

« Toulouse Capitole Publications » est l'archive institutionnelle de
l'Université Toulouse 1 Capitole.

*LE RÈGLEMENT (CE) N° 593/2008 DU 17 JUIN 2008 SUR LA LOI APPLICABLE AUX
OBLIGATIONS CONTRACTUELLES (« ROME I »), NAVIRE STABLE AUX INSTRUMENTS
EFFICACES DE NAVIGATION ?*

HUGUES KENFACK

Référence de publication : Kenfack, Hugues (2009) *Le règlement (CE) n° 593/2008 du 17 juin
2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), navire stable aux
instruments efficaces de navigation ?* Journal du droit international. p. 3-39.

Pour toute question sur Toulouse Capitole Publications,
contacter portail-publi@ut-capitole.fr

LE RÈGLEMENT (CE) N° 593/2008 DU 17 JUIN 2008 SUR LA LOI APPLICABLE AUX OBLIGATIONS CONTRACTUELLES (« ROME I »), NAVIRE STABLE AUX INSTRUMENTS EFFICACES DE NAVIGATION ?

Le règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») a été adopté après cinq années de préparation. Il se substitue à la convention de Rome pour les contrats conclus après le 17 septembre 2009 et s'insère avec harmonie dans un ensemble constitué d'autres règlements, « Bruxelles I » et « Rome II ». L'objectif visé est de renforcer la sécurité juridique et la prévisibilité des solutions de litiges même si toute flexibilité n'est pas écartée. Tout en maintenant certaines solutions de la convention de Rome, le nouveau texte apporte des changements opportuns, notamment en ce qui concerne la détermination de la loi applicable à défaut de choix effectué par les parties. Pour les principaux contrats du commerce international, les solutions sont désormais plus prévisibles. Pour l'essentiel, en effectuant une comparaison avec le domaine maritime, le règlement « Rome I » est comme un navire stable aux instruments efficaces de navigation. Avec l'aide du phare qu'est la Cour de justice des Communautés européennes, il devrait éviter les écueils et arriver à bon port.

The Regulation on the Law Applicable to Contractual Obligations (« Rome I ») was adopted after five years of preparatory work. It supersedes the Rome Convention for contracts concluded after the 17th of September 2009, and works harmoniously within a framework of other Regulations including « Brussels I » and « Rome II ». Its purpose is to reinforce predictability and security in legal solutions to disputes while safeguarding a measure of flexibility. While upholding certain solutions imposed by the Rome Convention, the new text introduces some well met changes, notably regarding the determination of the applicable law in the absence of choice by the parties. The outcome will now be more predictable for most international commercial contracts.

In the main, as a metaphor in the maritime field, the « Rome I » Regulation functions like a steady vessel with effective instruments of navigation. With the guiding light of the Court of justice of the European Communities, it should allow to avoid the reefs and lead to safe harbour.

1. - Le règlement (CE) n° 593/2008 du Parlement européen et du Conseil du 17 juin 2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») a été définitivement adopté et publié^{Note 1}. Il est appelé à succéder, pour les contrats conclus après le 17 décembre 2009^{Note 2}, à la convention de Rome du 19 juin 1980 sur le même thème.

La convention de Rome est un texte important dans le paysage contractuel européen et international^{Note 3}. Elle est tellement intégrée dans l'esprit des acteurs des contrats internationaux qu'elle va sans doute laisser un vide. De l'avis de presque tous, il s'agit d'un texte plutôt bien rédigé, qui *a priori* a répondu aux attentes des opérateurs de contrats internationaux et du commerce international. Il ne s'agit pas d'oublier toutes les nombreuses critiques avancées contre la convention, en France, comme ailleurs en Europe. Sans les minimiser, il convient d'avoir à l'esprit qu'elle a, tout au long des années de son application, plutôt montré qu'elle avait en grande partie réussi son pari, à savoir réaliser « une unification souple du droit international privé des contrats au sein de la Communauté économique européenne ». Il est inutile de revenir sur les nombreux progrès qu'avait, à l'époque de son adoption, réalisé ce texte incontournable du droit international privé des contrats en Europe, même si l'un des reproches qui lui était fait était de poursuivre la seule unification des règles de conflit en matière contractuelle en Europe, en laissant de côté les États tiers, alors qu'aujourd'hui la mondialisation des échanges est d'actualité. Depuis son entrée en vigueur, la convention de Rome a montré que la plupart de ces critiques était injustifié, même si une d'entre elle, relative à l'insécurité juridique doit être nuancée. Pour l'essentiel, sur de nombreux points, notamment l'autonomie de la volonté, la convention ne faisait que traduire les différents droits des États modernes. Comment, dans ces conditions, justifier que non seulement on transforme ce texte en règlement, mais en plus qu'on tente de le modifier profondément ?

2. - Le règlement « Rome I » va sans doute susciter le débat. Il organise le remplacement d'un texte qui non seulement n'était pas complètement dépassé mais en plus semblait à son apogée^{Note 4}. La convention avait connu une gestation longue et parfois difficile : dix ans avaient été nécessaires pour l'élaborer, auxquels il avait fallu ajouter onze ans pour réunir les sept ratifications exigées. Une fois n'est pas coutume, ce sont les Britanniques qui avaient permis son entrée en vigueur. En raison de son origine communautaire, le règlement « Rome I » ne pouvait connaître le même parcours. Un livre vert de la Commission du 14 janvier 2003, suivi d'une audition publique à Bruxelles le 7 janvier 2004, quatre-vingt réponses au livre vert provenant de divers opérateurs (gouvernements, universitaires, acteurs économiques...), des avis du Comité

économique et social européen du 29 janvier 2004 et du Parlement européen le 12 février 2004, une réunion des experts des États membres pour examiner un avant-projet le 17 février 2005, une proposition rendue publique par la Commission le 15 décembre 2005^{Note 5}, suivie d'un débat et enfin une adoption du texte définitif le 17 juin 2008 : cela fait environ cinq ans. Certes, il s'agit simplement du formatage d'un texte existant, mais en comparaison, celui de la convention de Bruxelles en règlement a été plus long avec un résultat un peu plus mitigé. Un des temps forts de cette transformation est sans doute la proposition de 2005 abondamment commentée et qui ne sera évoquée que pour la compréhension de l'exposé. Ramené à l'essentiel, ce texte avait notamment renforcé la liberté de choix de la loi applicable, supprimé en partie la clause d'exception et permis aux parties de choisir comme droit applicable à leur contrat une norme non étatique, tout en excluant la *lex mercatoria*.

3. - La décision de formater la convention de Rome a été prise alors même que venait de disparaître un des arguments en sa faveur par l'entrée en vigueur des protocoles du 19 décembre 1988 relatifs à son interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes^{Note 6}. Mais ce n'était pas le seul argument, certains y voyant le moyen d'apporter une solution au désordre engendré par la prolifération depuis une quinzaine d'années de règles de conflit de lois ponctuelles dans les directives ou règlements relatifs au droit privé des contrats^{Note 7}. En outre, même ses partisans admettaient un certain vieillissement^{Note 8} de la convention ou même une inadaptation au commerce mondial. Une fois la décision de formater cette convention adoptée, la question fondamentale se posait de savoir quelles modifications lui apporter sur le fond. Aucune difficulté ne se posait sur la disparition des dispositions prévoyant la possibilité pour les États contractants de faire des réserves, d'adopter pour une catégorie particulière de contrat des règles de conflits dérogatoires ou même sur les clauses finales liées à la nature conventionnelle^{Note 9}. En revanche, une ligne séparait la doctrine. Pour les uns, seule une modification minimaliste devait être effectuée. Elle ne devait que combler les lacunes de la convention, en corriger quelques défauts mineurs et l'adapter aux développements technologiques survenus depuis sa conclusion, notamment le commerce électronique. Pour d'autres, il aurait été opportun d'aller plus loin et prendre en compte son ancrage dans le commerce mondial en augmentant la liberté contractuelle et en favorisant la sécurité juridique, fondements importants du commerce international^{Note 10}. Alors que la proposition de 2005 semblait pencher vers cette seconde tendance, les colégislateurs

européens auront finalement fait le choix de ne pas choisir, le corps du texte étant dans le sillage de la première tendance alors que le préambule est ancré en partie dans la seconde.

4. - Un des partis pris aura été de ne pas bouleverser le système. C'est sans doute ce qui explique que de nombreux points envisagés par la convention demeurent inchangés dans le règlement et ne seront pas vraiment envisagés dans ces lignes, sauf exceptions en raison de leur importance. Ainsi, le nouveau texte, comme déjà l'ancien, maintient heureusement le caractère dualiste de l'essentiel des règles, accentue l'autonomie de la volonté, laisse intact le « caractère universel » et permet toujours la possibilité de dépeçage du contrat. De même, sont inchangées toutes les règles anciennes relatives à la modification du choix effectué ainsi que sa forme. En outre, le nouveau texte exclut toujours le renvoi^{Note 11}, réserve l'exception de l'ordre public^{Note 12} et l'application des lois de police^{Note 13}. Ainsi, sont de simples reprises de la convention de Rome les règles contenues dans une partie du chapitre II^{Note 14}, notamment celles relatives au domaine de la loi du contrat^{Note 15}, à l'incapacité^{Note 16}, à la cession de créance conventionnelle^{Note 17}, à la subrogation légale^{Note 18}, à la charge de la preuve^{Note 19}. Le même constat peut être fait pour les règles du chapitre III intitulé « Autres dispositions » qui sont de simples reprises de la Convention avec quelques précisions utiles, notamment sur la notion de résidence habituelle définie par l'article 19^{Note 20}. Le chapitre I relatif notamment au champ d'application du règlement « Rome I » illustre cette continuité. Comme l'article 1er des règlements « Bruxelles I » et « Rome II », il est précisé au premier paragraphe que le règlement s'appliquera en matière civile et commerciale à l'exclusion des matières fiscales, douanières et administratives^{Note 21}. Dans l'ensemble, en dehors des contrats d'assurance, la liste des exclusions est reprise ou parfois étendue^{Note 22}. La seule véritable innovation qui mérite d'être signalée est l'exclusion expresse des « obligations découlant de tractations menées avant la conclusion d'un contrat »^{Note 23}.

5. - L'objectif général clairement visé est d'assurer « *la sécurité juridique dans l'espace de justice européen* »^{Note 24}. Pour cela, « *les règles de conflit de lois devraient présenter un haut degré de prévisibilité* »^{Note 25} même si le rôle du juge n'est pas entièrement réduit à néant. Convient-il de considérer que la convention n'assurerait pas assez cette sécurité et cette prévisibilité ? Une réponse positive peut, avec des nuances, être apportée.

6. - Il n'est pas opportun de présenter le nouveau texte par opposition à l'ancien même si une comparaison est inévitable. Le règlement « Rome I » paraît nettement moins ambitieux que la précédente proposition de 2005, du moins dans le corps du texte. S'agit-il simplement de

moderniser certaines dispositions de la convention de Rome... sans pour autant introduire de nouveaux éléments qui seraient de nature à modifier substantiellement le régime juridique existant^{Note 26} ? Il ressort ainsi du nouveau texte que certaines modifications sont substantielles, ne serait-ce que dans la méthode, alors d'autres sont de simples adaptations dans une perspective de continuité. Certes, il n'est pas facile de faire la distinction entre les innovations selon qu'elles sont simplement apparentes, réelles, profondes, légères, formelles ou non. En plus, il est vain de présenter le texte en commentant toutes les dispositions. Il a été volontairement choisi de se limiter, autant que possible, à ses innovations. En effectuant une comparaison avec un navire, le règlement Rome I peut *a priori* susciter quelques doutes sur sa navigabilité. La coque du navire assure sa fonction à travers la protection des parties faibles (III). Pour atteindre le cap fixé, le texte a un radar qui devrait être efficace, la réaffirmation de la liberté contractuelle et la recherche de la sécurité juridique à travers les dispositions relatives à la détermination de la loi applicable au contrat (II). Ces dispositions sont plutôt dans la continuité de la convention de Rome même si elles apportent quelques changements importants. Son préambule, qui constitue une boussole, paraît parfois un peu décalé par son audace (I).

1. LA BOUSSOLE : UN PRÉAMBULE ORIGINAL

7. - Le cap visé par le navire « Rome I » est-il bien défini ? La question peut se poser à la lecture du préambule du règlement « Rome I ». Il comporte des éléments qui, à l'instar d'une boussole, donnent de précieux enseignements pour atteindre l'objectif poursuivi. L'analyse du contenu du préambule (A) et de l'importance juridique qu'il convient de lui accorder (B) permet de se rendre compte de son originalité.

A. - Le contenu du préambule : des considérants aux objectifs divers

8. - Une différence apparaît d'emblée entre le préambule de la convention de Rome et celui du règlement « Rome I ». Là où celui-là ne comportait que quatre courts alinéas, celui-ci a quarante-six considérants. Cette différence était prévisible, le préambule n'ayant pas la même vocation dans les conventions internationales et dans les actes communautaires^{Note 27}. Dans les

premiers, son rôle est limité à un bref exposé des motifs de la négociation suivi de l'énumération des parties contractantes^{Note 28}. Il est plus étendu dans les seconds. Il s'agirait avant tout pour les États, qui se sont dépouillés d'une partie de leur souveraineté, de veiller à ce que la démarche poursuivie par les institutions communautaires soit conforme à leurs attributions^{Note 29}. Les rédacteurs des textes communautaires ont une grande liberté, la Cour de justice des Communautés européennes exigeant seulement que les raisons pour lesquelles l'acte est fondé apparaissent de façon claire et non équivoque^{Note 30}. En outre, l'accord interinstitutionnel sur les lignes directrices communes relatives à la qualité rédactionnelle de la législation communautaire du 22 décembre 1998 dispose que les « considérants ont pour but de motiver de façon concise les dispositions essentielles du dispositif, sans en reproduire ou paraphraser le libellé »^{Note 31}. Le préambule communautaire a donc pour principal objectif d'expliquer et même de justifier certaines dispositions sensibles du texte. Le guide pratique commun du Parlement européen, du Conseil et de la Commission à l'intention des personnes qui contribuent à la rédaction des textes législatifs au sein des institutions communautaires du 16 mars 2000 indique en ce sens que certaines dispositions doivent être motivées avec un soin particulier. Est-ce que les rédacteurs du règlement « Rome I » se sont limités à respecter ces prescriptions ?

La lecture du préambule permet d'apporter une réponse négative. Il va largement au-delà de sa fonction principale d'explication et de justification. Certes, le considérant 6 exprime clairement la philosophie du texte en indiquant « *le bon fonctionnement du marché intérieur exige, afin de favoriser la prévisibilité de l'issue des litiges, la sécurité quant au droit applicable et la libre circulation des jugements, que les règles de conflit de lois en vigueur dans les États membres désignent la même loi nationale quel que soit le pays dans lequel l'action est introduite* ». On reste bien encore dans les considérants qui relèvent de l'obligation de motivation. Le préambule fixe clairement le cap, même s'il comporte des dispositions parfois contradictoires avec le reste du texte, les considérants rendant parfois compte de l'exact contraire du dispositif.

9. - En premier lieu, rien ne devrait affecter l'application d'autres instruments fixant des dispositions destinées à favoriser le bon fonctionnement du marché intérieur, précise le considérant 40 qui ajoute « *l'application des dispositions de la loi applicable désignée par les règles du présent règlement ne devrait pas restreindre la libre circulation des biens et des services...* ». Le navire « Rome I » doit donc bien naviguer en tenant compte de ces objectifs plus généraux nécessaires au marché intérieur. Ces précisions permettent d'évoquer rapidement le fondement juridique du

nouveau texte. Depuis l'entrée en vigueur du traité d'Amsterdam, les règles de conflit de lois relèvent de l'article 61, point c) du traité sur la Communauté européenne. Le législateur communautaire disposant d'une marge d'appréciation pour décider si une mesure est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur, il est facile de deviner qu'une grande diversité des règles de conflits de lois en matière contractuelle ne pouvait pas satisfaire les autorités communautaires, leur harmonisation ne pouvant qu'être déclarée comme indispensable au bon fonctionnement du marché intérieur. C'est ce que précise d'ailleurs le considérant 6. Cette explication n'est pas entièrement satisfaisante^{Note 32}, notamment au regard des principes de subsidiarité et de proportionnalité qui encadrent une éventuelle compétence communautaire et la légitimité de la forme retenue n'est pas indiscutable^{Note 33}. Le considérant 43 précise alors que l'objectif d'harmonisation ne peut être réalisé de manière suffisante par les États membres, mais plutôt par les autorités communautaires. Le décor est planté : le règlement doit trouver sa place à côté des mesures en faveur des objectifs visés par le marché intérieur. Reste à voir si les acteurs et surtout les actions sont à la hauteur d'un objectif qui est incontestablement utile au commerce européen.

10. - En deuxième lieu, et dans le prolongement de l'idée précédente, un des objectifs poursuivi est l'harmonisation d'un ensemble plus thématique qui vise explicitement les règles de droit international privé en matière d'obligations contractuelles ou non, civiles ou commerciales, au niveau communautaire. En effet, la Commission européenne construit un ensemble relatif à la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), non contractuelles (« Rome II »)^{Note 34} et à la juridiction compétence en matière civile et commerciale (« Bruxelles I »)^{Note 35}. Cette communautarisation des textes ne justifie que quelques aménagements rendus nécessaires par le passage de convention en règlement qui n'ont pas d'originalité, même s'il convient de relever notamment l'interprétation par la Cour de justice des Communautés européennes, laquelle avait tant manqué à la convention de Rome. Cette construction d'ensemble ne peut qu'être encouragée tant elle permet une meilleure rédaction des textes. Il est cependant regrettable qu'au moment du « formatage » de la convention de Bruxelles, les rédacteurs n'aient pas pensé au futur règlement « Rome I », notamment en adoptant des solutions propres à certains contrats spécifiques comme les contrats de distribution, évitant ainsi les probables difficultés de l'actuel article 5, paragraphe 1^{Note 36}. Cette absence d'anticipation a soulevé la question de la cohérence du droit international privé européen des contrats^{Note 37}.

Le règlement « Rome I » tente de s'insérer avec harmonie, d'une part, dans un ensemble constitué de textes communautaires^{Note 38}. Même s'il convient de noter pour l'approuver que le premier texte maintient l'expression lois de police plutôt que celle utilisée par le second de « dispositions impératives dérogatoires », l'articulation cohérente des règlements « Rome I et II » est visible sur plusieurs aspects^{Note 39}. Trois cas l'illustrent parfaitement. Les six premiers considérants sont les mêmes. De plus, leur champ d'application respectif est délimité de manière identique^{Note 40}. Par ailleurs, certaines questions ont un traitement similaire, notamment l'articulation du règlement avec les conventions internationales, présentes ou à venir^{Note 41}, la réaction face à l'internationalisation d'une situation interne résultant du choix d'une loi étrangère^{Note 42}, l'articulation entre la recherche de la prévisibilité de la loi applicable et la justesse du rattachement^{Note 43}, la loi applicable entre coobligés^{Note 44}, la définition de la résidence habituelle d'une partie^{Note 45}. L'articulation n'est pas totale comme le montre l'importante question de la loi applicable aux négociations contractuelles. Le règlement « Rome I » l'exclut de son domaine alors que le règlement « Rome II » l'envisage mais pour s'en remettre, par principe à la *lex contractus* qui est déterminée par le premier texte^{Note 46}. Cette recherche de cohérence entre les règlements « Rome I et II » est étendue au règlement « Bruxelles I »^{Note 47}. En outre, l'article 23 du règlement « Rome I » dispose que sous réserve des contrats d'assurance, le règlement n'affecte pas l'application des dispositions de droit communautaire qui, dans des domaines particuliers, règlent les conflits de lois en matière d'obligations contractuelles.

Cette recherche de cohérence est parfois, presque de façon anodine, insérée dans le préambule alors même qu'il s'agit d'énoncer des règles qui dépassent largement la seule motivation du texte mais servent plutôt, comme une boussole le navire « Rome I » et les autres navires – « Rome II » et « Bruxelles I » – à effectuer une navigation d'ensemble, en précisant le cap. Le considérant 7 illustre parfaitement cette idée. Il se contente d'indiquer que « le champ d'application matériel et les dispositions du présent règlement devraient être cohérents » avec les règlements « Bruxelles I » et « Rome II ». Pour l'observateur non averti des textes communautaires, il s'agit simplement d'un vœu sans grande conséquence. En revanche, les spécialistes savent qu'une telle disposition a une importance considérable. Elle montre la volonté clairement exprimée des institutions communautaires de donner un sens identique aux notions communes à ces trois règlements relatifs au droit international privé communautaire des obligations^{Note 48}. À la suite de cette rédaction, il conviendra de lire le règlement « Rome I » en ayant en l'esprit la jurisprudence

communautaire élaborée sur le fondement de la convention et du règlement « Bruxelles I »^{Note 49}. Sont particulièrement concernées les décisions relatives aux articles 2 et 5, paragraphes 1 et 3. Sur ces points, les jurisprudences des États membres n'étaient pas toujours uniformes comme l'illustre la question des rapports entre contractants extrêmes dans les chaînes de contrats translatives de propriété^{Note 50}. Aujourd'hui, la tendance est à l'alignement^{Note 51}. Si on peut regretter avec certains qu'une disposition ayant des conséquences si importantes soit insérée dans un simple préambule et non dans le corps du texte, il convient cependant de se réjouir d'un tel alignement qui participe à la sécurité juridique, à la prévisibilité des solutions et est utile au commerce international.

11. - D'autre part, le texte tente de s'insérer dans un ensemble comportant des instruments conventionnels. L'article 25 du règlement pose le principe qu'il ne peut affecter les conventions internationales existantes, réserve faite de celles conclues exclusivement entre deux ou plusieurs États membres et qui concernent des matières qu'il règle^{Note 52}. Il ne s'agit pas véritablement d'une nouveauté mais d'une continuité par rapport à la convention de Rome^{Note 53}. Pour la France, la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux ventes à caractère international d'objets mobiliers corporel va malheureusement continuer à s'appliquer, tout comme la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaires et à la représentation. Pour les acteurs du commerce européen qui souhaitaient une unification des règles de conflits en Europe pour deux types importants de contrats, il s'agit d'une occasion manquée^{Note 54}. Reste à souhaiter qu'une réflexion soit menée en France sur l'opportunité d'une dénonciation du premier de ces textes^{Note 55}.

12. - En troisième lieu, la désignation de loi applicable au contrat doit reposer sur l'autonomie de la volonté. C'est l'une des fondations du règlement « Rome I ». Le considérant 11 rappelle que « la liberté de choisir le droit applicable devrait constituer l'une des pierres angulaires du système de règles de conflit de lois en matières d'obligations contractuelles ». Jusqu'où doit aller cette autonomie de la volonté ? Peut-elle permettre d'opter pour un droit non étatique ? La proposition de 2005 était dans ce sens. Elle envisageait de permettre aux contractants de soumettre leur accord à des « principes et règles de droit matériel des contrats, reconnus au niveau international ou communautaire ». Certes cette voie soulevait des difficultés^{Note 56}. Elle avait ses partisans et ses détracteurs. Faute d'accord, elle s'est résumée à deux considérants plus modestes qui contribuent à brouiller le chemin dans la mer^{Note 57}.

Le navire « Rome I » navigue dans les eaux européennes mais aussi internationales. Convient-il d'envisager sa seule intégration harmonieuse dans les premières en oubliant les secondes ? Cette voie choisie par la proposition de 2005 pouvait emporter l'adhésion, la possibilité de choisir un droit non étatique prenant en compte une telle préoccupation. Le préambule du règlement « Rome I » opte pour un choix différent et semble éliminer les doutes suscités par la proposition de 2005. Aux termes du considérant 13, « il n'est pas interdit aux parties d'intégrer par référence dans leur contrat un droit non étatique ou une convention internationale ». Le dit ici est moins important que le non-dit : les parties n'auraient donc pas la faculté de choisir un droit non étatique autrement qu'en l'incorporant dans le contrat. Ce n'est pas une nouveauté. Elles ne devraient pas pouvoir aller plus loin, ce qui est dommage, le règlement « Rome I » étant ici très peu réceptif aux textes internationaux. Or, la mondialisation des échanges, encore illustrée par la crise financière d'abord américaine puis planétaire montre que la situation globale des échanges doit être privilégiée. Était-il si critiquable que cela de permettre aux parties de choisir comme loi applicable des « principes et règles de droit matériel des contrats » dès lors qu'une telle possibilité est sans préjudice de l'application d'une loi de police d'un État auquel le contrat se rattache ? En outre, et la boussole qu'est le préambule ne joue pas vraiment son rôle, cette possibilité de choisir un droit non étatique est-elle vraiment définitivement exclue ? Le considérant 14 préserve la possibilité qu'un éventuel futur instrument communautaire sur des règles matérielles de droit des contrats prévoit que les parties peuvent choisir ces règles. La boussole indique bien le cap. Est-ce celui du droit étatique ou celui d'un droit non étatique, mais d'origine communautaire ? On pense alors ici – en raison de l'abandon du projet de droit européen des contrats – au cadre commun de référence, ce qui est bien curieux. En effet, le préambule ne semble pas donner la possibilité aux parties de choisir des textes connus, par exemple les Principes UNIDROIT relatifs aux contrats du commerce international ou les Principes européens du droit des contrats alors même qu'ils influencent largement les droits internes européens^{Note 58}. Mais en même temps, il préserve la possibilité d'opter pour les textes dont le contenu et la date de réalisation à ce jour sont incertains^{Note 59}.

13. - En quatrième lieu, Il s'agit de contribuer à la « sécurité juridique » et d'assurer la « prévisibilité du droit applicable » l'idée étant reprise dans plusieurs considérants^{Note 60}. C'est sans doute cet objectif qui justifie les modifications importantes apportées à l'article 4 de la convention^{Note 61}. C'est le même esprit qui explique la définition de la résidence habituelle des

personnes morales retenue par l'article 19^{Note 62} . Le considérant 39 précise sur ce point que contrairement à l'article 60 du règlement « Bruxelles I » qui propose trois critères, « la règle de conflit de lois devrait se limiter à un seul critère », car à défaut, « les parties seraient dans l'impossibilité de prévoir la loi applicable à leur situation »

Mais n'est-ce pas contradictoire d'affirmer ces objectifs dans le préambule, de les traduire par des articles plutôt clairs et en même temps d'ajouter dans le premier des dispositions qui ne vont pas dans le même sens, notamment en ne dissociant pas le choix du droit applicable et celui du juge compétent ? La proposition de 2005 indiquait : « si les parties sont convenues d'un tribunal ou des tribunaux d'un État membre pour connaître les différends nés ou à naître relatifs au contrat, il est présumé que les parties ont également entendu choisir la loi de cet État membre ». Cette disposition a disparu du dispositif du règlement mais a été introduite dans son préambule dont le considérant 12 indique qu'« un accord entre les parties visant à donner compétence exclusive à une ou plusieurs juridictions d'un État membre pour connaître des différends liés au contrat devrait être l'un des facteurs à prendre en compte pour déterminer si le choix de la loi a été clairement énoncé ». Certes, il ne s'agit désormais plus d'une présomption, mais les critiques qui avaient été adressées au texte de la proposition sont encore d'actualité^{Note 63} . Si les parties qui optent pour un juge n'effectuent pas un choix envers une loi applicable, cela peut aussi être un choix, celui précisément de ne pas choisir. Le non-choix peut-être une stratégie pour celui qui sait qu'*in fine*, l'application des règles de droit international privé conduira à un droit applicable qui lui est favorable. En outre, même en admettant la solution, pourquoi la limiter à la seule désignation d'une juridiction située dans l'Union ? Convient-il de ne pas prendre en compte une désignation simplement parce que l'accord des parties ne conduit pas à une juridiction d'un État membre ? On peine à voir la logique, d'autant plus qu'aujourd'hui, la mondialisation est une réalité.

14. - Comment expliquer que de simples considérants aient un contenu qui dépasse largement la seule motivation ? Le rédacteur du texte semble avoir eu manifestement et sciemment la volonté de leur conférer une portée plus grande. Il s'agit d'une sorte de boussole qui donne des indications à l'interprète sur les objectifs visés. De nouveau, une comparaison entre la proposition de 2005 et le règlement lui-même est significative : certains points, d'abord énoncés dans le dispositif lui-même ont été, faute de consensus politique, écartés, et se sont retrouvés comme par miracle dans des considérants. Une question se pose alors : quelle est la valeur juridique des considérants ?

B. - L'efficacité du préambule : de probables effets juridiques

15. - *A priori*, les considérants ne devraient pas contenir de dispositions à caractère normatif. On laissera de côté ici le débat pourtant important sur la légitimité du procédé consistant à insérer dans le préambule des dispositions qui en dépassent largement le cadre pour donner des indications à l'interprète^{Note 64}. On s'intéressera plus particulièrement à l'efficacité du préambule du règlement « Rome I ». Deux questions peuvent se poser.

16. - D'une part, les destinataires du règlement « Rome I » sont-ils obligés par les dispositions contenues dans son préambule ? En France, un exemple vient immédiatement à l'esprit, celui du préambule de la Constitution de 1958. Ses rédacteurs avaient expressément indiqué que ce texte et ses références à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789 et au préambule de la Constitution de 1946 ne devaient pas avoir une portée juridique équivalente à celle du corps de la Constitution. Un amendement qui visait à lui conférer force obligatoire avait été clairement rejeté. Aujourd'hui, à la suite des décisions du Conseil d'État et surtout du Conseil constitutionnel, le préambule a été élevé au même rang que la loi constitutionnelle. Le parallèle avec le préambule du règlement « Rome I » peut être effectué. Comme son devancier, il comporte des dispositions dépassant largement l'objet d'un simple préambule. En se référant aux textes communautaires, un préambule de règlement ne devrait pas avoir un caractère normatif alors même que l'article 249 CE dispose que « *le règlement est obligatoire dans tous ses éléments* ». La lettre du texte est en faveur du caractère obligatoire du préambule car il n'opère pas de distinction. Cependant, il est convenu – c'est le sens de l'esprit du texte – que cette règle vise le seul dispositif du texte, ce qui semble exclure le préambule. D'ailleurs, l'accord interinstitutionnel du 22 décembre 1998 comme le guide pratique du 16 mars 2000 rejettent expressément « tout caractère normatif » au préambule. Il y a donc une similitude avec le préambule de la Constitution de 1958 qui devrait conduire à penser que tous ses considérants ne sont pas appelés à rester privés de toute force obligatoire.

17. - D'autre part, les destinataires du règlement « Rome I » seront-ils avisés de négliger les considérants ? Une réponse négative s'impose à l'évidence. Outre qu'il convient de ne pas écarter sa force obligatoire simplement parce qu'il s'agit d'un préambule, son contenu et notamment les règles qui emportent entièrement l'adhésion, par exemple celles relatives à la cohérence entre les règlements « Rome I », « Rome II » et « Bruxelles I » devraient être lues avec beaucoup

d'attention par les acteurs du commerce international. Elles sont pleines de bon sens et il n'est pas exclu que la Cour de justice des Communautés européennes, comme l'ont fait pour le préambule de la Constitution de 1958 le Conseil d'État et le Conseil constitutionnel, lui confère force obligatoire^{Note 65}. Certes, il y aurait assurément atteinte aux principes démocratiques^{Note 66}. Même si elle paraît en faveur d'une absence de portée normative des motifs d'actes communautaire, la Cour de justice des Communautés européennes semble accorder ses faveurs à une interprétation téléologique des textes communautaires. Comme l'a relevé un auteur, « appliquée au droit dérivé, la prise en considération des objectifs s'appuie sur la volonté et les intentions de l'auteur de l'acte qu'exposent les considérants de celui-ci »^{Note 67}. Cette interprétation contribuerait à conférer à certains considérants du préambule du règlement « Rome I » une force obligatoire équivalente au corps du texte. Sans parier sur l'avenir, il semble bien qu'on s'achemine vers une telle voie qui n'aurait pas que des inconvénients.

18. - Par prudence, les parties devront donc tenir compte du préambule du règlement « Rome I » car la Cour de justice des Communautés européennes pourrait lui conférer force obligatoire, ce qui aurait d'importantes conséquences pratiques, les juges nationaux devant suivre une telle interprétation. Il n'est d'ailleurs pas exclu qu'avant même que le juge communautaire se prononce expressément, un juge national puisse parfaitement se référer à ces considérants et ainsi consacrer leur force obligatoire.

19. - Quelles que soient les réserves et les critiques, le préambule très original du règlement « Rome I » semble également donner aux parties à un litige la possibilité de défendre leurs droits et à la Cour de justice des Communautés européennes celle de pouvoir exercer un contrôle de légalité^{Note 68}, ce qui est aussi son rôle. Il est une boussole qui guide le navire « Rome I » vers le bon port. Encore faudra-t-il éviter les épaves d'autres navires et plusieurs écueils, mais là est le rôle du radar.

2. LE RADAR : UNE REAFFIRMATION DE LA LIBERTE CONTRACTUELLE ET UNE RECHERCHE DE LA PREVISIBILITE DES SOLUTIONS

20. - Pour atteindre le bon port définit par le préambule, encore faut-il que le navire « Rome I » ait un système de radar efficace. Quel est ce radar ? En laissant de côté la protection des parties

faibles, les règles générales de la convention de Rome reposaient très clairement sur deux piliers, l'autonomie de la volonté et le principe de proximité. La proposition de 2005 avait changé ces piliers, maintenant le premier en l'aménageant et supprimant le second. Si l'appréciation de la doctrine n'était pas uniforme sur ce second choix, au moins était-il clair. La faveur était donnée à la sécurité juridique dans l'espace judiciaire européen. Tout en maintenant cet objectif, le règlement « Rome I » semble effectuer un retour aux piliers de la convention et en même temps il donne une place prépondérante au renforcement de la sécurité juridique. Le radar du règlement « Rome I » repose principalement sur des règles réaffirmant la liberté de choix de la loi applicable (A) et sur la recherche d'une prévisibilité des solutions (B).

A. - La réaffirmation de la liberté de choix de la loi applicable

21. - L'affirmation est-elle totale ou doit-elle être nuancée ? Il a déjà été indiqué que le considérant 11 du préambule fait de la liberté des parties de choisir le droit applicable « *l'une des pierres angulaires du système des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles* ». Comment se traduit cette idée ? Le principe de l'autonomie de la volonté est posé (1°) tout comme ses limites (2°).

1° Le principe de l'autonomie de la volonté

22. - Les règles posées par l'article 3 du règlement « Rome I » sont quasiment identiques à celle de son devancier. La lettre du texte mérite d'être sommairement rappelée. Comme la convention, le règlement reprend la règle selon laquelle « le contrat est régi par la loi choisie par les parties ». Il était difficile de faire autrement, cette règle étant commune à la plupart des systèmes de droit international privé. Il ajoute des précisions qui étaient déjà également présentes dans la convention : choix exprès ou résultant de façon certaine des dispositions du contrat, dépeçage du contrat...

23. - Une fois le principe de l'autonomie de la volonté affichée, les colégislateurs européens avaient une option dans la définition des conditions dans lesquelles le choix des parties doit se manifester pour être pris en compte. Soit ils choisissaient de faire prévaloir la sécurité juridique en

exigeant que la volonté soit très clairement exprimée, soit ils donnaient une certaine place au choix tacite. La convention de Rome s'était inscrite dans cette deuxième voie, suivie sur ce point par le règlement « Rome I » qui pourtant se veut en faveur de la sécurité juridique. En effet, une solution est-elle encore prévisible et la sécurité juridique est-elle présente lorsque le juge dispose d'une marge de manœuvre importante ? Dans la proposition de 2005, l'article 3, paragraphe 1, deuxième phrase, invitait les juges à prendre en compte non pas la volonté purement hypothétique, mais une volonté tacite réelle des parties. Pour cela, il pouvait intégrer le « comportement des parties », en plus des dispositions du contrat et des circonstances de la cause. N'apportant pas de clarification, cette précision n'a pas été retenue. Les nouvelles règles relatives au principe de l'autonomie de la volonté n'ont pour principale originalité que leur rejet des solutions contenues dans la proposition de 2005.

2° Les limites à l'autonomie de la volonté

24. - D'une part, il s'agit des limites classiques que sont les lois de police et l'exception d'ordre public^{Note 69}. Les mêmes instruments existaient déjà dans la convention même si la source communautaire du règlement apporte des difficultés nouvelles. D'autre part, le règlement « Rome I » semble innover sur un point par rapport à la version antérieure de l'article 3, paragraphe 4. D'après ce dernier « *lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment de ce choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix fait par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions de droit communautaire auxquelles il n'est pas permis aux parties de déroger par accord, et telles que mise en œuvre par l'État membre du for* ». S'agit-il vraiment d'une innovation qui a d'importantes conséquences^{Note 70} ? Par rapport au règlement « Rome I », la réponse est positive. Toutefois, le mécanisme est connu des spécialistes du droit international privé communautaire puisqu'il a été consacré par certaines directives européennes en matière de protection des consommateurs^{Note 71}. En outre, il s'agit simplement d'une généralisation du mécanisme à l'ensemble des obligations contractuelles^{Note 72}.

B. - La recherche de la prévisibilité des solutions et le maintien d'une certaine proximité résiduelle

25. - Dans la convention de Rome, pour l'essentiel, en dehors des solutions propres à certains contrats, à défaut de loi choisie par les parties, le schéma suivant en « trois temps » est appliqué. Un principe est posé par l'article 4, paragraphe 1. Le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits. Une présomption est établie pour préciser ce principe général : « il est présumé que le contrat présente les liens les plus étroits avec le pays où la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a, au moment de la conclusion du contrat, sa résidence habituelle, ou s'il s'agit d'une société, association ou personne morale, son administration centrale. Toutefois, si le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle de cette partie, ce pays est celui où est situé son principal établissement ou si, selon le contrat, la prestation doit être fournie par un établissement autre que l'établissement principal, celui où est situé cet établissement »^{Note 73}. La prestation caractéristique est celle en contrepartie de laquelle le paiement est dû, celle qui confère leur physionomie à la plupart des contrats synallagmatiques^{Note 74}. La présomption ci-avant exposée est écartée dans deux situations prévues par l'article 4, paragraphe 5 : lorsque cette prestation caractéristique ne peut être déterminée ou lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances que le contrat présente les liens les plus étroits avec un autre État (que celui du débiteur de la prestation caractéristique). C'est le cas lorsque de nombreux éléments pertinents, par exemple le lieu de conclusion du contrat, lieu d'exécution, monnaie du contrat, nationalité des parties convergent vers un pays autre que celui du débiteur de la prestation caractéristique. Dans ce cas, le juge étatique détermine directement la loi avec laquelle le contrat présente les liens les plus étroits en évaluant les points de contact que le contrat présente avec différents pays : c'est un retour au principe général en application de la clause d'exception. Un arrêt de 2005 illustre d'ailleurs la mise en œuvre de cette clause à propos d'un contrat de travail^{Note 75}.

26. - Ce système a été très critiqué. Pour l'essentiel, il était considéré comme créant une insécurité un peu trop grande dans un domaine où la prévisibilité doit être la règle. En simplifiant à l'extrême la présentation, les articles 4 et 5 du règlement « Rome I » appelés à remplacer l'article 4 de la convention de Rome ne suppriment pas tous ces inconvénients mais traduisent un changement important dans la méthode qui emporte en partie l'adhésion. La clé de voûte du système reste la recherche de la prévisibilité des solutions. Elle aurait dû avoir pour conséquence

la suppression de la clause d'exception comme le prévoyait logiquement la proposition de 2005. On est au cœur même du radar et aucune marge d'erreur n'est admise. Et pourtant, c'est une voie médiane et contestable qui a été choisie. La proclamation du principe de proximité, qui consiste à rechercher d'emblée les liens les plus étroits, a été supprimée^{Note 76} et remplacée par l'adoption de règles plus directes de rattachements principaux^{Note 77}. Ce sont également des rattachements de ce type qui viennent remplacer les deux présomptions spéciales prévues par les articles 4, paragraphe 3, et 4, paragraphe 4, de la convention de Rome. Les contrats immobiliers sont insérés dans la liste de l'article 4 et les contrats de transport sont l'objet d'un article 5. Mais en même temps il a été choisi de maintenir une certaine proximité et souplesse, à titre très subsidiaire, résiduelle, laissant ainsi une certaine marge de manœuvre au juge et par conséquent un « flottement » de radar. Ainsi, de central dans la convention de Rome, le critère de la prestation caractéristique est relégué au second plan et la clause d'exception a été maintenue. Il est opportun de présenter plus en détail ces modifications.

1° L'adoption de règles plus directes : les rattachements principaux

27. - Dans le règlement « Rome I », excepté pour certains contrats, la règle de « principe » posée par l'article 4 est désormais une liste de huit rattachements principaux concernant des contrats nommés. La détermination de la loi applicable selon cet article vaut pour l'ensemble du contrat^{Note 78}. L'article 4 est une des innovations majeures du nouveau règlement. En effet, en adoptant des règles spécifiques aux contrats les plus importants du commerce international, le règlement « Rome I » limite considérablement les cas de recherche de la prestation caractéristique.

28. - Les contrats les plus importants du commerce international en général ont désormais un rattachement dépendant de règles plus directes. Alors que pour la plupart des contrats, à l'exception de quatre d'entre eux, la convention prévoyait en l'absence de choix effectué par les parties l'application de la loi de la résidence habituelle de la partie qui fournit la prestation caractéristique, ce qui obligeait à effectuer une recherche soulevant difficultés et incertitudes, le nouveau texte élargit considérablement les hypothèses de solutions directes. Il transforme les simples présomptions en règles fixes. Cette innovation n'a *a priori* pas vraiment d'impact pratique important pour les contrats de vente, de prestation de services, de transport ou les contrats relatifs

aux droits réels immobiliers. Dans ces cas, vont respectivement s'appliquer les lois de résidence habituelle du vendeur, prestataire de services, transporteur et celle du pays où est situé l'immeuble. La seule économie importante est celle de la recherche de la prestation caractéristique, la solution étant clairement affirmée aux articles 4 paragraphe 1, points a à d du règlement « Rome I ». Pour ces contrats, la nouvelle solution reconduit la solution conventionnelle, explicitant simplement le critère général et connu de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique. Mais sous l'apparence d'une simple continuité, une nouvelle rédaction peut soulever des difficultés.

29. - Dans la grande catégorie des contrats de vente de « biens », le principe reste le rattachement du contrat à loi du pays du vendeur.

La qualification de contrat de vente de biens peut être source de contentieux. Convient-il d'entendre cette notion au sens large comme englobant les meubles corporels, mais aussi les meubles incorporels et les immeubles ? Dans une telle interprétation, les dispositions la concernant seraient applicables à la vente par exemple d'un fonds de commerce, d'un instrument financier ou même d'un immeuble. Les ventes de biens seraient donc plus larges que les ventes « d'objets mobiliers corporels » de la convention de La Haye ou les « ventes de marchandises », expression utilisée par la convention de Vienne du 11 avril 1980 sur les contrats de vente internationale de marchandise et le règlement « Bruxelles I ». Cette interprétation n'est pas logique. Il convient d'entendre le terme « biens » dans le sens étroit de « marchandises ». En effet, même s'il est rédigé un peu maladroitement, le considérant 17 précise que les notions employées dans l'article 4, paragraphe 1, reçoivent une interprétation identique à celle qui vaut dans le cadre de l'article 5 du règlement « Bruxelles I ». Par ailleurs, la version anglaise du texte concerné est plus claire en visant les *sales of goods*.

30. - Indépendamment de cette question relative à la qualification, deux originalités méritent d'être signalées. D'une part, de façon plus novatrice, le règlement envisage le contrat de vente de bien aux enchères et le soumet non pas à la loi du vendeur, mais à celle du pays où la vente a eu lieu, si ce pays peut être déterminé. Quelle est la solution en cas de vente aux enchères électroniques ? Le règlement « Rome I » n'apporte pas de réponse à cette question. Convient-il, en ayant en l'esprit l'innovation suivante, de le rattacher à la loi du pays de l'institution présidant aux enchères^{Note 79} ? D'autre part, et sur ce point, il est également novateur, le règlement envisage le rattachement relatif au « contrat conclu au sein d'un système multilatéral assurant ou facilitant la rencontre de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour les instruments

financiers, au sens de l'article 4, paragraphe 1, point 17, de la directive 2004/39/CE selon des règles non discrétionnaires ». Ce contrat est soumis à la loi du pays régissant le système multilatéral en cause. La formule utilisée par le point h de l'article 4, paragraphe 1, est assez obscure. Il s'agit en réalité de contrats portant sur des instruments financiers et négociés sur un marché réglementé – par exemple Eurolist opérée par Euronext Paris – ou un système multilatéral de négociation, par exemple Alternext^{Note 80}. D'après la directive concernant les services d'investissement, un marché réglementé est un système multilatéral exploité ou géré par un opérateur de marché assurant ou facilitant la rencontre, en son sein même et selon des règles non discrétionnaires, de multiples intérêts acheteurs et vendeurs exprimés par des tiers pour des instruments financiers admis à la négociation dans le cadre de ses règles et/ou de système et qui est agréé et fonctionne conformément aux dispositions relatives notamment aux conditions d'agrément, aux exigences auxquelles l'exploitant du marché doit se soumettre, aux règles de suspension, d'administration et de radiation, aux exigences de transparence et de post négociation...

Désormais, un contrat conclu sur les marchés réglementés se voit appliquer en principe une loi unique, celle du marché lui-même. Sont ainsi écartées la nationalité ou la résidence habituelle des parties. Il aurait été difficile de se fonder sur ce critère tant une multitude d'acheteurs et vendeurs intervenant sur ces marchés particuliers le font de manière anonyme. Ce principe ne s'applique qu'aux aspects privés du contrat conclu dans ces systèmes multilatéraux de négociation et seuls les marchés organisés sont concernés en raison de nombreux risques. En revanche, la solution est différente lorsque les internalisateurs^{Note 81} systématiques se portent contractants des ordres de leurs clients en dehors de ces marchés. Il ne s'agit plus d'une opération entre plusieurs parties mais simplement bilatérale qui relève d'une vente classique et les risques sont différents. Par conséquent, la règle de l'article 4 paragraphe 1, point h), exclut les contrats conclus par l'intermédiaire des internalisateurs systématiques. Sont également exclus de cette règle les contrats exécutés par des systèmes de paiement et de règlement des opérations sur titre^{Note 82} car elle ne concerne que les contrats conclus par des systèmes multilatéraux et non leur exécution^{Note 83}. Ces deux solutions sont véritablement novatrices et dérogent à l'idée que les contrats de vente sont rattachés à la loi du pays du vendeur. Il convient de ne pas oublier que pour les ventes de marchandises, les dispositions de l'article 4, paragraphe 1, points a) et g), ne devraient pas, en principe, s'appliquer en France en raison de la prévalence de la convention de La Haye du 15 juin 1955 sur la loi applicable aux vente à caractère international d'objets mobiliers corporels^{Note 84}.

31. - Pour les contrats de prestation de services en général, le rattachement principal à « la loi du pays dans lequel le prestataire de services a sa résidence habituelle » n'est pas vraiment original. La seule question qui se pose ici est relative à la qualification des contrats de fourniture de services en général et celle des franchises et distribution en particulier^{Note 85}. Le considérant 17 précise en effet que « les contrats de franchise ou de distribution, bien qu'ils soient des contrats de services, font l'objet de règles particulières ». Cette rédaction est malheureuse et regrettable^{Note 86}. D'une part, elle méconnaît la nature de ces contrats en optant pour une conception unitaire. La franchise comme la concession sont des opérations contractuelles complexes associant un contrat cadre et des contrats d'application^{Note 87}. Cette qualification globale et sans distinction n'est pas opportune. D'ailleurs, à juste titre, la Cour de cassation française a décidé que le contrat de concession n'était ni une vente, ni une fourniture de services^{Note 88}. Les mêmes critiques sont accentuées pour la franchise^{Note 89}. Une distinction doit clairement être effectuée entre les franchises selon qu'elles sont de distribution, de service ou industrielle. Seule la deuxième peut être qualifiée de contrat de fourniture de service, en gardant cependant à l'esprit la distinction contrat cadre et contrat d'application. Il est souhaitable que la Cour de justice des Communautés européennes se prononce assez vite sur cette qualification pour éviter des divergences de jurisprudence dans les États membres qui auraient pour effet de faire perdre au règlement « Rome I » son utilité.

32. - Pour les contrats de « distribution »^{Note 90}, les innovations sont majeures et prévues par les points *e* et *f* de l'article 4, paragraphe 1. Le premier texte dispose « *le contrat de franchise est régi par la loi du pays dans lequel le franchisé a sa résidence habituelle* » alors que d'après le second « *le contrat de distribution (concession) est régi par la loi du pays dans lequel le distributeur a sa résidence habituelle* ». Cette nouvelle solution doit être approuvée. Elle protège les intérêts du distributeur, sans léser ceux des fournisseurs et, surtout, elle assure la sécurité juridique^{Note 91}. Elle intervient dans un contexte particulier de divergence entre les jurisprudences des États européens et même entre les auteurs. En l'absence de choix, les uns sont favorables à l'application de la loi du distributeur alors que les autres préfèrent celle du fournisseur. En se limitant à la France, la Cour de cassation s'est prononcée en 2001^{Note 92} et 2003^{Note 93} en faveur de l'application de la loi de l'État du concédant. Si on avait critiqué la solution adoptée par la Cour, il était toutefois important qu'elle maintienne le cap, au risque de déstabiliser les acteurs du commerce international. Cette solution et ce risque sont désormais mis entre parenthèse par la

nouvelle rédaction de l'article 4 qui a d'importantes vertus, notamment d'unifier les solutions pour les contrats de « distribution ». Il pourrait même avoir des conséquences positives sur l'application de l'article 5, paragraphe 1, du règlement « Bruxelles I » aux contrats de distribution^{Note 94}, abstraction faite de la question de qualification déjà évoquée^{Note 95}.

33. - Les contrats portant sur des immeubles ont également vu leurs règles en partie évoluer. D'après l'article 4, paragraphe 1, point c), « *le contrat ayant pour objet un droit réel immobilier ou un bail d'immeuble est régi par la loi du pays dans lequel est situé l'immeuble* ». Il n'y guère de changement par rapport à la règle qu'énonçait la convention de Rome sous forme de présomption. Le domaine de cette règle devrait donc être identique. D'une part, elle vise la vente d'immeuble, les constitutions d'usufruit ou de servitude. D'autre part, les baux d'immeubles sont également concernés. La convention de Rome évoquait le « contrat ayant pour objet un droit d'utilisation d'un immeuble », ce qui englobait par exemple le prêt d'un immeuble. Par souci d'harmonisation avec le règlement « Bruxelles I » et plus particulièrement son article 22, paragraphe 1, l'article 4, paragraphe 1, point c) est limité au « bail », ce qui est plus restrictif.

Il convient d'ajouter que l'article 4, paragraphe 1, point d), prévoit un rattachement spécial lorsque le bail d'immeuble est conclu en vue de l'usage personnel temporaire pour une durée maximale de six mois. Ici aussi, la règle de conflit a été prévue pour couvrir la même situation que celle de l'article 22, paragraphe 1, du règlement « Bruxelles I » et cette harmonisation emporte l'adhésion. Il en ressort que ces locations de courte durée, généralement effectuées pour les vacances, sont régies par la loi de la résidence du propriétaire, à condition que le locataire soit une personne physique et qu'il réside dans le même pays. La solution est prévisible et correspondrait à ce qu'attendent les parties^{Note 96}.

34. - Les contrats de transport sont régis par l'article 5 du règlement qui leur est désormais exclusivement consacré, logé entre les règles de droit commun de l'article 4 et celles spéciales de protection des parties faibles^{Note 97}. Un tel traitement de faveur ne semblait pas *a priori* se justifier, le conflit de lois étatiques devant le juge national étant en matière de contrats de transport subsidiaire et périphérique^{Note 98}. L'importance du transport dans le commerce international justifie cependant des règles propres. Les nouvelles dispositions ne sont pas entièrement originales. Elles effectuent une distinction entre les contrats de transport de marchandises et de personnes.

Le contrat de transport de marchandises, dont la notion est précisée par le considérant 22, est régi par le paragraphe 1 de l'article 5 qui, malheureusement, maintient le rattachement

complexe qui figurait à l'article 4, paragraphe 4, de la convention de Rome. Le texte prévoit l'application de la loi du pays de résidence du transporteur, à condition que le chargement ou la livraison ait lieu dans ce pays ou que l'expéditeur y réside également. Lorsque ce rattachement s'avère défaillant, le nouveau texte propose un autre rattachement en faveur de la loi du lieu de livraison contractuellement convenu. Ce complément est bienvenu et surtout s'intègre parfaitement dans l'objectif de prévisibilité des solutions en ne laissant pas au juge les pleins pouvoirs lorsque le rattachement objectif est inefficace^{Note 99}.

Le contrat de transport de passagers est régi par des règles plus originales, surtout formellement. Il s'agit d'ailleurs d'une nouveauté. Le paragraphe 2 de l'article 5 commence par définir la loi objectivement applicable à défaut de choix, celle de la résidence habituelle du passager, si elle est aussi celle du lieu de départ ou d'arrivée, sinon c'est celle de l'établissement principal du transporteur. Ensuite, il prévoit la possibilité pour les parties de choisir la loi applicable tout en l'encadrant. Le choix ne peut porter que sur la loi de certains pays : pays de résidence du passager ou du transporteur, pays de l'administration centrale de ce dernier, pays du lieu de départ ou de destination. L'autonomie de la volonté est ainsi encadrée. Le fondement de cette nouvelle règle de conflit relative au transport de passager est essentiellement le souci de protéger le passager considéré comme la partie faible du contrat. La technique utilisée emporte en partie l'adhésion. En effet, ces contrats sont souvent d'adhésion et il n'y a pas vraiment de choix^{Note 100}. L'encadrement de l'autonomie de la volonté permet d'assurer une protection satisfaisante du voyageur. Toutefois, parmi les choix possibles, ceux de résidence habituelle ou de l'administration centrale du transporteur vont-ils nécessairement assurer la protection recherchée ? En outre, étant donné que la nouvelle règle a vocation à permettre une protection suffisante, l'article 6 relatif aux contrats de consommation n'est pas applicable au contrat de transport^{Note 101}. Dans certains cas, la protection sera donc insuffisamment assurée.

35. - En résumé, il convient d'avoir à l'esprit que certains contrats expressément visés par l'article 4, paragraphe 1, et l'article 5, paragraphes 1 et 2, sont parmi les plus importants dans le commerce international. En effet, les catégories concernées englobent la vente, contrat le plus courant du commerce international, mais aussi le transport, les franchises et les concessions. Très peu de contrats échappent à son domaine pour relever de l'article 4, paragraphe 2, surtout si l'on garde à l'esprit que des règles propres existent également pour les contrats de consommation, d'assurance ou de travail. En outre, même sans être expressément visés, les contrats de financement

et de garantie – crédit documentaire, garanties autonomes – sont concernés car étant des prestations de services, tout comme les contrats de représentation^{Note 102} et d'intermédiaires. S'agissant de ces derniers, il convient de relever que la proposition de 2005 contenait une disposition spécifique aux contrats conclus par un intermédiaire qui a finalement été supprimée^{Note 103}. Sont également concernés les contrats d'entreprise^{Note 104}, car il s'agit assurément de prestations de services.

2° Le maintien d'une dose de proximité : les rattachements subsidiaires

36. - Le principe de proximité est présent notamment dans les paragraphes 2 à 4 de l'article 4 et le paragraphe 3 de l'article 5, ce dernier étant spécifique au contrat de transport. Ces articles montrent qu'il est désormais résiduel. Il conduira soit à l'application de la loi de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique, soit à celle du pays avec lequel le contrat entretient les liens les plus étroits : la clause d'exception est donc maintenue.

37. - La loi du pays de résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique est issue de l'article 4, paragraphe 2, d'après lequel « *lorsque le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ou que les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a à h du paragraphe 1, le contrat est régi par la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle* »^{Note 105}. Quels sont les contrats concernés par cette exception au principe du paragraphe 1 ? Quelles en sont les modalités d'application ?

L'idée à retenir ici est que pour que le radar de « Rome I » joue bien son rôle, les contrats concernés doivent être résiduels. D'une part, la loi du pays de la résidence habituelle du débiteur de la prestation caractéristique s'applique lorsque « le contrat n'est pas couvert par le paragraphe 1 ». Or, comme déjà indiqué, ce dernier couvre désormais les contrats les plus importants du commerce international. La principale question va donc concerner la qualification exacte de certains contrats^{Note 106}. D'autre part, cette disposition s'applique « lorsque les éléments du contrat sont couverts par plusieurs des points a) à h) ». L'interprétation du texte peut soulever des difficultés. Pris à la lettre, il pourrait conduire à appliquer le paragraphe 2 largement, y compris dans des cas prévus au paragraphe 1, par exemple à la franchise ou à la concession exclusive qui concernent sans doute plusieurs points du paragraphe 1. Ce serait oublier l'esprit du texte qui n'est prévu que pour compléter les rattachements fixes prévus au paragraphe 1. Ainsi, pour les contrats

mélangeant des genres différents, les juridictions nationales ne devraient-elles pas rechercher le genre dominant pour appliquer à l'ensemble du contrat le rattachement qui lui correspond sur le fondement du paragraphe 1 ? Le règlement « Rome I » jouerait alors parfaitement son rôle en faveur de la sécurité juridique. Cette hypothèse ne devrait donc concerner que les contrats très complexes. Sans doute était-il difficile de faire autrement. En définitive, pour la très grande majorité des contrats et surtout ceux les plus importants du commerce international, le paragraphe 2 ne devrait pas être sollicité, le paragraphe 1 s'appliquant. Pour les autres contrats, il appartiendra à la Cour de justice des communautés européennes de donner des directives d'interprétation. Cette catégorie devrait toutefois demeurer résiduelle.

38. - S'agissant des modalités d'application du rattachement du paragraphe 2 de l'article 4, il n'y a pas de véritable changement par rapport à la convention de Rome, sauf peut-être à signaler que dans cette dernière, ce rattachement était de principe alors que désormais il est simplement résiduel dans le règlement. En outre, il est désormais une règle de conflit classique et non une simple présomption. L'application de « la loi du pays dans lequel la partie qui doit fournir la prestation caractéristique a sa résidence habituelle » doit donc demeurer secondaire... d'autant plus que la règle peut être écartée.

39. - La loi du pays avec lequel le contrat présente les liens les plus étroits a été maintenue dans le règlement « Rome I ». Les spécialistes ont sans doute noté avec satisfaction ou étonnement le maintien d'un tel rattachement dans un système privilégiant la sécurité juridique.

L'article 4, paragraphe 3, du règlement^{Note 107} dispose en effet que « *lorsqu'il résulte de l'ensemble des circonstances de la cause que le contrat présente des liens manifestement plus étroits avec un autre pays que celui visé au paragraphe 1 ou 2, la loi de cet autre pays s'applique* ». La clause d'exception aura donc été sauvée, même si son caractère d'exception est réaffirmé par l'utilisation de l'adverbe « manifestement »^{Note 108} et la limitation aux circonstances « de la cause »^{Note 109}. Toutefois, ne s'agit-il pas de parachuter dans un texte une idée en contradiction totale avec sa philosophie générale ? Suggérée par la proposition de 2005, la suppression de la clause d'exception s'inscrivait parfaitement dans l'objectif visé d'assurer la sécurité du droit applicable à un contrat. Sans doute cette suppression avait suscité de vives critiques^{Note 110}. On avait indiqué ses vertus en ce qu'elle corrige la loi objectivement désignée et permet ainsi une adaptation. Certes, il a été à juste titre souligné que dans certains cas, les divergences doctrinales et jurisprudentielles invitaient à douter de la totale pertinence de la solution de principe, en termes

de justice^{Note 111} . Dans ces cas-là, notamment dans les contrats de franchise, pour essayer de concilier les points de vue, il avait été par exemple suggéré d'effectuer des distinctions en fonction de certains critères ou entre les franchises de distribution et les franchises industrielles. Intellectuellement satisfaisantes, ces solutions auraient eu l'inconvénient majeur de maintenir une casuistique que la suppression de la clause d'exception avait précisément pour but d'éliminer. Même si les critiques adressées par les meilleurs spécialistes du droit international contre la suppression de cette clause peuvent se justifier, il est permis de douter de l'opportunité de son maintien dans un règlement qui fait de la sécurité juridique un de ses guides, son principal instrument de navigation, le cœur de son radar^{Note 112} . Or, par l'intermédiaire de la clause d'exception, n'est-ce pas là conférer un pouvoir important au juge ? La solution est-elle vraiment prévisible alors même que la clause d'exception permet au juge d'aller contre la volonté, certes non clairement exprimée, d'une partie ? Si le juge a une marge de manœuvre dans l'application des critères de rattachement, la prévisibilité des solutions ne semble plus complètement assurée. Il ne s'agit pas d'opposer irrémédiablement prévisibilité et clause d'exception car la souplesse peut avoir des vertus. En outre, la rigidité n'a pas toujours pour effet l'application de la loi qui présente les liens les plus étroits avec le contrat, mais au moins est-elle prévisible. Comme l'avait indiqué la Commission en faveur de la suppression de la clause d'exception « la clé de voûte de l'instrument étant la liberté de choix, il est opportun que les règles applicables à défaut de choix soient les plus précises et prévisibles possibles afin de permettre aux parties de savoir si elles souhaitent ou non exercer cette liberté »^{Note 113} . Un des inconvénients majeurs de cette clause est d'encourager les litiges^{Note 114} .

Aussi, si *a priori* et en théorie, on avait pu regretter que les rédacteurs de la proposition de 2005 « se soient privés des avantages en termes de souplesse que procure une clause d'exception »^{Note 115} , en réalité, les avantages pratiques de la solution de la proposition de 2005 dépassaient largement ses inconvénients tant elle instaurait une prévisibilité plus nette des solutions qui devrait à terme faire disparaître toutes les divergences jurisprudentielles. Il ne fallait d'ailleurs pas exagérer la portée de cette suppression car la clause ne devait être qu'exceptionnellement appliquée. Il convient donc de ne pas corrélativement exagérer la portée de son maintien qui va sans doute réjouir une partie de la doctrine. Dans l'esprit du règlement Rome I, elle doit rester confinée à de rares hypothèses et la Cour de justice des Communautés européennes, qui joue le rôle de phare pour les navires européens, va sans doute veiller à ce qu'elle

le soit^{Note 116}, d'autant plus que pour identifier le pays qui présente les liens les plus étroits, le considérant 20 apporte une précision qui ne va pas dans le sens de la prévisibilité. Il indique qu'il convient de prendre en compte notamment « l'existence de liens étroits du contrat avec un ou plusieurs autres contrats ». Cette précision suscite des interrogations. S'agit-il ici des contrats accessoires, par exemple les sûretés qui, en l'absence de choix d'une loi par les parties, seraient soumis à la loi qui régit le contrat principal ? On s'est demandé s'il était nécessaire que l'autre contrat comporte un choix exprès pour pouvoir influencer la loi applicable à un contrat lié^{Note 117}. Toujours est-il que l'enjeu est fondamental et l'incertitude réintroduite par la clause d'exception ne va pas dans le sens de la sécurité juridique. Cette situation d'incertitude est également illustrée par la présence de la clause d'exception dans les hypothèses de contrats de transport de passagers. Le manque de précision ne pourrait-il pas permettre au juge d'écarter non seulement la loi applicable à défaut de choix, mais aussi la loi choisie par les parties sur le fondement de l'article 5, paragraphe 2, alinéa 2 ? En cas de réponse positive, l'insécurité serait alors totale et pourrait conduire à ne pas protéger le passager^{Note 118}.

40. - Doit également rester résiduelle le recours à l'article 4, paragraphe 4, d'après lequel « lorsque la loi applicable ne peut être déterminée sur la base du paragraphe 1 ou 2, le contrat est régi par la loi du pays avec lequel il présente les liens les plus étroits ». Il s'agit d'une reprise de l'article 4, paragraphe 5, de la convention de Rome. Cet article devrait concerner peu de contrats : contrat de transaction^{Note 119}, contrat d'échange ou contrats d'exploitation du droit d'auteur^{Note 120}.

41. - En définitive, le radar sera-t-il efficace ? Les innovations apportées par le règlement « Rome I » en ce qui concerne la détermination de la loi applicable aux principaux contrats du commerce international vont-elles dans le sens de la prévisibilité des solutions et de la sécurité juridique ? La réponse est incontestablement positive : l'adoption de règles fixes est préférable à des solutions qui varient en fonction de l'interprétation des divers juges nationaux. Elle est particulièrement opportune pour les « contrats de distribution » car elle évite une casuistique critiquable. La contradiction apparente entre la transformation de présomptions en règles fixes, accordant une priorité à la sécurité juridique et le maintien de la clause d'exception permettant une certaine flexibilité ne doit être minimisée ni exagérée, la Cour de justice des Communautés européennes devant veiller à ce que le navire arrive à bon port. Reste maintenant à voir si un autre élément sans lequel la navigation n'aurait aucun intérêt va jouer son rôle, la coque.

3. La coque : une protection efficace des parties faibles

42. - C'est un objectif prioritaire que résume sans ambiguïté le considérant 23 du règlement « Rome I » d'après lequel « s'agissant des contrats conclus avec des parties considérées comme faibles, celles-ci devraient être protégées par des règles de conflit plus favorables à leurs intérêts que ne sont les règles générales ». On aurait pu s'attendre à un bouleversement des règles relatives aux contrats conclus par une partie faible, notamment à la suite de certaines dispositions contenues dans la proposition de 2005, spécialement en ce qui concerne les contrats de consommation. Le texte final ne les reprend pas et consacre sur plusieurs points importants des règles quasiment identiques à celles de la convention de Rome, même si quelques modifications opportunes ont été effectuées. Est-ce à dire que la coque du navire protégeait déjà bien – et continuera à le faire – les parties faibles ? La convention assurait une protection satisfaisante qui a évolué et aurait pu être améliorée^{Note 121}. La protection envisagée ici n'est pas d'ordre substantiel mais conflictuel^{Note 122}. Si la faculté de désigner la loi applicable est maintenue, une faveur est accordée à l'application de dispositions impératives de la loi de résidence habituelle de la partie faible, avec toutefois des nuances.

43. - Le nouveau texte ne définit pas la notion de partie faible. Si on pense classiquement au travailleur et au consommateur, la question se pose pour l'emprunteur, le locataire, la caution profane, le professionnel dans un contrat de dépendance ou même l'assuré. Pour ce dernier, le texte prend position. En effet, suivant en cela l'exemple du règlement « Bruxelles I », il inclut l'assuré dans les parties faibles. L'analyse du texte montre que s'il reprend les dispositions spécifiques aux contrats de consommation et aux contrats individuels de travail, la grande nouveauté est l'insertion entre ces deux parties faibles d'une troisième catégorie, les contrats d'assurance. La faveur aux parties faibles est assurée par divers moyens. Doivent être envisagées la protection spécifique des parties faibles (A), mais aussi une protection générale par le recours aux lois de police (B).

A. - La protection spécifique des parties faibles

44. - Elle concerne notamment les contrats de consommation, les contrats relatifs au commerce électronique, les contrats d'assurance et les contrats individuels de travail

1° Les contrats de consommation et les contrats relatifs au commerce électronique

45. - La protection internationale des consommateurs est une des missions prioritaires de la Communauté européenne. Elle a été au centre des débats si on prend en compte la longueur des considérants introductifs qui lui sont consacrés^{Note 123}. Dans ce domaine, la modernisation des solutions était inévitable^{Note 124}. Non seulement la convention de Rome n'était plus adaptée à l'évolution de la société et aux mutations technologiques, mais en plus les règles classiques relatives à la loi applicable et à la juridiction compétente sont inefficaces sur Internet. Le règlement « Rome I » était donc particulièrement attendu sur cette question. Le considérant 24 précise les objectifs recherchés par la règle de conflit de lois, notamment réduire les frais de litiges, prendre en compte l'évolution des techniques de commercialisation à distance, harmoniser les solutions avec le règlement « Bruxelles I ». Ces objectifs sont-ils atteints dans la rédaction de la version finale de l'article 6 ?

Dans la convention de Rome, le principe de l'autonomie de la volonté était très encadré. La proposition de 2005 allait plus loin en écartant toute possibilité de choix de la loi applicable lorsque le consommateur réside habituellement sur le territoire d'un État membre^{Note 125}. Le même texte limitait la protection au consommateur ayant sa résidence dans un État membre^{Note 126}. Ces solutions ont été abandonnées^{Note 127}. Des précisions sont apportées sur les conditions d'application des dispositions protectrices du consommateur en définissant la qualité de consommateur, les circonstances de conclusion du contrat, la nature de ce dernier ainsi que sur les règles applicables.

En premier lieu, l'article 6, paragraphe 1, définit le champ d'application de la protection. D'une part, elle s'applique au consommateur. Sans surprise, le règlement « Rome I » reprend la définition du règlement « Bruxelles I » : il s'agit de la personne physique qui contracte « pour un usage pouvant être considéré comme étranger à son activité professionnelle ». Sans surprise également, la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes relative à la convention et au règlement « Bruxelles I » sera étendue au règlement « Rome I » sur cette notion. D'autre part, elle s'applique, sauf quelques exclusions limitativement énumérées, à tous les contrats passés par les consommateurs.

En deuxième lieu, les circonstances de la conclusion du contrat intègrent les questions de commerce électronique^{Note 128}. Deux hypothèses rendent applicables la loi de résidence habituelle du consommateur. Si le point *a* du paragraphe 1 de l'article 6 vise le cas où le professionnel exerce

son activité dans le pays de résidence habituelle du consommateur, le point b prévoit le cas du professionnel qui, par tout moyen, dirige ses activités vers ce pays ou vers plusieurs pays, dont celui-ci, lorsque le contrat rentre dans le cadre de cette activité. Le consommateur sera protégé en cas de contrats du commerce électronique s'il est prouvé que le professionnel a dirigé ses activités vers lui. Cette utilisation de la notion « d'activité dirigée » n'est pas nouvelle^{Note 129}. Aucune définition n'en est proposée, ce qui est regrettable^{Note 130}. Toutefois, d'importantes précisions sont apportées par diverses interventions d'autorités communautaires, résumées dans le considérant 24 du règlement « Rome I » visant spécifiquement une déclaration conjointe du Conseil et de la Commission relative à l'application de l'article 15 du règlement « Bruxelles I ». Il en ressort qu'est indifférent, pour caractériser cette notion, « le simple fait qu'un site internet soit accessible ». Encore faut-il que « ce site Internet invite à la conclusion de contrats à distance et qu'un contrat ait effectivement été conclu à distance, par tout moyen. À cet égard, la langue ou la monnaie utilisée sur par un site internet ne constitue pas un élément pertinent ». En outre, cette notion peut être retenue « lorsque le site commercial en ligne est un site actif en ce sens que l'opérateur dirige intentionnellement son activité, de façon substantielle, vers cet autre État ». Dans le cas contraire, les dispositions de l'article 5 seraient écartées.

L'utilisation de cette notion « d'activité dirigée » permet d'éviter les inconvénients de l'application de la convention de Rome aux contrats du commerce électronique. Désormais, seul compte le public que le professionnel a voulu viser. Est indifférent le comportement du consommateur mais simplement l'intention du professionnel d'orienter ses activités vers un État déterminé et donc un public précis : c'est l'application de la méthode de focalisation^{Note 131}.

En troisième lieu, comme déjà indiqué, le nouveau texte fait disparaître toute référence à l'objet du contrat. La protection s'applique à tous les contrats conclus par les consommateur mais il exclut de son champ d'application les contrats de fourniture de services lorsque cette dernière se fait dans un pays autre que celui de la résidence du consommateur^{Note 132}, les contrats de transport autres que les voyages à forfait au sens de la directive 90/314/CEE du 13 juin 1990^{Note 133}, les contrats portant sur un droit réel immobilier ou un droit d'utilisation d'un immeuble, sauf droit d'utilisation à temps partiel défini par la directive 94/47/CE du 26 octobre 1994^{Note 134}, les droits et obligations qui constituent des instruments financiers et les droits et obligations qui constituent les modalités et conditions qui régissent l'offre au public et les offres publiques d'achat de valeurs mobilières, et la souscription et le remboursement de parts d'organismes de placement collectif,

dans la mesure où ces activités ne constituent pas la fourniture d'un service financier^{Note 135}, les contrats conclus dans le cadre d'un système relevant du champ d'application de l'article 4 paragraphe 1, point h^{Note 136}. Il convient d'y ajouter les contrats d'assurance et de transport qui relèvent de règles spécifiques. Le texte concerne en revanche les crédits immobiliers.

En quatrième lieu, les règles applicables sont inchangées par rapport à la convention, même si l'article 6 commence par énoncer un rattachement objectif en faveur de la loi du pays où le consommateur a sa résidence habituelle et ce n'est que dans un deuxième temps qu'est mis en lumière l'autonomie de la volonté. Ainsi, Il précise également que lorsque les conditions d'application des dispositions protectrices des consommateurs ne sont pas réunies et que les parties n'ont pas choisi la loi applicable au contrat, on revient aux règles générales des articles 3 et 4 du règlement. Ces dernières aboutiront presque toujours à l'application de la loi de résidence du professionnel. Mais le consommateur ne pourra être privé de la protection que lui assurent les dispositions impératives de la loi objectivement applicable.

46. - Enfin, même si n'a pas été adoptée la solution proposée par le Groupement européen de droit international privé consistant à laisser s'appliquer la règle de droit commun des articles 3 et 4 et de la mettre en concurrence avec la loi éventuellement plus favorable de l'État de résidence habituelle du consommateur, l'objectif de protection du consommateur et l'adaptation de cette nouvelle règle au commerce électronique sont atteints. Les dispositions s'intègrent-elles dans l'objectif général de sécurité juridique ? Une réponse positive doit être apportée, car elles sont plus simples et beaucoup plus prévisibles. La coque doit certes protéger, mais la boussole et le radar ne doivent pas être oubliés.

2° Les contrats d'assurance

47. - Ils constituent une des nouveautés les plus significatives du règlement « Rome I » sur la protection des parties faibles^{Note 137}. Jusqu'à présent, au sein de la Communauté européenne, l'insertion du contrat d'assurance dans un contexte international donnait un résultat très décevant^{Note 138}. Les contrats relatifs aux risques situés sur le territoire des États membres et assurés par un prestataire qui y est établi relevaient des règles de rattachement édictées par deux directives

communautaires^{Note 139} alors que ceux portant sur des risques situés hors du territoire des États membres ainsi que la réassurance étaient soumis à la convention de Rome.

Désormais, le très long article 7 du règlement « Rome I » s'applique à des contrats d'assurance bien définis, ce qui devrait avoir pour mérite de simplifier les choses. Certes, la différence de méthode entre les assurés d'une part, les travailleurs et les consommateurs d'autre part ne s'explique pas. L'article 7 limite l'éventail des lois susceptibles d'être choisies, ce qui peut aboutir à une protection du consommateur d'assurance particulier moins importante dans le règlement par rapport à la convention de Rome. Malgré ces critiques, l'article 7 repose sur un système plus simple.

48. - Le domaine d'application du règlement « Rome I » en matière de contrats d'assurance est bien délimité. Ne sont pas concernés les contrats découlant d'activités menées par des organismes autres que ceux visés à l'article 2 de la directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 relative à l'assurance sur la vie. Sont donc exclus les assurances sociales complémentaires et les contrats de réassurance. Les autres contrats d'assurance entrent dans son domaine^{Note 140}. L'article 7 abroge les dispositions prévues par les directives précitées qui déterminent la loi applicable aux contrats couvrant les risques situés sur le territoire de l'Union européenne. Cet article concerne donc les contrats d'assurance couvrant les grands risques tel que définis par la directive 73/239/CEE du Conseil du 24 juillet 1973, que le risque soit ou non situé dans un État membre^{Note 141} et tous les autres contrats d'assurance, dès lors que le risque est situé à l'intérieur de la Communauté^{Note 142}. Les contrats autres que ceux visés à l'article 7, paragraphe 2, et qui couvrent les risques situés à l'extérieur de la Communauté européenne restent soumis à la règle générale du règlement. Le dépeçage s'applique lorsque les contrats ne relevant pas de l'article 7, paragraphe 2 couvrent plusieurs risques dont un au moins est situé au sein d'un État membre : ce texte s'applique au risque situé sur le territoire de la Communauté européenne alors que relève de la règle générale du règlement le risque situé dans l'État tiers^{Note 143}.

49. - Le règlement prévoit donc un premier critère de rattachement selon l'étendue du risque couvert. Si les « grands risques » sont concernés, c'est l'article 7, paragraphe 2, qui s'applique. Pour les autres contrats et sous réserve que le risque soit communautaire, c'est au paragraphe 3 qu'il faut se reporter. Cette deuxième catégorie concerne les contrats d'assurance-vie et « non-vie » qui ne couvrent pas les grands risques et les contrats couvrant les risques de masse. Une distinction doit

donc être effectuée entre les contrats d'assurance selon qu'ils couvrent ou non des grands risques, sans oublier la situation particulière des assurances obligatoires.

50. - Pour les contrats d'assurance couvrant les grands risques, l'article 7, paragraphe 2, envisage une règle de conflit assez simple : le principe d'autonomie s'applique et à défaut de choix, le contrat est régi par la loi du pays où l'assureur a sa résidence habituelle, une clause d'exception ayant été prévue.

51. - Les contrats d'assurance couvrant d'autres risques tels que précédemment indiqués sont sous l'empire d'une règle de conflit également simple prévoyant une autonomie de la volonté limitée et une règle subsidiaire, applicable à défaut de choix. Les parties peuvent choisir une des lois prédéterminées par le règlement : loi de tout État membre du lieu de situation du risque au moment de la conclusion du contrat, loi du pays de résidence habituelle du preneur d'assurance. Une option est exclusivement réservée au contrat d'assurance-vie : la loi de l'État membre dont le preneur d'assurance est ressortissant. Une autre option est réservée aux preneurs d'assurance exerçant une activité commerciale, industrielle ou libérale lorsque le contrat couvre des risques relatifs à ces activités et que ces risques sont situés dans différents États membres. Dans ces cas, la liberté de choix va s'étendre à l'un des États membres où le risque est situé ou à la loi de la résidence habituelle du preneur

À défaut de choix effectué par les parties conformément à l'article 7, paragraphe 3, alinéa 1, le contrat est régi par la loi de l'État membre où le risque est situé au moment de la conclusion du contrat^{Note 144}. S'il est situé dans plusieurs États membres, le contrat doit être divisé en autant de contrats que de pays où les risques sont localisés, conformément à l'article 7, paragraphe 5. Cet article ne prévoyant le dépeçage que pour les cas visés au paragraphe 3, alinéa 3, et au paragraphe 4, un tel dépeçage est exclu dans les autres hypothèses.

52. - Des règles différentes sont prévues pour les assurances obligatoires. L'article 7, paragraphe 4, point *a* n'est que la reprise des articles 8, paragraphes 2 et 3, de la directive de 1988. D'après ce texte, s'il pèse sur un preneur d'assurance une obligation légale de s'assurer contre un certain risque, l'obligation n'est considérée comme satisfaite que s'il a contracté une assurance qui confère une garantie égale à celle prévue par l'État membre qui a édicté l'obligation. En outre, en cas de contradiction entre la loi de l'État membre où le risque est situé et celle de l'État membre qui impose l'obligation de souscrire une assurance, cette dernière l'emporte. Le règlement semble

laisser une liberté aux États en leur permettant d'évincer toute concurrence avec la loi normalement désignée par les règles de l'article 7^{Note 145}.

53. - Ces nouvelles règles s'intègrent-elles dans l'objectif général du règlement « Rome I » ? Pour l'essentiel, les facteurs de rattachement choisis ne sont pas inconnus du droit communautaire, ce qui devrait favoriser leur application.

3° Les contrats individuels de travail

54. - Des précisions sont apportées aux contrats individuels de travail sans toutefois modifier la philosophie de l'ancien texte^{Note 146}, alors même que des améliorations étaient souhaitables. La liberté de choix de la loi applicable n'est pas supprimée, le texte maintenant la précision que le choix ne peut priver le travailleur de la protection qui résulte pour lui des dispositions impératives de la loi objectivement applicable. Est également maintenue la clause d'exception même si les rédacteurs ont oublié l'adverbe « manifestement ». N'est pas non plus modifiée en profondeur la détermination de la loi applicable à défaut de choix, exceptée qu'une règle plus simple est adoptée. L'article 8 du règlement « Rome I » apporte des précisions à l'article 6 de la convention de Rome. Le paragraphe 2 de l'ex-article 6 est complété par « (...) *pays à partir duquel* ». À défaut de choix, le contrat individuel de travail est régi « par la loi du pays dans lequel ou, à défaut, à partir duquel le travailleur, en exécution du contrat, accomplit habituellement son travail (...) ». Le rattachement objectif est précisé. Comme l'avait expliqué la Commission dans l'exposé des motifs de la proposition de 2005, cet ajout permet de prendre en compte la jurisprudence rendue par la Cour de justice des Communautés européennes en application de l'article 18 du règlement « Bruxelles I » et sa conception large du lieu habituel du travail. En pratique, il devrait permettre d'appliquer cet article au personnel travaillant à bord d'un avion par exemple, s'il existe une base fixe à partir de laquelle est organisé le travail et où ce personnel exerce vis-à-vis de l'employeur (contrôle de sécurité ou enregistrement par exemple). Cette modification aura pour conséquence la rareté des cas d'application de l'article 8, paragraphe 3. D'après ce texte, lorsque le rattachement objectif ne permet pas de déterminer la loi applicable, il convient de donner compétence à la loi du lieu d'établissement d'embauche. Cette règle sera donc

véritablement résiduelle. Les règles de protection spécifique des parties faibles semblent s'inscrire dans l'objectif général du règlement « Rome I ».

B. - La protection générale des parties faibles par les lois de police ?

55. - Le considérant 37 du règlement « Rome I » énonce : « des considérants 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. La notion de loi de police devrait être distinguée de celle de dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord et devrait être interprétée de façon plus restrictive ». Comme sa devancière, le règlement « Rome I » permet que l'application d'une loi, par le jeu de l'autonomie ou par celui des dispositions du règlement, soit remise en cause, exceptionnellement, par les lois de police ou l'exception d'ordre public^{Note 147}. Si le recours à ces notions peut avoir pour effet de rétablir une protection écartée par l'application d'une loi donnée, il doit cependant demeurer exceptionnel. Un tel remède suppose l'intervention d'un juge, dépend d'éléments factuels et par conséquent introduit des éléments n'allant pas dans le sens de la prévisibilité des solutions. L'opportunité d'un tel recours n'est pas toujours justifiée. Toutefois, l'articulation entre les lois de police et les règles spécifiques à la protection des parties faible doit être scrutée au risque de voir les premières avoir un effet néfaste sur les secondes^{Note 148}. Les questions relatives à l'intervention des lois de police ont donc une certaine importance^{Note 149}.

56. - Assez connu en droit international privé, le concept de loi de police est principalement envisagé par l'article 9 du règlement « Rome I »^{Note 150}. Son paragraphe 1 précise « une loi de police est une disposition impérative dont le respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de son organisation politique, sociale ou économique, au point d'en exiger l'application à toute situation entrant dans son champ d'application, quelle que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présent règlement ». Si le contenu de la définition est à première vue classique^{Note 151}, l'innovation consiste à le préciser dans un texte et à adopter une conception restrictive qui pourrait remettre en cause les pratiques nationales ayant recours aux lois de police pour protéger les parties faibles non expressément reconnues comme telles par le règlement. C'est le cas par exemple des contrats de sous-traitance. La Cour de cassation française a récemment qualifié

certaines dispositions de la loi du 31 décembre 1975 sur la sous-traitance de lois de police en se fondant sur leur caractère protecteur d'une partie faible^{Note 152}. Convient-il de se plaindre de la restriction aux dérogations possibles à la loi normalement applicable ? Sauf exception relative à une injustice « manifeste » dans la protection des parties faibles, une réponse négative s'impose : la coque ne doit pas être un frein à l'utilisation du radar pour mener le navire à bon port par une prévisibilité des solutions.

57. - La seconde innovation, dans le prolongement de la première, est la réduction, par les paragraphes 2 et 3 de l'article 9, des cas d'application des lois de police autres que celles émanant de la loi du pays du juge saisi. Le paragraphe 2 précise que le règlement ne peut porter atteinte à l'application des lois de police du juge saisi alors que, d'après le paragraphe 3, « *il pourra également être donné effet aux lois de police du pays dans lequel les obligations découlant du contrat doivent être ou ont été exécutées, dans la mesure où lesdites lois de police rendent l'exécution du contrat illégale* ». Il y a là assurément une limitation aux possibilités de donner effet aux lois de police étrangères^{Note 153}. Elle constitue un retour en arrière par rapport à l'article 7 de la convention de Rome qui pouvait plus facilement conduire à l'application des lois de police étrangères^{Note 154}. C'est un fait incontestable et regrettable. Toutefois, il s'agit d'un choix cohérent avec l'objectif de prévisibilité qui doit régner dans les contrats internationaux.

Il convient de relever que l'articulation entre l'article 9 et les articles concernant spécifiquement la protection des parties faible visées par le règlement « Rome I » peut soulever des difficultés. Sous l'empire de la convention de Rome, la question s'était posée de savoir si l'existence d'une règle de conflit spécifique aux contrats de consommation était un obstacle à l'application de la protection mise en place par la loi de résidence habituelle du consommateur sur le fondement de l'article 7 relatif aux lois de police et non sur celui de l'article 5 spécifique aux contrats de consommation. Autrement dit, pouvait-on recourir à l'article 7 lorsque l'article 5 n'était pas applicable ? La question a donné lieu à une divergence entre la Cour suprême allemande et la Cour de cassation française. La première a décidé que l'article 5 est une clause spéciale d'application des lois de police qui prévaut sur l'article 7. Lorsque le contrat entre dans le champ d'application de l'article 5, paragraphe 1, et qu'aucune des conditions exigées par le paragraphe 2 n'est remplie, l'article 7 n'est pas applicable^{Note 155}. Admettre la solution contraire reviendrait à consacrer une protection généralisée des consommateurs. La Cour de cassation française adopte une solution différente^{Note 156}. Elle admet la possibilité d'appliquer la loi de la résidence du

consommateur sur le fondement de l'article 7. Des difficultés analogues peuvent survenir dans le cadre du contrat d'assurance. La question peut se poser de savoir si la rédaction plus restrictive de l'article 9 aura une influence sur cette question, notamment en consacrant la thèse allemande. Il faut espérer que la Cour de justice des Communautés européennes se prononce rapidement sur cette question.

58. - En conclusion, l'objectif général d'assurer la sécurité juridique dans l'espace de justice européen est-il atteint ? Des progrès ont sans doute été effectués dans le sens de la prévisibilité des solutions de conflit de lois, surtout en ce qui concerne les contrats les plus importants du commerce international. Certes, le règlement ne va sans doute pas faire taire les critiques. Le rôle de la Cour de justice des Communautés européennes sera fondamental. Elle devra notamment se prononcer sur les qualifications de plusieurs notions, par exemple les contrats de prestation de services ou sur le caractère « exceptionnel » de la clause d'exception. Malgré quelques incohérences, le navire « Rome I » semble bien armé pour affronter les eaux des mers troubles du droit international privé européen, notamment par sa protection des parties faibles, la recherche d'une sécurité juridique et la place importante laissée à la volonté des parties. Sa coque, son radar et sa boussole sont conçus pour aller dans le même sens. Le nouveau navire « Rome I » et ses prédécesseurs « Bruxelles I » et « Rome II » devraient, avec l'aide du phare efficace qu'est la Cour de justice des Communautés européennes dont l'interprétation devra tenir compte des intérêts du commerce international, arriver à bon port.

Note 1 *JOUE* n° L 177, 4 juill. 2008, p. 6. Le règlement sera applicable entre les États membres de l'Union européenne, l'unique exception étant le Danemark. Le Royaume-Uni a heureusement décidé de faire usage de son « *opt-in* » et sera lié par cet instrument, ce qui n'était normalement pas le cas (cf. *Règl. « Rome I », consid. 45*). Reste à souhaiter que le Danemark suive cet exemple de raison et soit lié par le règlement « Rome I », ce qui n'est pas exclu en comparaison du choix pris par le Danemark pour le règlement « Bruxelles I ».

Pour une présentation d'ensemble du règlement « Rome I », V. les dossiers publiés in *RLDA juill.-août 2008*, p. 61 à 83 ; *D. 2008, doctr. p. 2155 à 2179*. – F.J Garcimartin Alférez, *The Rome Regulation : Much ado about nothing ? : The European Legal Forum, 2-2008*, p. 61 et s. – M.-E. Ancel, *Le règlement « Rome I », une nouvelle pièce du système communautaire de droit international privé : RLDC 2008*, n° 3133. – S. Corneloup, *La loi applicable aux obligations contractuelles, Transformation de la convention de Rome en règlement communautaire « Rome I » : JCP G 2008, I, 205*. – S. Francq, *Le règlement « Rome I » sur la loi applicable aux obligations contractuelles : Europe 2008, étude 8*. – V. également B. Audit, *Droit international privé, 5e éd. : Economica, 2008, spéc. n° 815 et s.*

Note 2 Règl. « Rome I », art. 28 et 29, sous réserve de quelques variations territoriales. Devant le juge français, les obligations contractuelles appartenant au domaine matériel de la Convention et du règlement de Rome sont divisées en trois groupes de règles. Pour les contrats conclus avant le 1er avril 1991, date d'entrée en vigueur de la convention, ce sont les règles jurisprudentielles dégagées par la Cour de cassation qui s'appliquent. Pour les contrats conclus entre le 1er avril 1991 et le 17 décembre 2009, c'est la convention qui s'applique. Enfin, pour les contrats postérieurs au 17 décembre 2009, le règlement seul s'appliquera.

Note 3 Sur ce texte, V. notamment H. Gaudemet-Tallon, *RTD eur.* 1981, p. 215 et *JCl. Europe Traité, Fasc. 3200 et Fasc. 3201*. – P. Lagarde, *Le nouveau droit international privé des contrats après l'entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 : Rev. crit. DIP* 1991, p. 287 et s. – J. Foyer, *Entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 sur la loi applicable aux obligations contractuelles : JDI* 1991, p. 601 et s. – H. Lesguillons, *loi applicable aux obligations contractuelles : entrée en vigueur de la convention de Rome du 19 juin 1980 : RDAI* 1991, p. 267.

Note 4 La Cour de cassation a réaffirmé l'autorité de la convention en censurant les juges du fond qui avaient déterminé la loi applicable au contrat sans passer par les articles 3 et 4 de la convention de Rome (*Cass. Ire civ., 31 mai 2005 : Bull. civ. 2005, I., n° 231*. – *Cass. com., 16 déc. 2008, n° 08-10.560*).

Note 5 *COM(2005)650 final, 2005/0261 (COD)*. On l'appellera dans ces lignes la proposition de 2005. Pour une présentation d'ensemble V. notamment L. Corbion et S. Peruzzetto, *Les modifications apportées par la proposition de règlement « Rome I » : RLDA* 2006, p. 71 et s. – P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») : Rev. crit. DIP* 2006, p. 332. – P. Deumier, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I ») : RDC* 2006, p. 507. – Adde H. Kenfack, « Rome I » et les contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs : *JCP G* 2006, act. 127. – L. Gannagé, *Le contrat sans loi devant les tribunaux étatiques in Mélanges J. Foyer : Economica*, 2007, p. 417 et s.

Note 6 V. notamment à propos de l'article 4, *CJCE, 2 avr. 2008, aff. C-133/08, ICF : demande préjudicielle publiée au JOCE n° C 158, 21 juin 2008, p. 10*.

Note 7 V. L. Corbion et S. Peruzzetto, *préc.*, p. 71.

Note 8 P. Lagarde, *Vers une révision de la convention de Rome sur la loi applicable aux obligations contractuelles ? in Mélanges Y. Guyon : Dalloz*, 2003, p. 571 et s.

Note 9 La disparition des nombreuses dispositions finales de la convention de Rome se justifie et explique la diminution du nombre d'articles du règlement.

Note 10 V. H. Kenfack, *Bref retour sur l'esprit de liberté du droit du commerce international in Mélanges Ph. le Tourneau : Dalloz*, 2008, p. 541 et s.

Note 11 Règl. « Rome I », art. 20.

Note 12 Règl. « Rome I », art. 21.

Note 13 V. *infra* n° 55 et les nuances en ce qui concerne les lois de police étrangères.

Note 14 La validité formelle (art. 11) a été modifiée dans l'hypothèse où le contrat est conclu entre des personnes (ou leurs représentants) qui se trouvent dans des pays différents au moment de sa conclusion. Ce contrat est valable non seulement lorsque, comme c'était déjà le cas dans l'article 9 de la convention de Rome, il satisfait à la loi du fond ou à celle du lieu de situation de l'un de ces intervenants, mais aussi désormais s'il répond aux conditions posées par la loi de l'une des résidences habituelles. Cette nouvelle disposition devrait favoriser le commerce électronique.

On peut aussi ajouter ici l'article 17 sur la compensation légale qui est nouveau et comble une lacune de la convention de Rome. D'après cet article, elle est régie par la loi applicable à l'obligation contre laquelle elle est invoquée.

Note 15 Règl. « Rome I », art. 12.

Note 16 Règl. « Rome I », art. 13.

Note 17 Règl. « Rome I », art. 14.

Note 18 Règl. « Rome I », art. 15.

Note 19 Règl. « Rome I », art. 18.

Note 20 Si pour l'essentiel, ces définitions étaient déjà appliquées par la jurisprudence, il n'en demeure pas moins que les précisions participent à l'objectif général du texte d'assurer la prévisibilité des solutions. Ainsi, la résidence habituelle d'une société, association ou personne morale est le lieu de son administration centrale. Si le contrat est conclu par l'intermédiaire d'une filiale, succursale, agence ou autre établissement ou si la prestation doit être fournie par un établissement, c'est la résidence habituelle de cet établissement qui est prise en compte. Par exemple, si le crédit documentaire est mis en œuvre dans un pays étranger par la succursale d'une banque française, c'est ce pays étranger qui doit être pris en compte comme lieu de résidence du prestataire de services. Le texte précise également que la résidence habituelle est le lieu de l'établissement professionnel lorsque le contrat est conclu dans l'exercice de l'activité professionnelle d'une personne physique.

Note 21 Des questions de qualification peuvent d'ailleurs se poser pour les contrats de travail de l'Administration. La jurisprudence française se prononce en faveur de l'application de la convention de Rome tout en excluant la compétence des juridictions administratives (*CE, 19 nov. 1999, Tegos* : *Rev. crit. DIP 2000*, p. 409, *concl. J. Arrighi de Casanova, note S. Lemaire* ; *JDI 2000*, p. 742, *note J.-F. Flauss. – T. confl., 22 oct. 2001* : *Bull. T. confl. 2001*, n° 20, p. 29 ; *Rev. crit. DIP 2000*, p. 39). En outre, les contrats passés par un État soulèvent des difficultés particulières de loi applicable qui ne sont pas envisagées par le nouveau texte.

Note 22 Règl. « Rome I », art. 1, § 2.

Note 23 Règl. « Rome I », art. 1, § 2, i.

Note 24 *Consid. 16*.

Note 25 *Consid. 16*. Sur l'ensemble de la question, V. W. Wengler, *L'évolution moderne du droit international privé et la prévisibilité du droit applicable* : *Rev. crit. DIP 1990*, p. 657.

Note 26 Exposé des motifs, point 2, paragraphe 4, de la proposition de 2005.

Note 27 S. Lemaire, *Interrogations sur la portée juridique du préambule du règlement « Rome I »* : *D. 2008, doct. p. 2157*.

Note 28 P. Dailler et A. Pellet, *Droit international public, 7e éd.* : *LGDJ 2002*, n° 73.

Note 29 G. Isaac et M. Blanquet, *Droit communautaire général, 9e éd.* : A. Colin 2006, p. 218.

Note 30 *CJCE, 9 juill. 1969, aff. 1/69, Italie c/ Commission* : *Rec. CJCE 1969*, p. 277.

Note 31 § 10.

Note 32 V. déjà L. Corbion et S. Peruzzetto, *préc.*, p. 71 qui relèvent, à propos de la proposition de 2005, que « l'exposé des motifs pose, plutôt qu'il ne montre, que l'harmonisation des règles de conflit de lois en matière d'obligations contractuelles est nécessaire au bon fonctionnement du marché intérieur »

Note 33 V. *consid. 43*. – sur cette question, V. M.-E. Ancel, *préc.*, p. 7.

Note 34 Règl. (CE) n° 864-2007, 11 juill. 2007 sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (« Rome II ») : *JOUE n° L 1999, 31 juill. 2007*, p. 40. – pour une analyse, V. C. Brière : *JDI 2008*, p. 31. – T. Kadner Graziano : *Rev. crit. DIP 2008*, p. 445 et s. – S. Corneloup

et N. Joubert (*ss la dir*), *Le règlement communautaire « Rome II » sur la loi applicable aux obligations extracontractuelles* : Litec, 2008.

Note 35 Cons. UE, règl. (CE) n° 44/2001, 22 déc. 2000 concernant la compétence judiciaire, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière civile et commerciale (« Bruxelles I ») : JOCE n° L 12, 16 janv. 2001, p. 1. – pour une analyse, V. JDI 2001, p. 1033 et s., par J.-P. Béraudo

Note 36 H. Kenfack, « Rome I » et les contrats de distribution : protéger les intérêts des distributeurs sans léser les fournisseurs, *préc.*, p. 127.

Note 37 V. déjà J. Foyer, *préc.*, n° 20.

Note 38 V. C. Nourissat, *Le nouveau droit des contrats internationaux : le règlement (CE) n° 593/2008 sur la loi applicable aux obligations contractuelles* : RLDA 2008, n° 29, n° 1752.

Note 39 V. M.-E. Ancel, *préc.*, p. 8.

Note 40 Règl. « Rome I et II », *consid.* 7 et art. 1.

Note 41 Règl. « Rome I », *consid.* 41 et 42, art. 25 et 26. – Règl. « Rome II », *consid.* 36 et 37, art. 28 et 29. – V. *supra* n° 12.

Note 42 Règl. « Rome I », *consid.* 15, art. 3, § 3. – Règl. « Rome II », art. 14.

Note 43 Règl. « Rome I », *consid.* 20 et art. 4, § 3. – Règl. « Rome II », art. 4, § 3 notamment.

Note 44 Règl. « Rome I », art. 16. – Règl. « Rome II », art. 20.

Note 45 Règl. « Rome I », art. 19. – Règl. « Rome II », art. 23. – V. *supra* note 20.

Note 46 V. notamment S. Bollée, *À la croisée des règlements « Rome I » et « Rome II » : la rupture des négociations contractuelles* : D. 2008, *doctr.* p. 2161.

Note 47 V. Règl. « Rome I », *consid.* 7.

Note 48 C. Nourissat, *Le champ d'application du règlement « Rome II » in le règlement « Rome II » sur la loi applicable aux obligations non contractuelles (ss la dir. de S. Corneloup et N. Joubert)*, *préc.*, p. 13 et s.

Note 49 Dans le même sens, V. S. Lemaire, *préc.*, p. 2159, *spéc.* n° 10.

Note 50 La Cour de justice des Communautés européennes les place en dehors des relations contractuelles pour l'application du règlement « Bruxelles I » (CJCE, 27 oct. 1998, *La réunion européenne* : JDI 1999, p. 625, *obs.* Leclerc ; *Rev. crit. DIP* 1999, p. 332, *obs.* H. Gaudemet-Tallon) alors que la solution inverse est adoptée par la Cour de cassation française.

Note 51 V. notamment H. Muir Watt et D. Bureau, *Droit international privé, t. II* : PUF 2007, n° 362.

Note 52 Règl. « Rome I », art. 25 et 26.

Note 53 *Conv. Rome*, art. 25.

Note 54 Le système proposé par la Commission dans la proposition de 2005 était de ce point de vue préférable. Il s'agissait de faire prévaloir le règlement sur les deux conventions de La Haye, lorsque tous les éléments pertinents de la situation étaient localisés dans un ou plusieurs États membres au moment de la conclusion du contrat.

Note 55 Dans le même sens, V. S. Corneloup, *préc.*, n° 6.

Note 56 Sur lesquelles V. P. Deumier, *Proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »)*, *préc.*, p. 507. – L. Gannagé, *préc.*, p. 417.

Note 57 Cette méthode consistant à insérer dans le préambule les points les plus controversés des négociations est contestable.

Note 58 V. la loi française du 17 juin 2008 réformant la prescription civile. V. aussi le projet de réforme de droit des contrats publié par le ministère français de la Justice en juillet 2008

Note 59 Il convient d'indiquer que la première version du « projet de cadre commun de référence » (PCCR) a été remise à la Commission par des universitaires européens en décembre 2007 (*Principles, Definitions and Models Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Interim Outline Edition, Sellier European Law Publisher, 2008, par C. von Bar, E. Clive et H. Schulte-Nölke ed., avec H. Beale, J. Herre, J. Huet, P. Schlechtriem, M. Storme, S. Swann, P. Varul, A. Veneziano et F. Zoll.*). Cette œuvre colossale a fait l'objet d'un processus d'évaluation qui devrait conduire ses rédacteurs à proposer certaines modifications en vue de la prochaine édition à paraître en 2009. La Commission souhaitait un modèle afin de rendre le droit européen des contrats « plus cohérent ». Le groupe d'étude sur le code civil européen, aidé dans certains domaines par le groupe Acquis communautaire a plutôt élaboré un document qui s'articule autour du droit des obligations et concerne l'ensemble du droit privé patrimonial (hors les personnes et tout le droit de la famille, y compris patrimonial). Il appartiendra aux institutions communautaires, notamment à la Commission d'effectuer un choix sur le contenu final du cadre commun de référence (CCR). Le Conseil de l'Union européenne semble vouloir restreindre le CCR à la théorie générale du contrat et au droit de la consommation (pour une présentation, V. B. Fauvarque-Cosson, *D. 2008, pan. p. 2968*).

Note 60 *Règl. « Rome I », consid. 16.*

Note 61 V. *infra* n° 25 et s.

Note 62 V. *supra* note 20.

Note 63 V. notamment P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »)*, *préc.*, n° 7.

Note 64 V. S. Lemaire, *préc.*, n° 18 qui écrit qu'étant donné qu'elle « comporte tous les risques du contournement du processus législatif communautaire, la démarche consistant à insérer dans le préambule des motifs ayant une réelle potentialité normative appelle de plus vives critiques ».

Note 65 S. Lemaire, *préc.*, p. 2160, n° 15.

Note 66 S. Lemaire, *préc.* – T. Azzi, *préc.*, n° 1.

Note 67 J. Boulouis, *Rép. Dr. commun, Dalloz, V° Interprétation*, n° 37.

Note 68 CJCE, 4 juill. 1963, *aff. 24/62, Allemagne c/ Commission* : *Rec. CJCE 1963, p. 143.*

Note 69 V. *infra* n° 55.

Note 70 V. S. Corneloup, *préc.*, n° 12.

Note 71 V. par ex. *Dir. 99/44/CE, 25 mai 1999 sur la vente de biens de consommation*, art. 7, § 2. – V. déjà *Dir. 93/13/CEE, 5 avr. 1993 sur les clauses abusives*, art. 6, § 2.

Note 72 V. l'article 14 du règlement « Rome II » généralisant cette formule aux obligations non contractuelles.

Note 73 *Conv. Rome*, art. 4, § 2.

Note 74 M. Giuliano et P. Lagarde, *Rapport concernant la convention sur la loi applicable aux obligations contractuelles* : *JOCE* n° C 282, 31 oct. 1980, p. 1.

Note 75 *Cass. soc.*, 23 mars 2005, n° 03-42.609 *inédit*. La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté la loi de l'ex-Zaire (lieu d'exécution du travail) en faveur de la loi française parce que les contrats « avaient été conclus entre personnes de nationalité française, qu'ils étaient rédigés en langue française et qu'ils fixaient le salaire de l'intéressée en francs français, en rémunération d'un travail, accompli dans un établissement français soumis à la réglementation française en vigueur dans les établissements d'enseignement, sous le pouvoir disciplinaire du conseiller culturel de l'ambassade de France, lui-même placé sous l'autorité du ministre français de la Coopération ». D'après la Cour de cassation, la cour d'appel a pu en déduire que les contrats

concernés présentaient des liens plus étroits avec la France et par conséquent la loi française était applicable en l'espèce.

Note 76 Son utilité a souvent été contestée (cf. *B. Audit, Droit international privé, préc.*, n° 826).
Note 77 Règl. « Rome I », art. 4 et 5. Cela devrait avoir pour conséquence indirecte de réduire la faculté pour le juge de morceler le contrat en raison des risques d'incohérence qu'elle recèle (cf. *T. Azzi, op. cit.*, n° 3).

Note 78 Le règlement n'a pas repris la disposition de la convention de Rome qui autorisait à titre exceptionnel le juge devant déterminer la loi du contrat à conclure qu'une partie de celui-ci, qui en est distincte, se rattache plus étroitement à une loi différente.

Note 79 *G. Cavalier, Commentaires sous l'article 4 : RLDA 2008*, n° 29, n° 1754.

Note 80 Sur ces notions, *V. J.-J. Daigre, Les systèmes multilatéraux de négociation : RTDF 2006*, p. 119. – du même auteur, *Alternext : RTDF 2006*, p. 151. – *Adde G. Cavalier, préc.*, p. 66. – *C. Pellegrini, Commentaire sous l'article 6 : RLDA 2008*, p. 73.

Note 81 *PE et Cons.*, dir. 21 avr. 2004, *préc.*, art. 4.1.7.

Note 82 Règl. « Rome I », *consid. 31 et art. 23*.

Note 83 *V. G. Cavalier, préc.*, p. 66 qui précise un autre raison de cette exclusion liée à l'article 2, a de la directive 98/26/CE du 19 mai 1998 concernant le caractère définitif du règlement dans les systèmes de paiement et de règlement des opérations de titres qui prévoit une règle de conflit spéciale pour ces contrats : les opérations de règlement-livraison sont régies par la législation de l'État membre choisie par les participants, ce choix étant une condition nécessaire pour que la reconnaissance comme un « système » par la directive.

Note 84 *V. supra* n° 11.

Note 85 Sur l'ensemble de la question, *V. P. Berlioz, La notion de fourniture de services au sens de l'article 5-1-b du règlement « Bruxelles I » : JDI 2008*, p. 675 et s.

Note 86 *V.* cependant la position nuancée de *P. Berlioz, préc.*, *spéc. n° 138 et s.* sur la qualification des contrats de distribution.

Note 87 *V.* notamment *D. Ferrier, Droit de la distribution, 4e éd. : Litec, 2006*, n° 534. – *F. Collart-Dutilleul et P. Delebecque, Contrats civils et commerciaux : Dalloz, 2007*, n° 928.

Note 88 *V.* récemment *Cass. com.*, 23 janv. 2007, *Waeco : D. 2007, AJ 511, obs. E. Chevrier, jurispr. p. 1575, note H. Kenfack, pan. 2571, obs. S. Bollée et 2008, pan. 1514, obs. F. Jault-Seseke ; JCP G 2007, II, 10074, note T. Azzi ; RTD com. 2007, p. 588, obs. B. Bouloc et p. 630, obs. P. Delebecque ; RDC 2007, p. 842, obs. M. Behar-Touchais et p. 887, obs. P. Deumier ; JDI 2008, p. 521, note J.-M. Jacquet (1re esp.). – *Cass. com.*, 5 mars 2008 : *D. 2008, AJ 858, obs. X. Delpech et jurispr. p. 1729, note H. Kenfack ; JDI 2008, p. 521, note J.-M. Jacquet (4e esp.) ; RTD com. 2008, p. 455, obs. P. Delebecque.* – *Cass. 1re civ.*, 9 juill. 2008, n° 07-17.295 : *Procédures 2008, comm. 143, obs. C. Nourissat*.*

Note 89 *V. Ph. le Tourneau, Les contrats de franchisage : Litec, 2e éd. 2007*.

Note 90 Le terme distribution est entendue ici au sens large comme englobant franchise, concession exclusive (sur l'ensemble de la question *V.* notamment *S. Hotte, commentaire sous l'article 4. Cas des contrats de franchise et de distribution : RLDA 2008*, n° 1754. – *M.-E. Ancel, Les contrats de distribution et la nouvelle donne du règlement « Rome I » : JDI 2008*, p. 561 et s.). Le projet CCR (*préc.*, note 58) définit le contrat de distribution (*distributorship*) comme l'accord en vertu duquel un fournisseur convient de fournir à un distributeur des produits de façon continue et en vertu duquel le distributeur s'engage à les acheter et à les vendre en son nom et pour son propre compte (*V. M. Hesselink, J. Rutgers, O. Bueno Diaz, M. Scotton et M. Veldman, Commercial Agency, Franchise and Distribution Contracts : PEL CAFDC, 2006*).

Note 91 H. Kenfack , « Rome I » et les contrats de distribution, *préc.*, p. 127.

Note 92 Cass. Ire civ., 15 mai 2001, Optelec : Bull civ. 2001, I, n° 134 ; JCP G 2001, II, 10634, note J. Raynard ; JDI 2001, p. 1121, note A. Huet ; Rev. crit. DIP 2002, p. 86, note P. Lagarde ; D. 2002, p. 198, note C. Diloy et p. 1397, obs. B. Audit. – Adde H. Kenfack , *L'application des articles 4-1 et 4-2 de la convention de Rome par la Cour de cassation : RLDA 2002, n° 2898.*

Note 93 Cass. Ire civ., 25 nov. 2003, Ammann-Yanmar : Bull. civ. 2003, I, n° 237 ; D. 2004, p. 494, note H. Kenfack ; JCP G 2004, II, 10046, note J. Raynard ; RDC 2004, p. 770, obs. D. Bureau ; Rev. crit. DIP 2004, p. 102, note P. Lagarde ; JDI 2004, p. 1179, note M.-E. Ancel.

Note 94 V. H. Kenfack , « Rome I » et les contrats de distribution, *préc.*, p. 127.

Note 95 En application de l'article 5-1 du règlement « Bruxelles I », si les juges considèrent que les franchises et les concessions sont des contrats de services, ils appliqueront l'article 5, paragraphe 1, b), en faveur du « tribunal du lieu d'un État membre où, en vertu du contrat, les services ont été ou auraient dû être fournis ».

Note 96 T. Azzi, *préc.*, p. 2170.

Note 97 Le règlement considère d'ailleurs que le passager doit être spécialement protégé (*consid.* 32), ce qui pourrait le faire basculer dans les parties faibles. Mais il a été volontairement choisi de présenter les deux catégories de transport ensemble.

Note 98 V. J.-M. Jacquet, Ph. Delebecque et S. Corneloup, *Droit du commerce international : Dalloz*, 2007, n° 570 et s.

Note 99 Il y a ainsi un paradoxe à avoir maintenu la clause d'exception pour les deux types de contrats de transports, ce qui entraîne des difficultés. V. *infra* n° 39.

Note 100 Pour une étude d'ensemble, V. C. Serlooten, *La standardisation en droit des contrats : Thèse université de Toulouse*, 2008.

Note 101 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, b et *consid.* 32.

Note 102 Cass. Ire civ., 11 juill. 2006 : Bull. civ. 2006, I, n° 373.

Note 103 Devant le juge français, c'est l'article 6 de la convention de La Haye du 14 mars 1978 sur la loi applicable aux contrats d'intermédiaire et à la représentation et non le règlement « Rome I » qui doit s'appliquer.

Note 104 V. par ex. Cass. Ire civ., 14 nov. 2007, n° 06-21.372 (3e esp.) : *JurisData* n° 2007-041361 ; JDI 2008, p. 521, note J.-M. Jacquet ; Rev. crit. DIP 2008, p. 139, obs. H. Muir Watt.

Note 105 Cette disposition a été reprise par l'article 5, paragraphe 3, en matière de contrat de transport.

Note 106 V. *supra* n° 11 : T. Azzi, *préc.*, p. 2172.

Note 107 V. aussi *infra* n° 54.

Note 108 cf déjà l'article 4, paragraphe 3, du règlement « Rome II ». Pour des explications V. P. Mayer et V. Heuzé, *Droit international privé*, 9e éd. : Montchrestien, 2007, n° 729.

Note 109 Sur l'ensemble de la notion, V. P. Rémy-Corlay, *Étude critique de la clause d'exception dans les conflits de lois : Thèse Poitiers*, 1997 ; du même auteur, *Mise en œuvre et régime procédural de la clause d'exception dans les conflits de lois : Rev. crit. DIP 2003*, p. 37.

Note 110 V. par ex. le point de vue du Comité économique et social européen : Avis CESE, n° 2006/C318/10, 13 sept. 2006, § 3.2.4 : JOUE n° C 318, 23 déc. 2006, p. 10. – L. Corbion et S. Peruzzetto, *préc.*, spéc. p. 76. – P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement sur la loi applicable aux obligations contractuelles, préc.*, spéc. p. 338. – T. Hartley, *The Proposed « Rome I » Regulation : Applicable Law in Absence of Choice (Article 4) in Mélanges H. Gaudemet-Tallon : Dalloz*, 2008, p. 717. – Adde les seconds commentaires de l'Institut Max Planck sur la Proposition « Rome I », *RabelsZ 2007*, spéc. p. 253 et s.

Note 111 L. Corbion et S. Poillot-Peruzzetto, *préc.n p. 77*.

Note 112 Comp. exprimant son scepticisme à l'égard de la clause d'exception, S. Bollée, *D. 2007*, p. 2566. – C. Nourissat, *Le nouveau droit des contrats internationaux, préc.*, p. 62. – L. d'Avout, *Commentaire sous l'article 5 : RLDA 2008*, p. 70.

Note 113 Proposition « Rome I », *exposé des motifs, pt 4, § 2*.

Note 114 Sous l'empire de la convention de Rome, pour une application contestable de cette clause à un contrat de cautionnement, V. CA Versailles, 6 févr. 1991 : *Rev. crit. DIP 1991*, p. 745, note P. Lagarde ; *JDI 1992*, p. 125, note J. Foyer ; *RTD eur. 1992*, p. 529, obs. H. Gaudemet-Tallon.

Note 115 L. Corbion et S. Poillot-Peruzzetto, *préc.*, p. 77.

Note 116 La Cour de cassation française est dans ce sens. Sous l'empire de la convention de Rome, elle a notamment opéré sa censure en cas d'application de la clause sans procéder à une comparaison avec les rattachements de l'article 4, paragraphe 2 (*Cass. com., 19 déc. 2006 : D. 2007, pan. p. 1755 obs. P. Courbe et 2567, obs. S. Bollée ; RDC 2007, p. 467, obs. P. Deumier ; Rev. crit. DIP 2007, p. 592, (1re esp.), note P. Lagarde*. – V. également *Cass. com., 22 mai 2007 : Rev. crit. DIP 2007, p. 592 (2e esp.), note P. Lagarde*).

Note 117 S. Corneloup, *préc.*, n° 15.

Note 118 Il convient de reconnaître que c'est une mauvaise rédaction de la clause d'exception qui crée ce risque d'insécurité et non la clause elle-même.

Note 119 V. Ch. Jarrosson, *Le contrat de transaction dans les relations internationales : Rev. crit. DIP 1997*, p. 657.

Note 120 V. T. Azzi, *Les contrats d'exploitation des droits de propriété littéraire et artistique en droit international privé : état des questions : RIDA, oct. 2007*, p. 3.

Note 121 cf. O. Boskovic, *La protection de la partie faible dans le règlement « Rome I » : D. 2008*, p. 2175.

Note 122 V. B. Audit, *Droit international privé, préc.*, n° 830. – sur l'ensemble de la question, V. F. Leclerc, *La protection de la partie faible dans les contrats internationaux – Étude de conflits de lois : Bruylant, 2005*.

Note 123 Règl. « Rome I », *consid. 24 et 25*.

Note 124 V. P. Lagarde, *Heurs et malheurs de la protection internationale du consommateur dans l'union européenne, préc.*, p. 511.

Note 125 V. les critiques de P. Lagarde, *Remarques sur la proposition de règlement de la Commission européenne sur la loi applicable aux obligations contractuelles (« Rome I »), préc.*, p. 342.

Note 126 Sur les critiques justifiées de l'eurocentrisme injustifié, V. P. Deumier, *Protection du consommateur et loi de police : éclaircissements sur le jeu de la convention de Rome (et brouillages sur les règles de compétence judiciaire) : RDC 2006*, n° 4, p. 1253.

Note 127 Pour une présentation, V. O. Boskovic *préc.*, p. 2175 et s. – C. Pelligrini, *RLDA 2008*, n° 29, n° 1757.

Note 128 Sur cette question spécifique, V. C. Castets-Renard, *Les contrats du commerce électronique et de la propriété intellectuelle, intervention au Colloque organisé par l'université Toulouse I sur La proposition de règlement du Parlement européen et du Conseil sur la loi applicable aux obligations contractuelles du 15 décembre 2005 : D. 2006*, p. 1522. – C. Pellegrini, *préc.*, p. 75. – sur l'ensemble de la question, V. P. le Tourneau, *Contrats informatiques et électronique : Dalloz, 2004*, n° 9.34. – J. Passa, *le contrat électronique*

international : conflits de lois et de juridictions : Contrats, conc. consom. 2005, étude 17, spéc. n° 31.

Note 129 V. déjà l'article 15 du règlement « Bruxelles I » qui conditionne le bénéfice des règles de compétence protectrices du consommateur à l'activité dirigée par le professionnel vers l'État membre du consommateur (sur cette question, V. notamment *H. Gaudemet-Tallon, Quel juge ? Quelle loi ? (compétence juridictionnelle et loi applicable) : Dr. et patrimoine 2002, p. 71 et s.*).
Note 130 cf. *A. Sinay-Cytermann, La protection de la partie faible en droit international privé in Mélanges P. Lagarde : Dalloz, 2005, p. 737.*

Note 131 cf. *J. Passa, op. cit., spéc. n° 31.*

Note 132 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, a. Lorsque, avant son départ pour l'étranger, le voyageur contracte de chez lui une prestation hôtelière ou même de location de voiture, il n'est pas protégé par cet article.

Note 133 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, b.

Note 134 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, c. Cette directive assure la protection lorsque l'immeuble est situé sur le territoire de l'Union européenne.

Note 135 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, d.

Note 136 Règl. « Rome I », art. 6, § 4, e.

Note 137 V. *O. Boskovic, préc., p. 2176.* – *B. Bonnamour, Commentaire sous l'article 7 : RLDA 2008, n° 29, n° 1757.*

Note 138 V. notamment *J. Bigot, L'internationalisation du droit des assurances in Mélanges Y. Loussouarn : Dalloz 1994, p. 57.* – *F. Viangalli, La théorie des conflits de lois et le droit communautaire : PUAM 2004, p. 222.*

Note 139 Directive 88/357/CEE du 22 juin 1988, dite « directive assurance non-vie », modifiée par la directive 92/49/CEE du 18 juin 1992 et la directive du Parlement européen et du Conseil 90/619/CEE. – Directive 2002/83/CE du 5 novembre 2002 concernant l'assurance directe sur la vie qui a remplacé la directive 90/619/CEE du 8 novembre 1990, dite « directive assurance-vie ».

Note 140 V. cependant les conventions envisagées par l'article 1er, paragraphe 2, point j de la directive du 5 novembre 2002 et sur lesquels le règlement ne prononce pas.

Note 141 Règl. « Rome I », art. 7, § 1 et 2.

Note 142 Règl. « Rome I », art. 7, § 1 et 3.

Note 143 Règl. « Rome I », consid. 33.

Note 144 Règl. « Rome I », art. 7, § 3, al. 3.

Note 145 Règl. « Rome I », art. 7, § 4, b. – *V. B. Bonnamour, préc., p. 80.*

Note 146 V. *A. Devers, Commentaires sous l'article 8 : RLDA 2008, n° 1758.* La convention collective étant plus « interne » devrait relever de la loi de l'État où elle est conclue et est appelée à s'appliquer. Mais il ne faut pas exclure une internationalisation des lois de police (*V. P. Rodière, La convention collective de travail en droit international, Contribution à l'étude de normes juridiques de source professionnelle : Litec, 1997.* – *J.-P. Laborde, Les rapports collectifs de travail en droit international privé : Trav. Comité fr. DIP 1996-1997, p. 153*).

Note 147 Sur l'exception d'ordre public, le règlement n'innove pas par rapport à la convention de Rome en disposant à son article 21 : « *l'application d'une disposition de la loi désignée par le présent règlement ne peut être écartée que si cette application est manifestement incompatible avec l'ordre public du for* ». La question se pose en effet de savoir quel sens donner à cet ordre public au sens communautaire. En effet, dans la convention, il s'agissait manifestement non de l'ordre public interne du for mais international. Convient-il de voir désormais dans cet article la seule exigence d'un ordre public communautaire qui aurait pour conséquence d'exclure la

possibilité d'un ordre public véritablement international ? Le règlement se limitant à l'Union européenne, une telle interprétation est possible. Il s'agirait alors d'une innovation cachée.

Note 148 Il convient également de ne pas négliger leur articulation avec les directives sectorielles (sur cet aspect, V. O. Boskovic, *préc.*, n° 12).

Note 149 V. Sur l'ensemble de la question, V. P. Courbe, *Ordre public et lois de police en droit des contrats internationaux* in *Mélanges B. Mercadal : F. Lefebvre*, 2000, p. 99. – B. Rémy, *Exception d'ordre public et mécanisme des lois de police en droit international privé : Thèse*, Dalloz, 2008, préf. P. Mayer.

Note 150 V. aussi l'article 3, paragraphe 3, et surtout 3, paragraphe 4. D'après ce dernier « lorsque tous les éléments de la situation sont localisés, au moment du choix, dans un ou plusieurs États membres, le choix par les parties d'une autre loi applicable que celle d'un État membre ne porte pas atteinte, le cas échéant, à l'application des dispositions de droit communautaire auxquels il n'est pas permis de déroger par accord, et telles que mises en œuvre par l'État membre du for ».

Note 151 Cette définition a été proposée par Francescakis, *Quelques précisions sur les « lois d'application immédiate » et leurs rapports avec les règles de conflits de lois* : *Rev. crit. DIP* 1966, p. 1. Elle est reprise par CJCE, 23 nov. 1999, aff. C-369/96 et C-374-96, *Arblade* : *Rec. CJCE* 1999, I, p. 8453.

Note 152 *Cass. ch. mixte*, 30 nov. 2007 : *D.* 2008, *jurispr.* p. 757, note W. Boyault et S. Lemaire et pan. 1510, obs. P. Courbe ; *JCP G* 2008, II, 10000, note L. d'Avout ; *RDI* 2007, p. 511, obs. O. Guérin et 2008, p. 38, obs. C. Charbonneau ; *RTD com.* 2008, p. 456, obs. P. Delebecque. – plus récemment, *V. Cass. 3e civ.*, 30 janv. 2008 : *D.* 2008, *AJ* 478, obs. X. Delpéch ; *RDI* 2008, p. 272, obs. H. Périnet-Marquet. – *Cass. 3e civ.*, 8 avr. 2008, n° 07-10.763. Cette solution est-elle remise en cause par le règlement « Rome II » ?

Note 153 Un compromis a dû être trouvé entre les États qui étaient réticents par rapport à l'approche plus ouverte de la convention de Rome et par conséquent avaient effectué des réserves (l'Allemagne, le Luxembourg et le Royaume-Uni) et les autres États qui lui étaient favorables.

Note 154 V. L. d'Avout, *Le sort des règles impératives dans le règlement « Rome I »* : *D.* 2008, p. 2167, n° 12. – S. Corneloup, *La loi applicable aux obligations contractuelles*, *préc.*, n° 15.

Note 155 *BGH*, 19 mars 1997 : *Rev. crit. DIP* 1998, p. 610, note P. Lagarde.

Note 156 *Cass. Ire civ.*, 23 mai 2006 : *Bull. civ.* 2006, I, n° 258 ; *D.* 2006, *AJ* p. 1597, note V. Avena-Robardet, *jurispr.* p. 2798, note M. Audit, p. 2007, pan. 1754, obs. P. Courbe et pan. p. 2567, obs. S. Bollée ; *RTD com.* 2006, p. 644, obs. D. Legeais ; *Rev. crit. DIP* 2007, p. 85, note Cocteau-Senn. – P. de Vareilles-Sommières, *Le sort de la théorie des clauses spéciales d'application des lois de police en droit des contrats internationaux de consommation* : *D.* 2006, *chron.* 2464.