d'), note sous Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, *JCP G* 2008, II, 10187.

AVOUT Louis (d'), note sous CJCE, gde ch., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, *JDI* 2009, p. 203-216.

AVOUT Louis (d'), note sous Cass. 1^{re} civ., 14 janv. 2009, *Agrogabon*, *RCDIP* 2009, p. 331-341.

AZOULAI Loïc et COUTTS Stephen, « Restricting Union citizens' residence rights on grounds of public security. Where Union citizenship and the AFSJ meet », note sous CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P. I.*, C-348/09, *CMRL* 2013, p. 553-570.

BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. soc., 10 mai 2006, *Epoux Moukarim c. Dlle Isopehi* : JCP G 2006, II, 10121.

BOLLÉE Sylvain, « Chronique de jurisprudence française », *Rev. arb.* 2007, pp. 97-108.

BOLLÉE Sylvain, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, *D.* 2009, p. 2384.

BOLLÉE Sylvain, observations sous Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, *JDI* 2011, comm. 4.

BOT Yves, conclusions présentées le 20 septembre 2007 dans l'affaire *Rüffert* (CJCE, 3 avril 2008, C-346/06), *Rec. p* : I-1989.

BOT Yves, conclusions présentées le 6 mai 2008 dans l'affaire *Heemskerk* (CJCE, gde ch., 25 novembre 2008, C-455/06), *Rec. p.* I-8763.

BOT Yves, conclusions présentées le 15 juillet 2010 dans l'affaire *Josemans* (CJUE, 2^e ch., 16 déc. 2010, C-137/09), *Rec. p.* I-13019.

BOT Yves, conclusions présentées le 10 septembre 2013 dans l'affaire *Commission c. Parlement et Conseil* (CJUE, gde ch., 6 mai 2014, C-43/12), ECLI: ECLI:EU:C:2013:534.

BOUVERESSE Aude, obs. sous CJUE, 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et de Man Garabito*, C-488/11, *Europe* 2013, comm. 321.

BROUSSY Emmanuelle, DONNAT Francis et LAMBERT Christian, obs. sous CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *AJDA* 2007, p. 2248.

BUREAU Dominique, note sous Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 02-12.989, *Rev. crit. DIP* 2004, p. 750.

BUREAU Dominique et D'AVOUT Louis, note sous Cass. com., 16 mars 2010, *Sté Viol frères*, *JCP G* 2010, comm. 530, p. 996-999.

BUREAU Dominique et MUIR WATT Horatia, note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga*, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 743-747.

BUY Frédéric note sous Cass. 2^e civ., 10 juin 2004, n° 02-18.649, *JCP G* 2004, II, 10175.

CARVAL Suzanne note sous Cass. 1^{ère} civ., 1^{er} déc. 2010, *Epoux Schlenszka. c. SA Fontaine Pajot*, *RDC* 2011, p. 459.

CAZET Safia, obs. sous CJUE, 9^e ch, 18 sept. 2014, *Bundesdruckerei*, C-549/1, *Europe* 2014, comm. 457.

CLAY Thomas, obs. sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 sept. 2014, *Genentech*, n° 12/21810, n° 13/09296, n° 13/17187, *D.* 2014, pan. p. 2541.

COMBET Mathieu, « Le renouvellement des sources du droit processuel de la consommation par le droit de l'Union européenne », *LPA* 2013, n° 187, p. 15.

CRUZ VILLALÓN Pedro, conclusions présentées le 14 septembre 2010 dans l'affaire *Budějovický Budvar* (CJUE, gde ch., 29 mars 2011, C-96/09 P), *Rec. p.* I-2131.

CRUZ VILLALÓN Pedro, conclusions présentées le 12 juin 2012 dans l'affaire *Åkerberg Fransson* (CJUE, gde ch., 26 février 2013, C-617/10), ECLI: ECLI:EU:C:2012:340.

DESHAYES Olivier, obs. sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08 et CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, *RDC* 2010, p. 59.

DEUMIER Pascale, obs. sous Cass. com., 22 mars 2011, n° 09-71.426, *RTD civ.* 2011, p. 491-493.

DIONISI-PEYRUSSE Amélie, note sous CEDH, 3 mai 2011, *Negrepointis-Giannisis c. Grèce*, n° 56759/08, *JDI* 2012, comm. 7.

DUPONT-LASSALE Julie, obs. sous CJUE, 1^{re} ch., 21 fév. 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, *Europe* 2011, comm. 183.

DUPONT-LASSALE Julie, obs. sous CJUE, 3^e ch., 27 fév. 2014, *Pohotovost'*, C-470/12, *Europe* 2013, comm. 182.

DUTTA Anatol, « Grenzüberschreitende Forderungsdurchsetzung in Europa : Konvergenz der Beitreibungssysteme in Zivil- und Verwaltungssachen ? » (note sous CJUE, *Milan Kyrian*, 14 janvier 2010, C-233/08), *IPRax* 2010, p. 504-510.

FALLON Marc, note sous CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8453, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 710-737.

FOYER Jacques, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 fév. 1993, *Enfant Sarah*, *Rev. crit. DIP* 1993, p. 620-632.

FONGARO Éric, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JDI* 2013, p. 129-146.

FOYER Jacques, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *Rev. dr. rur.* 2013, comm. 77.

FRANCQ Stéphanie, note sous CJCE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05 et CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, *JDI* 2008, chron. 4, n° 20.

GAUDEMET-TALLON Hélène, note sous CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98, *RCDIP* 2000, p. 504-513.

GAZIN Fabienne obs. sous CJCE, 15 juin 2005, *Commission c. Italie*, C-456/03, *Europe* 2005, comm. 279.

GAZIN Fabienne, obs. sous CJUE 3^e ch., 18 fév. 2015, *Stanley International Betting et Stanleybet Malta*, C-463/13, *Europe* 2015, comm. 112.

GHESTIN Jacques, note sous Cass. 3^e civ., 21 septembre 2011, n° 10-21.900, *JCP G* 2011, p. 1276.

GUILLAUMÉ Johanna, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, *Enfant Jérémy*, n° 09-71.369, *JDI* 2012, p. 176-186.

HAMMJE Petra note sous Cass. 1^{re} civ., 8 juill. 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 747.

HESS Burkhard « Urteilsfreizügigkeit und ordre public-Vorbehalt bei Verstößen gegen Verfahrensgrundrechte und Marktfreiheiten » (note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-38/98 et CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98), *IPRax* 2001, p. 301-306.

HEYMANN Jérémy, note sous CJCE, 13 déc. 2005, *SEVIC System AG*, C-4411/03 : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 663-678.

HEYMANN Jérémy, note sous CJUE 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *JDI* 2011, p. 639-659.

HO-DAC Marion, note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, *JCP E* 2008, 1114.

HUET André, note sous CJCE, 26 mai 1981, *Rinkau*, aff. 157/80, *JDI* 1981, p. 888-893.

HUET André, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *JDI* 2001, p. 690-696.

HUET André, note sous CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98, *JDI* 2000, p. 696-701.

IDOT Laurence note sous CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 7 juill. 1989, *Sté Veradour*, *Rev. arb.* 1990, p. 115.

IDOT Laurence, note sous Cass. 2^e civ., 20 février 1991, *Sté Véradour*, *Rev. arb.* 1992, p. 447-452.

IDOT Laurence note sous Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, *Sté des Grands moulins de Strasbourg*, *Rev. arb.* 1992, p. 76-79.

IDOT Laurence note sous, CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 mai 1993, *Sté Labinal*, *JDI* 1993, p. 957-989.

IDOT Laurence, note sous CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, *Rev. arb.* 1999, p. 639-653.

IDOT Laurence, note CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, C-381/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 107-120.

IDOT Laurence, note sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *Rev. arb.* 2007, p. 109-121.

IDOT Laurence, sous CJCE gde ch., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, *Europe* 2008, comm. 431.

IDOT Laurence obs. sous CJCE, 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Europe* 2009, comm. 262.

IDOT Laurence, obs. sous CJCE, 6 oct. 2009, *Asturcom*, C-40/08, *Europe* 2009, comm. 469.

IDOT Laurence, obs. sous CJCE, 17 décembre 2009, *Eva Martin Martin*, C-227/08, *Europe* 2010, comm. 88.

IDOT Laurence obs. sous CJUE, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, *Europe* 2012, comm. 469.

IDOT Laurence, obs sous CJUE, 17 oct. 2013, *Unamar*, C-184/12, *Europe* 2013, comm. 2.

IDOT Laurence, obs. sous CJUE, 3^e ch., 23 octobre 2014, *flylial-Lithuanian Airlines*, C-302/13, *Europe* 2014, comm. 560.

JACOBS Francis Geoffrey, conclusions présentées le 8 mai 1991 dans l'affaire *Richardt et Les Accessoires scientifiques* (CJCE, 4 octobre 1991, C-367/89) Rec. p. I-4621.

JACOBS Francis Geoffrey, conclusions présentées le 15 juin 1995 dans l'affaire *van Schijndel* (CJCE, 14 décembre 1995, aff. jtes C-430/93 et C-431/93), Rec. p. I-4707.

JACOBS Francis Geoffrey, conclusions présentées le 30 mars 2000 dans l'affaire *Salzgitter* (CJCE, 13 juillet 2000, C-210/98 P), Rec. p. I-5843.

JACQUET Jean-Michel, note sous Cass. com., 28 nov. 2000, *Sté Allium*, *JDI* 2001, p. 511-533.

JACQUET Jean-Michel, note sous CJUE, 3^e ch., 17 octobre 2013, *Unamar*, C-184/12, *JDI* 2014, comm. 7.

JANS Jan H. et MARSEILLE Albert T., note sous CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *CMLR* 2008, p. 853-862.

JARROSSON Charles, note sous CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 mai 1993, *Sté Labinal*, *Rev. arb.* 1993, p. 645-663.

JARROSSON Charles, note sous CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, *Rev. arb.*, 2009, p. 811-826.

JAULT-SESEKE Fabienne, note sous Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, n° 07-15.823, *D.* 2009, p. 200.

JAULT-SESEKE Fabienne, note sous BGH, 5 sept. 2012 VII ZR 25/12, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890.

JAULT-SESEKE Fabienne, obs. sous CJUE, 1^{re} ch., 6 sept. 2012, *Trade Agency*, C-619/10, *D.* 2013, pan. p. 1503.

JOBARD-BACHELLIER Marie-Noëlle et TRAIN François-Xavier, Cass. 1^{re} civ., 22 oct. 2008, *Monster Cable*, n° 07-15.823, *JDI* 2009, p. 599.

JOURDAIN Patrice, obs. sous Cass. 1^{re} civ., 6 oct. 1998, *ODA c. Glogowsky*, *RTD civ.* 1999, p. 117.

KESSEDJIAN Catherine, note sous Cass. 1^{ère} civ., 9 oct. 1991 et CA Versailles, 26 sept. 1991, *RCDIP* 1992, p. 516.

KINSCH Patrick, CEDH, 3 mai 2011, *Negrepointis-Giannisis c. Grèce*, *Rev. crit. DIP* 2011, p. 817.

KOKOTT Juliane, conclusions présentées le 18 décembre 2008 dans l'affaire *Apostolides* (CJCE, gde ch., 28 avril 2009, C-420/07), *Rec. p.* I-3571.

KOKOTT Juliane, conclusions présentées le 18 décembre 2008 dans l'affaire *Gambazzi* (CJCE 1^{re} ch., 2 avr. 2009, C-394/07), *Rec. p.* I-2563.

KOKOTT Juliane, conclusions présentées le 26 avril 2012 dans l'affaire *Trade Agency* (CJUE, 1^{re} ch., 6 septembre 2012, C-619/10), *ECLI: ECLI:EU:C:2012:247*.

KOKOTT Juliane, prise de position présentée le 13 juin 2014 dans le cadre de la procédure d'avis sur la compatibilité du projet d'accord portant adhésion de l'Union européenne à la CEDH avec les Traités (CJUE, ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13).

LAGARDE Paul, note sous CJCE gde ch., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, *Rev. crit. DIP* 2009, p. 80.

LAGARDE Paul, note sous Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.854, *Rev. crit. DIP* 2012, p. 339-343.

LAGRANGE Maurice, conclusions présentées le 19 novembre 1961 dans l'affaire *Commission c. Italie* (CJCE, 19 décembre 1961, aff. 7/61), *Rec. p.* 635.

LAITHIER Yves-Marie, note sous Cass. soc., 18 oct. 2006, n° 04-48.612, *RDC* 2007, p. 714.

LENZ Carl Otto, conclusions présentées le 9 juillet 1997 dans l'affaire dite de la « guerre des fraises » (CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France*, C-265/95), *Rec. p.* I-6959.

LEQUETTE Yves, note sous Cass. soc., 19 mars 1986, *Sté. Géoservices* : *RCDIP* 1987, p. 554-557.

LEQUETTE Yves, note sous Cass. 1^{re} civ., 6 juil. 1988, *Baaziz* : *Rev. crit. DIP* 1989, p. 71-81.

LICARI François-Xavier, note sous CA Poitiers, 1^{re} ch. civ., 26 février 2009, *Époux Schlenzka. c. SA Fontaine Pajot*, *JDI* 2010, comm. 18, p. 1230-1263.

LICARI François-Xavier, note sous Cass. 1^{re} civ., 1^{er} déc. 2010, *Époux Schlenzka. c. Sté Fontaine Pajot*, n° 09-13.303, *JDI* 2011, comm. 14.

MARCHADIER Fabien, note sous Cass 1^{re} civ., 28 janv. 2009, *Blech*, n° 07-11.729 : *JDI* 2009, comm. 17.

MASSON Antoine, obs. sous TFPUE, ass. plén., 1^{er} juillet 2010, *Mandt c. Parlement européen*, F-45/07, *Europe* 2011, chron. 2.

MAYER Pierre, note sous Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2000, n° 98-11.776, *Rev. arb.* 2000, p. 648-655.

MAYER Pierre, note sous Cass., 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Sté Smeg c. Sté La Poupardine*, *Rev. arb.* 2012, p. 76-85.

MAYEUR-CARPENTIER Coralie, obs. sous CJUE, gde ch., 21 déc. 2011, *N. S.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, *RFDA* 2012, p. 377.

MAYRAS Henri, conclusions présentées le 13 novembre 1974 dans l'affaire *van Duyn* (CJCE, 4 décembre 1974, aff. 41/74), *Rec.* p. 1354.

MAZÁK Ján, conclusions présentées le 15 septembre 2009 dans l'affaire *Milan Kyrian* (CJCE, 14 janvier 2014, C-233/08), *Rec.* p. I-177.

MAZÁK Ján, conclusions présentées le 4 février 2010 dans l'affaire *Harms* (CJUE, 1^{re} ch., 20 mai 2010, C-434/08), *Rec.* p. I-4431.

MEISTER Marie, obs. sous CJUE, gde ch., 9 nov. 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08 : *Europe* 2011, comm. 28.

MEISTER Marie, obs. sous CJUE, 1^{re} ch., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10, *Europe* 2012, comm. 347.

MENGOZZI Paolo, conclusions présentées le 1^{er} mars 2007 dans l'affaire *Common Market Fertilizers*, (CJCE, 13 septembre 2007, C-443/05 P), *Rec.* p. I-7209.

MENGOZZI Paolo, conclusions présentées le 29 mars 2007 dans l'affaire *Rampion* (CJCE, 4 octobre 2007, C-429/05), *Rec.* p. I-8017.

MENJUCQ Michel, note sous CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *JDI* 2004, p. 917-929.

MICHEL Valérie, obs. sous CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, C-233/08 : *Europe* 2010, comm 109.

MICHEL Valérie, obs. sous CJUE, gde ch., 6 mai 2014, *Commission c. Parlement européen et Conseil*, C-43/12, *Europe* 2014, comm. 290.

MOIZARD Nicolas, « La directive 96/71 du 16 décembre 1996 concernant le détachement des travailleurs dans le cadre d'une prestation de services : un 'noyau dur protecteur' ? (CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06) » *Dr. soc.* 2008, p. 866-872.

MOURRE Alexis, note sous CA Paris, 1^{re} ch. C, 18 nov. 2004, *Thalès c. Euromissile*, *JDI* 2005, p. 357-378.

MOURRE Alexis, note sous , CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, *JDI* 2007, comm. 13.

MOURRE Alexis, note sous Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *SNF c. Cytec*, *JDI* 2008, comm. 16.

MUIR WATT Horatia, note sous Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1996, *Rev. crit. DIP* 1997, p. 328.

MUIR WATT Horatia, note sous CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, *Rev. crit. DIP* 2000, p. 481-497.

MUIR WATT Horatia, note sous CJCE, 30 sept. 2003, *Inspire Art*, C-167/01, *Rev. crit.* 2004, p. 151-184.

MUIR WATT Horatia, note sous CJUE, 20 juin 2013, *Impacto Azul*, C-186/12, *Rev. crit. DIP* 2013, p. 946.

MUSELLA Antonio et PÉDONE Priscille, « Clause compromissoire et droit de l'Union. Une nouvelle étape en faveur du consommateur » (note sous CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08), *Cah. arb.* 2010, p. 471.

NIOCHE Marie et SINOPOLI Laurence, « La Cour de justice et les jugements par défaut anglais : prudence et ambiguïtés » (note sous CJCE, 1^{re} ch., 2 avr. 2009, *Gambazzi*, C-394/07), *Gaz. Pal.* 2009, n° 332, p. 22.

NOURISSAT Cyril, obs. sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, *Procédures* 2008, comm. 79.

PAISANT Gilles, note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, *JCP G*, 2008, II, 10031.

PATAUT Étienne et HAMMJE Petra, note sous Cass. soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Dlle Isopehi*, *Rev. crit. DIP* 2006, p. 856.

PATAUT Étienne, note sous CJCE, 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07, *Rev. crit. DIP* 2010, p. 377.

PATAUT Étienne note sous CJUE 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09 et CJUE, 2^e ch., 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, *RTD eur.* 2011, p. 571-575.

PERREAU-SAUSSINE Louis, note sous Cass. ch. mixte, 30 nov. 2007, n° 06-14.006, Cass. 3^e civ., 30 janv. 2008, n° 06-14.641 et Cass. 3^e civ., 8 avr. 2008, n° 07-10763, *JDI* 2008, p. 1076-1087.

PERREAU-SAUSSINE Louis, note sous Cass. 1^{re} civ., 10 oct. 2012, n° 11-18.345, *JCP G* 2012, p. 1368.

PICOD Fabrice, obs. sous CJUE, 3e ch., 27 fév. 2014, *Pohotovost'*, C-470/12, *JCP G* 2014, zoom 314.

POIARES MADURO Miguel, conclusions présentées le 6 mai 2004 dans l'affaire *Carbonati Apuani* (CJCE, 9 septembre 2004, C-72/04), *Rec. p.* I-8027.

POIARES MADURO Miguel, conclusions présentées le 19 mai 2004 dans l'affaire *Feron* (CJCE, 17 mars 2005, C-170/03), *Rec. p.* I-2299.

POIARES MADURO Miguel, conclusions présentées le 1^{er} mars 2007 dans l'affaire *van der Weerd* (CJCE, 7 juin 2007, aff. jtes C-222/05 à C-225/05), *Rec. p.* I-4233.

POISSONNIER Ghislain et TRICOIT Jean-Philippe note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, *Gaz. Pal.* 13 décembre 2007, n° 347, p. 11.

POTOCKI André, Rapport présenté dans l'affaire *Sté Tranzimaz c. Sté IDLogistic* (Cass. com., 13 juillet 2010, n° 09-13.354) publié à la *Rev. crit. DIP* 2010, p. 720-739.

RAYMOND Guy note sous CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, *CCC* 2007, comm. 310.

REISCHL Gerhard, conclusions présentées le 21 septembre 1978 dans l'affaire *Koestler* (CJCE, 24 octobre 1978, aff. 15/78, *Rec. p.* 1971), *Rec. p.* 1971.

RIGAUX Anne et SIMON Denys, obs. sous CJCE 14 déc.1995, *Peterbroeck*, C-312/93 et CJCE 14 déc. 1995, *van Schijndel* aff. jtes, C-430/93 et C-431/93, *Europe* 1996, comm. 56.

RIGAUX Anne, obs. sous CJUE, 2^e ch., 16 déc. 2010, *Josemans*, C-137/09, *Europe* 2011, comm. 2.

ROCHFELD Judith, note sous Cass. 1^{re} civ., 26 sept. 2012, n° 11-12.941, *RDC* 2013, p. 25.

ROUX André, obs. sous Cons. cons., 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, n° 94-345 DC, *D.* 1995, p. 303.

RUIZ-JARABO COLOMER Dámaso, conclusions présentées le 16 mars 2006 dans l'affaire *i-21 Germany* (CJCE, gde ch., 19 septembre 2006, aff. jtes C-392/04 et C-422/04), *Rec.* p. I-8559.

RÜHL Gisela, note sous OLG München, 17 mai 2006, 7 U 1781/06, *ERPL* 2007, p. 891-903.

RÜHL Gisela, note sous OLG München, 17 mai 2006, 7 U 1781/06, *IPRax* 2007, p. 294-302.

SAGGIO Antonio, conclusions présentées le 23 septembre 1999 dans l'affaire *Krombach* (CJCE, 28 mars 2000, C-7/98), *Rec.* p. I-1935.

SAMTLEBEN Jürgen note sous CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c. Koestler*, aff. 15/78, *RabelsZ* 1981, p. 218-252.

SCHLOSSER Peter, « Nichtanerkennung eines Schiedsspruchs mangels gültiger Schiedsvereinbarung » (note sous CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05 et OLG Frankfurt a. M., 26 juin 2006, 26 Sch 28/05), *IPRax* 2008, p. 497-498.

SERAGLINI Christophe, obs. sous Cass. com. 9 avril 2002, *Toulousy c. Philam*, n° 98-16.829, *JCP G* 2003, I, 105.

SERAGLINI Christophe, obs. sous CA Paris, pôle 1, ch. 1, 23 sept. 2014, *Genentech*, n° 12/21810, n° 13/09296, n° 13/17187, *JCP G* 2015, doct. 877, n° 8.

SHARPSTON Eleanor, conclusions présentées le 12 février 2015 dans l'affaire *Zh. et O.*, (CJUE, 3^e ch., 11 juin 2015, C-554/13), *ECLI:EU:C:2015:94*.

SIMON Denys, obs. sous CJCE 5^e ch, 22 mai 2003, *Commission c. Allemagne*, C-103/01, *Europe* 2003, comm. 236.

SIMON Denys, obs. sous CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, *Europe* 2007, comm. 199.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, 2e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, *Europe* 2011, comm. 40.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, gde ch. 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, *Europe* 2013, comm. 154.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, 3^e ch., 29 mars 2014, *Pfleger*, C-390/12, *Europe* 2014, comm. 256.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, 1^{re} ch., 3 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, C-169/14 : *Europe* 2014, comm. 369.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, 3^e ch., 10 sept. 2014, *Kušionová*, C-34/13, *Europe* 2014, comm. 484.

SIMON Denys, obs. sous CJUE, 5^e ch., 14 sept. 2014, *A c. B. E. A.*, C-112/13, *Europe* 2014, comm. 432.

SINOPOLI Laurence, note sous CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96 : *Gaz. Pal.* 23 juill. 2002, n° 204, p. 2.

STUYCK Jules, note sous CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08 et CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, *CMLR* 2010, p. 879-898.

TESAURO Giuseppe, conclusions présentées le 27 octobre 1993 dans l'affaire *Hünermund* (CJCE, 15 décembre 1993, C-292/92), Rec. p. I-6787.

TRSTENJAK Verica, conclusions présentées le 7 mai 2009 dans l'affaire *Eva Martin Martin* (CJUE, 17 décembre 2009, C-227/08), Rec. p. I-11939.

TRSTENJAK Verica, conclusions présentées le 14 mai 2009 dans l'affaire *Asturcom* (CJCE, 6 oct. 2009, C-40/08), Rec. p. I-9579.

TRSTENJAK Verica, conclusions présentées le 6 juillet 2010 dans l'affaire *VB Pénzügyi Lizing* (CJCE, gde ch., 9 nov. 2010, C-137/08), Rec. p. I-10847.

WAHL Nils, conclusions présentées le 15 mai 2013 dans l'affaire *Unamar* (CJUE, 3e ch., 17 oct. 2013, C-184/12), ECLI:EU:C:2013:301.

WAHL Nils conclusions présentées le 18 septembre 2014 dans l'affaire *Sähköalojen ammattiliitto*, (CJUE, 1^{re} ch., 12 février 2015, C-396/13), ECLI:EU:C:2015:86.

SZPUNAR Maciej, conclusions présentées le 3 mars 2015 dans l'affaire *Diageo Brands* (CJUE, 1^{re} ch., 16 juillet 2015, C-681/13), ECLI:EU:C:2015:137.

STIX-HACKL Christine, conclusions présentées dans l'affaire *Leffler* (CJCE, gde ch., 8 nov. 2005, C-443/03), Rec. p. I-9611.

VAREILLES-SOMMIÈRES Pascal (de), note sous Cass. 1^{re} civ., 12 février 2014, *M. Schneider*, n° 10-17.076, *JDI* 2015, comm. 5, p. 145-156.

WARNER Jean-Pierre conclusions présentées le 10 juillet 1980 dans l'affaire *P. c. Commission* (CJCE, 5 février 1981, aff. 40/79), Rec. p. 376.

VII. Documents officiels et rapports

(Les documents sont classés par ordre chronologique).

A. France

Cour de cassation, *Rapport annuel 2004 : La vérité*, La Documentation française, 2005.

CATALA Pierre (dir.), *Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription* (rapport remis au Garde des sceaux le 22 septembre 2005), La documentation française, 2006.

Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile présentée par M. le Sénateur Laurent BÉTEILLE, enregistrée à la présidence du Sénat le 9 juillet 2010, Session extraordinaire de 2009-2010, n° 657 (« proposition Bêteille »).

Conseil d'État, Section du rapport et des études, *Étude relative aux possibilités juridiques d'interdiction du voile intégral*, Rapport adopté le 25 mars 2010, La documentation française, 2010.

Académie des sciences morales et politiques, *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, rapport remis officiellement le 30 mai 2011 et reproduit in François TERRÉ (dir.), *Pour une réforme du droit de la responsabilité civile*, Dalloz, Thèmes et commentaires, 2011.

Cour de cassation, *Rapport annuel 2013 : L'ordre public*, La Documentation française, 2014.

Assemblée nationale, Résolution du 26 novembre 2014 *réaffirmant le droit fondamental à l'interruption volontaire de grossesse en France et en Europe*, XIV^e Législature, Texte adopté n° 433.

Projet d'ordonnance portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations, rendu public le 25 février 2015.

Projet de loi de modernisation de notre système de santé adopté en 1^{re} lecture par l'Assemblée nationale le 14 avril 2015, XIV^e Législature, Texte adopté n° 515.

B. Union européenne

JÉNARD Paul, *Rapport sur la Convention concernant la compétence judiciaire et l'exécution des décisions en matière commerciale* (dit « Rapport Jénard »), JO C 59 du 5 mars 1979, p. 1.

GIULIANO Mario et LAGARDE Paul, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JO C 282 du 31 octobre 1980, p. 1.

Communication de la Commission au Conseil et au Parlement européen, *Vers une efficacité accrue dans l'obtention et l'exécution des décisions au sein de l'Union européenne*, COM (97) 609 final, JO C 33, 30 janv. 1998, p. 3.

Réponse à la question écrite E/1324/01 posée par Bart STAES au Conseil à propos de l'article 296, paragraphe 1, point b) CE, JO C 364 E, du 20 déc. 2001, p. 85.

Travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, Note de synthèse de la réunion du 17 juillet 2002, CONV 209/02.

Travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, Note de synthèse de la réunion du 6 septembre 2002, CONV. 251/02.

Travaux de la Convention sur l'avenir de l'Europe, Rapport final du Groupe de travail V « Compétences complémentaires », 31 octobre 2002, CONV 375/02.

Commission des Communautés européennes, Livre vert sur la transformation de la Convention de Rome de 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles en instrument communautaire ainsi que sur sa modernisation, du 14 janvier 2003, COM (2002) 654 final.

Communication de la Commission au Parlement et au Conseil, *Un droit européen des contrats. Un plan d'action*, COM (2003) 68 final.

Commission des Communautés européennes, Proposition de Règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II »), du 22 juillet 2003, COM (2003) 427 final.

Parlement européen, Commission des affaires juridiques, Rapport sur la proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations non contractuelles ("Rome II") [Rapporteur : Diana WALLIS], 27 juin 2005, A6-0211/2005.

HESS Burkhard, PFEIFFER Thomas et SCHLOSSER Peter, *Report on the Application of Regulation Brussels I in the Member States*, septembre 2007, JLS/C4/2005/03 (« Rapport Heidelberg »).

Commission des Communautés européennes, Proposition de directive du Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures du 2 février 2009, COM (2009) 28 final.

Rapport de la Commission au Conseil et au Comité économique et social européen sur l'application du règlement (CE) n°44/2001 du Conseil sur la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale du 21 avril 2009, COM (2009) 174 final.

NIBOYET Marie-Laure, Audition devant la Commission des affaires juridiques du Parlement européen sur la révision du règlement (CE) n° 44/2001 du 22 décembre 2000, 5 octobre 2009, texte définitif publié sur le site de la commission des affaires juridiques : <http://www.europarl.europa.eu/document/activities/cont/200910/20091009ATT62237/20091009ATT62237FR.pdf> (consulté en dernier lieu le 20 septembre 2015).

Conseil de l'Union européenne, Texte de compromis de la Présidence relatif à la proposition de directive du Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures du 25 novembre 2009, 16466/1/09 REV 1.

Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse relatif à la 2990^e réunion du Conseil Affaires économiques et financière du 19 janvier 2010, 5400/10 (Presse 6).

Parlement européen, Commission des affaires économiques et monétaire, Rapport sur la proposition de directive du Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures [Rapporteur : Theodor Dumiru STOLOJAN], du 29 janvier 2010, A7-002/2010.

Conseil de l'Union européenne, Document relatif à la directive du Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, 2 mars 2010, 5567/10.

Conseil de l'Union européenne, Communiqué de presse relatif à la 3003^e session du Conseil Affaires économiques et financières, du 16 mars 2010, 7498/10 (Presse 63).

Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil relatif à l'exercice du droit d'action collective dans le contexte de la liberté d'établissement de la libre prestation de services du 21 mars 2012, COM (2012) 130 final.

Commission européenne, Proposition de règlement du Conseil portant création du Parquet européen du 17 juillet 2013, COM (2013) 534 final.

C. Autres

OCDE, *Projet de Convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, 1963.

OCDE, *Modèle de Convention de double imposition concernant le revenu et la fortune*, 1977.

OCDE, *Manuel sur la mise en œuvre de l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des impôts*, approuvé le 26 janv. 2007 par le Comité des affaires fiscales.

OCDE, *Modèle de Convention fiscale concernant le revenu et la fortune*, mis à jour le 22 juillet 2010 (version complète), Éditions OCDE.

Table des décisions et avis cités

I. États membres

A. Allemagne

Bundesverfassungsgericht

A partir du 1^{er} janvier 1998, les décisions sont disponibles sur le site officiel de la juridiction (<http://www.bundesverfassungsgericht.de>). Les décisions antérieures peuvent être consultées sur le site non officiel www.servat.unibe.ch.

BVerfG, 18 octobre 1967, *EGW-Verordnung*, BVerfGE 22, p. 293.

BVerfG, 24 février 1971, *Mephisto*, BVerfGE 30, p. 173.

BVerfG, 29 mai 1974, *Solange I*, BVerfGE 37, p. 271.

BVerfG, 25 février 1975, *Schwangerschaftsabbruch I*, BVerfGE 39, p. 1.

Bundesgerichtshof

A partir du 1^{er} janvier 2000, les décisions sont disponibles sur le site officiel de la juridiction (<http://www.bundesgerichtshof.de>).

BGH, 27 février 1969, KZR 3/68 (arrêt dit « *Fruchtsäfte* ») : NJW 1969, p. 978.

BGH, 13 décembre 2005, XI ZR 82/05: *IPRax* 2006, p. 272.

BGH, 5 septembre 2012, VII ZR 25/12 : *Rev. crit. DIP* 2013, p. 890, note Fabienne Jault-Seseke.

Autres

OLG München, 17 mai 2006, 7 U 1781/06 : *ERPL* 2007, p. 891-903, note Gisela Rühl ; *IPRax* 2007, p. 294-302, note Gisela Rühl.

BFH, 3 novembre 2010, VII R 21/10, disponible sur le site internet de la juridiction (<http://www.bundesfinanzhof.de/>).

B. France

Conseil constitutionnel

Cons. const., 27 juillet 1982, *Loi sur la communication audiovisuelle*, n° 82-141 DC.

Cons. const., 27 juillet 1994, *Loi relative au respect du corps humain et loi relative au don et à l'utilisation des éléments et produits du corps humain, à l'assistance médicale à la procréation et au diagnostic prénatal*, n° 94-343/344 DC.

Cons. const., 29 juillet 1994, *Loi relative à l'emploi de la langue française*, n° 94-345 DC.

Cons. const., 18 janvier 1995, *Loi d'orientation et de programmation relative à la sécurité*, n° 94-352 DC.

Cons. const., 20 juillet 2000, *Loi relative à la chasse*, n° 2000-434 DC.

Cons. const., 27 juin 2001, *Loi relative à l'interruption volontaire de grossesse*, n° 2001-446 DC.

Cons. const., 7 octobre 2010, *Loi interdisant la dissimulation du visage dans l'espace public*, n° 2010-613 DC.

Cons. const., 31 juillet 2014, *Loi pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes*, n° 2014-700 DC.

Conseil d'Etat

CE, 8 août 1919, *Labonne*, Rec. p. 737.

CE, 14 mars 1934, *Dlle Raut*, Rec. p. 337.

CE, 18 décembre 1959, *Sté Les films Lutétia*, n° 3635 et 36428, Rec. p. 693.

CE ass., 27 octobre 1995, *Commune de Morsang-sur-Orge*, n° 143578, Rec. p. 372.

CE, ord. 9 janv. 2014, *Sté Les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374508, Rec. p. 1.

CE, ord. 10 janv. 2014, *Sté Les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374528, inédit au Recueil.

CE, ord., 11 janv. 2014, *Sté Les productions de la plume et M. Dieudonné M'Bala M'Bala*, n° 374552. inédit au Recueil.

Cour de cassation

Cass. civ., 4 décembre 1929, *S. 1931*, I, p. 49 : *GA civ.*, t. I, n° 13.

Cass. civ., 30 novembre 1938 : *Rev. crit. DIP 1939*, p. 283, note H. B.

Cass. civ., 25 mai 1948, *Lautour* : *S. 1949*, I, p. 21 ; *GA*, n° 19.

Cass. 1^{re} civ., 17 avril 1953, *Rivière* : *GA*, n° 26.

Cass. civ. 1^{re}, 12 mai 1959, *Bisbal* : *GA* n° 32-34 (1^{er} arrêt).

Cass. 1^{re} civ., 7 janvier 1964, *Munzer*, Bull. civ. I, n° 15 : *GA*, n° 41.

Cass. 1^{re} civ., 3 juin 1966, *Domino*, Bull. civ. I, n° 328

Cass., 1^{re} civ., 4 octobre 1967, *Bachir* : *GA*, n° 46.

Cass. 1^{re} civ., 21 février 1978, Bull. civ. I, n° 71, p. 60 : *GA civ.*, t. I, n° 99.

Cass. 1^{re} civ., 3 janvier 1980, *Beneddouche*, Bull. civ. I, n° 4 : *GA*, n° 61.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} avril 1981, *de Itturalde de Pedro*, Bull. civ. I, n° 117.

Cass. 2^e civ., 21 juillet 1982, *Desmares*, Bull. civ. II, n° 211 : *GA civ.*, t. II, n° 215.

Cass. soc., 19 mars 1986, *Sté. Géoservices*, Bull. civ. V, n° 98, p. 77.

Cass. 1^{re} civ., 6 juillet 1988, *Baaziz*, inédit : *Rev. crit. DIP 1989*, p. 71-81, note Yves Lequette.

Cass. 1^{re} civ., 11 octobre 1988, *Rebouh*, Bull. civ. I, n° 278, p. 190 : *GA*, n° 74.

Cass. 1^{re} civ., 18 octobre 1988, *Schule*, Bull. civ. I, n° 293, p. 199 : *GA*, n° 74-78 (2^e arrêt).

Cass. 1^{re} civ., 13 décembre 1989, Bull. civ. I, n° 387, p. 260.

Cass. crim., 26 avril 1990, n° 88-84.586, Bull. crim., n° 162, p. 418.

Cass. 1^{re} civ., 4 décembre 1990, *Coveco*, Bull. civ. I, n° 272, p. 193 : *GA*, n° 74-78 (3^e arrêt).

Cass. 1^{re} civ., 5 février 1991, n° 89-14.382, Bull. civ. I, n° 44, p. 28.

Cass. 2^e civ., 20 février 1991, *Sté Veradour*, Bull. civ. II, n° 57, p. 30.

Cass. ass. plén., 31 mai 1991, Bull. civ. ass. plén., n° 4, p. 5 : *GA civ.*, t. I, n° 51.

Cass. 1^{re} civ., 19 novembre 1991, *Sté des Grands moulins de Strasbourg*, Bull. civ. I, n° 311, p. 203.

Cass. 1^{re} civ., 10 février 1993, *Enfant Sarah*, Bull. civ. I, n° 64, p. 42.

Cass. crim., 16 juin 1993, n° 92-83.871, Bull. crim., n° 214, p. 537.

Cass. 1^{re} civ., 20 décembre 1993, *Dalico*, n° 91-16.828, Bull. I, n° 372, 258.

Cass. com. 3 mai 1995, n° 93-12.256, Bull. civ. IV, n° 128, p. 115.

Cass. 1^{re} civ., 3 décembre 1996, Bull. civ. I, n° 427, p. 299.

Cass. 1^{re} civ., 24 février 1998, *Consorts Vialaron*, Bull. civ. I, n° 71, p. 47.

Cass. 1^{re} civ., 5 janvier 1999, n° 96-21.895, inédit.

Cass. 1^{re} civ., 3 février 1999 : Bull. civ. I, n° 43 : *GA civ.*, t. I, n° 29.

Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Belaïd*, Bull. civ. I, n° 174, p. 114 : *GA* n° 74-78 (5^e arrêt).

Cass. 1^{re} civ., 26 mai 1999, *Mutuelles du Mans*, Bull. civ. I, n° 172, p. 113 : *GA* n° 74-78 (4^e arrêt).

Cass. 2^e civ., 20 janvier 2000, n° 98-13.871, inédit.

Cass. 1^{re} civ., 15 février 2000, n° 98-12.713, Bull. civ. I, n° 49, p. 34.

Cass. 1^{re} civ., 18 juillet 2000, n° 98-19.602, Bull. civ. I, n° 217, p. 140.

Cass. 1^{re} civ., 17 octobre 2000, n° 98-11.776, Bull. civ. I, n° 243, p. 160.

Cass. ass. plén., 17 novembre 2000, *Perruche*, Bull. civ. ass. plén., n° 9, p. 15 : *GA civ.*, t. II, n° 190.

Cass. com., 28 novembre 2000, *Sté Allium*, n° 98-11.335, Bull. civ. IV, n° 183, p. 160.

Cass. 1^{re} civ., 15 mai 2001, n° 99-12.498, Bull. civ. I, n° 139, p. 91.

Cass. 1^{re} civ., 29 janvier 2002, Bull. civ. I, n° 30, p. 23.

Cass. com. 5 février 2002, n° 98-22.683, Bull. civ. IV, n° 24, p. 25.

Cass. com. 9 avril 2002, *Toulousy c. Philam*, n° 98-16.829, Bull. civ. IV, n° 69, p. 72.

Cass. 1^{re} civ., 10 juillet 2002, n° 00-22.199, Bull. civ. I, n° 195, p. 149.

Cass. 1^{re} civ., 16 mars 2004, n° 99-17.955, Bull. civ. I, n° 91, p. 73.

Cass. 2^e civ., 3 juin 2004, n° 02-12.989, Bull. civ., II, n° 265, p. 224.

Cass. ass. plén., 29 octobre 2004, Bull. civ. ass. plén., n° 12, p. 27 : *GA civ.*, t. I, n° 30.

Civ. 1^{re}, 10 mai 2006, *Enfant Léana-Myriam*, n° 05-10.299, Bull. civ. I, n° 226.

Cass. soc., 10 mai 2006, *Époux Moukarim c. Dlle Isopehi*, n° 03-46.593, Bull. civ. V, n° 168, p. 163.

Cass. 1^{re} civ., 23 mai 2006, *Commerzbank*, n° 03-15.637, Bull. civ. I, n° 258, p. 226.

Cass. 1^{re} civ., 20 février 2007, *Cornelissen*, n° 05-14.082, Bull. civ. I, n° 68, p. 60.

Cass. ch. mixte, 30 novembre 2007, *Agintis*, n° 06-14.006, Bull. civ. ch. mixte, n° 12.

Cass. ass. plén., 21 décembre 2007, n° 06-11.343 : Bull. civ. ass. plén. n° 10, avec le Rapport du Conseiller LORIFERNE, publié sur le site de la Cour de cassation.

Cass. 1^{re} civ., 4 juin 2008, *SNF c. Cytec*, n° 06-15.320, Bull. civ. I, n° 162.

Cass. 3^e civ., 8 octobre 2008, n° 07-14.396, Bull. civ. III, n° 148.

Cass. 1^{re} civ., 22 octobre 2008, *Monster Cable*, n° 07-15.823, Bull. civ. I, n° 233.

Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2009, *Blech*, n° 07-11.729, Bull. civ. I, n° 15.

Cass. 1^{re} civ., 11 mars 2009, *M. A. de Prémont c. Sté Trioplast*, n° 08-12.149, Bull. civ. I, n° 48.

Cass. 1^{re} civ., 6 mai 2009, n° 08-10.281, Bull. civ., I, n° 86.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} juillet 2009, n° 08-12.397, inédit.

Cass. com. 16 mars 2010, *Sté Viol frères*, n° 08-21.511, Bull. civ. IV, n° 54.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Enfant Anna*, n° 08-21.740, Bull. civ. I, n° 162.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2010, *Sté Doga*, n° 09-67.013, Bull. civ. I, n° 156.

Cass. com., 13 juillet 2010, *Sté Transbidasoia c. Sté Système U*, n° 10-12.154, Bull. civ. IV, n° 131.

Cass. com., 13 juillet 2010, *Sté Tranzimaz c. Sté IDLogistic*, n° 09-13.354, inédit.

Cass. 1^{re} civ., 1^{er} décembre 2010, *Epoux Schlenzka. c. Sté Fontaine Pajot*, n° 09-13.303, Bull. I, n° 248.

Cass. com., 27 avril 2011, n° 09-13.524, Bull. civ. IV, n° 60.

Cass. 1^{re} civ., 29 juin 2011, *Sté La Poupardine*, n° 10-16.680, Bull. civ. I, n° 126.

Cass. com., 13 septembre 2011, *Belvédère*, n°s 10-25.533, 10-25.731 et 10-25.908, Bull. civ. IV, n° 131.

Cass. 3^e civ., 21 septembre 2011, n° 10-21.900, Bull. civ. III, n° 152.

Cass. 1^{re} civ., 26 octobre 2011, *Enfant Jérémie*, n° 09-71.369, Bull. civ. I, n°182.

Cass. 2^e civ., 1^{er} décembre 2011, n° 10-27.854, inédit.

Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.261, Bull. civ. I, n° 125.

Cass. 1^{re} civ., 7 juin 2012, n° 11-30.262, Bull. civ. I, n° 126.

Cass. 1^{re} civ., 26 septembre 2012, n° 11-12.941, Bull. civ. I, n° 188.

Cass. 1^{re} civ., 10 octobre 2012, n° 11-18.345.

Cass. 1^{re} civ., 13 septembre 2013, n°s 12-30.138 et 12-18.315 (deux arrêts).

Cass. 1^{re} civ., 12 fév. 2014, *M. Schneider*, n° 10-17.076, Bull. civ. I, n° 22.

Cass. 1^{re} civ., 28 janvier 2015, n° 13-50.059.

Cass. 2^e civ., 12 février 2015, n° 13-19.751, non encore publié au bulletin.

Cass. 1^{re} civ., 15 avril 2015, n° 14-13.420, inédit.

Cass. 1^{re} civ., 8 juillet 2015, n° 14-17.880, non encore publié au bulletin.

Cours d'appel

CA Paris, 14 mars 1952 : *JCP* 1952, II, 7075, note Jean Mazeaud.

CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 28 avr. 1967, *V^{ve} Rodriguez* : *Rev. crit. DIP* 1968, p. 446-451, note Jacques Foyer.

Paris, 15e ch. B, 29 mai 1986, *Sté Gerand c. Sté C.E.P.I.I.* : *D.* 1986, I. R., p. 308.

CA Pau, 1^{re} ch., 9 avril 1987, *Jalabert c. Valoti*, *JurisData* n° 041791.

CA Paris, 4^e ch. B, 6 juillet 1989, *Soc. Turner Entertainment Co c. consorts Huston et. al.* : *Rev. crit. DIP* 1989, pp. 706-720, note Pierre-Yves Gautier ; *JDI* 1989, pp. 979-1005, note Bernard Edelman.

CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 7 juillet 1989, *Sté Veradour* : *Rev. arb.* 1990, p. 115 (3e espèce), note Laurence Idot.

CA Paris, 1^{re} ch. suppl., 5 avr. 1990 : *Rev. arb.* 1992, p. 110 note H. Synvet.

CA Paris, 1^{re} ch. A, 19 mai 1993, *Sté Labinal* : *Rev. arb.* 1993, p. 645, note Charles Jarrosson ; *JDI* 1993, p. 957, note Laurence Idot.

CA Paris, 1^{re} ch. D, 20 septembre 1995, *Matra Hachette* : *Rev. arb.* 1996, p. 87, note Daniel Cohen.

CA Paris, 1^{re} ch. C, 18 nov. 2004, *Thalès c. Euromissile* : *Rev. crit. DIP* 2006, p. 107-122, note Sylvain Bollée ; *JDI* 2005, p. 357-378, note Alexis Mourre.

CA Paris, 1^{ère} Ch. C., 23 mars 2006, *SNF c. Cytec*, *JurisData* n° 2006-303329 : *D.* 2006, p. 3033, obs. Thomas Clay ; *D.* 2007, p. 2570, obs. Sylvain Bollée ; *Rev. arb.* 2007, p. 100, chron. Sylvain Bollée.

CA Poitiers, 1^{re} ch. civ., 26 février 2009, *Époux Schlenzka. c. SA Fontaine Pajot* : *JDI* 2010, comm. 18, note François-Xavier Licari.

Juridictions de première instance

TGI Versailles, 3^e ch., 31 mars 1965, *JDI* 1966, p. 97-101, note A. P.

C. Autres États membres

Cour d'appel de Luxembourg, 27 janvier 2000, *Central Bank of Irak, Metzler et Dörries Scharmann AG*, *Pasicrisis luxembourgeoise* 2000, n° 2, p. 227-234 (disponible sur le site de la CJUE: <http://curia.europa.eu/common/recdoc/convention/gemdoc2001/pdf/01-u-fr-47.pdf>).

II. Union européenne

Nous n'avons utilisé l'identifiant européen de la jurisprudence (ECLI) qu'à compter de la date où le Recueil général et le Recueil de la fonction publique ont cessés d'être publiés sur support papier, soit, respectivement, le 1^{er} janvier 2012 et le 1^{er} janvier 2010.

A. Cour de justice

CJCE, 23 février 1961, *De Gezamenlijke Steenkolenmijnen in Limburg c. Haute Autorité de la CECA* (affaire dite de « la prime de poste »), aff. 30/59, Rec. p. 3.

CJCE, 19 décembre 1961, *Commission c. Italie*, aff. 7/61, Rec. p. 635.

CJCE, 5 février 1963, *van Gend en Loos*, aff. 26/62, Rec. p. 3.

CJCE, 19 mars 1964, *Unger*, aff. 75/63, Rec. p. 347.

CJCE, 15 juillet 1964, *Costa c. E.N.E.L.*, aff. 6/64, Rec. p. 1141.

CJCE, 13 novembre 1964, *Commission c. Luxembourg et Belgique*, aff. jtes 90 et 91/63, Rec. p. 1217.

CJCE, ord., 2 juin 1965, *Faillite des Accierie San Michele SpA c. Haute Autorité de la CECA*, aff. 9/65, Rec. 1967 p. 35.

CJCE, 2 mars 1967, *Faillite des Accierie San Michele SpA c. Haute Autorité de la CECA*, aff. jtes 9/65 et 58/69, Rec. p. 2.

CJCE, 10 décembre 1968, *Commission c. Italie*, aff. 7/68, Rec. p. 617.

CJCE, 10 décembre 1969, *Commission c. France*, aff. jtes 6 et 11/69, Rec. p. 523.

CJCE, 17 décembre 1970, *Internationale Handelsgesellschaft*, aff. 11/70, Rec. p. 1125.

CJCE, 31 mars 1971, *Commission c. Conseil (AETR)*, aff. 22/70, Rec. p. 263.

CJCE, 4 décembre 1974, *van Duyn*, aff. 41/74, Rec. p. 1337.

CJCE, 25 septembre 1975, *Commission c. France*, aff. 232/78, Rec. p. 2729.

CJCE, 28 octobre 1975, *Rutili*, aff. 36/75, Rec. p. 1219.

CJCE, 16 janvier 1976, *Humblet c. État belge*, aff. 6/60, Rec. p. 1125.

CJCE, 8 avril 1976, *Royer*, aff. 48/75, Rec. p. 497.

CJCE, 16 décembre 1976, *Comet*, aff. 45/76, Rec. p. 2043.

CJCE, 16 décembre 1976, *Rewe Zentralfinanz*, aff. 33/76, Rec., p. 1989.

CJCE, 27 octobre 1977, *Bouchereau*, aff. 30/77, Rec. p.1999.

CJCE, 9 mars 1978, *Simmenthal*, aff. 106/77, Rec. p. 629.

CJCE, 24 octobre 1978, *Société générale de banque alsacienne c. Koestler*, aff. 15/78, Rec. p. 1971.

CJCE, 14 novembre 1978, délibération 1/78, Rec. p. 2151.

CJCE, 23 novembre 1978, *Thompson*, aff. 7/78, Rec. p. 2247.

CJCE, 6 novembre 1979 ; *Toffoli e. a.*, aff. 10/79, Rec. p. 3301.

CJCE, 14 décembre 1979, *Henn et Darby*, aff. 34/79, Rec. p. 3795.

CJCE, 26 mai 1981, *Rinkau*, aff. 157/80, Rec. p. 1391.

CJCE, 11 novembre 1981, *Casati*, aff. 203/80, Rec. p. 2595.

CJCE, 3 février 1982, *Seco, Dequesne & Giral*, 62 et 63/81, Rec. p. 223.

CJCE, 21 septembre 1983, *Deutsche Milchkontor*, aff. jtes 205-215/82, Rec. p. 2633.

CJCE, 18 janvier 1984, *Ekro*, 327/82, Rec. p. 107.

CJCE, 10 juillet 1984, *Campus Oil*, aff. 72/83, Rec. p. 2727.

CJCE, 6 novembre 1984, *Fearon*, aff. 182/83, Rec. p. 3677.

CJCE, 29 janvier 1985, *Cullet*, C-231/83, Rec. p. 305.

CJCE, 23 avril 1986, *Parti écologiste Les Verts c. Parlement européen*, aff. 294/83, Rec. p. 1339.

CJCE, 15 mai 1986, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, aff. 222/84, Rec. p. 1651.

CJCE, 8 juillet 1986, *Lawrie Blum*, aff. 66/85, Rec. p. 2121.

CJCE, 4 février 1988, *Hoffmann*, aff. 145/86, Rec. p. 645.

CJCE, 7 juin 1988, *Grèce c. Commission*, aff. 57/86, Rec. p. 2855.

CJCE, 21 juin 1988, *Commission c. Grèce*, aff. 127/87, Rec. p. 3333.

CJCE, 2 février 1989, *Cowan*, 186/87, Rec. p. 195.

CJCE, 13 juillet 1989, *Wachauf*, aff. 5/88, Rec. p. 2609.

CJCE, 27 mars 1990, *Rush Portuguesa*, C-113/89, Rec. p. I-1417.

CJCE, 24 janvier 1991, *Alsthom*, C-339/89, Rec. p. I-107.

CJCE, 18 juin 1991, *ERT*, C-260/89, Rec. p. I-2925.

CJCE, 9 juillet 1991, *Commission c. Royaume-Uni*, C-146/89, Rec. p. I-3533.

CJCE, 25 juillet 1991, *Factortame*, C-221/89, Rec. p. I-3905.

CJCE, 4 octobre 1991, *Commission c. Royaume Uni*, C-246/89, Rec. p. I-4585.

CJCE, 4 octobre 1991, *Society for the Protection of Unborn Children Ireland c. Grogan e. a.*, aff. C-159/90, Rec. p. I-04685.

CJCE, 19 novembre 1991, *Francovich et Bonifaci*, aff. jtes C-6/90 et C-9/90, Rec. p. I-5357.

CJCE, 7 juillet 1992, *Micheletti*, C-369/90 : Rec. p. I-4239.

CJCE, 17 mars 1993, *Commission c. Conseil*, (affaire dite du « Dioxyde de titane »), C-155/91, Rec. p. I-939 : *GACJUE*, n° 26.

CJCE, 30 mars 1993, *Konstantinidis*, C-168/91, Rec. p. I-1191.

CJCE, 13 octobre 1993, *CMC Motorradcenter GmbH*, C-93/92, Rec. p. I-5009.

CJCE, 24 mars 1994, *Schindler*, C-275/92, Rec. p. I-1039.

CJCE, 14 février 1995, *Schumacker*, C-279/93 : Rec. p. I-225.

CJCE, 10 mai 1995, *Alpine Investments*, C-384/93, Rec. p. I-1141.

CJCE, 1^{er} juin 1995, *Heidemij Advies c. Parlement européen*, C-42/94, Rec. p. I-1417.

CJCE, 14 décembre 1995, *Peterbroeck*, C-312/93, Rec. p. I-4599.

CJCE, 14 décembre 1995, *van Schijndel*, aff. jtes, C-430/93 et C-431/93, Rec. p. I-4728.

CJCE, 15 décembre 1995, *Bosman*, C-415/93, Rec. p. I-4921.

CJCE, 10 octobre 1996, *Hendrikman*, aff. C-78/95, Rec. p. I-4943.

CJCE, 24 octobre 1996, *Kraaijeveld*, C-72/95, Rec. p. I-5403.

CJCE, 14 janvier 1997, *Centro-Com*, C-124/95, Rec. p. I-81.

CJCE, 17 juin 1997, *Sodemare*, C-70/95, Rec. p. I-3395.

CJCE, 10 juillet 1997, *Palmisani*, aff. C-261/95, Rec. p. I-4025.

CJCE, 2 octobre 1997, *Saldanha*, C-122/96, Rec. p. I-5325.

CJCE, 2 décembre 1997, *Dafeki*, C-336/94, Rec. p. I-6761.

CJCE, 9 décembre 1997, *Commission c. France* (affaire dite de la « guerre des fraises », C-265/9, Rec. p. I-6959.

CJCE, 28 avril 1998, *Safir*, C-118/96, Rec., p. I-1897.

CJCE, 28 avril 1998, *Decker*, C-120/95, Rec. p. I-1831

CJCE, 28 avril 1998, *Kholl*, C-158/96, Rec. p. I-1931.

CJCE, 17 décembre 1998, *Società italiana petroli SpA c. Borsana Srl*, C-2/97, Rec. p. I-8597.

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Eco Swiss*, C-126/97, Rec. p. I-3055.

CJCE, 1^{er} juin 1999, *Konle*, C-302/97, Rec. p. I-3099.

CJCE, 21 septembre 1999, *Albany*, C-67/96, Rec. p. I-5751.

CJCE, 21 septembre 1999, *Brentjens'*, aff. jtes C-115/99 à C-117/99, Rec. p. I-6025.

CJCE, 26 octobre 1999, *Angela Maria Sirdrar c. The Army Board et Secretary of State for Defence*, C-273/97, Rec. p. I-7403.

CJCE, 26 octobre 1999, *Eurowings*, C-294/97, Rec. p. I-7447.

CJCE, 28 octobre 1999, *Vestergraad*, C-55/98, Rec. p. I-7641.

CJCE, 23 novembre 1999, *Arblade*, aff. jtes C-369/96 et C-376/96, Rec. p. I-8455.

CJCE, 11 janvier 2000, *Tanja Kreil c. Bundesrepublik Deutschland*, C-285/98, Rec. p. I-69.

CJCE, 14 mars 2000, *Eglise de scientologie*, C-54/99, Rec. p. 1335.

CJCE, 28 mars 2000, *Krombach*, C-7/98, Rec. p. I-1935.

CJCE, 11 mai 2000, *Renault c. Maxicar*, C-38/98, Rec. p. I-2973.

CJCE, 6 juin 2000, *Angonese*, C-281/98, Rec. p. I-4139.

CJCE, 27 juin 2000, *Océano Grupo*, aff. jtes C-240/98 à C-244/98, Rec. p. I-4941.

CJCE, 9 novembre 2000, *Ingmar*, C-381/98, Rec. p. I-9305.

CJCE, 15 mars 2001, *Mazzoleni*, C-165/98, Rec. p. I-2189.

CJCE, 12 juillet 2001, *Jippes*, C-189/01, Rec. p. I-5689.

CJCE, 20 septembre 2001, *Courage*, C 453/99, Rec. p. I-6297.

CJCE, 29 novembre 2001, *De Coster*, C-17/00, Rec. p. I-11819.

CJCE, 21 mars 2002, *Cura Anlagen*, C-451/99, Rec. p. I-3193.

CJCE, 25 avril 2002, *Commission c. France*, C-52/00, Rec. p. I-3827.

CJCE, 11 juillet 2002, *Carpenter*, C-60/00, Rec. p. I-6279.

CJCE, 11 juillet 2002, *D'Hoop*, C 224/98, Rec. p. I-6191.

CJCE, 21 novembre 2002, *Cofidis*, C-473/00 : Rec. p. I-10875.

CJCE, 11 mars 2003, *Alexander Dory c. Bundesresrepublik Deutschland*, C-186/01, Rec. p. I-2479.

CJCE, 15 mai 2003, *Doris Salzmann*, C-300/01, Rec. p. I-4899.

CJCE, 22 mai 2003, *Commission c. Allemagne*, C-103/01, Rec. p. I-5369.

CJCE, 12 juin 2003, *Schmidberger*, aff. C-112/00, Rec. p. I-05655.

CJCE, 30 septembre 2003, *Inspire Art*, C-167/01, Rec. p. I-10155.

CJCE, 2 octobre 2003, *Garcia Avello*, C-148/02, Rec. p. I-11613.

CJCE, 5 novembre 2003, *Überseering*, C-208/00, Rec. p. I-9919.

CJCE, 11 mars 2004, *Hugues de Lasteyrie du Saillant*, C-9/02, Rec. p. I-2409.

CJCE, 12 octobre 2004, *Commission c. Portugal*, C-55/02, Rec. p. I-9387.

CJCE, 12 octobre 2004, *Wolff & Müller*, C-60/03, Rec. p. I-9553.

CJCE, 14 octobre 2004, *Omega*, C-36/02, Rec. p. I-9609.

CJCE, 15 juin 2005, *Commission c. Italie*, C-456/03, Rec. p. I-5355.

CJCE, 8 septembre 2005, *Mobistar*, aff. Jtes C- 544 et 545/03, Rec. p. I-7723.

CJCE, 8 novembre 2005, *Leffler*, C-443/03, Rec. p. I-9611.

CJCE, 9 février 2006, *Plumex*, C-473/04, Rec. p. I-1417.

CJCE, gde ch., 2 mai 2006, *Eurofood*, C-341/04, Rec. p. I-3813

CJCE, gde ch., 16 mai 2006, *Watts*, C-372/04, Rec. p. I-4325.

CJCE, gde ch., 13 juillet 2006, *Chacón Navas*, C-13/05, Rec. p. I-6467.

CJCE, 13 juillet 2006, *Manfredi*, aff. jtes C-295/04 à C-298/04, Rec. p. I-6619.

CJCE, gde ch., 19 septembre 2006, *i-21 Germany*, aff. Jtes C-392/04 et C-422/04, Rec. p. I-8559.

CJCE, 21 septembre 2006, *Commission. c. Autriche*, C-168/04, Rec. p. I-9041.

CJCE, gde. ch., 3 octobre 2006, *FKP Scorpio Konzertproduktionen*, C-290/04, Rec. p. I-9461.

CJCE, 26 octobre 2006, *Mostaza Claro*, C-168/05, Rec. p. I-10421.

CJCE, gde ch., 6 mars 2007, *Placanica* aff. jtes C-338/04, C-359/04 et C-360/04, Rec. p. I-1891.

CJCE, 7 juin 2007, *van der Weerd*, aff. jtes C-222/05 à C-225/05, Rec. p. I-4233.

CJCE, gde ch., 18 juillet 2007, *Lucchini*, C-119/05, Rec. p. 61999.

CJCE, 18 juillet 2007, *Lakebrink et Peters-Lakebrink*, C-182/06, Rec. p. I-6705.

CJCE, gde ch., 11 septembre 2007, *Époux Schwarz*, C-76/05, Rec. p. I-6849.

CJCE, 4 octobre 2007, *Rampion*, C-429/05, Rec. p. I-8017.

CJCE, 18 décembre 2007, *Laval un Partneri*, C-341/05, Rec. p. I-11767.

CJCE, gde ch., 11 décembre 2007, *Viking*, C-438/05, Rec. p. I-10779.

CJCE, 18 décembre 2007, *Jundt*, C-281/06, Rec. p. I-12231.

CJCE, 3 avril 2008, *Rüffert*, C-346/06, Rec. p. I-1989.

CJCE, gde ch., 8 avril 2008, *Commission c. Italie (Augusta)*, C-337/05, Rec. p. I-2173.

CJCE, 28 avril 2008, *Arcor*, C-55/06, Rec. p. I-2931.

CJCE, 8 mai 2008, *Weiss und Partner*, C-14/07, Rec., p. I-3367.

CJCE, 5 juin 2008, *Wood*, C-164/07, Rec. p. I-4143.

CJCE, gde ch., 14 octobre 2008, *Grunkin et Paul*, C-353/06, Rec. p. I-7639.

CJCE, gde ch., 25 novembre 2008, *Heemskerk*, C-455/06, Rec., p. I-8763.

CJCE, 2 avril 2009, *Gambazzi*, C-394/07 : Rec. p. I-2563.

CJCE, gde ch., 28 avril 2009, *Apostolides*, C-420/07, Rec. p. I-3571.

CJCE, 4 juin 2009, *Pannon*, C-243/08, Rec. p. I-4713.

CJCE, 6 octobre 2009, *Asturcom*, C-40/08, Rec. p. I-9579.

CJCE, 6 octobre 2009, *Dominic Wolzenburg*, C-123/08, Rec. p. I-9621.

CJCE, gde ch., 27 octobre 2009, *ČEZ*, C-115/08, Rec. p. 10265.

CJUE, 17 décembre 2009, *Eva Martin Martin*, C-227/08, Rec. p. I-11939.

CJUE, 14 janvier 2010, *Milan Kyrian*, C-233/08, Rec. p. I-177.

CJUE, gde ch., 2 mars 2010, *Rottman*, C-135/08, Rec. p. I-1449.

CJUE, 1^{re} ch., 4 mars 2010, *Commission c. Portugal*, C-38/06, Rec. p. I-1569.

CJUE, 13 avril 2010, gde ch., *Bressol*, C-73/08, Rec. p. I-2735.

CJUE, 1^{re} ch., 20 mai 2010, *Harms*, C-434/08, Rec. p. I-4431.

CJUE, gde ch., 22 juin 2010, *Melki et Abdeli*, aff. jtes C-188/10 et C-189/10, Rec. p. I-5667.

CJUE, gde ch., 9 novembre 2010, *VB Pénzügyi Lízing*, C-137/08, Rec. p. I-10847.

CJUE, gde ch., 23 novembre 2010, *Tsakouridis*, C-145/09, Rec. p. I-11979.

CJUE, 2^e ch., 16 décembre 2010, *Josemans*, C-137/09, Rec. p. I-13019.

CJUE, 2^e ch., 22 décembre 2010, *Sayn-Wittgenstein*, C-208/09, Rec. p. I-13693.

CJUE, 2^e ch., 17 mars 2011, *Carvalho*, C-484/09, Rec. p. I-1821.

CJUE, gde ch., 8 mars 2011, *Zambrano*, aff. C-34/09, ECLI:EU:C:2011:124.

CJUE, 2^e ch., 12 mai 2011, *Runevič-Vardyn et Wardyn*, C-391/09, Rec. p. I-3787.

CJUE, gde ch., 24 mai 2011, *Commission c. Luxembourg (notaires)*, C-51/08, Rec. p. I-4231.

CJUE, gde ch., 18 octobre 2011, *Brüstle*, C-34/10, Rec. p. I-9821.

CJUE, gde ch., 15 novembre 2011, *Dereci*, C-256/11, Rec. p. I-11315.

CJUE, gde ch., 21 décembre 2011, *N. S. e. a.*, aff. jtes C-411/10 et C-493/10, Rec. p. I-13905.

CJUE, gde ch., 24 janvier 2012, *Dominguez*, C-282/10, ECLI:EU:C:2012:33.

CJUE, gde ch., 22 mai 2012, *P. I.*, C-348/09, ECLI:EU:C:2012:300.

CJUE, 1^{re} ch., 14 juin 2012, *Banco Español de Crédito*, C-618/10 : ECLI:EU:C:2012:349.

CJUE, 3^e ch., 12 juillet 2012, *VALE Építési*, C-378/10, ECLI:EU:C:2012:440.

CJUE, 2^e ch., 19 juillet 2012, *Adil*, C-278/12 PPU, ECLI:EU:C:2012:508.

CJUE 1^{re} ch., 6 septembre 2012, *Trade Agency*, C-619/10, ECLI:EU:C:2012:531.

CJUE, gde ch. 26 février 2013, *Åkerberg Fransson*, C-617/10, ECLI:EU:C:2013:105 : *GACJUE*, t. 1, n° 16, p. 214-232.

CJUE, gde ch., 26 février 2013, *Melloni*, C-399/11, ECLI:EU:C:2013:107.

CJUE, 1^{re} ch., 21 février 2013, *Banif Plus Bank*, C-472/11, ECLI:EU:C:2013:88.

CJUE, 1^{re} ch., 14 mars 2013, *Aziz*, C-415/11, ECLI:EU:C:2013:164.

CJUE, gde ch., 11 avril 2013, *Sapir e. a.*, C-645/11, ECLI:EU:C:2013:228.

CJUE, gde ch., 16 avril 2013, *Anton Las*, C-202/11, ECLI : EU : C : 2013 : 239.

CJUE, 1^{re} ch., 30 mai 2013, *Asbeek Brusse et Man Garabito*, C-488/11, ECLI:EU:C:2013:341.

CJUE, 1^{re} ch., 30 mai 2013, *Jörös*, C-397/11, ECLI:EU:C:2013:340.

CJUE, 9^e ch., 20 juin 2013, *Impacto Azul*, C-186/12 : ECLI:EU:C:2013:412.

CJUE, 1^{re} ch., 3 octobre 2013, *Duarte Hueros*, C-32/12, CLI:EU:C:2013:637.

CJUE, gde ch., 3 octobre 2013, *Inuit Tapiriit Kanatami*, C-583/11 P, ECLI:EU:C:2013:625.

CJUE, 3^e ch., 17 octobre 2013, *Unamar*, C-184/12, ECLI:EU:C:2013:663.

CJUE, 3^e ch., 27 février 2014, *Pohotovost'*, C-470/12, ECLI:EU:C:2014:101.

CJUE, 10^e ch., 6 mars 2014, *Siragusa*, C-206/13, ECLI:EU:C:2014:126.

CJUE, 3^e ch., 29 mars 2014, *Pfleger*, C-390/12, ECLI: ECLI:EU:C:2014:281.

CJUE, gde ch., 6 mai 2014, *Commission c. Parlement européen et Conseil*, C-43/12, ECLI:EU:C:2014:298.

CJUE 3^e ch., 12 juin 2014, *Digibet*, C-156/13, ECLI:EU:C:2014:1756.

CJUE 1^{re} ch., 3 juillet 2014, *Sánchez Morcillo et Abril García*, C-169/14, ECLI:EU:C:2014:2099.

CJUE, 2^e ch., 10 juillet 2014, *Pizzaroti*, C-213/13, ECLI:EU:C:2014:2067.

CJUE, gde ch., 17 juillet 2014, *Torresi*, aff. jtes C-58/13 et C-59/13, ECLI:EU:C:2014:2088.

CJUE 2^e ch., 3 septembre 2014, *Commission c. Espagne*, C-127/12, ECLI:EU:C:2014:2130.

CJUE, 1^{re} ch., 4 septembre 2014, *eco cosmetic et Raiffensbank St Georgen*, aff. jtes C-119/13 et C-120/13, ECLI:EU:C:2014:2144.

CJUE, 3^e ch., 10 septembre 2014, *Kušionová*, C-34/13, ECLI:EU:C:2014:2189.

CJUE, 5^e ch., 14 septembre 2014, *A c. B. E. A.*, C-112/13, ECLI:EU:C:2014:2195.

CJUE, 3^e ch., 23 octobre 2014, *flylial-Lithuanian Airlines*, C-302/13, ECLI: ECLI:EU:C:2014:2319.

CJUE, ass. plén., 18 décembre 2014, avis 2/13 (*Adhésion de l'Union européenne à la CEDH*), ECLI:EU:C:2014:2454.

CJUE, gde ch., 18 décembre 2014, *International Stem Cell Corporation*, C-364/13, ECLI:EU:C:2014:2451.

CJUE, 1^{re} ch., 16 juillet 2015, *Diageo Brands*, C-681/13, ECLI:EU:C:2015:471.

B. Tribunal

TPICE, 18 décembre 1998, *Diaz Garcia*, T-43/90, Rec. p. II-2619.

TPICE, 18 décembre 1998, *Khoury*, T-85/91, Rec. p. II-2637.

TPICE (3ème ch. élargie), 30 septembre 2003, *Fiocchi munizioni Spa c. Commission*, T-26/01, Rec. p. II-3951.

TPICE, 21 avril 2004, *M.*, T-172/01, Rec. p. II-1075.

TPICE, 13 septembre 2005, *Sportwetten c. OHMI (Intertops)*, T-140/02, Rec. p. II-3247.

TPICE, ord., 15 janv. 2009, *Kurt-Wolfgang Braun-Neumann c. Parlement européen*, T-306/08 P, Rec. FP, p. I-B-1-1 ; p. II-B-1-1.

TPICE, 5 octobre 2009, *Commission c. Roodhuijzen*, T-58/08 P, Rec. p. II-3797.

Trib. UE, 20 sept. 2011, *Couture Tech. Ltd c. OHMI*, T-232/10, Rec. p. II-6469.

C. Tribunal de la Fonction publique

TFPUE, ord., 23 mai 2008, *Kurt-Wolfgang Braun-Neumann c. Parlement européen*, F-79/07, Rec. FP p. I-A-1-181 ; p. II-A-1-957.

TFPUE, ass. plén., 1^{er} juillet 2010, *Mandt c. Parlement européen*, F-45/07, ECLI:EU:F:2010:72.

III. Conseil de l'Europe

CEDH, 13 février 2001, *Krombach c. France*, n° 29731.

CEDH, 20 juillet 2001, *Pellegrini c. Italie*, n° 30882/96 : *Gaz. Pal.*, 23 juill. 2002, p. 2, note Laurence Sinopoli.

CEDH, 28 juin 2007, *Wagner*, n° 76240/01.

CEDH, 29 avril 2008, *McDonald c. France*, n°18648/04.

CEDH, gde ch., 12 novembre 2008, *Demir et Baykara c. Turquie*, n° 34503/97.

CEDH, 21 avril 2009, *Enerji Yapı-Yol Sen c. Turquie*, n° 68959/01.

CEDH, gde ch., 16 déc. 2010, *A, B et C c. Irlande*, n° 25579/05.

CEDH, 21 janvier 2011, *M. S. S. C. Belgique et Grèce*, n° 30696/09.

CEDH, 3 mai 2011, *Negrepontis-Giannisis c. Grèce*, n° 56759/08.

CEDH, 2^e sect., 12 juillet 2011, *Šneersones and Campanella v. Italy*, n° 1437/09.

CEDH, 1^{re} sect., 18 juin 2013, *Povse v. Austria*, n° 3890/11.

CEDH, 4^e sect., 25 février 2014, *Avotiņš c. Lettonie*, n° 17502/07.

CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, *Labassee c. France*, n° 65941/11.

CEDH, 5^e sect., 26 juin 2014, *Menesson c. France*, n° 65192/11.

Table de législation

I. Droit national

Loi n° 75-1334 du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance, telle qu'amendée.

Loi n° 79-587 du 11 juillet 1979 relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public, telle qu'amendée.

Loi n° 85-677 du 5 juillet 1985 tendant à l'amélioration de la situation des victimes d'accidents de la circulation et à l'accélération des procédures d'indemnisation, telle qu'amendée.

Loi n° 94-665 du 4 août 1994 relative à l'emploi de la langue française, JO n° 180 du 5 août 1994, p. 11392. (« Loi *Toubon* »).

Décret n° 2011-48 du 3 janvier 2011 portant réforme du droit de l'arbitrage, JO n° 11 du 14 janvier 2011, p. 777, texte n° 9.

Loi n° 2014-873 du 4 août 2014 pour l'égalité réelle entre les femmes et les hommes, JO n° 179 du 5 août 2014, p. 12949, texte n° 4.

II. Droit conventionnel

Convention européenne de Sauvegarde des Droits de l'Homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950, telle qu'amendée (« CEDH »).

Convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandises.

Convention de Rome du 19 juin 1980 *sur la loi applicable aux obligations contractuelles*, JO 1980, L 266, p. 1 (« Convention de Rome »).

Convention de La Haye du 30 octobre 2005 sur les accords d'élection de for.

III. Droit de l'Union européenne

A. Directives

Directive 72/166/CEE du Conseil, du 24 avril 1972, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs, et au contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, JO L 103 du 2 mai 1972, p. 1.

Directive 76/207/CEE du Conseil, du 9 février 1976, relative à la mise en oeuvre du principe de l'égalité de traitement 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, JO L 39 du 14 février 1976, p. 40.

Directive 76/308/CEE du Conseil du 15 mars 1976 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de

financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane, JO L 73, du 19 mars 1976, p. 18.

Deuxième directive 84/5/CEE du Conseil du 30 décembre 1983 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JO L 8 du 11 janvier 1984, p. 17.

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, JO L 210 du 7 août 1985, p. 29 (« directive *produits défectueux* »).

Directive 85/577/CEE du Conseil du 20 décembre 1985 concernant la protection des consommateurs dans le cas de contrats négociés en dehors des établissements commerciaux, JO L 372, du 31 décembre 1985, p. 31 (« directive *démarchage à domicile* »).

Directive 86/653/CEE du Conseil du 18 décembre 1986 relative à la coordination des droits des États membres concernant les agents commerciaux indépendants, JO L 382, du 31 décembre 1986, p. 17 (« directive *agents commerciaux* »).

Directive 87/102/CEE du Conseil du 22 décembre 1986 relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO L 42 du 12 février 1987, p. 48 (« directive *crédit à la consommation* »).

Première directive 89/104/CEE du Conseil du 21 décembre 1988 rapprochant les législations des États membres sur les marques (version consolidée au 23 décembre 1991).

Directive 89/686/CEE du Conseil, du 21 décembre 1989, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux équipements de protection individuelle, JO L 399 du 30 décembre 1989, p. 18. (« directive *EPI* »).

Troisième directive 90/232/CEE du Conseil, du 14 mai 1990, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives à l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation des véhicules automoteurs, JO L 129 du 19 mai 1990, p. 33.

Directive 91/629/CEE du Conseil, du 19 novembre 1991, établissant les normes minimales relatives à la protection des veaux, JO L 340, du 11 décembre 1985, p. 28.

Directive 93/13/CEE du Conseil, du 5 avril 1993, concernant les clauses abusives dans les contrats conclus avec les consommateurs, JO L 95 du 21 avril 1993, p. 29 (« directive *clauses abusives* »).

Directive 96/71/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 décembre 1996 concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services, JO L 18 du 21 janvier 1997, p. 1 (« directive *détachement* »).

Directive 98/7/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 février 1998 modifiant la directive 87/102/CEE relative au rapprochement des dispositions législatives, réglementaires et administratives des États membres en matière de crédit à la consommation, JO L 101, du 1^{er} avril 1998, p. 17.

Directive 98/44/CE du Parlement européen et du Conseil du 6 juillet 1998 relative à la protection juridique des inventions biotechnologiques, JO L 213, du 30 juillet 1998, p. 13 (« directive *inventions biotechnologiques* »).

Directive 98/59/CE du Conseil du 20 juillet 1998 concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux licenciements collectifs, JO L 225, du 12 août 1998, p. 16.

Directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil, du 25 mai 1999, sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation, JO L 171 du 7 juillet 1999, p. 12 (« directive *garantie de conformité* »).

Directive 2000/31/CE du Parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur, JO L 178 du 17 juillet 2000, p. 1 (« directive *commerce électronique* »).

Directive 2000/78/CE du Conseil du 27 novembre 2000 portant création d'un cadre général en faveur de l'égalité de traitement en matière d'emploi et de travail, JO L 303, 2 décembre 2000, p. 16.

Directive 2001/44/CE du Conseil du 15 juin 2001 modifiant la directive 76/308/CEE concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances résultant d'opérations faisant partie du système de financement du Fonds européen d'orientation et de garantie agricole, ainsi que de prélèvements agricoles et de droits de douane, et relative à la taxe sur la valeur ajoutée et à certains droits d'accise, JO L 175, du 28 juin 2001, p. 17.

Directive 2004/38/CE du Parlement européen et du Conseil du 29 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, JO L 158 du 30 avril 2004, p. 77.

Directive 2006/54/CE du Parlement européen et du Conseil du 5 juillet 2006 relative à la mise en œuvre du principe de l'égalité des chances et de l'égalité de traitement entre hommes et femmes en matière d'emploi et de travail (refonte), JO L 204 du 26 juillet 2006, p. 23.

Directive 2006/123/CE du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 relative aux services dans le marché intérieur, JO L 376, du 27 décembre 2006, p. 36 (« directive *services* »).

Directive 2008/48/CE du Parlement européen et du Conseil du 23 avril 2008 concernant les contrats de crédit aux consommateurs et abrogeant la directive 87/102/CEE du Conseil, JO L 133, du 22 mai 2008, p. 66.

Directive 2008/55/CE du Conseil du 26 mai 2008 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives à certaines cotisations, à certains droits, à certaines taxes et autres mesures (version codifiée), JO L 150, du 10 juin 2008, p. 28.

Directive 2008/95/CE du Parlement européen et du Conseil du 22 octobre 2008 rapprochant les législations des États membres sur les marques (version codifiée), JO L 299 du 8 novembre 2008, p. 25.

Directive 2009/103/CE du Parlement européen et du Conseil du 16 septembre 2009 concernant l'assurance de la responsabilité civile résultant de la circulation de véhicules automoteurs et le contrôle de l'obligation d'assurer cette responsabilité, JO L 263 du 7 octobre 2009, p. 11.

Directive 2010/24/UE du Conseil du 16 mars 2010 concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JO L 84, du 31 mars 2010, p. 1.

Directive 2010/13/UE du Parlement européen et du Conseil du 10 mars 2010 visant à la coordination de certaines dispositions législatives, réglementaires et administratives des États

membres relatives à la fourniture de services de médias audiovisuels (« directive *Services de médias audiovisuels* »), JO L 95 du 15 avril 2010, p. 1.

Directive 2011/83/UE du Parlement européen et du Conseil du 25 octobre 2011 relative aux droits des consommateurs, modifiant la directive 93/13/CEE du Conseil et la directive 1999/44/CE du Parlement européen et du Conseil et abrogeant la directive 85/577/CEE du Conseil et la directive 97/7/CE du Parlement européen et du Conseil, JO L 304, du 22 novembre 2011, p. 64.

Directive 2014/67/UE du Parlement Européen et du Conseil du 15 mai 2014 relative à l'exécution de la directive 96/71/CE concernant le détachement de travailleurs effectué dans le cadre d'une prestation de services et modifiant le règlement (UE) n ° 1024/2012 concernant la coopération administrative par l'intermédiaire du système d'information du marché intérieur (« règlement IMI »), JO L 159 du 28 mai 2014, p. 11.

Directive 2014/104/UE du Parlement européen et du Conseil du 26 novembre 2014 relative à certaines règles régissant les actions en dommages et intérêts en droit national pour les infractions aux dispositions du droit de la concurrence des États membres et de l'Union européenne, JO L 349 du 5 décembre 2014, p. 1 (« directive *private enforcement* »).

B. Règlements

Règlement n° 259/68/CEE-Euratom-CECA du Conseil du 29 février 1968 fixant le statut des fonctionnaires des Communautés européennes ainsi que le régime applicable aux autres agents de ces Communautés, tel qu'amendé.

Règlement (CE) n° 1346/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 160, du 30 juin 2000, p. 1 (« règlement *insolvabilité* »).

Règlement (CE) n° 1347/2000 du Conseil du 29 mai 2000, relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et de responsabilité parentale des enfants communs, JO L 160, du 30 juin 2000, p. 19 (« règlement *Bruxelles II* »).

Règlement (CE) n° 1348/2000 du Conseil du 29 mai 2000 relatif à la signification et à la notification dans les États membres des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale, JO L 160 du 30 juin 2000, p. 37.

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, JO L 12 du 16 janvier 2001, p. 1 (« règlement *Bruxelles I* »).

Règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil du 15 mars 2001 fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligations, JO L 81 du 21 mars 2001, p. 1.

Règlement (CE) n° 343/2003 du Conseil du 18 février 2003 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande d'asile présentée dans l'un des États membres par un ressortissant d'un pays tiers, JO L 50 du 25 fév. 2003, p. 1 (« règlement *Dublin II* »).

Règlement (CE) n° 1782/2003 du Conseil du 29 septembre 2003 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs et modifiant les règlements (CEE) n° 2019/93, (CE) n° 1452/2001, (CE) n° 1453/2001, (CE) n° 1454/2001,

(CE) n° 1868/94, (CE) n° 1251/1999, (CE) n° 1254/1999, (CE) n° 1673/2000, (CEE) n° 2358/71 et (CE) n° 2529/2001, JO L 270 du 21 octobre 2003, p. 1.

Règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) no 1347/2000 (« règlement *Bruxelles II bis* »), JO L 338 du 23 janvier 2003, p. 1.

Règlement (CE) n° 549/2004 du Parlement Européen et du Conseil du 10 mars 2004 fixant le cadre pour la réalisation du ciel unique européen (« règlement-cadre »), JO L 96 du 31 mars 2004, p. 1.

Règlement (CE) n° 804/2005 du Parlement européen et du Conseil du 21 avril 2004 portant création d'un titre exécutoire européen pour les créances incontestées, JO L 143 du 30 avril 2004, p. 15 (« règlement *TEE* »).

Règlement (CE) n° 1896/2006 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2006 instituant une procédure européenne d'injonction de payer, JO L 399, du 30 décembre 2006, p. 1 (« règlement *IPE* »).

Règlement (CE) n° 861/2007 du Parlement européen et du Conseil du 11 juillet 2007 instituant une procédure européenne de règlement des petits litiges, JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 1 (« règlement *RPL* »).

Règlement (CE) n° 864/2007 du Parlement Européen et du Conseil du 11 juillet 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelle, JO L 199 du 31 juillet 2007, p. 40 (« règlement *Rome II* »).

Règlement (CE) n° 1393/2007 du Parlement européen et du Conseil du 13 novembre 2007 relatif à la signification et à la notification des actes judiciaires et extrajudiciaires en matière civile et commerciale et abrogeant le règlement n° 1348/2000, JO L 324 du 10 décembre 2007, p. 79.

Règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles, JO L 177 du 4 juillet 2008, p. 6 (« règlement *Rome I* »).

Règlement (CE) n° 4/2009 du Conseil du 18 décembre 2008 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions et la coopération en matière d'obligations alimentaires, JOL 7 du 10 janvier 2009, p. 1 (« règlement *obligation alimentaire* »).

Règlement (CE) n° 73/2009 du Conseil du 19 janvier 2009 établissant des règles communes pour les régimes de soutien direct en faveur des agriculteurs dans le cadre de la politique agricole commune et établissant certains régimes de soutien en faveur des agriculteurs, modifiant les règlements (CE) n° 1290/2005, (CE) n° 247/2006 et (CE) n o 378/2007, et abrogeant le règlement (CE) n° 1782/2003, JO L 30, du 31 janvier 2009, p. 16.

Règlement (CE) n° 207/2009 du Conseil du 26 février 2009 sur la marque communautaire (version codifiée), JO L 78 du 24 mars 2009, p. 1 (« règlement *marque communautaire* »).

Règlement (UE) n° 1259/2010 du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps, JO L 343 du 29 décembre 2010, p. 10 (« règlement *Rome III* »).

Règlement d'exécution (UE) n° 1189/2011 de la Commission du 18 novembre 2011 fixant les modalités d'application relatives à certaines dispositions de la directive 2010/24/UE du

Conseil concernant l'assistance mutuelle en matière de recouvrement des créances relatives aux taxes, impôts, droits et autres mesures, JO L 302, du 19 novembre 2011, p. 16.

Règlement (UE) n° 650/2012 du Parlement européen et du Conseil du 4 juillet 2012 relatif à la compétence, la loi applicable, la reconnaissance et l'exécution des décisions, et l'acceptation et l'exécution des actes authentiques en matière de successions et à la création d'un certificat successoral européen, JO L 201 du 27 juillet 2012, p. 107 (« règlement *successions* »).

Règlement (UE) n° 1215/2012 du Parlement européen et du Conseil du 12 décembre 2012 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale, JO L 351, du 20 décembre 2012, p. 1 (« règlement *Bruxelles I bis* »).

Règlement (UE) n° 604/2013 du Parlement européen et du Conseil du 26 juin 2013 établissant les critères et mécanismes de détermination de l'État membre responsable de l'examen d'une demande de protection internationale introduite dans l'un des États membres par un ressortissant de pays tiers ou un apatride, JO L 180 du 25 juin 2013, p. 31 (« règlement *Dublin III* »).

Règlement (UE) n° 1307/2013 du Parlement européen et du Conseil du 17 décembre 2013 établissant les règles relatives aux paiements directs en faveur des agriculteurs au titre des régimes de soutien relevant de la politique agricole commune et abrogeant le règlement (CE) n° 637/2008 du Conseil et le règlement (CE) n° 73/2009 du Conseil, JO L 347, du 20 décembre 2013, p. 608.

Règlement (UE) n° 509/2014 du Parlement européen et du Conseil du 15 mai 2014, modifiant le règlement (CE) n° 539/2001 du Conseil fixant la liste des pays tiers dont les ressortissants sont soumis à l'obligation de visa pour franchir les frontières extérieures des États membres et la liste de ceux dont les ressortissants sont exemptés de cette obligations, JO L 149 du 20 mai 2014, p. 67.

Règlement (UE) n° 2015/848 du Parlement et du Conseil du 20 mai 2015 relatif aux procédures d'insolvabilité, JO L 141 du 5 juin 2015, p. 19 (« règlement *insolvabilité bis* »).

Index alphabétique

Les chiffres renvoient aux numéros de paragraphe et, lorsque cela est précisé, aux notes de bas de page (n.).

A--

Abduction : 81, 328, 427-438, 439, 444, 521, 525, 532

- en logique : 428
- en anatomie : n. 1540
- en droit : 431, n. 1543
- et déduction : 428, 433, 444
- et inscription culturelle de l'agent : 418, 433, 435, 438
- et analogie : 418, 431, 433, 434, 436, 437, 438, 444
- dimension créatrice de l'– : 418, 427, 431, 434, 438.

Acte juridique (et ordre public) : 256-267.

Actualité de l'ordre public : 411, n. 1512.

Adaptation : 139.

Adhésion

- des États membres à l'Union : 27, 34, 245, 530
- de l'Union à la CEDH : 379, 535.

Administration directe : 67, n. 345

- d'un mécanisme d'ordre public : 67, n. 353, n. 365.

Administration indirecte : 34, n. 345, n. 347, 242.

Agence commerciale : n. 1622 (v. aussi *Ingmar*, *Unamar*).

Agencements typiques de valeurs : 166, 270, 301, 368

- définition : 395-396
- caractère flou : 395, 396, 416, 438, 447
- mutabilité : 395, 410-412, 438

- et concrétisation du standard « *ordre public* » : 399, 415 et s.
- et nécessité objective des mécanismes d'ordre public abductifs : 455 et s.
- et Union européenne : 301, n. 1349, 396, 498, 531 et s.

Antinomie

- et principe de primauté : 33, n. 185
- et impérativité de la règle de droit : 258.

Applicabilité immédiate (du droit de l'Union) : 33, 245.

Appréciation *in concreto*

- et mise en œuvre de l'exception d'ordre public international : 122 et s., 160, 234, 462, n. 1760
- et application d'une loi de police : n. 313, n. 699, n. 1439, 462
- et mise en œuvre du principe d'effectivité : 281, 282, 299, 302.

Arbitrage (et ordre public) : 255, 269-271 (v. aussi *Asturcom*, *Eco Swiss*, *Lois de police*, *articulation avec l'exception d'ordre public international*, *Mostaza Claro*, *Révision*).

Arblade : 70, 74, 75, 76, n. 673, 480.

Argumentation

- théorie de l'– : 347, n. 1528 (v. aussi *Auditoires*, *Perelman*)
- logique de l'– : 425, 514, 521.

Asturcom :

- et office du juge : 279 et la n. 929, n. 942, n. 1020, n. 1036, n. 1048, 300-302, 398 et la n. 1411
- et efficacité de la sentence arbitrale : 269 et la n. 880, n. 1065.

Attribution (Principe de la compétence d'–) : v. *Compétence de l'Union européenne*.

Auditoires : 333, 347-349, 399, n. 1437, 414, 419, 425, 521.

Auto-transcendance : 340.

Autonomie de l'ordre juridique de l'Union : 24, 35 et la n. 214, 379, 421 (v. aussi *Ordre juridique de l'Union*).

Autonomie de la volonté : 17, 189, 258.

Autonomie procédurale nationale : 7, 34, 224, 243, n. 857, 252, 276 et s., 289, 294 et la n. 1034.

Avortement : 396, 533.

B--

Baaziz : 123, 125-126, 472.

Bonnes mœurs : 67, 99, 256, 259-268, 419, 421, 422, 423, 424, 425, 443-44, 445, 448.

BOURDIEU : n. 1220, n. 1310.

Bündelungsmodell : n. 703.

C--

Cas faciles : n. 1064, 416, 433, 438, n. 1596, 473 et la n. 1654.

CEDH : 40, 42 et les n. 252 et 256, 131, 137 et n. 523, n. 529, 143, 153, n. 1159, n. 1406, n. 1435, 533, 535 (v. aussi *Adhésion, Krombach, Marge d'appréciation, Ordre public procédural* et *Principes généraux du droit de l'Union*).

Charte des droits fondamentaux (v. aussi *Principes généraux du droit de l'Union, Valeurs de l'Union*)

- champ d'application : n. 153, n. 187, 42
- coexistence avec le standard de protection national : 28, 43
- et compétence de l'Union : 43, 248 et la n. 824, n. 1351
- et mise en œuvre d'un mécanisme d'ordre public : 23, 39-44, n. 274, n. 333, 72, 74
- et office du juge : 281, 297.

Citoyenneté de l'Union

- Statut de citoyen : 73
- Libre circulation du citoyen : 70, n. 806, 311, (v. aussi *Directive 2004/38, Méthode de la reconnaissance et libertés de circulation, Sayn-Wittgenstein*).

Clause d'élection de for : v. *Lois de police*.

Clauses spéciales d'ordre public : 155, n. 606, 413, 449.

Compétence

- des États membres
 - compétences retenues : 73, 247 et la n. 815, 533
 - compétences réservées : 73, 247 et la n. 816, 314
- de l'Union européenne
 - principe de la compétence d'attribution : n. 146, 315, 333, 376, n. 1430
 - disjonction des compétences attribuées et du champ d'application du droit de l'Union : 62, 246-249
- et ordre public
 - compétence nationale en matière de police des comportements : 314-315, 409
 - compétence de l'Union en matière de police des comportements : 6, 314
 - répartition des compétences pour la concrétisation du standard « *ordre public* » : n. 59, n. 1426
 - répartition des compétences pour la réalisation des valeurs : 45, n. 627, 376, 475.

Concrétisation

- de l'ordre public international : 135-141
- d'un standard : 412 *in fine*, 413 et la n. 1454
- d'une valeur : n. 218, 137, n. 525, 156, 373.

Confiance mutuelle : n. 228, n. 313, 209, 493.

Contrat

- normativité du contrat : n. 472, 255, 374
- et ordre public : 6, 7, 17, n. 351, 99, 425.

D--

Déchéance (du droit d'invoquer la contrariété à l'ordre public international) : 163, 167-171, 29.

Définition autonome : v. *Interprétation autonome*.

Détachements des travailleurs : n. 132, n. 383, 319, 479-486, 513-514.

Diageo Brands : n. 286, n. 342, 169, 170 et la n. 625, n. 1633.

Dignité humaine : 307, n. 1099, n. 1177, 392.

Directive 2004/38 : n. 341, n. 1095, 311.

Disponibilité des droits : n. 887, n. 895.

Domages-intérêts punitifs : n. 141, 417, 438, 533.

Droit administratif :

- ordre public au sens de la police administrative : 3, 83, 306-307, 323, n. 1355, 398, 408, n. 1437, 415, 421, 458
- retrait d'un acte administratif et ordre public : 79 et la n. 394.

Droit constitutionnel

- et droit de l'Union : 28, 34, 35, 211, n. 1713 (v. aussi *Charte des droits fondamentaux, coexistence avec le standard de protection interne, Identité constitutionnelle nationale et Principes généraux du droit de l'Union*)
- et ordre public : 3, 20, 40 et la n. 226, n. 344, 137, 306-307, 357, 409 (v. aussi *Droits fondamentaux*)
- et valeurs : 330.

Droit de l'arbitrage (et ordre public) : v. *Arbitrage*.

Droit de la consommation : (v. aussi *Asturcom* et *Mostaza Claro*)

- et objectif sociétal : 193, n. 689, 203, n. 1044, 303, 371, 372
- et office du juge : 281, 282, 283, 284, 290-293, n. 1036, 296, 300-302, 303, 372, 397, 398 et la n. 1411, n. 1414.

Droit de la propriété intellectuelle (et ordre public) : 255, n. 860 (v. aussi *Inventions Biotechnologiques* et *Marque*).

Droit des contrats (et ordre public) : v. *Contrats*.

Droit international privé (v. aussi *Exception d'ordre public international* et *Lois de police*)

- et approche par la technique : 12, 15
- et droit de l'Union : 47
- et droit public international : 176-179
- et rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique : 210-213, 214-236, 237, 249, 253.

Droit international public

- et ordre public : 3, 78 et la n. 392, n. 634
- et droit international privé : n. 828.

Droit pénal

- fonction expressive du – : 314
- et objectif sociétal : 368
- et ordre public : 3, 83, 258, 306, 323
- et standards : n. 1442
- et Union européenne : v. *Compétences nationales et de l'Union en matière de police des comportements*).

Droit processuel

- et droit de l'Union : v. *Autonomie procédurale nationale*
- et objectifs sociétaux : 303, 372, 397, 467
- et ordre public : 3, 83 (v. aussi *Moyen d'ordre public*).

Droit public (v. aussi *Prise en considération d'une norme étrangère*)

- et droit privé : 177, 178
- et lois de police : 184, 185-187, 191, 207, 208
- et impérativité : v. *Impérativité*.
- droit public international : 176-180 (v. aussi *Kyrian*).

Droit transitoire (et ordre public) : 79 et la n. 393.

Droits de la défense

- et office du juge : 287, 293, 299
- et efficacité d'une décision étrangère : v. *Ordre public procédural*.

Droits fondamentaux (v. aussi *Charte des droits fondamentaux, CEDH, Dignité humaine, Ordre public procédural, et Principes généraux du droit de l'Union*)

- et valeurs : 390-396
- et mise en œuvre d'un mécanisme d'ordre public : 6, 137, 145-149, n. 875, 307, 409, 516.

DURKHEIM : 339, 342, 343, 421.

E--

Eco Swiss : 45 et la n. 275, n. 287, 269, n. 988, 291, n. 1071, n. 1312, n. 1622, n. 1782.

Effectivité (principe d' –) : 34, 43, n. 600, 252, 276, 280-288, 289, 290, 291, 292, 293, 298-302, 505.

Effet atténué (de l'ordre public) : 66, n. 448, 163, 164-166.

Effet direct (du droit de l'Union) : n. 177, 33.

Équivalence

- et encadrement de l'autonomie procédurale nationale (principe d' –) : 34, 45, 252, 276, 277-279, 283, 289, 291, 293, n. 1065, 505
- et lois de police : v. *Lois de police, immédiateté d'application et Lois de police à géométrie variable*
- et substitution : 230-232.

Espace de liberté, de sécurité et de justice : 6, 40, n. 344, 314, 317-318, n. 1764.

Estoppel : v. *Déchéance du droit d'invoquer la contrariété à l'ordre public*.

Ethos : 56, 370.

Européanisation directe et indirecte

- notion : 62, 63, 248
- des mécanismes d'ordre public : 63-76.

Exception d'ordre public international : 3, 9, 18, 20, 86, 87 et s., 209, n. 834, 327, 343, 348, 398, 405, 411, 412, 413, 416, 419, 421, 425, 447, 473, n. 1683 (v. aussi *Actualité de l'ordre public, Appréciation in concreto, Arbitrage, Effet atténué, Dommages-intérêts punitifs, Ordre public de proximité, Ordre public procédural, Ordre public réellement international, Révision*)

- européanisation de l' – : 7, 23, 24, 39-44, 45, 65, 66, 70, 75, 76, 532, 533, 535 (v. aussi *Ordre public de l'Union européenne*)
- disponibilité constante de l' – : 472, 488-510
- et prise en considération d'une norme étrangère : n. 407, 101-103, 126

- et lois de police : 24, 86, 209, v. aussi *Lois de police, articulation à l'exception d'ordre public international*
- et impérativité/supplétivité : v. *Impérativité*
- et valeurs : 132, 141, 142-149, 155-156, 166, 171, 331, 348.

Exequatur (suppression de l'–) : 45, n. 476, n. 627, 447.

F--

Fonctions essentielles (des États membres) : 6, 315.

H--

Harmonisation (et disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs) : 475, 477-486.

Heemskerk : 287-288, n. 1362, 387.

I--

Identité constitutionnelle nationale : 8, n. 79, 315, n. 1406. (v. aussi *Sayn-Wittgenstein*).

Illicéité : n. 837, n. 839, n. 858

- et prise en considération : n. 432, n. 723
- et droit de l'Union : n. 837.

Immédiateté d'application : v. *Lois de police*.

Impérativité : 256, 257-258, 327, 398

- et droit de l'Union : 6, 7, 66, n. 401, 258, 481
- et exception d'ordre public international : 327
- et lois de police : 184, 188-189, 327
- et droit public : 258
- et efficacité d'une sentence arbitrale : 270
- et moyen d'ordre public : 273, 283.

Incomplétude (de l'ordre juridique de l'Union) : 32, 239.

Ingmar : 370, 371, n. 1364, 398 et la n. 1408, 530 et la n. 1782.

Inlandsbeziehung : 151-153 et la n. 574.

Interessenjurisprudenz : 332, n. 1255, 362, 380, n. 1367.

Intérêt : 332, 333, 353, 358-360, 361-363, 380-387

- – privé : 381, 382-383
 - et lois de police : 192
 - et office du juge : 280, 283, n. 1037
- – public : 381, n. 1355, 384-386
 - et lois de police : n. 95, 185, n. 681, n. 1364
 - et office du juge : 280, 286-288, 289-294, 303, n. 1037
- – catégoriel : 283, 381
- – collectif : 386
- – général : 380, 387
- jurisprudence des – : v. *Interessenjurisprudenz*.

Intégration : 8, 23, 28, 36, 333, 376-379, 514, 534.

Interprétation autonome : 223-224, 532

- élaboration d'un régime autonome : 224, 289 et s., 505
- élaboration d'une notion autonome : 224-228
- notion autonome d' « *ordre public* » : 7, 66 et la n. 343, n. 349
- notion autonome de « *lois de police* » : n. 340, 76, n. 1317.

Inventions biotechnologiques : 443-444.

J--

Jus cogens : v. *Droit international public et ordre public*.

K--

Krombach : n. 52, n. 55, n. 127, n. 223, n. 226, n. 233, n. 342, n. 502, 489-498, 513, 514, 516.

Kyrian : n. 632, n. 650, 489, 501-510.

L--

Lacune

- – dans la protection des valeurs : 512-517
- et effet de l'exception d'ordre public international : 139
- et interprétation autonome : 224.

Langue nationale (protection de la –) : 23, 28, n. 1144.

Libertés de circulation : 24, 51, 70, 71, 72, 74-76, 103, n. 661, 241, n. 812, 248, 251, n. 837, n. 843, 315, 319, 478, 533 (v. aussi *Citoyenneté, Détachement des travailleurs, Langue nationale, Maxicar*)

- clauses d'ordre public adjointes aux – : 6, 7, 66, n. 1085, n. 1086, 311, n. 1426, 409, 476.
- et valeurs : 28, n. 1172, 395
- et reconnaissance des situations : v. *Méthode de la reconnaissance*.

Lois de police : 86, 182 et s., n. 834, 327, 331, 398, (v. aussi *Arbitrage, Exception d'ordre public international et lois de police*)

- européanisation des – : 24, 51, 66 et la n. 340, 70, 71, 74, 75 et la n. 379, 76, n. 660, n. 673, n. 681, n. 1683 (v. aussi *Arblade, Détachement des travailleurs, Ingmar, Interprétation autonome, notion autonome de loi de police, Unamar*)
- – « fédérées en bloc » : 201, 202, 450-453 (v. aussi *Bündelungsmodell*)
- – « à géométrie variable » : 24, 51
- immédiateté d'application des – : 24, 51, 200, 209
- articulation à l'exception d'ordre public international : n. 285, n. 607, 460-464
- et impérativité/supplétivité : v. *Impérativité*
- et objectif sociétal : 193, 368, 370, 372, 375, 386, 397
- et dispositions de protection catégorielle : n. 661, n. 681 (v. aussi *Agence commerciale, Droit de la consommation, Règles à objectif médiate, Sous-traitance*)
- et clauses d'élection de for : 196, 466.

M--

Mandt : n. 407, n. 460, n. 484, 212, 213, 214-236, 241.

Marge d'appréciation : n. 1406, 411, 533.

Marque (et ordre public) : 67, n. 833, 421 (v. aussi *Droit de la propriété intellectuelle*).

Maxicar : 45, 65, n. 1622, n. 1633.

Méthode de la reconnaissance : 90, 104-110, 119, 164, n. 766, 229

- et libertés de circulation : n. 447 (v. aussi *Sayn-Wittgenstein*).

Monisme : 30, 31, 33, 35.

Mostaza Claro

- et efficacité de la sentence arbitrale : 65, n. 617, 269, 291, n. 1622
- et office du juge : n. 942, 284, 290-292, 294, 303, 372, 467 et la n. 1644
- et objectif sociétal : n. 685, 303, 372, 386, 467 et la n. 1644
- et intérêt public : 290-291, 303, 386.

Moyen d'ordre public : 83, 272 et s., 398, 467

- définition : 272, 304
- – processuel : n. 902, n. 908
- – de protection : n. 904, 283, n. 1040, n. 1070
- – devant les juridictions de l'Union : n. 918
- – autonome : 289-294
- et impérativité : v. *Impérativité*
- et principe d'équivalence : 278, 283

N--

Nature juridique (de l'Union) : 30-35, 373-379.

Nemo auditur... : n. 858.

Notion autonome : v. *Interprétation autonome*.

Notion fonctionnelle : 17-19.

Nullité : 7, 257, 283.

O--

Objectif : 331, 353, 354 et s., 364 et s.

- – sociétal : 193, 367-371, 386, 397 (v. aussi *Arbitrage, Droit de la consommation, Droit pénal, Droit processuel, Lois de police, Mostaza Claro*)
- – simplement normatif : 193, 367
- objectifs de l'Union : 333, 376-379, 534

- et valeurs : 353, 354-357, 361, 363.

Office du juge (v. aussi *Moyen d'ordre public*)

- dans la mise en œuvre de la règle de conflit : n. 895
- dans l'application du droit de l'Union : 274-302.

Opinion publique : 344, n. 1457, n. 1453, 422

- et exception d'ordre public international : 143, 152, 343, 419.

Ordre juridique :

- conceptions normativiste et institutionnelle de l'– : 32
- – de l'Union européenne : 30-35, 213, 237-253, 373-379
- et contrat : n. 1324.

Ordre public

- de direction et de protection : 20, 283
- matériel et immatériel : 307
- politique et économique : 20, n. 129
- réellement international : n. 1437
- transnational : n. 28.

Ordre public de l'Union européenne : 3, 6, 8, 9, 22-24, 30-46, 210-213.

Ordre public de proximité : 151-153. V. aussi *Inlandsbeziehung*.

Ordre public européen (CEDH) : 3.

Ordre public procédural : 40, 43, 130-131, n. 584, 169, n. 626, 447, 489-498, 500-509, 533, 535.

P--

PERELMAN : 347, 349, n. 1437, n. 1479, n. 1528.

Pluralisme : 30, 31, 32, 34, 35.

Primauté : 33, 34, 35, 43, 211, 249

- et ordre public : 6, 370

- et autonomie procédurale : 288.

Principes généraux du droit

- – du droit de l'Union : 23, 40, 41, n. 237, 72, 293, 377 (v. aussi *Krombach*)
- et concrétisation d'un standard : 137, 348, 421, 422.

Prise en considération

- d'une norme étrangère par le droit étatique : 96-103, 119, 207, 208, 466 (v. aussi *Exception d'ordre public et prise en considération*)
- du droit étatique par le droit de l'Union : 228, 229, 421
- et impérativité : n. 845
- et concrétisation d'un standard : 119, 141, 414 et s.

Procès équitable : v. *Ordre public procédural*.

Proportionnalité (principe de –) : 20 et la n. 105, 394 (v. aussi, *Citoyenneté, Détachement des travailleurs, Dommages-intérêts punitifs, Équivalence et lois de police, Libertés de circulation*).

R--

Raisons impératives et impérieuses d'intérêt général : 74 et la n. 377, n. 383, n. 1143, 319, 484.

Règles à objectif médiate : n. 1037, 371.

Relevance : 34.

Renvoi (au droit national) : 7, 223-228 (v. aussi *Autonomie procédurale nationale*).

Réserve d'ordre public

- art. 72 TFUE : 314, 318
- art. 276 TFUE : 314

(V. aussi *Libertés de circulation, clause d'ordre public adjointe aux – , Fonctions essentielles des États membres*).

Révision : 157-162, 463.

S--

Saut dans l'inconnu (*Sprung ins Dunkel*) : 412.

Sayn-Wittgenstein

- et champ d'application matériel du droit de l'Union : n. 817
- et champ d'application de l'art. 21 TFUE : n. 361
- et mise en œuvre d'un mécanisme d'ordre public : 70, n. 381, n. 408, 149, n. 1149
- et protection de l'identité constitutionnelle nationale : 145, 149, n. 1144, n. 1683
- et reconnaissance des situations : n. 408, n. 447, n. 455, n. 460, n. 1149.

Science du droit : 47 et s., 517-518.

Sécurité publique (v. aussi *Droit administratif, Réserve d'ordre public*)

- clauses de sécurité (art. 346 et 347 TFUE) : 312, 476
- et ordre public : n. 1085, n. 1105.

Sirius (point de vue de –) : 49.

Sous-traitance : n. 690, 696.

Souveraineté : 177.

Standard : 256, 259-268, n. 887, 398, 399 et s. 442-445.

Structure catégorique

- de la décision : 94
- du contrat : n. 471, n. 834.

Structure hypothétique (de la règle de droit) : 93, 398.

Subsidiarité : n. 627, 315, 533.

U--

Unamar : n. 134, n. 1317, n. 1364, n. 1636.

V--

Valeurs : 329 et s., 389 et s. (v. aussi *Exception d'ordre public international, Intérêt et Objectif*)

- – individuelles : 337
- – collectives : 338-344
- – génériques : 148, 373, 392, 532, 533
- – de l'Union : 26-29, 333, 379, 531-532.
- interaction des valeurs individuelles et collectives : 346-348, 414
- hiérarchie de valeurs : 146 et s., 389 et s.
- pondération de valeurs : 393 et s.

Van Schijndel : 279, 281, 293, 299, n. 1071.

W--

WEBER : 343 et la n. 1211, 355, 360.

Table des matières

Introduction.....	1
Section I : Le contexte de l'étude	1
Section II : Les partis pris de l'étude	13
Paragraphe I : Aborder l' « ordre public » comme une technique.....	14
A. Définition positive du précepte	15
B. Définition négative du précepte	17
1) Approche par la technique et conception fonctionnelle de l'ordre public	17
2) Approche par la technique et place ménagée au contenu.....	19
Paragraphe II : Normaliser le regard porté sur le droit de l'Union	22
A. Exposé schématique de la tendance à envisager l'incidence du droit de l'Union sur le mode de l'extraordinaire	24
B. Analyse critique de cette tendance	29
1) La spécificité axiologique relative du droit de l'Union	30
2) L'indétermination de la nature juridique de l'Union.....	33
a) Les modèles moniste et pluraliste de rapports de systèmes	34
b) Les modèles moniste et pluraliste des rapports entre ordre public national et ordre public européen.....	43
i) Le caractère moniste de la thèse de l'existence de l' « ordre public européen » compris comme contenu	44
ii) Le caractère moniste de la thèse de l'existence de l' « ordre public européen » compris comme contenant.....	56
3) L'égal statut épistémologique du droit national et du droit de l'Union.....	62
Section III : Le cadre de l'étude	67
Paragraphe I : La méthode de l'étude	68
Paragraphe II : Le domaine de l'étude.....	71
A. Critère de délimitation principal	72
1) Modalités d'eupéanisation directe.....	72
2) Modalités d'eupéanisation indirecte.....	77
a) Fondements	78
b) Précautions d'utilisation de la jurisprudence pertinente.....	81
B. Critères de délimitation secondaire	85
Partie I : L'approche analytique de l'ordre public.....	89
Titre I : L'ordre public dans les rapports internormatifs	91
Chapitre I : L'ordre public dans les rapports entre ordres juridiques	91
Section I : L'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique étatique avec le droit étranger.....	92
Paragraphe I : Le jeu de l'exception d'ordre public international.....	93
A. En droit international privé.....	93
1) Domaine du contrôle.....	93

a)	Application et reconnaissance d'une norme étrangère	94
i)	Opération intellectuelle menée	95
ii)	Obligatorité attribuée	95
b)	Prise en considération d'une norme étrangère	96
i)	Typologie	97
ii)	Possibilité d'opposer l'exception d'ordre public	100
c)	Reconnaissance d'une situation cristallisée à l'étranger	102
i)	Domaine de la méthode	103
ii)	Articulation avec les notions d'application et de reconnaissance	104
d)	Octroi de la force exécutoire	106
i)	A un jugement	106
ii)	A un instrument public	107
2)	Séquence du contrôle	110
a)	Les éléments confrontés	110
i)	L'objet du contrôle	110
α)	L'effet de droit substantiel sollicité	111
β)	La procédure suivie	114
ii)	Référent du contrôle	116
α)	Normes juridiques formellement visées	116
β)	Valeurs substantiellement sollicitées	120
b)	Résultat du contrôle	126
i)	Éléments confrontés	126
ii)	Importance du contraste observé	128
3)	Limites du contrôle	130
a)	Limites déduites du principe de non-révision au fond	130
b)	Limites tenant à la prise en compte de l'intérêt des parties	133
i)	Positivement	134
ii)	Négativement	136
4)	Fonction du contrôle	139
B.	En droit public international	140
1)	Objet respectif du droit international privé et du droit public international	140
2)	Jeu de la clause d'ordre public en droit public international	142
	Paragraphe II : L'interférence des lois de police	143
A.	La qualification des lois de police	144
1)	Critères inopérants	144
a)	Loi de police et droit public	145
b)	Loi de police et impérativité	146
2)	Critère déterminant	147
B.	Le régime des lois de police	150
1)	Considérations communes aux lois de police du for et aux lois de police étrangères	150

a) Intervention selon un raisonnement unilatéraliste.....	151
i) Nécessité d'application	151
ii) Remise en cause de l'immédiateté d'application.....	152
b) Intervention selon un raisonnement bilatéraliste	153
2) Considérations propres aux lois de police étrangères.....	155
a) Principe d'efficacité des lois de police étrangères	156
b) Expression technique de cette efficacité.....	156
Section II : L'ordre public dans les rapports de l'ordre juridique de l'Union au droit étatique.....	158
Paragraphe I : La présentation de l'occurrence	161
A. La détermination du droit étatique auquel il est donné effet	166
B. Le type d'effet donné.....	168
1) L'effet énoncé dans la terminologie du droit institutionnel de l'Union	168
2) L'effet énoncé dans la terminologie du droit international privé.....	171
C. La conformité à l' « ordre public de l'Union » comme condition mise à l'effet	174
1) Structure du mécanisme	174
2) Fonction du mécanisme.....	176
Paragraphe II : Le prolongement de l'occurrence	176
A. L'intermédiation nécessaire du droit national.....	177
1) Intermédiation matérielle	178
2) Intermédiation structurelle	178
B. L'horizontalité des relations entre ordres juridique de l'Union et ordres juridiques nationaux	180
1) Verticalité immédiatement apparente	180
2) Part d'horizontalité occultée	180
C. La condition mise à l'effet donné au droit national.....	184
Chapitre II : L'ordre public comme limite à l'effet donné aux normes privées dans l'ordre juridique	185
étatique	185
Section I : L'ordre public en droit civil	187
Paragraphe I : La conformité de l'acte juridique aux « règles d'ordre public » ou impératives.....	188
Paragraphe II : L'appréciation de la compatibilité de l'acte juridique avec l' « ordre public et	191
les bonnes mœurs ».....	191
Section II : L'ordre public en droit de l'arbitrage	195
Titre II : L'ordre public dans la détermination de l'office du juge.....	201
Chapitre I : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit national	202
Chapitre II : Le moyen d'ordre public à la lumière du droit de l'Union	205
Section I : Le renforcement de l'office du juge national	206
Paragraphe I : L'office du juge façonné par les principes cadres de l'autonomie procédurale	207
nationale	207
A. L'application du principe d'équivalence	207
B. L'application du principe d'effectivité	208
1) Au bénéfice immédiat d'un intérêt privé	210

2) Au bénéfice éventuel d'un intérêt public	216
Paragraphe II : L'élaboration jurisprudentielle d'un « moyen d'ordre public autonome »	221
A. La motivation synchrétique des arrêts Mostaza Claro et Pannon	221
B. La motivation tronquée de l'arrêt Eva Martin Martin	227
Section II : La limitation de l'office du juge national	230
Paragraphe I : La limite substantielle	231
Paragraphe II : Les limites procédurales.....	232
Titre III : L'ordre public au sens de la police des comportements.....	239
Chapitre I : La police des comportements à la lumière du droit national.....	239
Chapitre II : La police des comportements à la lumière du droit de l'Union	242
Section I : L'ordre public visé dans les Traités	242
Paragraphe I : L'ordre public comme motif dérogatoire	243
Paragraphe II : L'ordre public comme limite au pouvoir des institutions	247
Section II : L'objet spécifique de l'ordre public visé	253
Partie II : L'approche synthétique de l'ordre public.....	259
Titre I : La spécificité matérielle relative de l'ordre public	261
Chapitre I : Les valeurs à l'état élémentaire	263
Section I : Les valeurs comme substrat irréductible du droit	266
Paragraphe I : La distinction entre les valeurs individuelles et valeurs collectives	267
A. La notion de valeurs individuelles	267
B. La notion de valeurs collectives	268
1) L'existence des valeurs collectives	268
2) Les révélateurs des valeurs collectives	270
Paragraphe II : L'interaction des valeurs individuelles et des valeurs collectives dans le processus de décision juridique	274
Section II : Les objectifs et les intérêts comme éléments dérivés des valeurs	278
Paragraphe I : La définition des objectifs et des intérêts	278
A. Le caractère dérivé des objectifs et des intérêts par rapport aux valeurs	279
1) Les objectifs comme dérivés des valeurs	279
2) Les intérêts comme dérivés des valeurs.....	281
B. L'équipollence relative des notions de valeur, d'objectif et d'intérêt	283
Paragraphe II : La typologie des objectifs et des intérêts	285
A. Objectifs normatifs et objectifs sociétaux	286
1) La typologie des objectifs et la spécificité matérielle des mécanisme d'ordre public	286
a) L'exposé de la distinction	286
b) La consistance de la distinction	288
2) La typologie des objectifs et la nature juridico-politique de l'Union.....	292
B. Intérêts privés, intérêts publics et intérêt général.....	297
1) Les intérêts objets de l'appréciation	297
a) Les intérêts privés.....	297

b) Les intérêts publics.....	298
2) L'intérêt général résultat de la conciliation	300
Chapitre II : Les complexes de valeurs	301
Section I : La dérivation des valeurs dans l'ordre abstrait.....	302
Section II : La pondération des valeurs dans l'ordre concret.....	303
Titre II : La dualité méthodologique de l'ordre public.....	311
Chapitre I : La distinction entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs	311
Section I : L'ordre public comme standard	314
Paragraphe I : Les implications institutionnelles du recours à la technique du standard	315
A. La dualité de fonctions du standard.....	316
1) La fonction principale du standard « ordre public ».....	316
2) Fonction complémentaire.....	318
B. L'intérêt du recours à la technique du standard	319
C. L'originalité de l'opération de concrétisation du standard	321
Paragraphe II : Les implications argumentatives du recours à la technique du standard	324
A. Fonction de la prise en considération	325
B. Type de normes prises en considération	331
Section II : La concrétisation du standard « ordre public » comme abduction	340
Paragraphe I : L'abduction en logique.....	340
Paragraphe II : L'abduction en droit.....	341
A. Abduction et qualification	342
1) Définition de la qualification abductive	342
2) Structure de la qualification abductive	343
B. Abduction et concrétisation d'un standard.....	345
Chapitre II : L'articulation entre mécanismes abductifs et mécanismes déductifs	348
Section I : Le processus de spécification de l'ordre public.....	349
Paragraphe I : La précision accrue des standards.....	349
A. Les clauses « colorées » d'ordre public.....	350
B. Les standards spécifiques.....	352
Paragraphe II : L'élaboration de mécanismes déductifs	353
A. La transformation d'un mécanisme d'ordre public abductif en un mécanisme déductif.....	354
B. L'affinement d'un mécanisme d'ordre public déductif	356
Section II : La nécessité objective de l'ordre public.....	358
Paragraphe I : La fonction de rattrapage des mécanismes d'ordre public abductifs	358
A. L'intervention palliative des mécanismes d'ordre public abductifs.....	359
B. La greffe de mécanismes déductifs aux mécanismes d'ordre public abductifs.....	360
1) L'articulation des lois de police à l'exception d'ordre public international	360
a) Imperfection méthodologique de l'articulation.....	362
b) Imperfection fonctionnelle de l'articulation	364

2) L'incidence méthodologique perturbatrice des dispositions porteuses d'objectifs sociétaux	365
Paragraphe II : La disponibilité constante des mécanismes d'ordre public abductifs	367
A. La positivité de l'idée	368
1) L'intuition suggérée par la jurisprudence nationale	368
2) L'épreuve de la jurisprudence européenne	371
a) La jurisprudence a priori hostile à l'idée de disponibilité constante	372
i) L'interdiction des dérogations non expressément prévues	372
ii) La paralysie des dérogations expresses en présence d'instruments ad hoc de protection	373
b) La jurisprudence procédant de l'idée de disponibilité constante	379
i) L'interprétation « quasi contra legem » de la clause d'ordre public de l'arrêt Krombach	380
ii) La découverte d'une clause non-écrite d'ordre public de l'arrêt Kyrian	385
α) Solution	387
β) Portée	390
B. Le développement de l'idée	395
1) Le domaine de l'idée	396
2) La nature de l'idée	398
Conclusion	405
Bibliographie	411
I. Ouvrages généraux, traités, manuels	411
II. Ouvrages spéciaux, thèses, monographies	414
III. Ouvrages collectifs et colloques	420
IV. Cours, articles, communications, contributions, comptes rendus et working papers	421
V. Commentaires de textes, entrées d'encyclopédies et de dictionnaires	438
VI. Notes de jurisprudence, observations et conclusions	442
VII. Documents officiels et rapports	450
A. France	450
B. Union européenne	451
C. Autres	452
Table des décisions et avis cités	453
I. États membres	453
A. Allemagne	453
Bundesverfassungsgericht	453
Bundesgerichtshof	453
Autres	453
B. France	453
Conseil constitutionnel	453
Conseil d'Etat	454

Cour de cassation	454
Cours d'appel	457
Juridictions de première instance	457
C. Autres États membres	457
II. Union européenne.....	458
A. Cour de justice	458
B. Tribunal	464
C. Tribunal de la Fonction publique	464
III. Conseil de l'Europe.....	464
Table de législation.....	467
I. Droit national.....	467
II. Droit conventionnel	467
III. Droit de l'Union européenne	467
A. Directives.....	467
B. Règlements.....	470
Index alphabétique	473
Table des matières	489

