

V.4. Le maillon faible

- 325.** La question examinée était de savoir si l'Union est parvenue à un ordre public européen qui fait la synthèse entre les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, d'une part, et ceux du (néo)libéralisme économique, d'autre part. L'Union a-t-elle su dépasser leurs différences ?

La Cour de justice considère que le droit de l'Union est (serait) d'ordre public.
5/162 Il exprime(ra)it l'ordre public européen.

Corthaut 5/163, qui a consacré une thèse de doctorat à l'ordre public européen, limite par contre l'ordre public européen à son noyau dur, à ce qui est essentiel dans le droit de l'Union.

Il focalise sur les règles de droit 5/164 et retient comme essentielles celles dont la méconnaissance peut conduire à l'échec du système de l'Union et mettre son existence en péril.5/165

Dans la recherche des règles de droit essentielles pour l'Union, il se laisse principalement guider par les "valeurs" 5/166, qui ont déterminé les politiques et les actions de l'Union.

Corthaut aborde successivement les valeurs politiques, économiques, morales/sociales et culturelles, sous-jacentes aux règles de droit qui, selon lui, sont essentielles pour l'Union et, dès lors, d'ordre public européen.5/167

Il distingue dans les valeurs politiques celles qui protègent l'ordre institutionnel de l'Union 5/168 et les valeurs constitutionnelles.

Pour Corthaut, la protection de l'ordre institutionnel repose sur la sécurité de l'Union et de ses procédures décisionnelles 5/169, sur la préservation des institutions de l'Union et de leurs procédures décisionnelles 5/170, sur l'efficacité

5/162 CJ 22 juin 1965, C-9/65, San Michele; CJ 18 juillet 2007, C-119/05, Lucchini ; ég. Tribunal 5 octobre 2011, T-526/09, Paki Logistics.

5/163 T. CORTHAUT, EU ordre public, Alphen-aan-den-Rijn, Kluwer Law International, 2012, 496 p (l'ouvrage est rédigé en anglais).

5/164 Faisant ainsi de l'ordre public une notion purement juridique alors qu'il est bien plus proche des sources matérielles du droit (voy supra nos 11-13).

5/165 T. CORTHAUT, op.cit., 184-186 et 190-195.

5/166 Il ne s'agit pas des valeurs de l'Union, reprises par l'article 2 TUE.

5/167 T. CORTHAUT, op.cit., 254-256.

5/168 Et indirectement des Etats-membres.

5/169 Il vise la sécurité interne et externe de l'Union et de ses Etats-membres.

5/170 Il vise les règles de répartition des compétences entre l'Union et les Etats-membres ; les règles procédurales (notamment les droits de la défense, la démocratie (?), la transparence, la reddition des comptes...)

du droit de l'Union 5/171 et sur la protection des intérêts financiers qui sont indispensables au bon fonctionnement de l'Union.5/172

La protection de l'ordre juridique international 5/173, de la règle de droit et de l'Etat de droit 5/174, du fédéralisme au sein de l'Union 5/175, de la citoyenneté communautaire 5/176 et des droits et libertés des ressortissants de l'Union 5/177 constituent, selon l'auteur, les valeurs constitutionnelles de l'Union.

Il explique que les valeurs économiques se développent autour de cinq axes : i) la protection de la *lex moneta* 5/178, (ii) la protection de la libre concurrence 5/179, (iii) la protection des libertés de circulation 5/180, (iv) la protection des consommateurs 5/181 et (v) la protection des travailleurs. 5/182

Les valeurs sociales/morales et culturelles sont sommairement examinées. Corthaut rattache les valeurs sociales à des règles de comportement morales et/ou juridiques, établies par l'Union. Il énumère pêle-mêle la morale publique/collective 5/183, la santé publique 5/184, le sort des étrangers qui arrivent dans l'Union 5/185, l'ordre écologique 5/186 et le droit pénal de l'Union. 5/187

-
- 5/171 Il vise la primauté et l'effet direct du droit de l'Union (avec certaines nuances) ; la loyauté des Etats-membres.
- 5/172 Il vise les revenus/rentées de l'Union et leur affectation (contrôlée).
- 5/173 Il se réfère à l'article 21.1 TUE.
- 5/174 Il se réfère à l'article 2 TUE.
- 5/175 Il vise à nouveau la répartition des compétences ; le respect par l'Union des valeurs et des institutions des Etats-membres.
- 5/176 Il insiste sur le lien direct entre l'Union et ses ressortissants qu'établit leur citoyenneté.
- 5/177 Il insiste sur la dignité humaine, sur l'égalité et sur des situations qui sont contraires aux droits et libertés.
- 5/178 Il vise essentiellement la politique et la stabilité monétaire, ainsi que le niveau des dettes publiques des Etats-membres (alors même que l'eurozone ne réunit pas l'ensemble des Etats-membres).
- 5/179 Non seulement entre les entreprises, mais aussi entre Etats-membres (aides d'Etat).
- 5/180 Le marché intérieur.
- 5/181 Il vise l'amélioration des conditions de vie au sein de l'Union, qu'il attribue à la libre concurrence.
- 5/182 Il estime qu'elle résulte de la citoyenneté communautaire, des droits et libertés, de l'égalité, de la protection de la santé et de la sécurité.
- 5/183 Il associe les droits et libertés (et leur respect) à la morale collective, tout en admettant que chaque Etat-membre détermine sa morale collective ; il soutient que tous les Etats-membres condamnent certains comportements comme le terrorisme, la pornographie infantine, l'exploitation sexuelle, la traite d'humains, le racisme, la haine de l'étranger, les drogues..., ce qui est le socle d'une moralité européenne.
- 5/184 Il vise la santé de l'homme et de l'animal (de l'être vivant) ; le principe de précaution.
- 5/185 En lien notamment avec la sécurité publique au sein de l'Union et des Etats-membres.
- 5/186 Il affirme que le droit de l'Union est attentif à l'ordre écologique.
- 5/187 CORTHAUT estime que le droit pénal national n'est pas nécessairement d'ordre public, mais soutient que le droit pénal européen est d'ordre public européen, au motif qu'il protège des valeurs qui sont essentielles pour l'Union.

Les valeurs culturelles sont principalement associées à l'emploi des différentes langues au sein de l'Union.^{5/188}

Sa description et son analyse de l'ordre public (européen) ^{5/189} se rapprochent de la vision "plus contemporaine" de Van Gerven. ^{5/190} Elles dépassent de très loin les données dont le droit privé se satisfait en matière d'ordre public.^{5/191}

326. Malgré les avancées importantes dont son travail témoigne, Corthaut n'aborde pas la nature de l'ordre public européen.

Il décrit le droit européen (primaire et dérivé) tel qu'il est et détermine, à l'aide des valeurs politiques, économiques, sociales/morales et culturelles qu'il identifie, son noyau dur et essentiel, qu'il qualifie d'ordre public européen.

Bien qu'il les mentionne quand il examine les valeurs constitutionnelles de l'Union et, en particulier, la protection de l'ordre juridique international, de la règle de droit et de l'Etat de droit, Corthaut n'approfondit pas les valeurs et objectifs de l'Union et des Etats-membres, visés par les articles 2 à 5 TUE. Il ne vérifie pas si ces valeurs et objectifs ^{5/192} sont correctement transposés en droit européen (primaire et dérivé) et/ou si le droit dérivé ^{5/193} est – toujours – conforme au droit primaire.

Il semble admettre que le droit de l'Union (primaire et dérivé) respecte d'office les valeurs et les objectifs, visés par les articles 2 à 5 TUE, et que le droit dérivé est, par principe, conforme au droit primaire.

Il n'existe pourtant pas de "présomption générale" de conformité du droit de l'Union avec les valeurs et les objectifs du TUE ou du droit dérivé avec le droit primaire.^{5/194}

Quand il échet déterminer comment le droit de l'Union (et son ordre public européen) se positionne l'égard des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques et/ou du (néo)libéralisme économique, ces vérifications sont pourtant indispensables.

^{5/188} Il insiste sur la langue comme instrument d'intégration et de cohésion sociale.

^{5/189} Facilement transposable, mutatis mutandis, à l'ordre public des Etats-membres.

^{5/190} Voy. supra n° 180.

^{5/191} Il souligne que l'ordre public est essentiel pour le bon fonctionnement de l'organisation (le système) de l'Union et que sa mise en cause mettrait son existence en péril ; il place les valeurs politiques avant les valeurs économiques ; il admet que les valeurs économiques requièrent des corrections par la protection des consommateurs et des salariés (T. CORTHAUT, op.cit., 309-322) ; il intègre des valeurs sociaux/morales et culturelles dans l'ordre public.

^{5/192} Repris, grosso modo par l'article 21-2 TUE.

^{5/193} Dont la jurisprudence du Tribunal et de la Cour de justice fait partie.

^{5/194} F.R. VAN DER MENSBRUGGHE, *La contestation d'un acte de l'Union*, dans A. BAILLEUX (éd.), *Actualités du contentieux européen*, Limal, Anthemis, 2020, 43-80.

327. Eu égard à leurs Constitutions et à la ratification de la Convention EDH 5/¹⁹⁵, les Etats-membres de l'Union étaient (restent) obligés par la démocratie et les droits et libertés des personnes qui se trouvent sous leur autorité, également dans le cadre de l'Union.

En fonction de leurs obligations constitutionnelles et conventionnelles à l'égard de leurs ressortissants et titulaires de droits et de libertés, ils ont déterminé les valeurs et les objectifs qui s'imposent à l'Union, à leur association.

Au moment de cette association, les Etats-membres réalisaient déjà la démocratie et les droits et libertés à l'intervention de leurs législateurs, élus démocratiquement, et ils ont continué à le faire après leur association.

Leurs lois conçoivent, organisent, maintiennent, surveillent, contrôlent et financent l'ordre public (légal et étatique) de chaque Etat-membre.

Dans le respect de leurs obligations constitutionnelles et conventionnelles, ils attend(ai)ent de l'Union, encadrée et obligée par les valeurs et les objectifs du TUE, qu'elle exerce ses compétences en conformité avec leur ordre public.

Ils espéraient/espèrent ainsi faciliter leur développement économique, financier et monétaire, scellé par la démocratie et les droits et les libertés de (tous) leurs ressortissants - titulaires de droits et de libertés.^{5/196}

Ils n'ont pas été suffisamment attentif ^{5/197} au fait que les activités économiques et financières, dont ils attendaient tant de bien, opèrent avec des instruments de droit privé, certes d'origine étatique, mais sortis des "ténèbres du passé".

Pour des raisons historiques ^{5/198}, le droit privé est une forteresse qui défend avec succès les intérêts de l'élite minoritaire qui contrôlait, avant le basculement démocratique, les pouvoirs politiques ^{5/199}, économiques, financiers et intellectuels.

Traductions fidèles des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du libéralisme économique, les règles de droit privé privilégient l'accumulation et la concentration illimitées de revenus et de richesses : le "chacun pour soi et que le plus fort gagne (tout)".

^{5/195} Et, le cas échéant, les protocoles additionnels.

^{5/196} L'article 2 CEE visait l'établissement d'un marché commun, le rapprochement progressif des politiques économiques des Etats-membres, la promotion du développement harmonieux des activités économiques dans l'ensemble de la Communauté, l'expansion continue et équilibrée, une stabilité accrue, un relèvement accéléré du niveau de vie et des relations plus étroites entre Etats-membres.

^{5/197} Ou n'ont pas voulu l'être.

^{5/198} Voy supra nos 25-30

^{5/199} Formellement, le contrôle du pouvoir politique a échappé à l'élite avec le basculement démocratique

Le tournant démocratique n'a pas modifié la situation dans laquelle se trouve le droit privé.

Les experts en droit privé ne font, majoritairement, plus partie de l'élite économique et financière, mais leur formation et leurs activités professionnelles restent imprégnées des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du libéralisme économique, dont ils se détachent difficilement pour des raisons qui tiennent à leur formation et à leurs propres conditions de vie.

Devant réaliser un marché intérieur, la libre concurrence, une union économique, financière et monétaire..., l'Union s'est "occupée" des activités économiques et des règles de droit privé, qui organisent leur fonctionnement. A l'aide d'experts en droit privé ^{5/200}, elle a importé en droit de l'Union la vision "privatiste" de l'acte juridique, de la convention, de l'obligation, du paiement, de la responsabilité (civile), de la propriété, de la représentation, de la personne morale de droit privé, de la personnalité juridique distincte, de la limitation de responsabilité...

Avec l'appui d'économistes et de juristes (orthodoxes), l'Union a interprété le droit primaire et a élaboré le droit dérivé en fonction des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique, encapsulés par des notions et des règles de droit privé.

Préoccupée (ou obnubilée) par l'accélération de l'expansion et de la croissance économique, du marché intérieur, de la libre concurrence... l'Union s'est sentie plus proche et "épaulée" par le (néo)libéralisme économique, que par ses valeurs et objectifs poussiéreux, oubliés dans les articles 2 à 5 TUE.

Elle a organisé au niveau de l'Union ^{5/201} la chasse à l'accumulation et à la concentration illimitées de revenus et de richesses, réservée aux personnes qui contrôlent les pouvoirs économiques et financières, et ne s'est pas (vraiment) intéressée à leur (re)distribution au sein de l'Union.

Elle n'a pas examiné et déterminé les effets à court, moyen et long terme, de ses actions et politiques sur les valeurs et objectifs prévus par le TUE.

Ces effets existent bien entendu. Ils affectent, par des différenciations de plus en plus notoires et importantes, l'exercice des droits et libertés des citoyens européens. ^{5/202} Ils mettent en grande difficulté ^{5/203} les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, qui sont pourtant les valeurs de l'Union et des Etats-membres.

^{5/200} Voy. K. PISTOR, *The code of capital*, 158-182 (Pistor décrit la situation en "common law", pas (très) différente de celle qui gangrène également la "civil law").

^{5/201} Élogieusement traduite en "croissance économique".

^{5/202} Et des autres personnes qui se trouvent sous l'autorité de l'Union et de ses Etats-membres.

^{5/203} Par des conditions de vie (incomparables) en fonction de la place que chacun occupe sur les échelles de des revenus et des richesses.

- 328.** Ce qui s'est produit au milieu du vingtième siècle en droit privé belge 5/204, n'a pas tardé à se reproduire à plus grande échelle un quart de siècle plus tard en droit de l'Union.

Le droit primaire est interprété par la Cour de justice en fonction des exigences du libéralisme économique. Dans cette interprétation la volonté, même commune, des Etats-membres ne compte plus. Elle est remplacée par la croissance économique, ciblée par les actions et les politiques de l'Union. La Cour a remplacé. l'ordre public étatique et légal, voulu par les Etats-membres, par un ordre public judiciaire, appelé communautaire.

Protégée par cette interprétation "particulière" du droit primaire et encouragée par des Etats-membres trop gourmands (ou paresseux ?), l'Union a su développer le droit dérivé, sans (trop) se soucier de sa compatibilité avec le droit primaire, en particulier avec les valeurs et les objectifs du TUE.

Ces dérives sont dues à l'absence d'un contrôle indépendant du fonctionnement de l'Union et de ses institutions.

Les Etats-membres ont omis de le prévoir. Ils se sont ainsi privés de la garantie élémentaire que l'Union exercerait ses compétences, à tout moment et à tous les niveaux, conformément aux valeurs et objectifs des articles 2 à 5 TUE et qu'elle se ferait corriger en cas d'écart.

A défaut de contrôle indépendant, l'Union a été destinée, à sa création, par les Etats-membres à des valeurs et des objectifs, qui sont calqués sur les principes, la finalité et les règles de fonctionnement démocratiques, mais, depuis son plus jeune âge, elle a su prendre une autre direction, séduite (ou endormie ?) par les principes, la finalité et les règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique.

L'ordre public européen, dont la Cour de justice se prévaut, n'est donc pas une synthèse, mais est devenu un éloge pur et dur de cette théorie économique et sa traduction en règles de droit, sans fondement en droit primaire.

La primauté 5/205 et l'effet direct du droit (primaire et dérivé) de l'Union font en outre que l'ordre public européen contamine les droits nationaux, avec la complicité coupable des Etats-membres qui "laissent faire".

- 329.** La domination du (néo)libéralisme économique dans le droit de l'Union au détriment des principes, de la finalité et des règles de fonctionnement démocratiques n'est pas une fatalité, mais un choix politique, fait et maintenu

5/204 Voy supra nos 185-235.

5/205 Dont la relativité (voy supra nos 302-303) est le plus souvent passée sous silence.

en méconnaissance des valeurs et des objectifs du TUE, de la Convention EDH et des Constitutions des Etats-membres.

Le (néo)libéralisme économique ne fait même pas partie des valeurs et des objectifs constitutifs de l'Union, que les Etats-membres ont au contraire destinée à une économie sociale.^{5/206}

Rien n'empêche dès lors que l'Union et les Etats-membres se passent des principes, finalité et règles de fonctionnement du (néo)libéralisme économique et orientent leurs actions et politiques économiques, financières et monétaires, sans discrimination, sur l'amélioration effective des conditions de vie de leurs ressortissants en leur garantissant les meilleures conditions de vie possible, conformément aux valeurs et objectifs des articles 2 à 5 TUE.

Ce sont donc l'Union, le fonctionnement de ses institutions et la collaboration économique, financière et monétaire entre les Etats-membres en son sein qui constituent le maillon faible du projet européen, que les Traités de l'UE ont défini.

Comme Corthaut l'a exposé ^{5/207}, l'Union et son système juridique ^{5/208} se sont essentiellement occupés de leur fonctionnement (les valeurs politiques) et des activités économiques, financières et monétaires sur le territoire de l'Union (les valeurs économiques).^{5/209}

Alors que le projet européen qui résulte des articles 2 à 5 TUE, vise l'organisation morale, politique, écologique, sociale, économique, culturelle... du vivre ensemble au niveau de l'Union et des Etats-membres, tout ce qui n'est pas économique, financier ou monétaire est considéré de moindre importance par l'Union et par ses institutions. Le "reste" n'avait et n'a qu'à s'adapter aux préoccupations de l'Union et de son système juridique, prises en charge par des "valeurs politiques et économiques", étrangères aux articles 2 à 5 du TUE.

Ce pari était risqué et il l'est toujours, en décalage manifeste avec les fondements constitutionnels, conventionnels et politiques de l'Union et de ses Etats-membres, qui se réfèrent exclusivement aux principes, de la finalité et aux règles de fonctionnement démocratiques.

^{5/206} Voy supra n°286.

^{5/207} Voy supra n°325.

^{5/208} Dont l'ordre public européen est l'expression dans l'analyse de CORTHAUT.

^{5/209} Le "marché intérieur" et "l'union économique et monétaire", étant précisé que ces activités sont contrôlées par une élite minoritaire économique et financière, globalisée.